



Università degli
Studi di Perugia

Dipartimento di
Giurisprudenza

Archivio di *diritti-cedu.unipg.it* (2010-2015)

a cura di Luisa Cassetti

“L’effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza
della Corte europea dei diritti dell’uomo di Strasburgo”

<https://diritti-cedu.unipg.it>

(Ricerca finanziata dalla Cassa di Risparmio di Perugia negli anni 2009-2011)

DIRITTI D’AUTORE - LICENZA CC

Quest'opera è distribuita con Licenza

Creative Commons Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 4.0 Internazionale.



Copyright 2015

ISBN 9788899490027

Dipartimento di Giurisprudenza

Via A. Pascoli, 33- 06123 Perugia (PG) – ITALIA

web site: giurisprudenza.unipg.it

Università degli Studi di Perugia

Dipartimento di Giurisprudenza

Quaderni della ricerca *diritti-cedu.unipg.it*



Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza

Giovanni Marini

Responsabile scientifico della ricerca *diritti-cedu.unipg.it*

Luisa Cassetti

Commissione dipartimentale per i Quaderni della ricerca

diritti-cedu.unipg.it

Luisa Cassetti, Silvia Angeletti, Marco Canonico, Simone Cociani, Annalisa Giusti, Alessandra Lanciotti, Maria Chiara Locchi, Giovanni Marini, Mariangela Montagna, Luciana Pesole, Serenella Pieroni, Giorgio Repetto, Stefania Sartarelli, Stefania Stefanelli, Simone Vezzani

Comitato Scientifico

Giuseppe Casuscelli, Fulvio Cortese, Mariavaleria del Tufo, Antonietta Di Blase, Angela Di Stasi, Alfredo Gaito, Antonio Ruggeri

Redazione

Stefano Flamini, Sabrina Vannuccini



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO
"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Archivio di *diritti-cedu.unipg.it* (2010 – 2015)

INDICE

Presentazione.pag. XIII

ENFORCEMENT DELLE DECISIONI DELLA CORTE DI STRASBURGO

P. CUOMO, M. BRONER SQUIRE, *Onere della prova e rischio di non persuasione nell'applicazione del principio di cui all'art. 3 della CEDU in relazione ai provvedimenti di espulsione di cittadini stranieri*.pag. 2

D. VITIELLO, *Dottrina del margine di apprezzamento e principio di proporzionalità nella lotta al terrorismo internazionale: riflessioni a margine del Caso Belmarsh*.pag. 9

D. VITIELLO, *Espulsione di stranieri, assicurazioni diplomatiche e obbligo di non-refoulement: riflessioni a margine del Caso Trabelsi*.pag. 17

D. VITIELLO, *L'obbligo di non-refoulement nella giurisprudenza di Strasburgo dopo la rivoluzione tunisina: considerazioni sul caso Al Hanchi*.pag. 24

C. ALLEGRUCCI, *Il reato che non c'è: riflessioni a margine del caso Cestaro*.pag. 36

A. GIANANTI, *Violazione delle garanzie di difesa tutelate dalla Convenzione europea e obblighi di riparazione gravanti sullo Stato autore dell'illecito*.pag. 41

A. PANETTA, *Extraordinary renditions: il mancato bilanciamento tra le esigenze di tutela dei diritti fondamentali e il segreto di Stato. Riflessioni a margine del caso Abu Omar*.pag. 47

S. VEZZANI, *The EU Accession to the ECHR*.pag. 57

DIRITTI COSTITUZIONE E CEDU

A. CIERVO, *"Illness" or "desease"? La Corte di Strasburgo ritorna sulla legislazione svizzera in materia di "fine vita"*.pag. 60



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO
"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

- A. CIERVO, *"Penser solidairement la fin de vie": brevi osservazioni in margine ai lavori della Commissione Sicari.*pag. 68
- A. CIERVO, *La sentenza di Strasburgo sui fatti di Genova del 2001.*pag. 74
- A. CIERVO, *Il divieto di fecondazione eterologa davanti alla Corte di Strasburgo: un campanello d'allarme per la legge 40?*pag. 84
- G. REPETTO, *Obblighi positivi dello Stato e salute della donna in una recente decisione in tema di aborto.*pag. 93
- A. CIERVO, *Obblighi positivi dello Stato e tutela della vita umana: analisi di una recente tendenza giurisprudenziale della Grande Chambre della Corte di Strasburgo.*pag. 99
- A. CIERVO, *Una questione privata (e di diritto interno). La Consulta dichiara incostituzionale il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.*pag. 110
- E. MALFATTI, *La Corte di Strasburgo tra coerenze e incoerenze della disciplina in materia di procreazione assistita e interruzione volontaria della gravidanza: quando i "giochi di parole" divengono decisivi.*pag. 120
- G. REPETTO, *La Corte di Strasburgo si confronta per la prima volta con il matrimonio omosessuale.*pag. 128
- L. PESOLE, *La Corte europea dei diritti dell'uomo si pronuncia ancora una volta sulla limitazione del diritto di accesso alla giustizia determinata dall'insindacabilità parlamentare.*pag. 136
- L. PESOLE, *L'autodichia delle Camere di fronte alla Corte di Strasburgo.*pag. 142
- G. REPETTO, *Il Trattato di Lisbona ha attribuito alla CEDU un'efficacia diretta e prevalente nell'ordinamento interno? Consiglio di Stato e TAR Lazio alla ricerca di nuove (e discutibili) soluzioni.*pag. 147
- G. REPETTO, *Tra continuità e nuovi scenari: l'efficacia della CEDU alla luce delle sentt. nn. 80 e 113/2011 della Corte costituzionale.*pag. 152
- G. REPETTO, *Il nodo delle irretroattività tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo.*pag. 160
- G. REPETTO, *La Corte di giustizia dell'UE dichiara invalida la direttiva sulla Data Retention: verso la costituzionalizzazione del diritto alla privacy?*pag. 169
- D. FANCIULLO, *Osservazioni a prima lettura sul parere 2/13 della Corte di giustizia dell'Unione europea.*pag. 177



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO
"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

- A. CIERVO, *L'articolo 14 della CEDU come parametro autonomo di giudizio? Il caso Opuz contro Turchia.*pag. 196
- A. CIERVO, *La "mala sanità" arriva a Strasburgo: l'Italia condannata per la mancata rivalutazione annuale dell'indennità complementare corrisposta per danno derivante da trasfusione di sangue infetto.*pag. 205
- S. STEFANELLI, *Illegittimo per violazione degli artt. 8 e 14 CEDU l'obbligo del cognome paterno.*pag. 213
- M.C. LOCCHI, *Alcune considerazioni su limiti e ambiguità del riconoscimento giuridico delle differenze culturali a partire dalla giurisprudenza sui rom della Corte europea dei diritti dell'uomo.*pag. 222

DIRITTI E ARGOMENTAZIONE DELLA CORTE EDU

- G. REPETTO, *Alle origini del margine d'apprezzamento, tra self restraint e inquadramento del pluralismo: il caso Handyside.*pag. 240
- G. REPETTO, *L'argomentazione comparativa come chiave di giudizio: il caso Goodwin.*pag. 244
- G. REPETTO, *La nozione di società democratica nel caso Sunday Times.*pag. 249

LO STRANIERO E LA CEDU

- M.C. LOCCHI, *I limiti all'espulsione dello straniero tra lotta al terrorismo e diritti fondamentali non derogabili.*pag. 255
- A. CIERVO, *Il "Miglio verde": note a prima lettura alla sentenza "Hirsi".*pag. 261
- A. CIERVO, *Il sistema italiano di accoglienza e tutela dei richiedenti protezione internazionale sotto la lente dei giudici di Strasburgo. Una breve analisi di due recenti sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo.*pag. 268
- M.C. LOCCHI, *La salvaguardia della libertà personale dello straniero e il divieto di restrizioni arbitrarie come limite al potere dello Stato di impedire l'ingresso illegale nel territorio.*pag. 277
- D. VITIELLO, *Espulsione amministrativa dei migranti irregolari: i rilievi della Corte di Lussemburgo a margine del caso El Dridi.*pag. 283



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO
“L’effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell’uomo di Strasburgo”

M.C. LOCCHI, *La controversa divaricazione tra garanzie del giusto processo e tutela del diritto di difesa dello straniero di fronte all’espulsione nella Cedu.*pag. 291

R. PALLADINO, *Non-refoulement e “situazioni generali di violenza di sufficiente intensità” nel luogo di destinazione: la sentenza K.A.B. v. Sweden.*pag. 298

M.C. LOCCHI, *L’espulsione di stranieri condannati penalmente: il difficile bilanciamento tra l’interesse dello Stato alla difesa dell’ordine pubblico e il diritto dello straniero all’unità familiare.*pag. 306

M.C. LOCCHI, *Alcune considerazioni su limiti e ambiguità del riconoscimento giuridico delle differenze culturali a partire dalla giurisprudenza sui rom della Corte europea dei diritti dell’uomo.*pag. 312

PROPRIETÀ PRIVATA

S. PIERONI, *Il principio di legalità riemerge dalle ceneri della acquisizione coattiva rectius espropriazione indiretta.*pag. 330

A. GIUSTI, *Il caso Scordino: l’inizio di un nuovo dialogo tra le Corti in materia espropriativa.*pag. 341

A. GIUSTI, *L’incidenza della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo sulla determinazione dell’indennità di esproprio.*pag. 345

A. GIUSTI, *I profili patrimoniali della c.d. occupazione acquisitiva nel dialogo fra Corte Europea dei diritti dell’uomo e la Corte Costituzionale.*pag. 349

LIBERTÀ DI PENSIERO, COSCIENZA E RELIGIONE

P. CUOMO, G. MANTOVANI, *Violazione del diritto all’istruzione e garanzia della libertà di pensiero, coscienza e religione: quale enforcement per la sentenza Lautsi c. Italia?*pag. 355

S. ANGELETTI, *Il velo islamico nei luoghi educativi, la Turchia e le sfide della laicità.*pag. 361

M. CANONICO, *Esposizione di simboli e libertà religiosa: il caso del crocifisso nelle aule scolastiche.*pag. 367

M. CANONICO, *Scuola privata d’ispirazione confessionale e libertà d’insegnamento.*pag. 376

M. CANONICO, *Processo canonico di nullità matrimoniale e diritto di difesa quale limite all’efficacia civile della sentenza ecclesiastica.*pag. 385



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO
"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

- S. ANGELETTI, *L'istruzione religiosa non confessionale nella scuola pubblica e le libertà educative dei genitori: il caso Folgerø c. Norvegia.*pag. 395
- M. CANONICO, *Il crocifisso nelle aule scolastiche: un simbolo prima avversato, poi accettato dalla Corte europea.*pag. 402
- S. ANGELETTI, *"Vivre ensemble" con il velo integrale? Religione e spazio pubblico di fronte ai giudici di Strasburgo.*pag. 409
- S. ANGELETTI, *Libertà di espressione c. libertà religiosa: il difficile equilibrio nella tutela della manifestazione del pensiero e della sensibilità dei credenti.*pag. 421

SITUAZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE

- V. COLCELLI, *Dati personali e tutela della vita privata.*pag. 429
- V. COLCELLI, *La tutela della vita privata e familiare attraverso il diritto di conoscere le proprie origini.*pag. 436
- A. CIERVO, *Il diritto all'anonimato della madre biologica ovvero quando Strasburgo anticipa Roma.*pag. 441
- V. COLCELLI, *Il riconoscimento giuridico dell'avvenuto cambiamento di sesso e l'autodeterminazione come diritto fondamentale.*pag. 449
- V. COLCELLI, *La definizione di famiglia nel diritto al rispetto della vita familiare.*pag. 454
- V. COLCELLI, *Diritto alla protezione dell'ambiente, benessere della persona e godimento del suo domicilio.*pag. 459
- V. COLCELLI, *Diritto all'informazione ambientale: un diritto procedurale come diritto fondamentale.*pag. 465
- V. COLCELLI, *Art. 1 Prot. 1 C.E.D.U. e credito d'imposta. Il credito come bene.*pag. 471
- V. COLCELLI, *Reddito futuro e diritto di proprietà.*pag. 476
- V. COLCELLI, *La clientela come valore patrimoniale e la sua tutela attraverso la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.*pag. 482
- V. COLCELLI, *L'espérance légitime e la sua tutela ai sensi dell'art. 1 Prot. 1 C.E.D.U.*pag. 487
- V. COLCELLI, *Diritti e obblighi a carattere civile ed indennizzo per inadempienza della pubblica amministrazione.*pag. 493



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO
"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

V. COLCELLI, *Diritto di proprietà, esproprio per pubblica utilità ed accesso dei privati al controllo sull'operato degli organi statali.*pag. 497

V. COLCELLI, *Autorizzazioni e concessioni amministrative nella nozione di diritti e obbligazioni di carattere civile ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.*pag. 502

V. COLCELLI, *L'interesse legittimo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.*pag. 507

V. COLCELLI, *L'applicazione dell'art. 6 CEDU alle controversie relative alla violazione di diritti derivanti da prestazioni assistenziali e previdenziali.*pag. 511

PRINCIPI E TUTELA PENALE

D. FALCINELLI, *La stabilità della norma scritta, la temporaneità della iuris dictio: statica e dinamica del "delitto" e del "castigo".*pag. 517

D. FALCINELLI, *L'alba del concorso "eventuale" nel reato di associazione mafiosa: la garanzia della legalità penale contro le nebbie della giurisprudenza.*pag. 526

D. FALCINELLI, *Sulla prevedibilità ex ante dell'interpretazione ed applicazione della legge penale, id est sulla comprensibilità del precetto penale.*pag. 538

D. FALCINELLI, *L'"evoluzione" del principio di retroattività della legge penale più favorevole: un nuovo diritto fondamentale.*pag. 543

M.C. BISACCI, *Nella vicenda "Punta Perotti" la confisca dei terreni fu arbitraria data "l'oscurità" della legge in materia.*pag. 548

A. NATALINI, *Libertà di espressione, tra inoffensività e sproporzionalità della sanzione penale.*pag. 554

D. FALCINELLI, *Sulla fecondazione eterologa, al bivio tra (ir)ragionevolezza del divieto e diritto umano alla libertà di autodeterminazione.*pag. 556

S. SARTARELLI, *La violazione del "dovere di diligenza" determina la condanna dello Stato per i delitti commessi dal detenuto che fruisca di misure alternative.*pag. 570

D. FALCINELLI, *"Weak" statute and "strong" statute of the humanity of the penalty (proportionate): the function of re-education in the zone of the European Convention of Human Rights and of the Italian Constitution.*pag. 577

S. SARTARELLI, *La giurisprudenza della Corte EDU in materia di disenfranchisement ovvero sulla privazione del diritto di voto dei detenuti.*pag. 581



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO
"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

- D. FALCINELLI, *Sul trattamento penitenziario non disumano né degradante: una guida al dialogo "a rime obbligate" tra CEDU, Costituzione italiana e norme penali.*pag. 589
- M.C. BISACCI, *Tutela della vita ed uso legittimo delle armi: il caso "Giuliani" al cospetto della Corte europea dei diritti dell'uomo.*pag. 597
- D. FALCINELLI, *Il diritto di satira e l'"ingerenza necessaria".*pag. 604
- D. FALCINELLI, *I confini di liceità della cronaca, tra fatti ed opinioni.* ...pag. 607
- A. NATALINI, *Appartenenza ad associazioni massoniche e libertà di riunione.*pag. 612

DIRITTI SOVRANAZIONALI E PROCESSO PENALE

- M. MONTAGNA, *Il diritto dell'imputato a partecipare personalmente al processo: "l'influenza" della giurisprudenza della Corte EDU nella decisione della Corte costituzionale e nella giurisprudenza di legittimità.*pag. 616
- M. MONTAGNA, A. MANONI, *Prova del DNA, conservazione di dati personali e censure della Corte europea dei diritti dell'uomo nei riguardi del Regno Unito.*pag. 627
- M. MONTAGNA, *La pubblicità dell'udienza quale diritto fondamentale dell'individuo nel procedimento di prevenzione tra Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale.*pag. 634
- C. CONTILLI, *Diritto al confronto e testimone irreperibile nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.*pag. 642
- M. MONTAGNA, *Corte europea dei diritti dell'uomo e sovraffollamento carcerario: il caso Torreggiani e altri c. Italia.*pag. 652

EFFICACIA DELLE SENTENZE DELLA CORTE EDU E RIMEDI INTERNI NEL PROCESSO PENALE

- M. MONTAGNA, *Intangibilità del giudicato e valore delle decisioni della Corte EDU: osservazioni a prima lettura sulla sentenza della Corte costituzionale n. 113 del 2011.*pag. 661

GIUSTO PROCESSO AMMINISTRATIVO

- M. MENGOZZI, *Imparzialità del giudice e funzioni consultive attribuite ad organi di giustizia amministrativa.*pag. 670



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO
“L’effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell’uomo di Strasburgo”

FISCO E DIRITTI

- S.F. COCIANI, *Può il processo tributario essere “giusto”?*pag. 678
- S.F. COCIANI, *Sanzioni tributarie e garanzie processuali.*pag. 685
- S.F. COCIANI, *Il canone RAI, tra misure di contrasto all’evasione, interesse fiscale e principio di proporzionalità.*pag. 690
- S.F. COCIANI, *L’applicabilità della CEDU agli atti istruttori d’indagine in materia tributaria.*pag. 696

GLOBALIZZAZIONE E DIRITTI

- S. VANNUCCINI, *Protecting “At-Risk Children”: The Pioneering and Paradigmatic “Street Children” Case (Villagrán Morales et al. v. Guatemala) before the Inter-American Court of Human Rights – Part I.*pag. 704
- S. VANNUCCINI, *Protecting “At-Risk Children”: The Pioneering and Paradigmatic “Street Children” Case (Villagrán Morales et al. v. Guatemala) before the Inter-American Court of Human Rights – Part II.*pag. 737
- L. CAPPUCIO, *I “nuovi” diritti dinanzi alla Corte interamericana, tra la ricerca di un consenso esterno e l’assenza di margine di apprezzamento.*pag. 776
- S. VANNUCCINI, *Against the Imposing of Life Sentences on Juvenile Offenders: The Landmark Decision by the Inter-American Court of Human Rights in the Case of Mendoza et al. v. Argentina.*pag. 784
- L. CASSETTI, *Il diritto di “vivere con dignità” nella giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani.*pag. 804
- S. VEZZANI, *La Corte africana e le violazioni dei diritti umani in Libia.*pag. 817
- S. VEZZANI, *L’allontanamento degli stranieri alla prova della Carta africana per la salvaguardia dei diritti umani e dei popoli.*pag. 826

Presentazione

La pubblicazione (*online* con ISBN e *peer review*) della Collana intitolata “Quaderni della ricerca *diritti-cedu.unipg.it*” si propone, in primo luogo, di valorizzare i risultati della ricerca interdisciplinare intitolata “L’effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo di Strasburgo”. La ricerca è stata avviata grazie al finanziamento della Fondazione Cassa di Risparmio di Perugia ottenuto negli anni 2009-2011, durante il periodo della mia direzione dell’allora Dipartimento di Diritto pubblico.

Il primo volume dei Quaderni è l’Archivio di *diritti-cedu.unipg.it* (2010-2015) che raccoglie le note di commento e gli articoli fino ad oggi pubblicati all’interno delle diverse sezioni che compongono il sito web della suddetta ricerca (<https://diritti-cedu.unipg.it>).

I “Quaderni della ricerca *diritti-cedu.unipg.it*” vogliono inoltre offrire uno strumento flessibile e dinamico per diffondere – in tempi decisamente più rapidi rispetto alla tradizionale edizione a stampa – i primi risultati di indagini, approfondimenti tematici, *paper* di ricerca, atti di convegno, tesi dottorali sui temi collegati alla protezione dei diritti e alle loro trasformazioni nel sistema europeo e negli altri sistemi di protezione internazionale a carattere regionale.

Sono molto grata ai colleghi e ai giovani studiosi che partecipano attivamente a questa esperienza di ricerca e che mi affiancano nella Commissione dipartimentale per i Quaderni della ricerca *diritti-cedu.unipg.it* alla quale è affidato il compito di programmare le uscite delle pubblicazioni e valutare in prima battuta l’inserimento di un’opera all’interno della Collana. La valutazione (*peer review*) dei lavori sarà poi affidata ad un revisore scelto di volta in volta, in relazione al tema oggetto dell’elaborato da pubblicare, all’interno di un elenco di nominativi di colleghi e studiosi appartenenti ad altre sedi universitarie.

So di interpretare anche i sentimenti dei componenti la Commissione dipartimentale nel ringraziare gli illustri professori Giuseppe Casuscelli, Fulvio Cortese, Mariavaleria del Tufo, Antonietta Di Blase, Angela Di Stasi, Alfredo Gaito e Antonio Ruggeri per aver accettato di fare parte del Comitato scientifico della Collana.

Un sincero ringraziamento va a Giovanni Marini che dal 2014, in qualità di Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza, accorda fiducia e sostegno all’organizzazione del sito web della ricerca, consentendoci così di continuare ad esplorare le potenzialità del lavoro di ricerca interdisciplinare attorno alle questioni che animano il dibattito odierno sui diritti, sulla loro perdurante fragilità e sulle trasformazioni delle garanzie.

Perugia, lì 30 Ottobre 2015

Luisa Cassetti



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Enforcement delle decisioni della
Corte di Strasburgo

- -Divieto di tortura
- -Equo processo - Misure riparatorie specifiche
- -Segreto di Stato
- -Rapporti con il diritto comunitario



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Sezione: Enforcement delle decisioni della Corte di Strasburgo – Divieto di tortura

Titolo: *Onere della prova e rischio di non persuasione nell'applicazione del principio di cui all'art. 3 della Convenzione EDU in relazione ai provvedimenti di espulsione di cittadini stranieri*

Autore: PIETRO CUOMO – MITCHELL BRONER SQUIRE

Sentenza di

Riferimento: Corte eur.dir.uomo, *Saadi c. Italia*, ricorso n. 37201/06

Parole chiave: Tortura, pene, trattamenti inumani, trattamenti degradanti, Rule 39, Italia, onere della prova, enforcement, proibizione, saadi, rapporti diplomatici, stati extracomunitari

"Noi dovremmo essere capaci di rifiutarci di vivere se il prezzo del nostro vivere fosse la tortura di esseri senzienti". Mohandas Karamchand Gandhi.

Di recente, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU) è stata chiamata più volte a statuire circa il configurarsi di una violazione del divieto di tortura, di cui all'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), in relazione a provvedimenti di espulsione coatta emessi da Stati membri verso Stati ove sia verosimile che i soggetti espulsi siano sottoposti a trattamenti incompatibili col principio del medesimo art. 3. Fra le tante, si pone qui a commento il pronunciamento Saadi vs. Italia che, sebbene non sia il più recente, è di certo fra i più significativi.

Il 9 ottobre 2002, il Sig. Saadi venne arrestato con l'accusa di terrorismo internazionale e rinviato a giudizio davanti alla Corte d'Assise di Milano. Il 9 maggio 2005, la stessa Corte, dopo aver mutato il capo d'imputazione, lo condannava alla pena di reclusione per quattro anni e sei mesi, oltre in via accessoria all'interdizione dai pubblici uffici per cinque anni, per aver commesso i reati di associazione per delinquere, falso in atto pubblico e ricettazione.

La Corte stabiliva, inoltre, che il Sig. Saadi, dopo aver scontato la pena, avrebbe dovuto essere espulso dal territorio italiano e rimpatriato nel suo Paese d'origine, la Tunisia. Due giorni dopo, l'11 maggio 2005, il Sig. Saadi veniva condannato dal tribunale militare di Tunisi per il reato di terrorismo internazionale e condannato a vent'anni di reclusione, oltre alla privazione dei diritti civili e alla sottomissione ad un "controllo amministrativo" per cinque anni.

In applicazione della sentenza della Corte d'Assise milanese, il Saadi è stato oggetto l'8 agosto 2006 di un provvedimento di espulsione del Ministero degli Interni italiano, in applicazione del Decreto Legge 27 luglio 2005, n. 144 (*"Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale"*), con

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

ordine di rimpatrio verso la Tunisia.

Contro tale provvedimento il Saadi ha proposto ricorso presso la Corte EDU, in data 14 settembre 2006. La Corte, su richiesta di sospensiva proveniente dalla parte ricorrente ed in applicazione della regola n. 39 del proprio regolamento, che ammetteva l'applicazione di misure transitorie nell'interesse delle parti, ha avanzato formale richiesta allo Stato Italiano di sospendere e non dar seguito al provvedimento di espulsione fino a data da stabilire, in quanto il trasferimento del Saadi verso la Tunisia avrebbe potuto costituire una violazione del principio assoluto di cui all'art. 3 della Convenzione, con responsabilità diretta dello Stato italiano per aver permesso detta violazione (si veda sentenza sul punto *Soering vs. Regno Unito*, ricorso n. 161/89). Infatti, il rimpatrio del Saadi avrebbe potuto esporlo a trattamenti riconducibili alla tortura da parte delle autorità tunisine che, secondo rapporti di diverse organizzazioni internazionali fra cui Croce Rossa ed Amnesty International, si erano rese frequentemente responsabili di tali trattamenti. L'Italia ha sostanzialmente accolto la richiesta interinale dei giudici di Strasburgo, non provvedendo di fatto all'espulsione.

Successivamente la causa, in prima battuta affidata alla terza sezione, venne da questa trasmessa alla Grande Camera (art. 30 CEDU), la quale confermò il proprio ormai granitico orientamento giurisprudenziale secondo cui il principio espresso dall'art. 3 della Convenzione è "assoluto", in senso proprio ed etimologico, ovvero non soggetto a confronto e bilanciamento con altri né applicabile gradatamente, ciò anche in relazione ai casi di espulsione. Ne consegue che il provvedimento di espulsione del Saadi verso la Tunisia da parte dell'Italia è da ritenersi definitivamente in violazione del principio espresso dall'art. 3 della Convenzione.

A fronte di una così recisa statuizione, corre l'obbligo per l'interprete di indagare, anzitutto quale sia in concreto la violazione che si intende scongiurare (nel suo contenuto minimo rilevante) nonché, all'esito, altrettanto in concreto, quale sia il grado di rischio sufficiente a far scattare la protezione assicurata dalla Corte EDU con l'applicazione dell'art. 3 della Convenzione al provvedimento di espulsione.

Nella propria giurisprudenza, la Corte EDU ha da tempo affermato la cosiddetta "*de minimis rule*", ossia il principio per cui la pena o il trattamento inumano o degradante di cui all'art. 3 della CEDU debba raggiungere un "*minimum level of severity*", da valutarsi caso per caso (nonché luogo per luogo) in relazione anche a durata del trattamento e condizioni personali ed ambientali della vittima. Non è quindi necessario che si integri o si paventi ("*beyond reasonable doubt*") una condotta di estrema efferatezza e sproporzione rispetto alla minima privazione logicamente connessa alla detenzione ovvero al trattamento di custodia: anche la minima violenza o degradazione ultronea rispetto al minimo connaturato all'esecuzione penale integra la fattispecie e la conseguente tutela.

Stante questa così bassa soglia di rilevanza del trattamento vietato, si comprende quindi l'estrema importanza che riveste, nel giudizio della Corte, la percezione avuta del sistema di custodia o di esecuzione penale dello Stato di destinazione in caso di espulsione. Al riguardo, tre sono le fonti conoscitive attinte: le allegazioni del ricorrente, l'attività istruttoria autonoma della Corte e le difese

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

dello Stato resistente.

Nel caso di specie, per parte ricorrente, il Saadi si è sostanzialmente limitato ad affermare che fosse “*a matter of common knowledge*” che in Tunisia gli imputati del reato di terrorismo internazionale fossero sottoposti a tortura. Sebbene la Corte abbia rilevato che, in linea di principio, sarebbe onere del ricorrente (“attore” sostanziale) dimostrare che in caso di espulsione sarebbe esposto a pratiche contrarie all’art. 3 nello stato di destinazione, i Giudici di Strasburgo hanno richiamato taluni precedenti *arrêts* al fine di giustificare una autonoma attività istruttoria *proprio motu*. Proprio tale attività ha permesso alla Corte EDU di reperire elementi atti a dimostrare l’esistenza di un rischio reale di tortura in Tunisia e pertanto, di fatto, di addossare allo Stato italiano l’onere di provare l’assenza di tale rischio.

Su questa scorta, la narrativa in sentenza fa riferimento esteso a documenti provenienti da organizzazioni, governative e non, versate nella tutela dei diritti umani, rinnovando peraltro una significativa legittimazione a taluni enti indipendenti per averli ritenuti attendibili nella propria valutazione. Tutti i documenti così analizzati, peraltro, concordemente affermano che la Tunisia rappresenta uno stato ad elevato rischio di tortura per i soggetti accusati di attività terroristiche internazionali.

Considerando anche che la violazione del principio di cui all’art. 3 è imputabile allo Stato espellente laddove non impedisca (ed anzi provveda a) che il soggetto espulso sia esposto al rischio di trattamenti inumani o degradanti, la Corte ha poi ritenuto ragionevole porre l’onere della prova contraria in capo allo Stato resistente, sotto forma della produzione di assicurazioni diplomatiche e convenzionali, sulla base delle quali si possa ragionevolmente ritenere che i provvedimenti di espulsione non rappresentino una potenziale violazione dell’art. 3 CEDU.

Lo Stato italiano, chiamato a fornire alla Corte EDU le necessarie assicurazioni, ha ricercato ed ottenuto dichiarazioni diplomatiche da parte della Tunisia, le quali hanno riportato che, *in primis*, il vigente ordinamento giuridico tunisino avrebbe garantito al Saadi la possibilità di essere giudicato da corte imparziale e che, inoltre, la Tunisia era da tempo parte di strumenti convenzionali internazionali posti a garanzia dei diritti umani (*Accordo di cooperazione in materia di lotta contro la criminalità fra Italia e Tunisia; Accordo di associazione fra Tunisia, Unione Europea e suoi Stati Membri*). Al riguardo, la stessa Corte EDU ha sottolineato, tuttavia, che “*the existence of domestic laws and accession to international treaties guaranteeing respect for fundamental rights in principle are not in themselves sufficient to ensure adequate protection against the risk of ill-treatment where, as in the present case, reliable sources have reported practices resorted to or tolerated by the authorities which are manifestly contrary to the principles of the Convention*”.

È quindi la Corte stessa a negare che gli impegni assunti dagli Stati nella ratifica di convenzioni internazionali (così come riportati nelle assicurazioni diplomatiche prodotte da Stati espellenti) possano concretamente valere a scongiurare il rischio di una violazione dei diritti umani in presenza di comprovata prassi in senso contrario, con ciò istituzionalmente sottolineando il deficit di *enforcement*

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

del diritto internazionale umanitario, ben noto agli analisti più attenti. Infatti, sebbene le obbligazioni sottoscritte dagli Stati a livello internazionale siano giuridicamente vincolanti, non vi è un sistema coercitivo che permetta di assicurarne l'esecuzione ed il corretto adempimento.

Il meccanismo delle assicurazioni diplomatiche pare inoltre censurabile sotto un altro aspetto. Gli abusi che si cerca di evitare, infatti, possono avere anche carattere istantaneo e non prolungato, per opera di singoli isolati oltre che per prassi generalizzata, sia in fase di detenzione che in fase di arresto ad opera delle forze dell'ordine (percosse, umiliazioni, etc.), con conseguente inidoneità delle assicurazioni *ex ante* a garantire efficacemente contro questo rischio, a fronte di report redatti "*ex post*", accolti dalla Corte *ut supra*, che confermano l'esistenza delle prassi in violazione.

Se, poi, è vero che lo *status* socio-democratico dello Stato in indagine influisce nella valutazione della Corte EDU (vigenza della *rule of law*, sistema giudiziario garantista, accusatorio e non inquisitorio, etc.), è anche vero che potenziali violazioni dell'art. 3 sono state censurate dalla Corte di Strasburgo anche in relazione a Stati occidentali fra i principali esportatori (armati) di democrazia su scala mondiale. Si riespande, pertanto, l'opportunità di una valutazione caso per caso.

La sostanziale inversione dell'onere della prova accettata dalla Corte nel caso di specie (ed in altri simili precedenti) se, da un lato, agevola il privato, dall'altro rende in effetti di estrema difficoltà per lo Stato espellente giustificare il proprio provvedimento, ai limiti della *probatio diabolica*, cioè che esita in una sostanziale e generalizzata illegittimità dei provvedimenti di rimpatrio verso paesi a rischio (anche minimo). I più attenti interpreti (C. NANNINI, *Il controverso valore delle assicurazioni concernenti il rispetto del divieto di tortura*, in *Riv. Dir. Int.*, Vol. XCII, 2009, pp. 807 e ss.) oltre che gli stessi governi chiamati a garantire il proprio operato innanzi la Corte EDU hanno più volte lamentato questo dato di fatto.

Al riguardo è di estrema rilevanza la lucida *concurring opinion* del Giudice Zupančič al pronunciamento qui analizzato, il quale sottolinea come il principio dimostrativo espresso dalla giurisprudenza Chahal ("*substantial grounds [of] real risk*") sottende un giudizio di natura probabilistica in evento futuro ed incerto e, pertanto, in quanto tale incompatibile con l'adozione, in senso tecnico, di uno "*standard of proof*", come viceversa ventilato dalla Corte nella sentenza in commento, sebbene a fini dichiaratamente "speculativi".

L'*opinion* citata rileva inoltre come, storicamente, l'*impasse* della insufficienza cognitiva sia stata risolta in diritto dall'istituto della "presunzione" giuridica, cui si accompagna l'inversione dell'onere della prova, da chi sostiene un fatto a proprio vantaggio a chi viceversa lo nega in propria difesa. Pertanto, i fatti allegati da una parte e non contestati dall'altra si presumono come veri. All'onere della prova si accompagna il c.d. "*risk of non-persuasion*", ossia l'alea di fallire nell'allegazione probatoria al giudicante e di risultare pertanto soccombenti. Detto meccanismo, che si applica pacificamente agli eventi naturali passati, è viceversa *per se* inadatto in relazione agli eventi futuri in cui ha rilevanza il tempo e la difficoltà della parte nel reperire le richieste fonti di prova.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Nel caso di specie, avverte il Giudice Zupančič, è appunto assurdo che si ponga l'onere della prova in capo al privato ricorrente, il quale non ha i mezzi (e spesso neanche il tempo) di fornire prova certa dei "real risks" che affronterebbe in caso di attivazione di un provvedimento di espulsione. Pertanto, "*in the context of human rights, the minimal empathy and the humanness of human rights dictate that a person threatened with expulsion should not bear an excessive burden of proof or risk of non-persuasion*".

È chiaro a chiunque quale sia il rischio di non persuasione corso dal soggetto espellendo di essere sottoposto a torture e trattamenti inumani. Corre tuttavia l'obbligo, per onestà intellettuale, di valutare ora quale sia in potenza il rischio corso dallo Stato espellente nel caso in cui non riesca a provare (per mezzo delle assicurazioni e garanzie diplomatiche di cui *supra*) che lo Stato di destinazione non rappresenti un "real risk" per il privato.

Abbiamo rilevato come il principio di cui all'art. 3 CEDU sia assoluto ed insuscettibile di confronto e bilanciamento con altri principi riconosciuti dal diritto internazionale, né convenzionali né consuetudinari, essendo applicabile inoltre "*irrespective of the victim's conduct*". Quindi, nonostante l'odiosità dei reati di terrorismo, il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti non può in alcun modo essere bilanciato con il legittimo timore dello Stato ospitante che il soggetto espellendo, in caso di permanenza, possa verosimilmente compiere atti efferati in danno della popolazione (evento futuro ed incerto al pari dei trattamenti inumani o degradanti eventualmente subiti dal soggetto medesimo una volta rimpatriato).

Sebbene non si dia luogo nel caso di specie all'annoso scontro fra potenzialità ed attualità (del rischio), ben altri titani si scomodano. Il generale ed il particolare entrano in apparente conflitto: il rischio (più o meno) astratto di un individuo contro il rischio altrettanto astratto di una pluralità di singoli indeterminabili; la sfera di intangibilità del privato contro il bene comune della *societas*. Né il tutto può risolversi in un giudizio meramente probabilistico circa quale fra i rischi paventati sia il più probabile, atteso che "*States are not allowed to combat international terrorism at all costs. They must not resort to methods which undermine the very values they seek to protect. And this applies the more to those "absolute" rights from which no derogation may be made even in times of emergency (Article 15)*". Né ancora è possibile un giudizio di "innocenza", per cui è degno di maggior tutela il cittadino innocente vittima di potenziale attacco terroristico rispetto al prospettico terrorista oggetto di maltrattamenti, atteso che nel caso in analisi la qualifica di "terrorista" non è *in rerum natu* ma discende da una condotta (anche solo potenziale) del soggetto.

La Corte di Strasburgo non ha fornito sino ad oggi risposta alle legittime allegazioni degli Stati resistenti che escono regolarmente soccombenti in applicazione della ormai consolidata giurisprudenza europea, con la sostanziale immobilità operativa che ne risulta. Il sistema delle garanzie ed assicurazioni diplomatiche non pare essere una soluzione definitiva, alla luce della incomprimibile assolutezza più volte attribuita dalla Corte EDU al principio di cui all'art. 3 della Convenzione. Si potrebbe in ogni caso ipotizzare e promuovere a livello internazionale un effettivo potenziamento degli strumenti istituzionali di controllo ovvero l'adozione di procedimenti di tutela

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

interni che comportino la presenza di terzi garanti (ad esempio, dei difensori nominati o d'ufficio, o di rappresentanti di istituzioni umanitarie internazionali come la Croce Rossa) in ogni fase della custodia e della detenzione del soggetto, in particolar modo al momento del fermo di polizia in seguito all'arresto, fase più delicata del trattamento penale.

Fermi i rilievi *de jure condendo*, all'interprete non rimane in ultima analisi che constatare la rilevanza politica, prima ed invece che giuridica, delle valutazioni *in subjecta materia*. L'incomprimibile sovranità degli Stati coinvolti, il sostanziale deficit di *enforceability* degli strumenti convenzionali internazionali in materia di diritti umani derivante dalla mancanza di meccanismi che obblighino gli Stati ad adempiere agli obblighi assunti e, in definitiva, la difficoltà di sollevare una positiva sensibilità della collettività, specialmente in relazione a fattispecie come quella in commento (ove l'accusa di terrorismo gioca un forte ruolo negativizzante), impediscono l'identificazione di una composizione agevole del conflitto di principio *retro* sottolineato.

Non può pertanto che essere condivisa e sostenuta l'interpretazione garantisticamente nomofilattica offerta dalla CEDU al principio di cui all'art. 3 della Convenzione, atteso che un orientamento diverso da quello attuale varrebbe ad incrinare una delle poche conquiste assolute del diritto internazionale dopo gli abusi ormai quasi dimenticati del secondo conflitto mondiale.

Precedenti:

Corte eur. dir. uomo: *Soering vs. Regno Unito*, (ricorso n. 161/89); *Chahal vs. Regno Unito* (ricorso n. 22414/93); *Essid Sami Ben Khemais c. Italia* (ricorso n. 246/07); (sull'obbligo per gli Stati di astenersi dall'espulsione degli stranieri qualora siano a rischio di tortura nel Paese d'origine).

Corte eur. dir. uomo: *McCallum vs. Regno Unito* (ricorso n. 183/89) (sulla c.d. "de minimis rule").

Corte eur. dir. uomo: *Irlanda vs. Regno Unito* (ricorso n. 25/78);

Labita vs. Italia (ricorso n. 26772/95) (sulla rilevanza delle condizioni personali nell'applicazione della "de minimis rule").

Corte eur. dir. uomo: *Hilal vs. Regno Unito* (ricorso n. 45276/99) (sui poteri d'indagine della Corte EDU).

Corte eur. dir. uomo: *Chahal vs. Regno Unito* (ricorso n. 22414/93); *Shamayev e Altri vs. Georgia e Russia* (ricorso n. 36378/02) (sull'importanza che la Corte comunque riconosce alle minacce di terrorismo nel valutare il contegno degli Stati).



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Profili di diritto interno

Corte d'Assise, Milano, 9 maggio 2005

Riferimenti bibliografici

Bernardi A., *Art. 3*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole - B. Conforti – G. Raimondi, Padova, 2001;

REIDY A., *The Prohibition of Torture*, Human Rights Handbook, n. 6, Council of Europe, pp. 19 e ss.

NANNINI C., *Il controverso valore delle assicurazioni concernenti il rispetto del divieto di tortura*, in *Riv. Dir. Int.*, Vol. XCII, 2009, pp. 807 e ss.

PIRRONE P., *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea per i diritti umani*, Milano, 2004.

(29 marzo 2010)



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

- Sezione:** *Enforcement delle decisioni della Corte di Strasburgo* – Divieto di tortura
- Titolo:** *Dottrina del margine di apprezzamento e principio di proporzionalità nella lotta al terrorismo internazionale: riflessioni a margine del Caso Belmarsh*
- Autore:** **DANIELA VITIELLO**
- Sentenza di riferimento:** Corte eur.d.uomo, *A e altri c. Regno Unito*, ricorso n. 3455/05, 19 febbraio 2009
- Parametro convenzionale:** art. 3 CEDU, art. 5 CEDU, art. 6 CEDU, art. 13 CEDU, art. 14 CEDU, art. 15 CEDU
- Parole chiave:** Terrorismo internazionale, detenzione stragiudiziale, *habeas corpus*, divieto assoluto di tortura e di ricorso a trattamenti disumani e degradanti, principio di non discriminazione, principio di proporzionalità, obbligo di *non-refoulement*, diritto a un equo processo, diritto a un rimedio effettivo

Il 19 febbraio 2009 la Corte europea dei diritti dell'uomo in formazione di Grande Camera, ha reso un'importante sentenza in relazione al caso *A e altri c. Regno Unito*. In tale caso veniva sollevata la delicata questione della proporzionalità delle misure adottate dal Regno Unito nella lotta al terrorismo internazionale rispetto agli obblighi ad esso derivanti dalla CEDU, misure contenute nella parte IV dell'*Anti-Terrorism Crime and Security Act 2001* (ATCSA).

La vicenda prese le mosse nel carcere londinese di Belmarsh tra il dicembre 2001 e l'ottobre 2003, quando diciassette individui stranieri, sospettati di legami con il terrorismo internazionale, vennero sottoposti al regime detentivo previsto dalla parte IV dell'ATCSA. In base a siffatto schema detentivo, il Ministro degli Interni, in ragione di informazioni provenienti dai servizi di *intelligence*, poteva azionare una procedura di certificazione di "sospetto di terrorismo internazionale" a carico di cittadini stranieri e ordinare la detenzione stragiudiziale degli stessi, senza formalizzazione delle accuse in vista di un regolare processo, nel caso in cui un ordine di deportazione nei loro confronti si rendesse inesequibile in base al principio di *non-refoulement*. L'adozione della parte IV dell'ATCSA rappresentava la risposta britannica alla pronuncia della Corte di Strasburgo nel Caso *Chahal c. Regno Unito* (ricorso n. 22414/93, [1996] ECHR 54, 15 novembre 1996), in cui la Corte aveva incisivamente riaffermato l'assolutezza dell'obbligo di *non-refoulement* e dei principi delineati già nel risalente Caso *Soering c. Regno Unito* (ricorso n. 14038/88, [1989] 11 EHRR 439, 7 luglio 1989). Tale regime detentivo aveva implicato il ricorso da parte del Regno Unito al regime derogatorio previsto dall'art. 15 della Convenzione europea in caso di emergenza pubblica "che minacci la vita della nazione", comportando una sostanziale violazione del diritto alla libertà e alla



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

sicurezza e dello *Human Rights Act 1998* (HRA), che contiene le norme di adattamento dell'ordinamento giuridico britannico alla CEDU. In ragione di ciò, nel novembre 2001, il Governo di Londra aveva notificato al Segretario generale del Consiglio d'Europa una deroga all'art. 5 CEDU, ritenuta necessaria nella lotta al terrorismo internazionale dopo gli attentati dell'11 settembre (Decreto 3644/2001, noto come *Human Rights Act Designated Derogation*).

La controversia ebbe origine nel luglio 2002, quando i detenuti del carcere Belmarsh ricorsero alla *Special Immigration Appeal Commission* (SIAC), foro speciale competente all'esame semestrale delle decisioni intraprese dal Ministro degli Interni sulla base delle norme contenute nella parte IV del ATCSA e alla ricezione dei ricorsi individuali avverso alle stesse presentati dai sospettati (Caso *A, X and Y and Others v. Secretary of State for the Home Department*, [2002] HRLR 1274). È bene notare che in nessuna fase di tale disamina gli elementi probatori alla base dell'arresto vennero portati a conoscenza degli "imputati" e dei loro avvocati. Tali informazioni erano comunicate soltanto a un avvocato speciale, cui era affidata la rappresentanza degli "imputati". Ad ogni modo, le condizioni in cui si svolse il processo in prima istanza, e la decisione di non ingerirsi nella questione dell'opportunità politica di derogare all'art. 5 CEDU in applicazione dell'art. 15 della Convenzione stessa, non impedirono alla *Special Immigration Appeal Commission* di rilevare nel regime derogatorio una sostanziale discriminazione in base alla nazionalità, in violazione dell'art. 14 CEDU.

Tale tesi, ribaltata in appello, venne poi recuperata dalla House of Lords, nell'esercizio della sua funzione di giurisdizione di ultima istanza (Caso *A (FC) and Others (FC) v. Secretary of State for the Home Department*, [2005] AC 68). Il *leading argument* della sentenza nota come "*Belmarsh decision*" resa nel dicembre 2004 nei confronti di nove cittadini stranieri detenuti a Belmarsh che avevano fatto ricorso contro la decisione della Corte d'Appello, si basava sulla natura essenzialmente discriminatoria della parte IV ATCSA. Pur attribuendo un ampio margine di discrezionalità al legislatore nella valutazione della gravità della minaccia per l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale e della soglia oltre la quale la reazione a tale minaccia potesse legittimamente consistere in una deroga alla CEDU, i Giudici della Camera dei Lords affermarono che tale legittimo fine non era stato perseguito nel rispetto del principio di proporzionalità e rivendicarono a sé la competenza a valutare questo parametro.

Nel caso di specie, il regime detentivo previsto dalla parte IV ATCSA era volto a limitare la libertà di coloro sospettati di terrorismo internazionale in quanto cittadini stranieri, senza che potesse applicarsi ai cittadini britannici ugualmente coinvolti in attività collegate alla rete di al'Qaeda. La sproporzionata violazione del principio di non discriminazione contenuto nell'art. 14 CEDU spinse la *House of Lords* ad emettere una dichiarazione di incompatibilità di tale normativa con lo HRA, rimettendo al parlamento la decisione di sanare il *vulnus* per via legislativa.

Nelle more dell'attivazione dell'organo legislativo, i pur vittoriosi ricorrenti rimasero in custodia e non ottennero alcun risarcimento del danno per la violazione dei diritti fondamentali da essi subita. Nel gennaio 2005, quindi, undici dei detenuti nel carcere londinese ricorsero alla Corte europea dei diritti dell'uomo. I ricorrenti sostenevano che la loro detenzione in regime di massima sicurezza e a



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

tempo indeterminato costituisse un trattamento disumano e degradante in violazione dell'art. 3, nonché una decisione discriminatoria in violazione dell'art. 14 e sproporzionata all'obiettivo perseguito in violazione dell'art. 5. Non essendo la detenzione funzionale all'instaurazione di un regolare processo di fronte a un giudice indipendente e imparziale, i ricorrenti lamentavano anche la violazione dell'art. 6, nonché l'assenza di un rimedio effettivo nell'ordinamento giuridico britannico e la conseguente violazione dell'art. 13 CEDU.

La Corte partì dalla valutazione delle doglianze in merito all'art. 3, considerato prima isolatamente, quindi in combinato disposto con l'art. 13. Pur riconoscendo le difficoltà che gli Stati democratici affrontano nel difendere i propri cittadini dalla sfida lanciata dal terrorismo internazionale, la Corte enfatizzò la natura assoluta dell'art. 3, concludendo che, indipendentemente dalla condotta dell'individuo e dal grado di minaccia che questi rappresenta per la sicurezza nazionale, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo proibisce la tortura e il ricorso a trattamenti crudeli, disumani e degradanti. Tuttavia, non potendosi affermare che i ricorrenti fossero stati privati della facoltà di agire per ottenere il proprio rilascio o di sollevare la questione dell'inadeguatezza delle condizioni di detenzione, poiché essi avevano avuto accesso a tutti i gradi di giurisdizione presenti nel sistema giudiziario britannico e non avevano fatto ricorso ai rimedi estesi dal diritto amministrativo britannico a qualsiasi categoria di detenuto in caso di maltrattamento, la Corte non ritenne che fosse stata raggiunta la soglia necessaria al palesarsi di un'effettiva violazione dell'art. 3 CEDU.

Anche in merito alla pretesa violazione dell'art. 5 la Corte europea partì dalla natura fondamentale del diritto alla libertà e alla sicurezza, riconosciuto a tutti gli individui che si trovano sotto la giurisdizione degli Stati parte della CEDU, indipendentemente dalla loro nazionalità. La Corte esaminò, quindi, la legittimità della detenzione stragiudiziale dei ricorrenti ex art. 5, par. 1 (f). In virtù di tale norma, lo Stato è libero di limitare il diritto alla libertà degli stranieri nell'ambito delle politiche migratorie e quindi, ad esempio, in vista dell'esecuzione di un provvedimento di espulsione. Tuttavia la Corte fece notare che tale eccezione al principio contenuto all'art. 5, par. 1 non rilevasse nel caso di specie, né *de facto*, data l'impraticabilità della deportazione dei ricorrenti verso i paesi di provenienza a causa del rischio concreto di violazione indiretta dell'art. 3 CEDU da parte del Regno Unito, né *de jure*, dato che la *ratio* stessa dell'introduzione del regime detentivo ex parte IV ATCSA risiedeva nell'impossibilità di espellere gli "imputati". Chiarita l'illegittimità della detenzione dei ricorrenti in assenza di processo ex art. 5, par. 1 CEDU, la Corte passò a verificare la legittimità della decisione britannica di derogare a tale norma in funzione di un'emergenza nazionale in grado di minacciare l'esistenza stessa della nazione. La Corte constatò che le prove addotte dal Governo circa l'esistenza di un concreto rischio di attacco terroristico ai danni del Regno Unito non erano manifestamente infondate e che, sebbene all'epoca della notifica di deroga non si fosse verificato alcun attacco terroristico da parte di al-Qaeda sul territorio britannico, i tragici eventi del 7 luglio 2005 avevano palesato al mondo intero l'esattezza di tale percezione. Quindi, in ossequio alla propria consolidata giurisprudenza sulla necessità di garantire un ampio "*margin of appreciation*" alle autorità nazionali nella valutazione di questioni delicate come quella



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

in esame, la Corte sottoscrisse la posizione della *House of Lords* nella sentenza del 2004, dichiarando la propria incompetenza a valutare la legittimità della deroga.

La sovrapposizione della decisione della Corte di Strasburgo a quella dei Law Lords nel Caso *Belmarsh* riguardò anche il principio di proporzionalità. Infatti, la Corte europea riaffermò solennemente la propria competenza a verificare se la deroga avesse ecceduto lo stretto necessario per la gestione dell'emergenza, ribadendo che «*[t]he domestic margin of appreciation is thus accompanied by a European supervision*» (par. 68). Conseguentemente, la Corte europea rilevò la violazione dell'art. 5, par. 1 da parte del Regno Unito nei confronti di tutti i ricorrenti, tranne che di quelli legittimamente rimpatriati in accordo con il summenzionato "principio *Chahal*". Infatti, la scelta discriminatoria alla base dell'ATCSA, legata all'utilizzo di una politica migratoria per risolvere un problema di sicurezza nazionale, si era rivelata fallimentare, non essendo stata in grado di escludere la complicità con gli attentatori stranieri dei terroristi *homegrown*, britannici di terza generazione. Dal canto suo, il Governo di Londra non aveva fornito prove sufficienti a fondare l'ipotesi che la minaccia terroristica proveniente dall'esterno fosse significativamente più grave di quella interna e tale da giustificare la disparità di trattamento tra nazionali e non in merito al regime detentivo previsto dalla parte IV dell'ATCSA. La legittimità di quest'ultimo sotto il profilo dell'accesso da parte dei ricorrenti alle garanzie procedurali di equo processo durante i procedimenti da costoro esperiti di fronte alla *Special Immigration Appeal Commission* rappresentò l'oggetto successivo all'attenzione della Corte.

I ricorrenti lamentavano, infatti, che la non accessibilità delle prove a loro carico li rendesse incapaci di difendersi e quindi costituisse un vizio sostanziale del procedimento. Ciò poiché, quando un individuo è detenuto in conformità a un presunto ragionevole sospetto della sua colpevolezza, il rispetto delle garanzie procedurali di equo processo, contenute nell'art. 5, par. 4 CEDU, implica che al sospettato sia offerta la possibilità di difendersi portando elementi a suo favore o confutando prove a suo carico. Tuttavia, la Corte europea ha sempre riconosciuto, nei casi in cui sussista un rilevante interesse pubblico a preservare della segretezza della prova, ad esempio per proteggere testimoni vulnerabili o le fonti dell'*intelligence*, la possibilità di comprimere tale diritto, fintanto che sia lasciata al detenuto l'opportunità di mettere in discussione in modo effettivo gli elementi a suo carico. Nel caso di specie, i giudici di Strasburgo ritennero che non vi fossero elementi fondanti per dichiarare *de jure* l'incompatibilità dei procedimenti di fronte alla SIAC con l'art. 5, par. 4 e la sproporzione del regime di segretezza della prova rispetto alle pressanti esigenze di pubblico interesse, e che non fosse quindi necessario vagliare le doglianze dei ricorrenti in merito alla violazione dell'art. 6 CEDU. Tuttavia, nei casi in cui le accuse non coperte da segreto apparivano manifestamente irrilevanti, la Corte confermò la sostanziale violazione delle garanzie procedurali di giusto processo, statuendo che gli imputati dovessero essere messi al corrente almeno delle informazioni sufficienti ad articolare la propria difesa. Infine, i giudici di Strasburgo rilevarono che i ricorrenti non avevano potuto esperire alcun procedimento di fronte ai tribunali britannici per ottenere, attraverso il risarcimento del danno, giusta soddisfazione per la compressione del proprio diritto alla libertà e alla sicurezza, in violazione dell'art. 5, par. 5 CEDU. Peraltro, la somma proposta dalla Corte europea come risarcimento del danno da parte del Regno



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Unito nei confronti nei ricorrenti, fu irrisoria rispetto alle violazioni riscontrate, motivando la scelta in ragione del delicato contemperamento dell'interesse statale alla sicurezza e il diritto individuale alla libertà.

Il filo conduttore che guida e orienta la Corte EDU nel caso in esame appare saldamente ancorato a quest'ultima esigenza e il risultato è, a prima vista, non privo di ambiguità, soprattutto alla luce della funzione dei giudici di Strasburgo di "guardiani" della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il punto di partenza di tutta l'indagine della Corte EDU consiste, infatti, nel margine di discrezionalità che essa, seguendo l'approccio adottato dalla House of Lords nel Caso *Belmarsh*, riconosce al Governo britannico nella valutazione dell'esistenza di una minaccia terroristica in grado di compromettere la vita stessa della nazione. La scelta della Corte europea di non sindacare la legittimità della decisione britannica, di ricorrere al regime derogatorio previsto dall'art. 15 della Convenzione per fronteggiare la minaccia terroristica, appare peraltro perfettamente in linea con la consolidata tendenza della Corte stessa a concedere ampio margine di discrezionalità alle autorità nazionali, in relazione ai metodi attraverso i quali assicurare la protezione di specifici diritti e alle ragioni per le quali predisporre la limitazione, soprattutto nei casi che si richiamano alla sicurezza nazionale, alla protezione di un ordine morale, nonché in quelli di particolare complessità. Alla base di questo principio c'è la considerazione della funzione sussidiaria della Corte EDU rispetto alle giurisdizioni nazionali e della funzione principale delle autorità statuali nella implementazione della CEDU. Come affermato dalla Corte stessa: «*[b]y reason of their direct and continuous contact with the pressing needs of the moment, the national authorities are in principle better placed than the international judge to decide both on the presence of such an emergency and on the nature and scope of the derogations necessary to avert it. Accordingly, in this matter a wide margin of appreciation should be left to the national authorities*» (par. 173). Tuttavia, non è sufficiente per uno Stato fare semplicemente riferimento a tale margine di discrezionalità per giustificare qualsivoglia limitazione dei diritti CEDU: è necessario che lo Stato in questione dimostri la necessità e la ragionevolezza di tali limitazioni, che debbono quindi superare un *test* di proporzionalità. Viceversa, il bilanciamento tra i diritti individuali e quelli della società operato dallo Stato parte della CEDU ben può [viceversa] essere sindacato dalla Corte di Strasburgo che, anzi, si è da sempre arrogata il compito di supervisionare la proporzionalità delle decisioni statuali comportanti una compressione dei diritti sanciti dalla CEDU (Caso *Handyside c. Regno Unito*, Serie A, No. 24 [1976] 1 EHRR 737). Tuttavia, nella fattispecie in esame, la Corte pare limitare il proprio ruolo di supervisore sulle scelte derogatorie del Regno Unito alla verifica della ragionevolezza delle valutazioni della *House of Lords* nel Caso *Belmarsh*, di fatto schiacciando le proprie posizioni su quelle dei *Law Lords*. Siffatto atteggiamento da parte della Corte EDU appare quantomeno poco usuale, dal momento che questa istituzione si è sempre opposta all'utilizzo del margine di apprezzamento come strumento di deferenza del giudice nazionale nei confronti dell'esecutivo o del parlamento. In realtà, pur potendosi svincolare dalle posizioni assunte dal tribunale britannico di ultima istanza nel Caso *Belmarsh* in relazione al "margin of appreciation", la Corte EDU ha ritenuto che il percorso ermeneutico compiuto dai giudici nazionali rispecchiasse le



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

sue vedute nel caso di specie. Anzi, la Corte sembra voler ampliare la discrezionalità riconosciuta alle autorità statuali nella determinazione della gravità della minaccia derivante dal terrorismo internazionale e, nel dettare le linee guida per la valutazione della legittimità delle deroghe alla CEDU in futuro, abbassa la soglia della minaccia necessaria all'attivazione dell'art. 15 rispetto all'interpretazione restrittiva offerta da Lord Hoffmann – uno dei componenti il collegio dei *Lords* - nella sentenza del Caso *Belmarsh*. In quella circostanza il Law Lord sostenne che, per definirsi tale, la minaccia dovesse intaccare la vita delle istituzioni dello Stato o minare l'esistenza stessa della comunità civile, mentre la Corte EDU ha ritenuto che fosse necessario considerare «*a much broader range of factors in determining the nature and degree of the actual or imminent threat to the "nation"*», e che «*emergency situations have existed even though the institutions of the State did not appear to be imperilled to the extent envisaged by Lord Hoffmann*» (par. 179).

Una chiave di lettura interessante dell'atteggiamento di sostanziale prudenza manifestato dalla Corte europea nel caso in esame va rintracciata nel riconoscimento della delicata posizione rivendicata dal Regno Unito nella lotta al terrorismo internazionale dopo i fatti dell'11 settembre e ancor più dopo quelli del 7 luglio 2005. Tale presunta posizione di particolare vulnerabilità, legata alla salda alleanza tra Regno Unito e Stati Uniti nella lotta al terrorismo internazionale, venne adottata dal Governo britannico per procedere all'adozione delle misure contenute nell'ATCSA e alla deroga all'art. 5 CEDU. Peraltro, il Regno Unito fu l'unico tra gli Stati membri della CEDU a notificare una deroga agli obblighi convenzionali in risposta all'insorgenza della minaccia terroristica di al'Qaeda, in contraddizione con la *Risoluzione 1271* dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, in base alla quale «*[i]n their fight against terrorism, Council of Europe members should not provide for any derogation to the European Convention on Human Rights*». Anche dopo il ritiro della deroga e la riformulazione della parte IV dell'ATCSA per mezzo del *Prevention of Terrorism Act 2005* (PTA), avvenuta in seguito alla pronuncia della House of Lords nel Caso *Belmarsh* e ben prima della pronuncia della Corte di Strasburgo nel Caso *A e altri c. Regno Unito*, seri dubbi sulla compatibilità dello stesso con la CEDU permanevano. La nuova normativa del 2005 introduceva lo strumento del "control order": un provvedimento amministrativo che poteva colpire stranieri e nazionali e che consisteva in una sostanziale restrizione della libertà personale, di movimento, associazione e comunicazione, con la finalità di garantire la sicurezza nazionale contro la minaccia terroristica. I ricorrenti della "Belmarsh decision", liberati in base all'abrogazione del regime carcerario cui erano sottoposti, vennero quindi assoggettati a siffatte misure di controllo. Intanto, mentre anche la nuova normativa anti-terrorismo veniva giudicata incompatibile con gli obblighi assunti dal Regno Unito in base alla CEDU in svariate pronunce della House of Lords (*Secretary of State for the Home Department v. E and another*, [2007] UKHL 47; *Secretary of State for the Home Department v. MB (FC)*, [2007] UKHL 46; e *Secretary of State for the Home Department v. JJ and others*, [2007] UKHL 45), il Governo di Londra si impegnava a favorire la deportazione dei ricorrenti, attraverso l'acquisizione di assicurazioni diplomatiche da parte degli Stati di origine sul rispetto del divieto di tortura o di trattamenti disumani e degradanti nei confronti dei deportati. In altri termini, il Regno Unito, abbandonata la strada vaticinata da Blair nel 2003 della denuncia e della successiva adesione alla CEDU con riserva rispetto alla

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

giurisprudenza *Chahal*, utilizzava lo strumento degli accordi di garanzia per farsi paladino di un'attenuazione dell'assolutezza del principio di *non-refoulement* quale delineato dalla Corte EDU (oltre a *Chahal c. Regno Unito*, *Saadi c. Italia*, ricorso n. 37201/06, [GC], 28 febbraio 2008, no. 105, e *Ben Khemais c. Italia*, ricorso n. 246/07, 24 febbraio 2009, no. 116). Raggiunto un accordo con Algeria e Giordania sulla deportazione dei presunti terroristi internazionali di tali nazionalità sottoposti a control orders, il Regno Unito notificò un ordine di espulsione a loro carico. L'esperimento delle vie di ricorso interne contro tale decisione non condusse ad alcun miglioramento della posizione dei ricorrenti che, anzi, si videro confermare la validità dell'ordine dalla stessa House of Lords il 18 febbraio 2009 (Caso *RB (Algeria) (FC) and Another v. Secretary of State for the Home Department; OO (Jordan) v. Secretary of State for the Home Department*, [2009] UKHL 10). Il giorno successivo la Grande Camera della Corte di Strasburgo rese la sentenza qui in esame. Sicuramente il contesto complessivo della vicenda non è stato ignorato né sottovalutato dalla Corte europea. In effetti, quest'ultima, pur enfatizzando l'assolutezza del principio statuito all'art. 3 CEDU, nonché l'importanza del diritto alla libertà e alla sicurezza sancito nell'art. 5 CEDU e di quello ad un equo processo ex art. 6, si concentra soprattutto sul rispetto del principio di proporzionalità, eletto a strumento ideale per contemperare le esigenze degli Stati quali garanti della sicurezza dei propri cittadini e quelle degli individui, soggetti alla giurisdizione degli Stati membri della CEDU, di vedersi riconoscere i diritti in essa tutelati. La circostanza che la Corte si mostri in grado di comprendere la problematicità della posizione del Regno Unito nella lotta al terrorismo internazionale e si concentri su un compromesso pratico, che non coinvolga direttamente un giudizio sulle scelte politiche di tale Stato, appare funzionale ad abbassare i toni del dialogo tra giudici di Strasburgo e Governo di Londra e a svuotare di senso le polemiche demagogiche sull'invadenza del sindacato della Corte EDU nell'ambito di sovranità del Regno Unito. Inoltre, va rilevato che la prudenza della Corte non implica, nel caso di specie, la debolezza del suo giudicato. Infatti, a pochi mesi dalla sentenza in esame, la *House of Lords*, chiamata a giudicare sulla legittimità del regime della prova in un procedimento di soggezione a control order, ha sostenuto che alla luce della sentenza nel Caso *A e altri c. Regno Unito*, dettagli sufficienti sui capi d'accusa dovessero essere necessariamente notificati ai sospettati, al fine di consentire loro di difendersi in modo effettivo in giudizio (*Secretary of State for the Home Department v AF and another* [2009] UKHL 28).

Precedenti citati

Corte EDU, *Handyside c. Regno Unito* (Serie A, No. 24 [1976] 1 EHRR 737)

Corte EDU, *Soering c. Regno Unito* (ricorso n. 14038/88, [1989] 11 EHRR 439, 7 luglio 1989)

Corte EDU, *Chahal c. Regno Unito* (ricorso n. 22414/93, [1996] ECHR 54, 15 novembre 1996)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Riferimenti bibliografici

De Sanctis F., *La deroga del Regno Unito alla Convenzione Europea nell'ottica della giurisprudenza di Strasburgo*, «Diritto penale e processo», 2003, 5, p. 641 e ss.

Del Vecchio A., *Problematiche di protezione della persona umana in situazioni di conflittualità e di terrorismo*, «Rivista internazionale dei diritti dell'uomo», 2003, 16 (1), p. 22 e ss.

Hunault M., *Report of the Committee on Legal Affairs and Human Rights – Combating terrorism and respect for human rights*, Doc. 9331, 22 January 2002, documento accessibile *on-line* al seguente indirizzo: <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/doc02/EDOC9331.htm> [ultimo accesso il 13 settembre 2010]

Resolution 1271 – Combating terrorism and respect for human rights, Council of Europe Parliamentary Assembly debate on 24 January 2002, 6th Sitting, documento accessibile *on-line* al seguente indirizzo: http://assembly.coe.int/Main.asp?link=http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/ta02/eres1271.htm#_ftnref1, [ultimo accesso il 13 settembre 2010]

Sandell A., *Liberty, fairness and the UK control order cases: two steps forward, two steps back*, «European Human Rights Law Review», 2008, 1, pp. 120-131

Sapienza R., *Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, «Rivista di diritto internazionale», 1991, 74 (2), pp. 571 e ss.

Sweeney J.A., *Margins of Appreciation: Cultural Relativity and the European Court of Human Rights in the Post Cold War Era*, «International and Comparative Law Quarterly», 2005, 54 (2), pp. 459-474.

(3.11.2010)



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Sezione: **Enforcement delle decisioni della Corte di Strasburgo - Divieto di tortura**

Titolo: *Espulsione di stranieri, assicurazioni diplomatiche e obbligo di non-refoulement:
riflessioni a margine del Caso Trabelsi*

Autore: **DANIELA VITIELLO**

Sentenza di riferimento: Corte eur.d.uomo, *Trabelsi c. Italia*, ricorso n. 50163/08, 13 aprile 2010

Parametro convenzionale: art. 1 CEDU, art. 3 CEDU, art. 8 CEDU, art. 34 CEDU, art. 46, par. 1 CEDU, art. 39 Reg. Corte EDU

Parole chiave: Terrorismo internazionale, espulsione verso il paese d'origine, inosservanza delle misure cautelari, violazione del diritto di ricorso individuale, divieto assoluto di tortura e di ricorso a trattamenti disumani e degradanti, obbligo di *non-refoulement*, diritto al rispetto della vita privata e familiare, diritto a un rimedio effettivo

Il 13 aprile 2010 la II Sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo si è pronunciata sul Caso *Trabelsi c. Italia*, nel quale veniva sollevata la questione della conformità agli obblighi derivanti dalla CEDU di una misura di espulsione verso il paese di origine emessa dal Governo italiano, ai sensi della normativa di conversione del decreto Pisanu (art. 3 della legge 155/2005). Il provvedimento colpiva un cittadino tunisino, già detenuto in Italia in base all'accusa di associazione con finalità di terrorismo internazionale (art. 270 bis del codice penale italiano) e di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

La controversia ebbe origine nel 2003, quando Mourad Trabelsi, cittadino tunisino regolarmente residente in Italia con la famiglia dal 1986, venne arrestato e posto in regime di detenzione provvisoria con l'accusa di appartenere a un gruppo fondamentalista islamico e di favorire l'immigrazione clandestina. Tre anni dopo fu condannato dalla Corte d'assise di Cremona a dieci anni e sei mesi di carcerazione e alla pena accessoria della deportazione nel paese d'origine al termine del periodo di detenzione in Italia, pena che venne mitigata dalla Corte d'assise d'appello di Brescia con la riduzione del periodo di detenzione a sette anni e la cassazione delle imputazioni di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare; infine, fu confermata dalla Corte di Cassazione e successivamente ridotta di ulteriori 485 giorni dal Tribunale di sorveglianza di Pavia. Nell'ottobre 2008, un mese prima del termine del periodo di detenzione che il sig. Trabelsi stava scontando in Italia, questi aveva presentato un ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, lamentando che il suo imminente trasferimento verso la Tunisia, deciso dalle autorità italiane, sarebbe avvenuto in

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

violazione degli artt. 3, 8 e 34 della CEDU, nutrendo egli il ragionevole sospetto di essere sottoposto in patria a tortura o trattamenti disumani e degradanti e di essere allontanato dai propri congiunti, qualora fosse stato espulso prima della pronuncia della Corte di Strasburgo. La motivazione addotta dal ricorrente si fondava sulla circostanza che nel 2005 una corte marziale tunisina lo avesse condannato in contumacia a dieci anni di carcerazione per reati legati al terrorismo internazionale e che esistessero prove concrete della sottoposizione dei condannati per tali reati in Tunisia a condizioni di carcerazione disumane e degradanti e a processi sommari in cui le prove erano estorte a mezzo di tortura. Infatti, le inchieste condotte da Amnesty International, Human Rights Watch e dal Dipartimento di Stato degli Stati Uniti d'America dipingevano un quadro abbastanza allarmante in materia di rispetto dei diritti umani fondamentali dei detenuti nelle carceri tunisine, quadro che svuotava di attendibilità le rassicurazioni rilasciate dalle autorità tunisine al Governo italiano. In conseguenza dell'imminente potenziale pregiudizio cui il ricorrente sarebbe stato esposto in seguito all'espulsione, il Presidente della II Sezione della Corte EDU, facendo ricorso alle misure cautelari previste dall'art. 39 del Regolamento di procedura, aveva espresso al Governo italiano l'auspicio che il ricorrente non venisse consegnato alle autorità tunisine in pendenza di giudizio a Strasburgo, al fine di evitare di sottrarlo alla giurisdizione della Corte europea, di compromettere l'effettività del diritto a un ricorso individuale e di privare di effetto utile la decisione della Corte. In ragione di tale richiesta, la Commissione per i rifugiati di Milano aveva raccomandato l'emissione di un permesso di soggiorno di protezione umanitaria nei confronti del sig. Trabelsi, ma ciò non era servito a bloccare la procedura accelerata di espulsione per motivi di sicurezza nazionale, avviata dal Ministro dell'Interno in conformità all'art. 3 della legge n. 155/2005, confermata dal Tribunale di sorveglianza di Pavia e conclusasi con la consegna dell'imputato alle autorità tunisine in data 13 dicembre 2008 e la carcerazione dello stesso presso l'istituto detentivo di Saouaf. Il giorno precedente all'espulsione, l'ambasciatore italiano a Tunisi aveva chiesto una serie di garanzie al Ministro degli Esteri tunisino in merito al trattamento che sarebbe stato riservato al sig. Trabelsi al ritorno in patria e aveva altresì invitato il Governo tunisino a partecipare come parte terza a sostegno delle posizioni dell'Italia nel processo in corso a Strasburgo. A tali richieste non era stato dato alcun seguito da parte delle autorità di Tunisi, sebbene nel gennaio 2009 l'avvocatura generale presso la direzione generale dei servizi giudiziari del Governo tunisino avesse informato l'Italia che la Tunisia avrebbe garantito il diritto a un equo processo e condizioni dignitose di detenzione per il deportato, nel rispetto degli obblighi internazionali assunti in materia di diritti umani. Alla fine dello stesso anno, una nuova comunicazione proveniente dal Ministro degli Esteri, anch'essa sollecitata dall'Italia, confermava che al detenuto era data la possibilità di incontrare i congiunti e di ricevere cure mediche in carcere.

Due sono i nodi fondamentali intorno ai quali la Corte europea dei diritti dell'uomo struttura la sentenza nel caso in esame: la natura assoluta dell'obbligo di *non-refoulement* in capo agli stati membri della CEDU nei confronti di tutti gli individui che possano essere sottoposti a tortura o trattamenti disumani e degradanti in seguito all'espulsione e l'importanza del rispetto delle decisioni della Corte EDU da parte di tutti gli stati membri, al fine di garantire il corretto



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

funzionamento del sistema di tutela dei diritti europeo, avente il suo asse portante nella CEDU stessa.

In merito al principio di *non-refoulement*, la Corte si richiama al Caso *Saadi c. Italia*, nel quale aveva offerto un indiscutibile contributo al consolidamento su scala universale del principio di non respingimento come garanzia non assoggettabile ad alcun tipo di relativizzazione né di contemperamento, nemmeno con le esigenze di sicurezza nazionale e di lotta al terrorismo internazionale. In base al principio di effettività della tutela, la Corte EDU ribadisce che l'adesione a trattati internazionali sui diritti umani, la presenza di una legislazione nazionale posta a tutela dei diritti fondamentali dell'individuo e le assicurazioni diplomatiche dei paesi verso cui l'individuo viene espulso non possano ritenersi di per sé sufficienti a sciogliere gli stati parte della CEDU dagli obblighi discendenti dall'art. 3. Il grado di prudenza nella valutazione di siffatti elementi deve aumentare allorquando fonti affidabili rivelino un rischio sostanziale che gli individui espulsi siano sottoposti a tortura e di trattamenti disumani e degradanti nei paesi di destinazione, indipendentemente dalla circostanza che le pratiche contrarie ai principi della Convenzione siano poste in essere dalle autorità pubbliche o anche da esse meramente tollerate. Rispetto alla questione delle assicurazioni diplomatiche, la Corte si richiama alla risoluzione 1433/2005 dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, in cui si chiedeva al Governo americano, *inter alia*, di non rinviare o trasferire i detenuti basandosi sulle assicurazioni diplomatiche di paesi che ricorrono notoriamente e sistematicamente alla tortura e, comunque, di non espellerli in tutti i casi in cui non fosse rigorosamente provata l'assenza del rischio di maltrattamenti. Nel caso in commento, la Corte, valutando la situazione complessiva dell'amministrazione della giustizia in Tunisia, insieme alle informazioni su tale paese contenute nel rapporto annuale 2008 di Amnesty International, e prendendo atto dell'irreperibilità di referti medici sullo stato di salute del ricorrente, è arrivata alla conclusione che l'Italia non potesse fare affidamento in buona fede sulle assicurazioni diplomatiche fornite dalla Tunisia in merito al trattamento riservato al sig. Trabelsi. In ogni caso, queste assicurazioni, pur essendo state richieste dall'Italia prima dell'esecuzione del provvedimento di espulsione, sono pervenute solo in seguito alla stessa e in forma assai generica. Inoltre, la legittimità delle stesse è posta in dubbio dalla Corte EDU che, richiamando la propria giurisprudenza nel Caso *Soldatenko c. Ucraina*, pone in luce l'assenza di qualunque certezza giuridica circa la competenza dell'Avvocato generale alla Direzione generale dei servizi giudiziari a impegnare la volontà dello Stato. Infine, sulla scia della giurisprudenza *Saadi c. Italia* e *Ismoilov e altri c. Russia*, la Corte ribadisce che la natura e la gravità dei reati commessi dallo straniero soggetto a una misura di espulsione, e quindi la sua *pericolosità* per la società ospitante, non possano in alcun modo rilevare nella valutazione del *rischio* reale di sottoposizione a pratiche disumane e degradanti dello stesso nel paese verso cui è espulso. Ne consegue che qualsiasi tentativo di strumentalizzare la circostanza che lo straniero costituisca una minaccia come giustificazione di un approccio più restrittivo e meno rigoroso all'obbligo di *non-refoulement* è ritenuto dalla Corte contrario all'art. 3 CEDU. Pertanto, l'Italia, nel procedere all'espulsione di Trabelsi verso la Tunisia, pur in presenza di un reale rischio di tortura, ha violato l'art. 3 della Convenzione europea dei diritti umani, constatazione che,

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

nell'opinione della Corte, per la sua stessa gravità, rende superfluo l'esame delle doglianze proposte dal ricorrente ai sensi dell'art. 8.

Venendo al secondo punto fondamentale della pronuncia della Corte EDU, la posizione italiana nella fattispecie in esame risulta aggravata dall'inottemperanza alla richiesta di sospensione cautelare del provvedimento di espulsione avanzata dalla Corte in conformità all'art. 39 del Regolamento di procedura, che ha privato il ricorrente del diritto di articolare la propria difesa e la Corte della possibilità di esaminare efficacemente le ragioni del ricorrente. La Corte ha richiamato il Caso *Mamatkoulov e Askarov c. Turchia* per riaffermare che l'inadempimento a richiesta formulata costituisce un serio ostacolo all'esercizio del diritto a un ricorso individuale effettivo sancito dall'art. 34, diritto che le Alte parti contraenti si sono impegnate a rispettare e favorire; inoltre, in questo modo l'Italia non ha soltanto violato l'art. 34 ma è anche venuta meno all'obbligo di garantire i diritti stabiliti dalla Convenzione a ogni persona posta sotto la sua giurisdizione ex art. 1 e di conformarsi alle sentenze definitive della Corte ex art. 46, par. 1. La Corte ha, quindi, condannato l'Italia a risarcire il ricorrente per i danni morali ex art. 41 CEDU e al pagamento delle spese di giudizio.

La sentenza nel Caso *Trabelsi c. Italia* ribadisce quanto già dalla Corte disposto nel Caso *Khemais c. Italia* e si inserisce nel filone giurisprudenziale in materia di espulsione degli stranieri e divieto di *refoulement* inaugurato dalla Corte di Strasburgo con la sentenza resa dalla Grande Camera nel Caso *Saadi c. Italia*. Siffatto filone intende opporre un'autorevole risposta giuridica ai reiterati tentativi, messi in atto in anni recenti da diversi stati membri della CEDU, di indurre il foro di Strasburgo a ricalibrare la portata dell'obbligo di *non-refoulement* al fine di ampliare lo spazio di manovra statale nella lotta al terrorismo internazionale. Tali tentativi si sostanziano, nella gran parte dei casi, nell'espulsione di individui sospettati o accusati di connessione al terrorismo internazionale, in base alla giustificazione della loro pericolosità sociale e previa richiesta di assicurazioni diplomatiche agli stati di destinazione in merito al rispetto dei diritti fondamentali degli stessi. Già nel 1996, la Corte aveva peraltro negato che tale prassi fosse in linea con gli obblighi derivanti dalla CEDU nel celebre Caso *Chahal v. Regno Unito*, in cui si era richiamata al risalente Caso *Soering c. Regno Unito*, per ricavare dal combinato disposto dell'art. 1 e dell'art. 3 l'assolutezza del divieto di espulsione verso uno Stato in cui un individuo corra il rischio di subire tali trattamenti. Questa impostazione, che assicura una protezione contro il rischio di *refoulement* che travalica ampiamente i confini delineati dagli artt. 32 e 33 della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* di rifugiato, si basa sulla disgiunzione tra i concetti di pericolosità sociale dell'individuo che si intende espellere e rischio reale che costui subisca maltrattamenti contrari all'art. 3 CEDU in seguito all'espulsione, come dalla Corte lucidamente chiarito nel Caso *Saadi c. Italia*. Tentativi di introdurre siffatto "balancing test" erano già stati operati dal Regno Unito nel precedente Caso *Ramzy c. Paesi Bassi*. Il Governo britannico, in qualità di parte terza interveniente, aveva, inoltre, contestato l'incoerenza della giurisprudenza della Corte con la sovranità assoluta degli stati sulle politiche migratorie e con la circostanza che la Convenzione non sancisca il diritto d'asilo. Ancora, nel Caso *Saadi c. Italia*, lo Stato convenuto aveva utilizzato l'argomento della



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

presunta sproporzione della tutela riconosciuta dalla giurisprudenza di Strasburgo in favore delle violazioni indirette dell'art. 3 rispetto a quelle dirette, nel tentativo di relativizzare l'obbligo di *non-refoulement*. Nessuno dei tentativi citati ha sortito l'effetto desiderato e anzi la Corte ha voluto ulteriormente ampliare la tutela offerta dall'art. 3 CEDU in materia di espulsione. Infatti, già in *Saadi c. Italia*, ma anche nel successivo Caso *N.A. c. Regno Unito*, ha affermato che le potenziali vittime di un provvedimento di espulsione in violazione dell'art. 3 CEDU possono essere sollevate dall'onere della prova specifica di rischio individuale ogni qual volta la diffusa e sistematica violazione del divieto di tortura nello Stato di destinazione sia desumibile dai rapporti di ONG indipendenti o di fonti governative. Il principio di effettività della tutela ha guidato la Corte anche nella valutazione delle assicurazioni diplomatiche. Infatti, la pratica di svariati stati membri di procedere all'espulsione, in conformità ad accordi di garanzia con i paesi di destinazione sul trattamento degli individui allontanati, non è stata ritenuta dalla Corte EDU contraria alla Convenzione *per se*. Piuttosto, la Corte si è arrogata il diritto e il dovere di valutare l'attendibilità di tali assicurazioni nel singolo caso di specie, per verificarne idoneità a neutralizzare il rischio cui sia eventualmente esposto il destinatario della misura di allontanamento (si veda ad esempio *amplius* il Caso *Ismoilov c. Russia*).

Oltre ai profili fin qui considerati, la sentenza in commento aggiunge un ulteriore spunto di riflessione. Esso riguarda la capacità di tenuta dell'intero edificio della Convenzione europea qualora dovesse consolidarsi la tendenza degli stati membri a relativizzare il divieto indiretto di tortura e la prassi di non ottemperare alle decisioni della Corte di Strasburgo. Un esempio può essere offerto dalla reiterata violazione delle misure provvisorie previste dall'art. 39 del Regolamento di procedura della Corte da parte dell'Italia. Già nel 2005, nel Caso *Mamatkoulov e Askarov c. Turchia*, la Grande Camera aveva condannato la Turchia per violazione dell'art. 34, poiché, estradando precipitosamente due individui uzbeki posti sotto la sua giurisdizione in pendenza di giudizio a Strasburgo, e non tenendo in debita considerazione la richiesta di misure cautelari proveniente dalla Corte EDU, aveva ostacolato il diritto dei ricorrenti a un ricorso effettivo, nonché una disamina efficace del caso da parte della Corte. Negli ultimi anni tali misure provvisorie sono state ripetutamente utilizzate dalla Corte in casi che hanno visto l'Italia in posizione di convenuto. Anche nella fattispecie in commento, come nel precedente Caso *Khemais c. Italia* e nel successivo Caso *Mannai c. Italia*, la Corte di Strasburgo ha, infatti, reagito al potenziale *periculum in mora* corso dai ricorrenti chiedendo all'Italia di soprassedere all'espulsione. Tale richiesta è rimasta in tutti i casi disattesa e il 14 maggio 2010 il Governo italiano è arrivato a comunicare a Strasburgo che il provvedimento di espulsione nei confronti del sig. Mannai era stato adottato "in piena consapevolezza della misura cautelare indicata dalla CEDU". Ciò è avvenuto in base alle nuove norme in materia di espulsione, che conferiscono al Ministro dell'Interno o, su sua delega, al prefetto, il potere di predisporre l'immediata espulsione dello straniero "nei cui confronti vi siano fondati motivi di ritenere che la sua permanenza nel territorio dello Stato possa in qualsiasi modo agevolare organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali" (art. 3 della l. 155/2005). La reazione di Strasburgo non si è fatta attendere e il 19 maggio 2010 il Segretario generale del Consiglio d'Europa, Thorbjørn Jagland si è detto «profondamente rammaricato nel



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

constatare il ripetersi di simili azioni da parte delle autorità italiane», ammonendo che «[è] fondamentale che le misure adottate dalla Corte, riconosciute come giuridicamente vincolanti per la totalità delle Parti alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, siano rispettate da ogni Stato membro» e concludendo che «[q]ualsiasi azione contraria rischia di compromettere il sistema dei diritti umani, essenziale per la tutela di tutti i cittadini europei». Già in precedenza, e precisamente il 6 agosto 2009, la Commissione Affari Legali e Diritti Umani dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa aveva affermato, in merito a un caso del tutto simile, l'assoluta inammissibilità che uno Stato membro della CEDU ignori le misure provvisorie vincolanti richieste dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e che tale comportamento è "vergognoso" per una "democrazia adulta" come l'Italia.

Giurisprudenza citata

Corte EDU, *Soering c. Regno Unito*, (ricorso n. 14038/88, [1989] 11 EHRR 439, sentenza del 7 luglio 1989)

Corte EDU, *Chahal c. Regno Unito*, (ricorso n. 22414/93, [1996] ECHR 54, sentenza del 15 novembre 1996)

Corte EDU, *Mamatkulov e Askarov c. Turchia*, (ricorsi n. 46827/99 e 46951/99, [GC] 4 febbraio 2005)

Corte EDU, *Saadi c. Italia*, (ricorso n. 37201/06, sentenza del 28 febbraio 2008)

Corte EDU, *Ismoilov e altri c. Russia*, (ricorso n. 2947/06, sentenza del 24 aprile 2008)

Corte EDU, *Ramzy c. Paesi Bassi*, (ricorso n. 25424/05, decisione del 27 maggio 2008)

Corte EDU, *N.A. c. Regno Unito*, (ricorso n. 25904/07, sentenza del 17 luglio 2008)

Corte EDU, *Soldatenko c. Ucraina* (ricorso n. 2440/07, sentenza 23 ottobre 2008)

Corte EDU, *Ben Khemais c. Italia*, (ricorso n. 246/07, sentenza del 24 febbraio 2009)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Corte EDU, *Mannai c. Italia*, (ricorso n. 9961/10, comunicato all'Italia il 23 giugno 2010)

Riferimenti bibliografici

Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, *Resolution 1433 (2005) – Lawfulness of detentions by the United States in Guantánamo Bay*, documento disponibile on-line all'indirizzo: http://assembly.coe.int/Mai.n.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta05/ERES1433.htm#_ftn1 [ultimo accesso il 15 settembre 2010]

Däubler-Gmelin H., Pourgourides C., *Nuovo caso di flagrante inosservanza da parte dell'Italia delle misure provvisorie vincolanti richieste dalla CEDU*, Comunicato stampa - 615(2009), Strasburgo, 6 agosto 2009, documento accessibile on-line all'indirizzo: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1481061&Site=COE> [ultimo accesso il 16 settembre 2010]

Giannelli A., *Il carattere assoluto dell'obbligo di non-refoulement: la sentenza Saadi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in «Rivista di diritto internazionale», 2008, 91 (2), pp. 449-455

Hammarberg T., *Report by Thomas Hammarberg, Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, following his visit to Italy on 13-15 January 2009*, Strasburgo, 16 April 2009, CommDH(2009)16, documento accessibile on-line all'indirizzo: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1428427&Site=CommDH&BackColorInternet=FEC65B&BackColorIntranet=FEC65B&BackColorLogged=FFC679> [ultimo accesso il 16 settembre 2010]

Jagland T., *Preoccupazione per le ripetute espulsioni da parte delle autorità italiane, dichiarazione del Segretario generale del Consiglio d'Europa*, Comunicato stampa - 403(2010), Strasburgo, 19 maggio 2010, documento accessibile on-line all'indirizzo: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=PR403\(2010\)&Language=1anItalian&Ver=original&Site=DC&BackColorInternet=F5CA75&BackColorIntranet=F5CA75&BackColorLogged=A9BACE](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=PR403(2010)&Language=1anItalian&Ver=original&Site=DC&BackColorInternet=F5CA75&BackColorIntranet=F5CA75&BackColorLogged=A9BACE) [ultimo accesso il 16 settembre 2010]

Saccucci A., *Espulsione, terrorismo e natura assoluta dell'obbligo di non-refoulement*, in «I diritti dell'uomo: cronache e battaglie», 2008, fasc. II, pp. 33-38.

(3.11.2010)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

- Sezione:** **Enforcement delle decisioni della Corte di Strasburgo** – Divieto di tortura
- Titolo:** *L'obbligo di non-refoulement nella giurisprudenza di Strasburgo dopo la rivoluzione tunisina: considerazioni sul caso Al Hanchi*
- Autore:** **DANIELA VITIELLO**
- Sentenza di riferimento:** Corte eur.d.uomo, *Al Hanchi c. Bosnia Erzegovina*, ric. n. 48205/09, 15 novembre 2011
- Parametro convenzionale:** Art. 3 CEDU; art. 5, par. 1 CEDU; art. 6, par. 1 CEDU; art. 8 CEDU; art. 39 Reg. Corte EDU; art. 54, par. 2, lett. c) Reg. Corte EDU.
- Parole chiave:** Espulsione di uno straniero verso la Tunisia dopo la “primavera araba”; divieto assoluto di tortura e di trattamenti disumani e degradanti; obbligo di *non-refoulement*, diritto alla libertà e alla sicurezza; diritto ad un equo processo; diritto al rispetto della vita privata e familiare; rispetto delle misure cautelari.

1. Il 15 novembre 2011 la Quarta Sezione della Corte EDU ha reso all'unanimità una discussa sentenza in tema di espulsione degli stranieri. Si tratta della pronuncia nel caso *Al Hanchi c. Bosnia Erzegovina*, in cui la Corte ha statuito che la deportazione verso il Paese di origine del ricorrente, un *mujaheddin* di nazionalità tunisina, non lo avrebbe esposto al rischio di subire trattamenti inumani e degradanti, in ragione dei progressi realizzati dal processo di transizione democratica in corso in Tunisia dopo la c.d. “primavera araba”.

La vicenda del ricorrente, il sig. Ammar Al Hanchi, prende le mosse durante la guerra nei Balcani, quando questi, come molti altri *mujaheddin* provenienti dall'Africa settentrionale e dal Vicino Oriente, si era recato in Bosnia per lottare al fianco dei “fratelli musulmani” contro “l'aggressore serbo” (par. 8). Dopo la cessazione delle ostilità, tuttavia, non aveva fatto ritorno in patria e, procuratosi una carta d'identità falsa valida in Bosnia, nel 1997 aveva sposato una cittadina bosniaca, dalla quale aveva avuto due figli. Nel 2009, a seguito di una verifica del suo *status* amministrativo, le autorità bosniache avevano appurato che questi era un immigrato irregolare e lo avevano collocato presso un centro di detenzione a Sarajevo in attesa della deportazione. Successivamente, sulla base delle informazioni contenute in alcuni rapporti dei servizi segreti, lo avevano dichiarato una minaccia per l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale e avevano disposto

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

nei suoi confronti un divieto di reingresso di durata quinquennale. A nulla gli era valsa la presentazione di un'istanza d'asilo e l'esibizione di testimonianze sul trattamento riservato ad altri *mujaheddin* di ritorno in Tunisia dalla guerra nei Balcani. Difatti, la sua domanda era stata rigettata con la motivazione che non vi fossero prove sufficienti a dimostrare che in Tunisia questi sarebbe stato trattato alla stregua di un presunto terrorista. Anche la sua richiesta alla Corte costituzionale bosniaca, affinché emettesse una misura cautelare di sospensione del provvedimento esecutivo di espulsione, era stata rigettata, sebbene fosse ancora in corso dinanzi a tale giurisdizione l'esame del suo caso nel merito. Peraltro, la circostanza che il suo caso fosse ancora pendente di fronte alla Suprema Corte bosniaca non gli precludeva la presentazione di un ricorso a Strasburgo, dal momento che la ricevibilità delle doglianze *ex art. 3* presuppone il previo esperimento soltanto dei ricorsi interni dotati di effetto sospensivo (*M.S.S. c. Belgio e Grecia*, par. 293). Per questi motivi, nell'agosto 2009, il sig. Ammar Al Hanchi aveva presentato un ricorso dinanzi alla Corte di Strasburgo, lamentando che l'esecuzione dell'ordine di allontanamento verso la Tunisia lo avrebbe esposto a trattamenti inumani e degradanti contrari all'art. 3 CEDU. Il ricorrente aveva fondato l'esistenza di un "rischio reale" di subire maltrattamenti in patria sul presupposto che ivi i militanti islamici erano considerati alla stregua di presunti terroristi e, di conseguenza, sistematicamente discriminati e vittime di gravi lesioni dei propri diritti umani fondamentali. Inoltre, il fatto che le autorità bosniache lo avessero qualificato come una minaccia, e il suo appartenere a quel gruppo di *mujaheddin* che aveva combattuto nei Balcani, ne avrebbero aggravato la posizione dinanzi alla giustizia tunisina. Il ricorrente aveva sostenuto, altresì, che l'esame del suo caso da parte dei tribunali nazionali fosse avvenuto in violazione del diritto a un equo processo, di cui all'art. 6 CEDU; che la propria carcerazione a Sarajevo, nelle more dell'espulsione, non avesse avuto luogo nel rispetto del diritto alla libertà e alla sicurezza, accolto nell'art. 5 CEDU e, infine, che il divieto di reingresso impostogli violasse il proprio diritto alla vita familiare, di cui all'art. 8 CEDU. Nel dicembre 2009, in ragione dei rischi potenzialmente irreparabili derivanti dalla deportazione del sig. Al Hanchi, la Corte EDU aveva intimato al Governo bosniaco di soprassedere all'esecuzione della decisione di espulsione durante lo svolgimento del procedimento a Strasburgo, agendo *ex art. 39* del proprio Regolamento di procedura (*Mamatkulov e Askarov c. Turchia*, parr. 125-126) e nel gennaio 2010 aveva stabilito di pronunciarsi congiuntamente sulla ricevibilità e sul merito del ricorso *ex art. 29*, par. 1 CEDU. Tuttavia, allo scoppio delle sommosse popolari in Tunisia nel gennaio 2011, la Corte EDU non aveva ancora deciso il caso in commento. Di conseguenza, quando, al termine della c.d. "rivoluzione dei gelsomini", essa si è trovata a deliberare, ha ritenuto che gli elementi a propria disposizione per valutare l'attendibilità delle doglianze presentate dal ricorrente non fossero più sufficienti, invitando le parti a inoltrare ulteriori osservazioni scritte ai sensi dell'art. 54, par. 2, lett. c) del proprio Regolamento di procedura. Il sig. Al Hanchi, per parte sua, ha ribadito le proprie

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

doglianze, sottolineando che l'eschecabile normativa antiterrorismo del 2003 non sia stata di fatto abrogata dal Governo transitorio e che la cultura della violenza, alla quale erano stati abituati i pubblici ufficiali tunisini negli anni della dittatura, non potesse essere mutata *d'emblée* nei pochi mesi trascorsi a partire dalla rivoluzione. Il Governo bosniaco, al contrario, ha fatto leva sull'argomento formalistico del mutamento di regime per negare la sussistenza di un rischio reale di maltrattamenti in capo al ricorrente a seguito della deportazione.

2. Dopo aver stabilito la ricevibilità del ricorso in esame, la Quarta Sezione si è mossa a partire da premesse ben consolidate nel filone giurisprudenziale della protezione degli stranieri in ambito CEDU. Essa ha ribadito il diritto sovrano degli Stati membri di regolare in modo discrezionale la materia migratoria, cui fa da contraltare l'assenza del diritto di asilo nella Convenzione e nei protocolli. Come di consueto, inoltre, la Corte EDU ha introdotto l'eccezione dell'obbligo di *non-refoulement*, configurata in termini assoluti secondo i canoni classici fissati nel caso *Saadi c. Italia* (parr. 125-138). Anche in merito all'individuazione del momento storico determinante ai fini del *risk assessment*, essa si è mantenuta nel solco della propria giurisprudenza consolidata. Difatti, la Quarta Sezione ha rilevato che, quando lo straniero non è stato ancora espulso, conformemente a una misura cautelare emessa dalla Corte EDU, il momento storico determinante è quello in cui si svolge il procedimento a Strasburgo (*Chahal c. Regno Unito*, parr. 85-86, *Saadi c. Italia*, par. 113); dal che, la richiesta alle parti di aggiornare le proprie posizioni al fine di considerare i cambiamenti introdotti in Tunisia dalla rivoluzione. Infine, secondo un orientamento altrettanto consolidato, la Quarta Sezione ha fatto affidamento su diversi rapporti prodotti da organismi internazionali di indiscussa affidabilità per valutare in qual misura il mutamento di regime in Tunisia imponesse una diversa ponderazione degli elementi a propria disposizione. Essa ha fatto riferimento a tre strumenti chiave: il *Memorandum* sulla Tunisia dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, del 1° giugno 2011; il Rapporto del Relatore Speciale delle Nazioni Unite sulla tortura e altre forme di trattamento crudele, inumano e degradante, Juan Mendez, sulla sua visita in Tunisia, del 21 maggio 2011; e il Rapporto del Relatore Speciale delle Nazioni Unite per la promozione e la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali contro il terrorismo, Martin Scheinin, sulla sua visita in Tunisia, del 26 maggio 2011. Da tali fonti emerge un quadro tutt'altro che univoco e rassicurante sulle condizioni della giustizia tunisina. Sono registrati positivamente gli sforzi del Governo transitorio al fine di garantire la stabilità ed edificare istituzioni realmente democratiche, così come lo smantellamento degli apparati della censura di regime, la dissoluzione della polizia politica, la concessione dell'amnistia ai prigionieri politici e di un risarcimento pecuniario per i gravi danni fisici e morali subiti durante il periodo di detenzione arbitraria. Ne viene applaudita, altresì, la decisione di ratificare la Convenzione internazionale contro le sparizioni forzate, i Protocolli



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

opzionali alla Convenzione contro la tortura, il Patto sui diritti civili e politici e lo Statuto della Corte Penale Internazionale. Tuttavia, si evince con chiarezza che la parte programmatica del processo di rinnovamento democratico tunisino sia ampiamente preponderante rispetto alle realizzazioni acquisite. I rapporti non nascondono che le fragili conquiste appaiono minacciate dall'ombra del colpo di stato militare e che la normativa antiterrorismo del 2003, utilizzata dal passato regime per sopprimere il dissenso politico, non sia ancora stata abrogata. Al contempo, questi documenti non tacciono sulle flagranti violazioni dell'*habeas corpus* avvenute ai danni della popolazione che manifestava pacificamente per la democrazia dopo la caduta di Ben Ali. Anzi, riportano dell'assenza di rimedi giurisdizionali effettivi, della sistematica violazione della presunzione d'innocenza e del diritto di rappresentanza legale, ma soprattutto delle terribili condizioni di detenzione dei detenuti ordinari, della diffusa e sistematica pratica delle percosse, delle intimidazioni, dei maltrattamenti e di veri e propri atti di tortura inflitti agli imputati in attesa di processo e durante l'interrogatorio, delle costanti e reiterate violazioni dei diritti dell'infanzia in ambito penale. Ne emerge un quadro in cui il rispetto per la dignità umana è praticamente assente e i procedimenti a carico di agenti di pubblica sicurezza per tortura e malversazioni stentano a iniziare a causa della diffusa cultura dell'impunità, radicata nei decenni del passato regime e incentivata a livello normativo dalla previsione che i giudici tunisini non siano tenuti ad escludere le prove ottenute a mezzo di tortura (artt. 150-152 del codice di procedura penale in vigore in Tunisia).

3. La valutazione degli elementi emersi da questi rapporti da parte della Quarta Sezione costituisce il fulcro della pronuncia in commento e il principale elemento di discontinuità con la giurisprudenza precedente della Corte EDU. In modo del tutto inconsueto, infatti, la giurisdizione di Strasburgo si è limitata a estrapolare, dalla mole di informazioni fornite, la convinzione che la transizione democratica tunisina avanzi a ritmo serrato e il Governo transitorio si stia adoperando al meglio al fine di ristabilire la *rule of law*, in particolare mediante la concessione di amnistie ai prigionieri politici e il perseguimento degli ufficiali governativi del precedente regime per i reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni. La Quarta Sezione ha aggiunto che la ratifica da parte del Governo provvisorio di importanti strumenti internazionali che si occupano dei diritti umani costituisca la dimostrazione della determinazione della "nuova" Tunisia ad abbandonare definitivamente la cultura della violenza e dell'impunità che aveva caratterizzato il precedente regime. Inoltre ha sostenuto che, sebbene dai rapporti precitati emergano episodi di malversazioni ai danni dei civili, si tratterebbe di "incidenti sporadici" (par. 44) e comunque non idonei a sostanziare la tesi avanzata dal ricorrente, ovvero che, anche dopo il mutamento di regime, i *mujaheddin*, in quanto gruppo, siano sistematicamente esposti a maltrattamenti. A partire da tali premesse, la Corte di Strasburgo ha affermato che la deportazione del sig. Al Hanchi verso la



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Tunisia non violi l'art. 3 CEDU. Inoltre, essa ha statuito che la detenzione del ricorrente nelle more dell'espulsione sia stata conforme all'art. 5, par. 1, lett. f) e alla normativa bosniaca (sezione 99, par. 2, lett. b) e sezione 118 della legge nazionale sull'immigrazione e l'asilo, *Zakon o kretanju i boravku stranaca i azilu*), ribadendo che le autorità nazionali godono di un ampio margine di discrezionalità nello stabilire le misure da adottare nei confronti degli stranieri che costituiscano una minaccia per la sicurezza nazionale, ma che non possano essere allontanati durante il procedimento dinanzi alla Corte EDU in esecuzione di una misura cautelare ordinata da quest'ultima (*A. et al. c. Regno Unito*, par. 173). La Corte ha poi escluso che le decisioni statuali relative all'ingresso, al soggiorno e all'allontanamento degli stranieri possano essere valutate in base al diritto a un equo processo, come configurato nell'art. 6 CEDU, in quanto quest'ultimo concerne soltanto le controversie sui diritti e doveri civili e sulla fondatezza delle accuse penali e non le discrezionali decisioni statuali in materia migratoria. Infine, quanto alla presunta violazione del diritto alla vita privata e familiare di cui all'art. 8, la Corte ha sostenuto di non potersi pronunciare, giacché il ricorrente non aveva soddisfatto il requisito del previo esaurimento dei ricorsi interni, essendo pendente sul punto una pronuncia della Corte costituzionale bosniaca e non rilevando la circostanza che il ricorso a tale corte interna non fosse dotato di effetto sospensivo.

4. Molteplici sono gli spunti di riflessione offerti dal caso in esame, ai quali conviene prestare attenzione singolarmente, muovendo dal *decisum* della Corte in relazione all'art. 3 CEDU. A tal fine, è opportuno ricordare che, sin dalla celebre pronuncia della Grande Camera nel caso *Saadi c. Italia*, si era consolidata, nella giurisprudenza della Corte EDU, la presunzione che l'allontanamento verso la Tunisia di un ricorrente – che si trattasse di un presunto terrorista, di un fondamentalista islamico o, semplicemente, di un personaggio in vista – comportasse una violazione dell'art. 3 CEDU. Più che alla specifica “situazione individuale” del ricorrente, tale presunzione era legata alla “situazione generale” del Paese di destinazione, ovvero al diffuso, sistematico e ampiamente documentato ricorso alla tortura a fini inquisitori, alle condizioni inumane e degradanti delle carceri e, in una parola, all'elevato grado di compromissione della macchina della giustizia tunisina (*Ben Khemais c. Italia*, par. 53-56; *Abdelhedi c. Italia*, par. 42-45; *Bouyahia c. Italia*, par. 34-37; *Hamraoui c. Italia*, par. 37-40; *Soltana c. Italia*, par. 38-41; *Toumi c. Italia*, par. 47-50). Il rilievo assunto dalla “situazione generale” del Paese di destinazione nella giurisprudenza recente della Corte EDU in tema di allontanamento di stranieri aveva comportato, dunque, un'attenuazione dell'onere della prova a carico del ricorrente, soprattutto allorquando le doglianze di quest'ultimo fossero corroborate dai resoconti di organizzazioni non governative impegnate nella difesa dei diritti umani, come Amnesty International e Human Rights Watch, o da fonti governative, come i rapporti del Dipartimento di Stato americano. A questi

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

rapporti, peraltro, la Corte aveva attribuito notevole rilevanza non solo al fine di valutare il “rischio reale” di maltrattamenti (*Chahal c. Regno Unito*, parr. 99-100; *Muslim c. Turchia*, par. 67; *Said c. Paesi Bassi*, par. 54), ma anche la credibilità delle assicurazioni diplomatiche (*Saadi c. Italia*, par. 143; *Trabelsi c. Italia*, parr. 43-46). Orbene, con la sentenza in commento, la Quarta Sezione sembra volersi “sbarazzare” senza troppi indugi della presunzione di non conformità all’art. 3 CEDU dei provvedimenti espulsivi di personalità tunisine di spicco verso la madrepatria per sostituirla con una di segno opposto, in virtù della quale la “primavera araba” e l’abbattimento della dittatura di Ben Ali comporterebbero *sic et simpliciter* che l’esecuzione di simili provvedimenti non implichi una violazione dell’art. 3 CEDU. Verrebbe da dire, di primo acchito, che se *natura non facit saltum*, al contrario il diritto ne fa; tuttavia, prima di pervenire a tale conclusione, occorre valutare il rilievo assunto, nella decisione in commento, da due limiti alla presunzione stabilita nel caso *Saadi*, altrettanto consolidati nella giurisprudenza di Strasburgo.

5. Il primo limite riguarda le ipotesi in cui il Paese di destinazione stia attraversando una fase di mera instabilità politica, di per sé non idonea a far scattare la presunzione di non conformità all’art. 3 CEDU dei provvedimenti di espulsione (*Mamatkulov e Askarov c. Turchia* par. 73; *Muslim c. Turchia*, par. 68). La Corte, infatti, ha attivato tale presunzione soltanto nei casi più gravi di dittatura, vuoto di potere o guerra civile e non anche in quelli di stabilizzazione post-rivoluzionaria, cui è riconducibile l’attuale situazione tunisina. In quest’ultima ipotesi, infatti, la Corte ha improntato la valutazione della fondatezza del rischio a criteri rigorosi, accrescendo l’onere probatorio individuale. Ciò spiegherebbe l’indugiare della Quarta Sezione sui successi ottenuti dal processo di transizione democratica in Tunisia e la scarsa attenzione alle fragilità della sua macchina della giustizia evidenziate nei rapporti del Consiglio d’Europa e delle Nazioni Unite, in assenza di ulteriori prove specifiche del rischio individualmente corso dal ricorrente. Questa riflessione, in ogni caso, non giustifica la conclusione che “*the determination of the Tunisian authorities to once and for all eradicate the culture of violence and impunity [implies] that there is no real risk that the applicant, if deported to Tunisia, would be subjected to ill-treatment*” (parr. 44-45); tanto più che la Quarta Sezione ha fondato tale convinzione sulla constatazione che il Governo transitorio ha ratificato numerosi strumenti internazionali sui diritti umani. Ora, quest’ultima circostanza non è mai stata considerata come dirimente dalla Corte di Strasburgo che, in virtù del principio di effettività della tutela, ha sempre ribadito che la ratifica di trattati internazionale da parte dello Stato di destinazione, l’esistenza di una legislazione nazionale posta a tutela dei diritti umani in tale Stato o le assicurazioni diplomatiche sul trattamento degli individui deportati, non siano elementi di per sé sufficienti a sciogliere gli Stati parti della CEDU dalla responsabilità per un’eventuale violazione dell’art. 3 CEDU derivante dall’allontanamento di uno straniero (*Chahal c.*



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Regno Unito, par. 105; *Saadi c. Italia*, parr. 147-148; *Trabelsi c. Italia*, par. 44). Il secondo limite alla presunzione stabilita nel caso *Saadi* riguarda le ipotesi in cui il ricorrente lamenti di essere discriminato e maltrattato in quanto appartenente a un gruppo specifico. Difatti, in base a un consolidato orientamento giurisprudenziale, in simili casi la Corte EDU ha esaminato con accresciuto rigore probatorio la situazione individuale del ricorrente, richiedendogli la produzione di elementi di prova specifici riguardo alla propria appartenenza al gruppo ed evitando di derivare conclusioni dal contesto generale del Paese di destinazione (*Salah Sheekh c. Paesi Bassi*, parr. 138-149). Tale rilievo potrebbe in parte spiegare la decisione della Quarta Sezione, dal momento che il sig. Al Hanchi ha insistito proprio sull'appartenenza al gruppo discriminato dei fondamentalisti islamici per sostanziare il rischio di maltrattamenti derivante dall'espulsione. Tuttavia, è singolare che la Quarta Sezione non si sia preoccupata di verificare l'appartenenza del sig. Al Hanchi a tale gruppo, notoriamente discriminato durante gli anni della dittatura, ma soltanto di prendere atto che *"there is no indication, let alone proof, that Islamists, as a group, have been systematically targeted after the change of regime"*. In altre parole, la Corte ha risolto la questione all'origine, escludendo il rischio di maltrattamenti in virtù dell'assenza di prove specifiche circa il maltrattamento del gruppo degli integralisti islamici dopo la rivoluzione tunisina. Orbene, la soluzione prescelta dalla Quarta Sezione non è criticabile in ragione dell'importanza tributata all'elemento nuovo della rivoluzione tunisina. La Corte EDU, infatti, ha sostenuto da sempre l'esigenza di interpretare i fenomeni giuridici in modo evolutivo per meglio adattarli ai cambiamenti storici (*Tyrer c. Regno Unito*, par. 31). Tuttavia, nell'adattare la propria giurisprudenza al mutare dei tempi, la Corte ha ribadito costantemente che il fine di tale adattamento è quello di assicurare l'effettività della tutela dei diritti umani sanciti nella CEDU. Dunque, è alla luce del principio di effettività della tutela che la sentenza della Quarta Sezione nel caso *Al Hanchi* appare estremamente ottimistica e alquanto prematura, considerato il quadro più ampio emerso dai rapporti precitati, il lasso di tempo estremamente breve trascorso dall'abbattimento della dittatura e il forte radicamento nelle pubbliche autorità tunisine delle prassi di tortura e trattamento inumano e degradante dei detenuti e dei terroristi.

6. D'altro canto, il principio dell'effettività della tutela riveste una tale importanza per il corretto funzionamento del sistema CEDU da indurre la Corte di Strasburgo finanche a indebolire la tenuta complessiva della propria argomentazione, al fine di preservarlo. Ciò è accaduto, ad esempio, nella sentenza *M.S.S. c. Belgio e Grecia* in materia di protezione internazionale, con la quale la Grande Camera ha ribaltato il precedente nel caso *K.R.S. c. Regno Unito*. Senza scendere in dettaglio, è sufficiente ricordare che nel caso *M.S.S.*, la Corte ha condannato il Belgio per aver proceduto al respingimento di un richiedente asilo verso la Grecia senza prima verificare il rispetto, da parte di



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

quest'ultima, degli *standard* minimi in materia di asilo e *non-refoulement*. La Grande Camera ha fondato tale pronuncia sugli "elementi nuovi" emersi dai rapporti dell'Alto Commissariato per i Rifugiati, da quelli di talune organizzazioni non governative, sulle gravi e sistematiche carenze nei meccanismi di accoglienza della Repubblica ellenica; elementi che le autorità belghe avrebbero dovuto considerare al momento dell'allontanamento del ricorrente. Tuttavia, come rilevato dall'opinione parzialmente dissenziente del Giudice Bratza (par. 160), quest'argomentazione è debole, giacché tali rapporti non facevano altro che ribadire quanto già noto alla Corte EDU al momento della decisione del caso *K.R.S.*, in cui essa aveva accreditato una presunzione assoluta di conformità del sistema di asilo greco agli obblighi derivanti dalla CEDU, fondata sulla circostanza che gli Stati dell'UE si ritenessero reciprocamente "Stati sicuri" ai fini della protezione internazionale. Orbene, se nel caso *M.S.S.* il ricorso "abusivo" all'esistenza di elementi fattuali nuovi da parte della Grande Camera appare motivato dall'esigenza di elevare gli *standard* della tutela garantita dalla CEDU contro il rischio di *refoulement*, nel caso *Al Hanchi*, il rinnovamento del contesto fattuale sembra essere addotto dalla Quarta Sezione proprio per giustificare l'operazione inversa. Per la Quarta Sezione, infatti, l'emersione di elementi fattuali nuovi è condizione necessaria e sufficiente al superamento dell'indirizzo giurisprudenziale consolidato (più favorevole al ricorrente), senza che venga in rilievo l'incidenza di tali elementi di novità sulla specifica fattispecie in esame. E ciò sebbene il quadro della giustizia tunisina, emerso dai rapporti considerati dalla Quarta Sezione nel caso *Al Hanchi*, non sia molto diverso da quello delineato in rapporti precedenti, sulla scorta dei quali, appena otto mesi prima dello scoppio della rivoluzione dei gelsomini, la Corte EDU aveva deciso che l'allontanamento dell'*imam* Trabelsi verso la Tunisia da parte dell'Italia avrebbe violato l'art. 3 CEDU (*Trabelsi c. Italia*, par. 40-43). Meraviglia, dunque, che il Giudice Bratza, Presidente della Quarta Sezione in occasione della pronuncia *Al Hanchi*, non abbia sollevato – *mutatis mutandis* – la medesima obiezione addotta nel caso *M.S.S. c. Belgio e Grecia*.

7. Venendo, infine, alle doglianze del ricorrente in relazione agli artt. 5, 6 e 8, le risposte fornite dalla Quarta Sezione non suscitano alcun particolare interesse, se non alla luce del confronto con alcune coeve pronunzie di Strasburgo. In merito all'art. 5, è interessante notare che in due sentenze di poche settimane successive a quella in commento, e ampiamente analoghe dal punto di vista fattuale, la Seconda e la Quinta Sezione della Corte EDU abbiano tentato una significativa compressione della tradizionale libertà degli Stati di optare per la detenzione dello straniero in attesa di allontanamento (*Yoh-Ekale Mwanje c. Belgio e Popov c. Francia*). In tali pronunzie, le due sezioni hanno sostenuto che la privazione della libertà personale per tale legittimo fine debba in ogni caso essere contemplata dagli Stati parti della CEDU soltanto come *ultima ratio*, qualora non

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

vi siano alternative. Ora, se la Quarta Sezione avesse mostrato un qualche interesse a un avanzamento della tutela degli stranieri in attesa di deportazione, avrebbe probabilmente potuto inserirsi in tale filone di sviluppo evolutivo della giurisprudenza precedente e dare parzialmente ragione al ricorrente. D'altro canto, la sentenza della Quarta Sezione non si distingue neppure in relazione alla presunta violazione del diritto a un equo processo. Infatti, pur ribadendo il rispetto dell'art. 6 da parte della Bosnia, essa avrebbe potuto affermare che uno Stato parte della CEDU possa essere chiamato a rispondere a Strasburgo per il flagrante diniego di giustizia in cui potrebbe incorrere un ricorrente qualora, in seguito all'espulsione verso la Tunisia, rischi di essere chiamato a rispondere di fronte a una giurisdizione nazionale che acquisisca prove ottenute tramite tortura. S'intende, tale verifica non avrebbe potuto avere luogo nel caso in commento se non in astratto, non avendo il ricorrente sollevato tale doglianza e non essendo stato convenuto in giudizio *in absentia* nel suo Paese d'origine. Tuttavia, valutando in via ipotetica questa possibilità, la Quarta Sezione avrebbe potuto lanciare un segnale contro la ben documentata prassi giurisprudenziale tunisina di ammissione degli elementi probatori estorti a mezzo di tortura, aprendo la strada alla propria pronuncia nel caso *Othman (Abu Qatada) c. Regno Unito*. In quest'ultima, emessa circa un mese dopo quella nel caso *Al Hanchi*, e non eccessivamente dissimile sotto il profilo fattuale, proprio la Quarta Sezione ha condannato il Regno Unito per aver violato l'art. 6 CEDU, deportando il ricorrente verso la Giordania, altro Paese in cui la prassi di ammissione delle prove estorte con la tortura è assai diffusa. È quanto meno plausibile, dunque, che il *favor* della giurisdizione di Strasburgo per la rivoluzione tunisina le abbia inibito qualsiasi velleità creativa nel caso *Al Hanchi*. Anche in rapporto all'art. 8, la Quarta Sezione si è posta nel solco della propria giurisprudenza consolidata. Essa ha ricordato che, ai fini della ricevibilità delle doglianze in relazione all'art. 8, il requisito del previo esaurimento delle vie di ricorso interne si intende soddisfatto soltanto qualora tutti i ricorsi interni disponibili siano stati esperiti, indipendentemente dalla circostanza che essi siano privi di effetto sospensivo. La Corte EDU, dunque, ha archiviato come prematura la doglianza del sig. Al Hanchi *ex art. 8*, rigettandola in base all'art. 35, parr. 1-4. Peraltro, circa una settimana prima della sentenza di Strasburgo, la Suprema Corte bosniaca aveva dichiarato il non luogo a procedere in merito al caso *Al Hanchi*, ribadendo, *inter alia*, che il diritto all'integrità del nucleo familiare possa essere soggetto a un bilanciamento con gli altri interessi legittimi rilevanti e che la decisione di espulsione del ricorrente fosse una misura necessaria in una società democratica per ristabilire la *rule of law*, nonché proporzionale rispetto all'obiettivo di salvaguardare la sicurezza nazionale.

8. In ultima analisi, il dato incontrovertibile che emerge dalla pronuncia nel caso *Al Hanchi* è che la Quarta Sezione della Corte EDU abbia voluto far leva sulla mera argomentazione formale del

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

cambiamento di regime in Tunisia per affrancare lo Stato convenuto dalla propria responsabilità *ex art. 3 CEDU* per la deportazione del ricorrente. Per questa via, la Quarta Sezione ha dato per assodato che nella “nuova e democratica Tunisia” siano rispettati gli *standard* minimi di tutela previsti dalla CEDU. Invero, tale semplificazione è lontana dal tradizionale *modus operandi* della Corte EDU che, peraltro, non ha mai avallato l’idea che il carattere democratico del Paese di destinazione dello straniero deportato possa contribuire ad abbassare la soglia di vigilanza contro il rischio di maltrattamenti contrari all’art. 3 (*Chahal c. Regno Unito*, parr. 101-107) e ciò – *a fortiori* – quando il Paese democratico in questione non sia membro del Consiglio d’Europa (*Irlanda c. Regno Unito*, par. 167). È probabile, dunque, che con la sentenza in commento la Quarta Sezione abbia voluto esaltare lo sforzo dei protagonisti della liberazione tunisina mediante una pronunzia dall’alto valore simbolico e politico. Tuttavia, usare maggiore prudenza le avrebbe consentito di operare un più equo bilanciamento tra le speranze per il futuro e le ombre del passato e di adattare il proprio consolidato indirizzo giurisprudenziale sul rischio di maltrattamenti in Tunisia alle nuove circostanze, richiedendo agli Stati membri della CEDU di procedere *cum grano salis* alla verifica del rispetto del divieto di tortura e degli altri diritti CEDU rilevanti nel singolo caso di specie, in ossequio al principio di effettività della tutela.

Giurisprudenza citata:

Corte EDU, *Irlanda c. Regno Unito*, (ricorso n. 5310/71, sentenza del 18 gennaio 1978).

Corte EDU, *Tyrer c. Regno Unito*, (ricorso n. 5856/72, sentenza del 25 aprile 1978).

Corte EDU, *Soering c. Regno Unito*, (ricorso n. 14038/88, sentenza del 7 luglio 1989).

Corte EDU, *Chahal c. Regno Unito* [GC], (ricorso n. 22414/93, sentenza del 15 novembre 1996).

Corte EDU, *Mamatkulov e Askarov c. Turchia* [GC], (ricorsi n. 46827/99 e 46951/99, sent. 4 febb. 2005).

Corte EDU, *Muslim c. Turchia*, (ricorso n. 53566/99, sentenza del 26 aprile 2005).

Corte EDU, *Said c. Paesi Bassi*, (ricorso n. 2345/02, sentenza del 5 luglio 2005).

Corte EDU, *Salah Sheekh c. Paesi Bassi*, (ricorso n. 1948/04, sentenza dell’11 gennaio 2007).

Corte EDU, *Saadi c. Italia* [GC], (ricorso n. 37201/06, sentenza del 28 febbraio 2008).

Corte EDU, *K.R.S. c. Regno Unito*, (ricorso n. 32733/08, decisione sulla ricevibilità del 2 dicembre 2008).

Corte EDU, *A. et al. c. Regno Unito* [GC], (ricorso n. 3455/05, sentenza del 19 febbraio 2009).

Corte EDU, *Ben Khemais c. Italia*, (ricorso n. 246/07, sentenza del 24 febbraio 2009).

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

- Corte EDU, *Abdelhedi c. Italia*, (ricorso n. 2638/07, sentenza del 24 marzo 2009).
Corte EDU, *Bouyahia c. Italia*, (ricorso n. 46792/06, sentenza del 24 marzo 2009).
Corte EDU, *Hamraoui c. Italia*, (ricorso n. 16201/07, sentenza del 24 marzo 2009).
Corte EDU, *Soltana c. Italia*, (ricorso n. 37336/06, sentenza del 24 marzo 2009).
Corte EDU, *Trabelsi c. Italia*, (ricorso n. 50163/08, sentenza del 13 aprile 2010).
Corte EDU, *M.S.S. c. Belgio e Grecia* [GC], (ricorso n. 30696/09, sentenza del 21 gennaio 2011).
Corte EDU, *Toumi c. Italia*, (ricorso n. 25716/09, sentenza del 5 aprile 2011).
Corte EDU, *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgio*, (ricorso n. 10486/10, sentenza del 20 dicembre 2011).
Corte EDU, *Othman (Abu Qatada) c. Regno Unito*, (ricorso n. 8139/09, sentenza del 17 gennaio 2012).
Corte EDU, *Popov c. Francia*, (ricorsi n. 39472/07 e 39474/07, sentenza del 19 gennaio 2012).

Riferimenti bibliografici:

AMNESTY INTERNATIONAL, *Tunisia: New Draft "Anti-Terrorism" Law Will Further Undermine Human Rights*, MDE 30/021/2003, Bruxelles, 30 settembre 2003.

CONSIGLIO D'EUROPA, Assemblea Parlamentare, *The situation in Tunisia*, Doc. 12624, 1° giugno 2011.

CORTE COSTITUZIONALE DELLA BOSNIA ERZEGOVINA, 120^a Sessione della Grande Camera, ricorso n. AP 3745/09, *Ammar Al-Hanchi*, 9 novembre 2011.

NAZIONI UNITE, Ufficio dell'Alto Commissariato per i Diritti Umani, *Counter-Terrorism: UN Human Rights Expert Concludes Follow Up Mission To Tunisia*, Ginevra, 26 maggio 2011.

NAZIONI UNITE, Ufficio dell'Alto Commissariato per i Diritti Umani, *The Visit of the UN Special Rapporteur on Torture and Other Forms of Cruel, Inhuman, Degrading Treatment or Punishment in Tunisia (15-22 May) – Press Statement*, Tunisi, 21 maggio 2011.

LOCCHI, *I limiti all'espulsione dello straniero tra lotta al terrorismo e diritti fondamentali non derogabili* (7.01.2010), in <https://diritti-cedu.unipg.it> nella sezione **Lo straniero e la Cedu**.
Respingimento ed espulsione - *Divieto di tortura*

REBASTI, *Corte europea dei diritti umani e sistema comune europeo in materia d'asilo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 5 (2011), pp. 343-355.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

VITIELLO, *Espulsione di stranieri, assicurazioni diplomatiche e obbligo di non-refoulement: riflessioni a margine del caso Trabelsi* (3.11.2010), in <https://diritti-cedu.unipg.it/> nella sezione **Enforcement delle decisioni della Corte di Strasburgo - Divieto di tortura.**

(15.02.2012)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Sezione: *Enforcement delle decisioni della Corte di Strasburgo – Divieto di tortura*

Titolo: *Il reato che non c'è: riflessioni a margine del caso Cestaro*

Autore: **CAMILLA ALLEGRUCCI**

Sentenza di riferimento: Corte eur.dir.uomo, *Cestaro c. Italia*, sentenza del 7 aprile 2015 (ric. n. 6884/11)

Parametro convenzionale: Art.3 CEDU

Parole chiave: Tortura, violenze umilianti, legislazione italiana, lacune.

1. La decisione *Cestaro c. Italia* della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 7 aprile 2015 - decisione con cui la Corte ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 3 della Convenzione, sia sotto il profilo sostanziale che sotto quello procedurale, in relazione ai fatti avvenuti alla scuola Diaz-Pertini durante il G8 di Genova - ha ricevuto una notevole eco, riportando all'attenzione generale la problematica assenza del reato di tortura nel nostro ordinamento giuridico. Sebbene l'arrêt della Corte di Strasburgo non sia certo una sorpresa, essendo ampiamente in linea con i precedenti della stessa CEDU nonché con quanto già statuito a livello interno dalla Corte d'Appello di Genova e dalla Corte di Cassazione (le cui sentenze vengono ripetutamente citate in motivazione), esso presenta comunque profili di interesse, in particolar modo nella parte relativa al volet procedurale dell'art. 3. In proposito infatti la Corte si pronuncia nettamente nel senso di ritenere che - se non si è avuta adeguata punizione di chi ha commesso atti definibili come "tortura" - la responsabilità non vada ricercata nell'apparato giudiziario, bensì nelle carenze della legislazione italiana.

2. La vicenda all'origine del ricorso è purtroppo nota. Il G8 di Genova del 19, 20 e 21 luglio 2001 si svolse in un clima di estrema tensione, caratterizzato da frequenti scontri tra le forze dell'ordine ed i manifestanti, tra i quali agivano esponenti del c.d. movimento dei "Black Bloc". La notte del 21

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

luglio, asseritamente a seguito di una segnalazione degli abitanti della zona, venne organizzata ed eseguita dalla Polizia di Stato un'irruzione nella scuola Diaz-Pertini, che il Comune di Genova aveva messo a disposizione dei manifestanti perché vi trascorressero la notte. L'intervento delle Forze dell'Ordine, che avrebbero dovuto eseguire una semplice perquisizione, si tradusse in quella che Amnesty International ha chiamato "la più grave sospensione dei diritti democratici in un paese occidentale dai tempi della Seconda Guerra Mondiale". I manifestanti alloggiati nella scuola - tra cui il ricorrente, all'epoca dei fatti sessantenne - vennero percossi ripetutamente a calci e con manganelli di tipo "tonfa" nonostante la maggior parte di essi non avesse offerto alcuna resistenza alla Polizia, che si accanì anche su persone che avevano alzato le mani in segno di resa o che si erano appena svegliate. Gli occupanti della scuola furono arrestati, arresto successivamente giudicato illegittimo: alcuni vennero condotti alla caserma di Bolzaneto; altri, necessitando di cure urgenti a causa delle percosse ricevute, furono portati in ospedale. Il ricorrente, colpito da calci e manganellate, riportò diverse fratture e dovette essere operato due volte: la prima a Genova, la seconda, a distanza di qualche anno, a Firenze.

A distanza di circa tre anni dagli eventi summenzionati si aprì a Genova il processo di primo grado; sul banco degli imputati, diversi tra agenti e funzionari di polizia, rinviati a giudizio per calunnia, abuso d'ufficio, falso ideologico e lesioni personali semplici ed aggravate. Nel 2009 arrivò la sentenza: il Tribunale di Genova escluse che l'irruzione alla Diaz fosse stata sin dall'inizio una spedizione punitiva, ma giudicò le violenze ivi perpetrate come lesive "di ogni principio di umanità e di rispetto delle persone"; dodici imputati vennero condannati (dieci di questi per lesioni personali), ma beneficiarono dell'indulto; nessuno dei responsabili materiali dell'irruzione venne identificato. Il processo proseguì in Appello e poi in Cassazione: ma prima che intervenisse la sentenza definitiva quasi tutti i reati contestati (tra cui le lesioni personali) caddero in prescrizione. A poco valsero le parole durissime della Suprema Corte su quanto avvenuto alla Diaz-Pertini (la Cassazione parlò di "violenze gravissime", volte ad "umiliare" e qualificabili come "tortura"): nessuno fu condannato per il fatto materiale delle violenze.

3. Prima ancora che terminasse il processo di legittimità Arnaldo Cestaro - che si era costituito parte civile - propose ricorso alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, lamentando la violazione da parte dell'Italia dell'art. 3 della Convenzione ("Nessuno può essere sottoposto a tortura o ad altri trattamenti inumani o degradanti"). La tesi del ricorrente è che a fronte delle violenze da lui subite, le quali a suo dire possono essere qualificate come "tortura", egli non ha ottenuto una risposta adeguata da parte delle autorità italiane: la prescrizione, la modesta entità delle sanzioni penali inflitte, gli sconti di pena di cui hanno beneficiato i condannati e l'assenza di qualsiasi sanzione disciplinare dimostrerebbero che l'Italia non ha assolto ai doveri derivanti dall'art. 3, che il ricorrente identifica nel dovere di condurre un'inchiesta efficace e rapida, identificare gli autori delle violenze e condannarli in modo proporzionato alla gravità degli atti commessi.

A tali rilievi il Governo risponde concentrandosi soprattutto sul profilo procedurale. Non vi è

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

contestazione dei fatti allegati dal ricorrente (né potrebbe esservi, visto l'esito della procedura interna): ma a detta dello Stato Italiano si tratterebbe di atti isolati (si arriva ad affermare che "la tortura in Italia non esiste"), fatti comunque oggetto di un'indagine rigorosa che avrebbe soddisfatto i requisiti procedurali imposti dall'art. 3. Neppure, a detta del Governo Italiano, potrebbe censurarsi la perdurante assenza di una fattispecie di reato ad hoc che punisca la tortura, in quanto non vi sarebbe un obbligo in tal senso derivante dalla Convenzione, e le norme incriminatrici già esistenti (segnatamente, quelle sulle lesioni personali) sarebbero sufficienti ad assicurare un'adequata repressione.

4. La Corte si sofferma in primo luogo sul profilo sostanziale del ricorso. Non essendovi contestazione sui i fatti da parte dello Stato Italiano il compito dei giudici di Strasburgo è limitato alla qualificazione giuridica: essi sono chiamati, in altre parole, a valutare se quanto accaduto la notte del 21 luglio 2001 integri una violazione della Convenzione; e come era facilmente prevedibile, essi sono netti nel rispondere affermativamente (par. 170). Resta da valutare se si tratti di trattamenti inumani e degradanti o di vera e propria tortura, come sostenuto dal ricorrente. Qui la Corte di Strasburgo "non può ignorare" (par.177) quanto sostenuto dalla Cassazione, e cioè che i maltrattamenti di cui il ricorrente era rimasto vittima erano stati posti in essere "a scopo punitivo", con l'intento di "provocare umiliazioni e sofferenze fisiche"; d'altra parte - sottolineano i giudici di Strasburgo - le caratteristiche dell'irruzione (la violenza, spropositata rispetto a quanto richiesto dalle circostanze e non giustificata, ad onta di quanto sostenuto dallo Stato Italiano, dal clima di estrema tensione che caratterizzava il summit del G8; le modalità concrete dell'operazione, che mal si addicono a quello che doveva esserne, teoricamente, lo scopo, cioè effettuare una perquisizione; la gratuità delle percosse, inflitte a soggetti che - come il ricorrente - non presentavano un pericolo per gli agenti) sono tutti elementi che inducono a ritenere "intenzionali e premeditati" i maltrattamenti inflitti al ricorrente e agli altri che avevano trovato alloggio presso la scuola Diaz-Pertini. In breve: ricorrono entrambe i requisiti che la Corte di Strasburgo ritiene essenziali per qualificare una fattispecie come "tortura", vale a dire la gravità delle lesioni inferte e la volontà deliberata di provarle; di tortura aveva già parlato la Cassazione; e di tortura si tratta, conclude laconicamente la CEDU (par. 190).

Esaurita la trattazione del profilo sostanziale, la Corte passa ad analizzare il volet procédural in quella che è forse la parte più interessante dell'arrêt. Chiamata a valutare se lo Stato italiano abbia validamente assolto agli obblighi imposti dall'art. 3 la Corte sviluppa la sua analisi a partire dal concetto di "inchiesta efficace" (par. 204 e ss.). "Efficace", dicono i giudici di Strasburgo, può essere definita solo un'inchiesta che - per le modalità con cui è condotta - permetta di giungere all'identificazione ed alla punizione (sotto il profilo sia penale che disciplinare) dei responsabili, possibilmente in tempi ragionevoli. E nel caso di specie la Corte rileva che non solo la procedura giudiziaria si è protratta per circa un decennio; non solo i responsabili materiali delle violenze commesse nella scuola Diaz non sono mai stati identificati, e di conseguenza mai sanzionati, né a livello penale né a livello disciplinare, continuando così a godere di un'impunità pressoché totale; non solo molti dei reati contestati sono caduti in prescrizione prima delle decisione definitiva (tra gli altri i

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

reati di calunnia, abuso d'ufficio, e - soprattutto - lesioni personali semplici ed aggravate); ma le stesse condanne inflitte sono irrisorie rispetto alla gravità delle violenze perpetrate a danno del ricorrente: in altre parole la Corte ritiene (par. 222) che la risposta delle autorità sia inadeguata, e pertanto tale da costituire una violazione delle obbligazioni procedurali derivanti dall'art. 3. E non vi sono dubbi su dove vada ricercata la responsabilità: la Corte afferma senza giri di parole (par. 223 e ss.) che - nonostante l'eccessiva lunghezza del processo - nulla possa essere rimproverato all'apparato giudiziario italiano, il quale ha dato prova di "fermezza esemplare", come dice la Corte riferendosi alle sentenze di appello e di Cassazione, ma è stato costretto a "combattere" con armi spuntate. Perché, sostengono i giudici di Strasburgo, è la legislazione penale italiana ad essere inadeguata, e pertanto inidonea a svolgere quel ruolo dissuasivo necessario affinché la previsione dell'art. 3 non rimanga lettera morta. Inadeguata perché non prevede che gli agenti in servizio che operano a volto coperto siano identificabili in qualche modo; inadeguata perché la prescrizione, così come è concepita nell'ordinamento italiano, rende di fatto estremamente difficile arrivare ad una condanna definitiva; e soprattutto inadeguata perché - nonostante lo Stato Italiano si affanni ad affermare il contrario - non basta ricorrere alla figura di reato di "lesioni personali" per reprimere adeguatamente quelle che non sono mere lesioni personali, ma vere e proprie torture.

Vi è dunque un problema di carattere strutturale: problema che l'Italia è tenuta a rimuovere se non vuole nuovamente incorrere in una violazione dell'art. 3. Qui la Corte è netta nell'indicare la via da seguire: sullo Stato Italiano, scrivono i giudici di Strasburgo, incombe il dovere di mettere a punto un quadro legislativo e sanzionatorio che permetta di contrastare in modo efficace i fenomeni di cui all'art. 3. Non viene detto apertamente che la soluzione è introdurre il reato di tortura nell'ordinamento italiano ("è prerogativa dello Stato scegliere i mezzi più adeguati ottemperare a quanto previsto dall'art. 46 della Convenzione"): tuttavia il senso del discorso sembra essere proprio questo. E non è infatti un caso che, nei giorni successivi alla pronuncia della Corte Europea - la quale ha avuto, come detto, notevole risonanza sui media italiani - il Governo italiano abbia finalmente fatto dei passi avanti nell'ormai decennale strada che dovrebbe portare all'introduzione di una norma incriminatrice ad hoc (ci si riferisce all'approvazione da parte della Camera del disegno di legge "Introduzione del reato di tortura nell'ordinamento italiano").

5. È ancora presto per prevedere che esito avrà l'iter parlamentare; e d'altra parte, come sottolineato da acuti commentatori, neppure l'introduzione di una norma incriminatrice sarà di per sé sufficiente se non accompagnata da interventi strutturali sul sistema giustizia che impediscano alla prescrizione di "mutilare" il lavoro di giudici ed inquirenti, garantendo l'impunità a chi commette delitti odiosi. Ma volendo guardare il lato positivo si può forse prudentemente dire che a quasi trent'anni dalla ratifica da parte dell'Italia della Convenzione delle Nazioni Unite contro la Tortura il vuoto rappresentato dall'assenza di una specifica fattispecie di reato inizia, forse, ad apparire per quello che è: intollerabile.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Precedenti

Selmouni c. Francia, sentenza del 28 luglio 1999, n. 25803/94

Ilhan c. Turchia, sentenza del 27 giugno 2000, n. 22277/93

Gafgen c. Germania, sentenza del 1 giugno 2010, n. 22978/05

Giuliani e Gaggio c. Italia, sentenza del 24 maggio 2011, n. 23458/02

El Mastri c. Macedonia, sentenza del 13 dicembre 2012, n. 39630/09

Selmouni c. Francia, sentenza del 28 luglio 1999, n. 25803/94

Profili di diritto interno

Tribunale di Genova, sentenza 4552/08

Corte d'Appello di Genova, sentenza 1530/10

Cassazione Penale, sentenza 38085/12

Riferimenti bibliografici

CASSETTI L. (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Jovene, Napoli, 2012

JANIS M., KAY R., BRADLEY A. (a cura di), *European Human Rights Law*, Oxford University Press, 2008

CIERVO A., [Obblighi positivi dello Stato e tutela della vita umana](#) (Sent. Giuliani e Gaggio c. Italia), in [diritti-cedu.unipg.it](#)

CIERVO A., [La sentenza di Strasburgo sui fatti di Genova del 2001](#), in [diritti-cedu.unipg.it](#)

VALENTINO A., [Le violenze del G8 di Genova sono tortura ai sensi della CEDU](#), in [www.osservatorioaic.it](#)

(23.10.2015)

[diritti-cedu.unipg.it](#)



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Sezione: *Enforcement delle decisioni della Corte di Strasburgo – Equo processo –
Misure riparatorie specifiche*

Titolo: *Violazione delle garanzie di difesa tutelate dalla Convenzione europea e obblighi
di riparazione gravanti sullo Stato autore dell'illecito*

Autore: ANNALISA GIANANTI

Sentenza di riferimento: Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, Decisione del 1 marzo 2006,
Sejdovic c. Italia (Ricorso n° 56581/00)

Parametro convenzionale: Artt. 6, 41, 46

Parole chiave: Processo in contumacia, obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte, misure
riparatorie specifiche

Il 1° marzo 2006, la Corte europea di Strasburgo, riunita nella Grande Camera, si è pronunciata sul caso *Sejdovic c. Italia*, confermando quanto già statuito il 10 novembre 2004 dalla prima sezione della Corte in ordine alla violazione da parte dell'Italia dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti umani.

Il caso in esame prende le mosse da un omicidio commesso nel campo nomadi di Roma l'8 settembre 1992. Inchieste di polizia individuarono nella persona di Ismet Sejdovic il presunto autore dell'illecito. Il successivo 15 ottobre, le autorità italiane ordinarono la carcerazione preventiva dell'indagato e, nell'impossibilità di reperirlo, ne dichiararono la latitanza. Nel procedimento davanti alla Corte d'assise di Roma, l'imputato fu difeso da un procuratore nominato d'ufficio ed infine condannato alla pena di ventuno anni e otto mesi di reclusione. Il 22 gennaio 1997, la sentenza di condanna a carico di Sejdovic assunse autorità di cosa giudicata. Il 22 settembre 1999, il condannato fu arrestato ad Amburgo in esecuzione di un mandato di arresto spiccato dalla Procura di Roma e ne fu immediatamente richiesta l'extradizione in Italia, con la precisazione che, una volta estradato, l'interessato avrebbe potuto chiedere la riapertura dei termini per impugnare la sentenza emessa dalla Corte d'assise di Roma, ai sensi dell'art. 175 c.p.p. Tuttavia, ai fini della citata disposizione, il riesame non operava automaticamente, ma era subordinato alla prova che l'imputato

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

non avesse avuto effettiva conoscenza del giudizio pendente a suo carico o non vi si fosse sottratto volontariamente. Pertanto, la domanda di estradizione fu respinta dalle autorità tedesche a causa dell'inesistenza nell'ordinamento giuridico italiano di meccanismi in grado di garantire all'interessato, con sufficiente margine di certezza, la riapertura del procedimento. Nel frattempo, il 22 novembre 1999 Sejdovic era stato rimesso in libertà.

Con ricorso promosso innanzi alla Corte di Strasburgo *ex art. 34* della Convenzione europea dei diritti umani, Sejdovic denunciava di essere stato condannato in contumacia senza aver avuto l'opportunità di presentare le proprie difese davanti alle autorità giurisdizionali italiane, in aperto contrasto con le garanzie processuali riconosciute dall'art. 6 della stessa Convenzione.

La prima sezione della Corte europea, constatata la violazione delle garanzie dell'equo processo da parte dell'Italia, ha precisato che codesta violazione risulta *«d'un problème structurel lié au dysfonctionnement de la législation et de la pratique internes»*, determinato dall'assenza di un meccanismo effettivo in grado di garantire il diritto delle persone condannate in contumacia ad ottenere una nuova pronuncia. In considerazione della natura strutturale di tale lacuna, la Corte, dopo aver individuato nella revisione del processo la misura individuale più appropriata al caso di specie, ha osservato che *«des mesures générales au niveau national s'imposent»*, al fine di evitare che persone che vengano a trovarsi nella stessa situazione del ricorrente debbano soffrire di una analoga violazione dei diritti riconosciuti dall'art. 6 della Convenzione europea.

Avverso questa pronuncia, il Governo italiano si è avvalso della facoltà di rinviare la questione all'esame della Grande Camera. Il 1° marzo 2006, la Grande Camera si è pronunciata sul caso, giungendo a conclusioni non dissimili da quelle espresse dalla prima sezione della Corte. Da un lato, preso atto delle riforme nel frattempo introdotte in Italia con la l. 23 aprile 2005, n. 60 al fine di consentire un più agevole riesame di una sentenza pronunciata in contumacia, la Corte nella composizione della Grande Camera ha escluso di dover reiterare l'invito affinché l'ordinamento giuridico italiano si dotasse di misure a carattere generale per dare esecuzione alla sua pronuncia. Infatti, in assenza di una giurisprudenza interna applicativa delle disposizioni novellate, la Grande Camera ha ritenuto prematuro pronunciarsi sulla idoneità delle stesse a perseguire efficacemente gli obiettivi fissati dall'art. 6 della Convenzione europea. Dall'altro lato, essa ha invece ribadito quanto già espresso dalla prima sezione della Corte nel 2004, raccomandando all'Italia di introdurre un nuovo processo o di riaprire il precedente procedimento a richiesta dell'interessato, individuando in ciò le misure di riparazione specifiche più idonee a sanare la violazione commessa a danno di Sejdovic.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Le due pronunce relative al caso *Sejdovic c. Italia* forniscono lo spunto per riflettere sia sull'estensione della competenza della Corte di Strasburgo a pronunciarsi sulle conseguenze derivanti dalla violazione della Convenzione europea, sia sugli effetti che le sentenze della medesima possono produrre nell'ordinamento giuridico interno dello Stato responsabile.

Quanto al primo punto, l'art. 41 della Convenzione europea non concede alcuna autonomia alla Corte nella scelta della natura e dell'estensione della riparazione che, tra le varie forme offerte dal diritto internazionale generale, meglio si attaglierebbe ai caratteri dell'illecito commesso e della lesione subita dal ricorrente. Attenendosi al tenore letterale di questa disposizione, dunque, la Corte di Strasburgo non sarebbe legittimata ad ordinare allo Stato autore della violazione, ove possibile, il ripristino dello stato di fatto anteriore al compimento dell'illecito né, qualora la *restitutio in integrum* si rivelasse inattuabile, essa potrebbe accordare alla parte lesa un risarcimento per il danno subito. La Corte, infatti, può unicamente accordare alla vittima un'«equa soddisfazione», ma solo nel caso in cui l'ordinamento dello Stato autore della violazione non abbia permesso di riparare adeguatamente.

«*Déclaratoires pour l'essentiel*», le sentenze della Corte dovrebbero perciò limitarsi ad accertare se, nel caso sottoposto a giudizio, vi sia stata la violazione di una disposizione convenzionale, non potendo invece rimediare esse stesse alle violazioni constatate attraverso l'annullamento o la modifica delle norme interne oggetto di contestazione, o attraverso l'imposizione allo Stato responsabile di altre misure riparatorie specifiche. Quest'ultimo compito, infatti, spetta unicamente allo Stato autore della violazione, il quale, in virtù dell'art. 46 §1 della Convenzione europea, è tenuto «a conformarsi alle sentenze definitive della Corte», predisponendo autonomamente le misure necessarie alla cessazione della violazione e alla eliminazione delle conseguenze della stessa. Se il diritto interno dello Stato responsabile rendesse impossibile o incompleta la riparazione, solo allora troverà applicazione l'art. 41.

I più recenti orientamenti della Corte di Strasburgo sembrerebbero però smentire l'impostazione da ultimo citata. Nel caso *Sejdovic*, infatti, l'assenza nell'ordinamento giuridico italiano di strumenti in grado di assicurare il diritto alla difesa della vittima condannata in contumacia, non ha impedito alla Corte di imporre allo Stato responsabile, in luogo dell'«equa soddisfazione» prescritta dall'art. 41, l'adozione di misure a portata individuale, quale la revisione del processo interno conclusosi con una sentenza passata in giudicato, nonché di misure a carattere generale, consistenti nell'adozione di misure legislative idonee a garantire i diritti tutelati dall'art. 6 della Convenzione europea.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

In realtà, la soluzione fornita al caso *Sejdovic c. Italia* non fa che confermare la tendenza, oramai frequente tra gli organi di Strasburgo, a dotare le proprie pronunce di un contenuto sanzionatorio più ampio di quello che era stato originariamente conferito loro dalla Convenzione. A differenza del passato, inoltre, le più recenti sentenze della Corte non si limitano ad accertare la compatibilità con la Convenzione europea degli effetti che determinate misure statali producono in capo al ricorrente, ma sono altresì solite andare oltre l'oggetto formale della causa, valutando in astratto le conseguenze che quelle stesse misure sono suscettibili di produrre nei confronti di chiunque venga a trovarsi in una posizione analoga a quella del ricorrente.

In conseguenza di ciò, oltre alla ordinaria efficacia di cosa giudicata in senso sostanziale, discendente dall'art. 46 §1 della Convenzione europea, le sentenze della Corte sembrano dotate di un *quid pluris*, consistente nel porre a carico dello Stato responsabile di una violazione della Convenzione un obbligo aggiuntivo di adottare provvedimenti a carattere generale destinati a scongiurare il ripetersi di violazioni analoghe a quelle già accertate dalla Corte. Pertanto, le pronunce degli organi di Strasburgo non sarebbero più qualificabili alla stregua di semplici sentenze di accertamento, ma si tradurrebbero in vere e proprie pronunce costitutive che, lungi dal produrre effetti nel solo caso oggetto di giudizio, imporrebbero allo Stato autore della violazione l'adozione di misure riparatorie con efficacia *erga omnes*.

Questa pronuncia apre, dunque, la strada alla possibilità di affermare che l'art. 46 §1 della Convenzione pone in capo agli Stati parte un obbligo aggiuntivo di fare o di non fare che varia in funzione del contenuto della sentenza.

Con riferimento ai profili individuali, come si è visto, la corresponsione dell'eventuale equo indennizzo previsto dalla Corte a favore della vittima non sempre esaurisce l'esecuzione della sentenza. Di frequente, gli Stati adottano misure ulteriori a carattere individuale, tra cui la riapertura dei processi interni, con il dichiarato intento di porre termine alla violazione e di cancellare, ove possibile, tutte le conseguenze da essa prodotte in capo al ricorrente.

Ebbene, il fatto che i legislatori nazionali, attraverso l'adozione di normative *ad hoc* che consentono la riapertura dei processi a seguito di una sentenza della Corte, dimostrino di considerare necessaria una riparazione integrale a favore della vittima, non significa che si sia formata una nuova norma consuetudinaria che prevale sull'eccezione di cui all'art. 41 della Convenzione, imponendo agli Stati di dotarsi di norme interne che garantiscano la revisione o la riapertura dei processi.

Rileva, tuttavia, mettere in luce come la deroga alle norme di diritto internazionale generale in materia di riparazione, introdotta dall'art. 41, riguardi solo l'obbligo di cancellare determinate

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

conseguenze della violazione ai danni del ricorrente e non anche la cessazione di detta violazione. Del resto, nella stessa sentenza *Sejdovic c. Italia* del 1° marzo 2006, la Grande Camera, mentre afferma in termini perentori l'obbligo di far cessare la violazione constatata dalla Corte, con riguardo alla cancellazione delle relative conseguenze abbassa il tono, stabilendo che ad essa lo Stato provveda «nella misura del possibile».

Come è noto, l'obbligo di porre termine alla violazione può rendere necessaria l'adozione di misure a carattere generale, come l'abrogazione o la modifica di una norma interna, in assenza delle quali lo Stato incorrerebbe nel rischio di vedersi nuovamente condannare davanti alla Corte di Strasburgo. In casi simili, le misure eventualmente adottate rappresentano, al tempo stesso, cessazione della violazione nei confronti della vittima, nonché di qualsiasi individuo dovesse sperimentare una situazione identica a quella del ricorrente.

Con riferimento ai profili generali della sentenza, l'ulteriore obbligo che sembra discendere dall'art. 46 §1 della Convenzione consiste, dunque, nell'adozione di provvedimenti destinati a scongiurare il ripetersi di analoghe violazioni.

Da quanto precede emerge come l'intero sistema di garanzia introdotto dalla Convenzione europea dei diritti umani si stia muovendo verso il perseguimento di un obiettivo di ampio respiro, consistente nel tutelare non solo l'interesse individuale, ma anche e soprattutto l'interesse generale a che tutti gli Stati conformino progressivamente i propri ordinamenti e le proprie prassi interne ai principi dell'equo processo, onde evitare che violazioni analoghe a quelle già accertate si ripetano all'infinito.

Precedenti

Difformi (incompetenza della Corte ad ordinare misure riparatorie specifiche):

Corte eur. dir. uomo: casi *Pauwels c. Belgio* (ricorso n° 10208/82); *Belilos c. Svizzera* (ricorso n° 10328/83); *Yagci e altri c. Turchia* (ricorso n° 16419/90, 16426/90); *Lundevall c. Svezia* (ricorso n° 38629/97).

Conformi (competenza della Corte ad ordinare misure riparatorie specifiche):

Corte eur. dir. uomo: casi *Scozzari e Giunta c. Italia* (ricorso n° 41963/98, 67790/01); *Mehemi c. Francia* (ricorso n° 25017/94, 53470/99); *Broniowski c. Polonia* (ricorso n° 31443/96).

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Comitato dei Ministri: Risoluzione Interinale DH(99) 529 del 29 luglio 1999; Risoluzione interinale DH(2002) 30 del 19 febbraio 2002; Raccomandazione R (2000)2 del 19 gennaio 2000; Raccomandazione (2004)6 del 12 maggio 2004.

Riferimenti bibliografici

E. Lambert, *Le réexamen de certaines affaires suite à des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2001, 715 ss.;

A. Saccucci, *Obblighi di riparazione e revisione dei processi nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2002, n. 3, 618 ss.;

G. Zagrebelsky, *I mutamenti legislativi o regolamentari e di prassi amministrative volti ad impedire il riprodursi della violazione*, in *La Corte europea dei diritti umani e l'esecuzione delle sentenze*, Napoli, 2003, 111 ss.;

P. Pirrone, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea per i diritti umani*, Milano, 2004;

A. Giansanti, *Violazione delle garanzie di difesa tutelate dalla Convenzione europea per i diritti umani e obblighi di riparazione gravanti sullo Stato autore dell'illecito: il caso Sejdovic c. Italia*, in *Giurisprudenza di Merito*, nn. 7-8, 2008, pp. 2105-2124.

(28.02.2010)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Sezione: *Enforcement delle decisioni della Corte di Strasburgo* – Segreto di Stato

Titolo: *Extraordinary renditions: il mancato bilanciamento tra le esigenze di tutela dei diritti fondamentali e il segreto di Stato. Riflessioni a margine del caso Abu Omar*

Autore: ANTONIO PANETTA

Sentenza di riferimento: Corte europea dei diritti dell'uomo, *Hassn Nasr e Ghali c. Italia* ric. n. 44883/09 (in attesa di decisione)

Parametro convenzionale: art. 3 CEDU; art. 5 CEDU; art. 6, par. 1 CEDU; art. 8 CEDU; art. 13 CEDU;

Parole chiave: *Extraordinary renditions*, consegna straordinaria, segreto di stato, tortura, crimini internazionali, immunità dalla giurisdizione degli organi stranieri

Con sentenza del 4 novembre 2009, la cui motivazione è stata depositata il 1° febbraio 2010, il Tribunale di Milano ha statuito in merito alle responsabilità penali per il rapimento di Abu Omar. Il processo svoltosi in primo grado di fronte ad un giudice in composizione monocratica, è stato intervallato da una pronuncia della Corte costituzionale in merito alla legittimità del segreto di stato apposto dal Governo italiano sulle risultanze probatorie emerse nel corso delle indagini; e si è concluso con il riconoscimento della colpevolezza, a vario titolo, di ventitré imputati statunitensi per sequestro di persona aggravato. Ognuno dei condannati rivestiva al momento del fatto una carica ufficiale trattandosi di agenti della CIA, funzionari consolari e di un colonnello dell'aviazione civile. Venivano condannati per favoreggiamento anche due imputati italiani, colpevoli di aver tentato di depistare le indagini. Era invece dichiarata improcedibile l'azione penale nei confronti del responsabile della CIA in Italia e di due segretari dell'Ambasciata degli Stati Uniti poiché riconosciuti beneficiari di immunità diplomatica. Medesima sorte subiva l'azione penale esercitata nei confronti degli imputati italiani componenti del SISMI, in ragione del segreto di Stato opposto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri. Tra gli imputati italiani unico condannato risultava un maresciallo del ROS Carabinieri, reo confesso di concorso nel sequestro di persona, che aveva precedentemente patteggiato la pena. Avverso la sentenza di primo grado veniva presentato appello dal Procuratore della Repubblica deciso dalla Terza Sezione Penale della Corte d'Appello di Milano con sentenza del 15 dicembre 2010 le cui motivazioni sono state depositate il 15 marzo 2011. In grado d'appello, la Corte ha sostanzialmente confermato sia le responsabilità accertate in primo grado rispetto ai ventitre imputati statunitensi e ai due italiani condannati, sia la sussistenza

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

dell'improcedibilità nei confronti degli agenti diplomatici, per l'immunità da questi goduta e rispetto ai funzionari del Sismi per l'opposizione del segreto di Stato. A cambiare, invece, sono state le pene di giustizia inflitte, inasprite per i gli imputati statunitensi da otto a nove anni per uno degli imputati e da cinque a sette per tutti gli altri, in ragione del non riconoscimento delle attenuanti generiche. Per gli imputati italiani, invece, è stata riconosciuta una leggera diminuzione di pena, revocata la condanna al risarcimento del danno e confermata l'interdizione temporanea dai pubblici uffici.

Le sentenze in commento, tuttavia, non sono destinate a chiudere la vicenda. Infatti, il 4 agosto 2009 i difensori di Abu Omar hanno presentato alla Corte europea dei diritti dell'uomo un ricorso, *Hassn Nasr e Ghali c. Italia*, ric. n. 44883/09, ancora in attesa di decisione, con il quale viene chiesta la condanna dell'Italia per violazione dei diritti sanciti dalla CEDU a un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, art. 6, par. 1; a un ricorso effettivo, art. 13; a non essere vittima di tortura o trattamenti inumani o degradanti, art. 3; alla libertà e sicurezza, art. 5; al rispetto della propria vita privata e familiare, art. 8. Questo ricorso potrebbe portare la Corte europea dei diritti dell'uomo a pronunciarsi nuovamente rispetto alle c.d. *extraordinary renditions*, a pochi mesi dalla sentenza *Iskandarov v. Russia*, ric. 17185/05, del 23 settembre 2010 con la quale i giudici di Strasburgo hanno espresso una forte condanna nei confronti di questa prassi.

Com'è noto, questa pratica, intesa quale strumento della guerra totale al terrorismo, è stata adottata in maniera stabile dal Governo statunitense dopo gli attentati alle Torri gemelle dell'11 settembre 2001, con la collaborazione degli Stati stranieri nei quali siano presenti individui sospettati di terrorismo internazionale. Tuttavia, tale pratica differisce dalle già note azioni di cattura compiute in passato da agenti segreti in territorio straniero, come nel noto caso *Eichmann*. L'apprensione forzosa del sospettato, infatti, non ha qui lo scopo di eludere le procedure di estradizione, permettendo un veloce e rapido trasferimento del soggetto in territorio statunitense per sottoporlo a processo, bensì quello di trasferirlo in un Paese terzo nel quale poter attuare una detenzione priva di garanzie giudiziarie e sottoporlo ad interrogatori al fine di ottenere le informazioni desiderate, poter infliggere torture e altri trattamenti inumani e degradanti. È quanto successo nel caso in esame, quando l'*imam* Nasr Osama Mostafà Hassan, meglio noto come Abu Omar, il 17 febbraio 2003 veniva rapito nei pressi della moschea di Milano e trasferito, dapprima nelle basi militari USA di Aviano e di Ramstein in Germania, per essere poi trasportato e recluso in Egitto fino al 2007. Tutto ciò nonostante lo stesso fosse fuggito qualche anno prima proprio dall'Egitto, suo stato nazionale, riparando in Italia dove gli era stato riconosciuto lo *status* di rifugiato politico. Nel corso della detenzione nel suo Paese, Abu Omar è stato sottoposto a torture e trattamenti inumani e degradanti al fine di ottenere informazioni circa i piani di attacchi terroristici nei quali presumibilmente era



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

coinvolto. La sua presenza in Egitto nel periodo in questione, tra l'altro, è stata confermata da autorità governative nazionali su fonti giornalistiche, mentre nessuna risposta ufficiale è giunta alle istanze istruttorie ripetutamente presentate dalla Procura di Milano che, all'epoca dei fatti, aveva in corso un'indagine nei confronti dell'*imam* proprio per sospetta attività terroristica. Il Tribunale di Milano ha limitato il processo in esame alla contestazione del reato di sequestro di persona di cui all'art. 605 c.p., circoscrivendo la propria attività al fatto commesso sul territorio italiano e dimostrando così di inserirsi in una dimensione di territorialità del diritto penale probabilmente anche nell'intento di dare alle emananda decisione un minimo di effettività sanzionatoria in ragione degli ostacoli di natura politica insiti nel procedimento (Pillitu P.A., *Crimini internazionali, immunità diplomatiche e segreto di Stato nella sentenza del tribunale di Milano nel caso Abu Omar*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 3/2010, p. 670). Con tale scelta, tuttavia, il Tribunale ha mancato la possibilità di esplorare strade ulteriori che avrebbero potuto essere preludio a diverse conclusioni in ordine ai due punti cardine della decisione, ovvero il riconoscimento dell'immunità diplomatica agli individui-organi statunitensi nonché all'opponibilità, nel caso di specie, di un così ampio segreto di Stato da parte del governo italiano. Anche in sede d'appello la sostanziale conferma della decisione di primo grado ha dimostrato di non cogliere gli spunti pur presenti nelle contestazioni del Procuratore generale, soprattutto in ordine alla possibilità di riconoscere le immunità, funzionale e personale, agli agenti diplomatici imputati.

In effetti, l'*extraordinary rendition* non rappresenta di per sé una specifica *figura criminis* contemplata dal nostro ordinamento né, allo stadio attuale, da quello internazionale. Le condotte poste in essere dagli individui-organi, infatti, devono essere ricondotte a diverse figure criminose contraddistinte da un nesso teleologico. La configurazione criminosa composita delle consegne straordinarie, pertanto, consente di individuare un sequestro di persona al quale seguono il trasferimento forzoso in altro Stato con successiva segregazione e inflizione di atti di tortura o trattamenti inumani e degradanti, al fine di ottenere informazioni. Proprio quest'ultimo rilievo concorre a differenziarle dalle sparizioni forzate, note a molti regimi dittatoriali, che già *ex se* rappresentano una violazione multipla di diritti umani internazionalmente protetti (Annoni A. *La responsabilità internazionale dello Stato per sparizioni forzate*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 3/2005, p. 668). Inoltre, la mancata previsione nel nostro ordinamento giuridico di una fattispecie specifica che criminalizzi gli atti di tortura ha reso impossibile ai giudici meneghini la contestazione di tale crimine. Com'è noto, infatti, l'Italia è Stato parte della Convenzione contro la tortura e i trattamenti inumani e degradanti del 1984, in vigore nel Paese dall'11 febbraio 1989 e resa esecutiva con legge n. 498 del 3 novembre 1988. Tuttavia, nonostante l'art. 4, par. 2, del trattato obblighi gli Stati parti a prevedere per tali atti la punizione con pene appropriate che tengano conto



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

della loro gravità, ad oggi non v'è traccia nell'ordinamento giuridico italiano di tale specifica fattispecie. Nonostante le continue raccomandazioni rivolte in tal senso dal Comitato contro la tortura in seguito ai Rapporti sullo stato di attuazione della Convenzione presentati dall'Italia, infatti, i nostri Governi si sono difesi nel tempo affermando che la previa previsione di altre figure criminose, quali i reati di percosse, lesione personale, violenza privata e minaccia, sarebbero sufficienti a coprire l'ambito di previsione del trattato interpretando così l'impegno convenzionale come obbligo di mera copertura mediante fattispecie anche generiche (Marchesi A., *L'attuazione in Italia degli obblighi internazionali di repressione della tortura*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 2/1999, p. 469). Dunque, la questione che non è stata posta dal Tribunale di Milano tramite il, pur possibile, rinvio a fonti internazionali in ragione della scelta su commentata di utilizzare una *figura criminis* di rilievo interno, è sicuramente destinata ad essere ripresa e divenire il punto centrale dell'analisi della Corte europea dei diritti dell'uomo, come si spiegherà meglio in seguito. Infatti, la concentrazione del Tribunale di Milano sul perseguimento del reato di sequestro di persona, previsto dalla fattispecie di diritto nazionale già citata, ha comportato la mancata considerazione della configurabilità, nel caso di specie, della commissione di crimini internazionali qualificabili, in particolare, come crimini contro l'umanità (Pillitu P.A., *Crimini internazionali, immunità diplomatiche e segreto di Stato*, cit., pp. 669-674; Gaeta P., *Extraordinary renditions e immunità dalla giurisdizione penale degli agenti di Stati esteri: il caso Abu Omar*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 1/2006, p. 127). L'*extraordinary renditions* di Abu Omar, come già illustrato, si concreta in una serie di atti distinti, ma congiunti dal medesimo fine, che corrispondono alle singole fattispecie previste dall'art. 7 dello Statuto della Corte penale internazionale che, al par. 1, lettere d), e), f), i), k), contempla espressamente la deportazione, la segregazione a tempo indeterminato senza garanzie giudiziarie, la tortura, la sparizione forzata nonché altri atti inumani che possano causare intenzionalmente sofferenze o danno all'integrità psico-fisica della persona. In sintesi, le citate disposizioni ricostruiscono esattamente le modalità di attuazione della pratica in esame. In merito al requisito generale richiesto affinché si possano configurare crimini contro l'umanità, ovvero la loro commissione intenzionale in una prassi sistematica diretta contro popolazioni civili è possibile sostenere che la lotta alla strategia del terrore attuata nel corso degli ultimi anni si configuri come una condotta sistematica, anche alla luce dei fatti oramai acclarati circa le detenzioni a Guantanamo a Abu Graib.

Passando ora ad un breve esame delle conclusioni alle quali le sentenze giungono, è necessario sottolineare come l'assenza della considerazioni suesposte circa la configurabilità dei crimini incida sul risultato delle decisioni. Infatti, la configurazione della consegna di Abu Omar come crimine internazionale avrebbe aperto la porta ad una soluzione diversa. Rispetto agli individui-organismi



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

agenti per conto di uno Stato straniero vengono in rilievo le norme internazionali che riconoscono l'immunità funzionale e quella personale. Com'è noto l'immunità funzionale, o *ratione materiae*, copre gli atti compiuti dall'individuo-organo nello svolgimento delle proprie funzioni, attraverso la previsione di un principio di imputazione diretta allo Stato di appartenenza in virtù di una norma consuetudinaria che impone il rispetto dell'organizzazione degli altri Stati. L'immunità personale, invece, è riconosciuta solo agli agenti diplomatici e agli organi di vertici dello Stato e copre, per l'intero periodo della loro durata in carica, anche gli atti compiuti a titolo privato. La *ratio* della previsione è quella di consentire il pacifico e regolare svolgimento delle relazioni internazionali risultando dettata, pertanto, dalla c.d. necessità funzionale. Nel caso in commento, per gli agenti CIA si sarebbe potuto porre il problema della sola immunità funzionale congiunta, per gli agenti diplomatici anche quello dell'immunità personale. Ora, negli ultimi anni, anche ad opera di diverse pronunce giurisprudenziali nazionali e internazionali, si è andata via, via consolidando la c.d. *human rights exception*, una eccezione al riconoscimento dell'immunità funzionale all'individuo-organo quando questi sia accusato di aver commesso crimini internazionali. In particolare, nel caso di specie, le violazioni dei diritti umani sopra elencati, criminalizzate a livello internazionale nello Statuto della Corte penale internazionale, avrebbero raggiunto l'apice con la commissione di atti di tortura, il cui divieto è oramai unanimemente riconosciuto, da dottrina e prassi giurisprudenziale interna e internazionale, come avente rango di diritto cogente. Ne deriva che l'immunità funzionale non avrebbe potuto coprire il compimento degli atti contestati.

Diverso, invece, il discorso riguardo alla immunità personale, la cui "resistenza" alla procedibilità anche per l'accusa crimini internazionali di fronte ai tribunali interni è fuor di dubbio ed è ribadita nella famosa sentenza della Corte internazionale di giustizia sul caso del *Mandato d'Arresto*. Tuttavia, come ribadito in un'altra precedente ben nota sentenza della medesima Corte, quella relativa agli *Ostaggi a Teheran*, l'immunità diplomatica deve essere riconosciuta agli agenti diplomatici fino alla cessazione della propria funzione e per il tempo successivo strettamente necessario a lasciare il Paese accreditario. Al momento dello svolgimento del processo la funzione in Italia degli agenti diplomatici inquisiti era cessata, e in realtà questi si trovavano fuori dal territorio nazionale già da molto tempo. Per tali ragioni, l'immunità diplomatica non sarebbe dovuta venire in rilievo. Secondo tale ricostruzione, i giudici milanesi avrebbero dovuto considerare cessata l'immunità diplomatica e inapplicabile quella funzionale. Il Tribunale di Milano, invece, riconosce l'immunità diplomatica richiamando l'art. 3, par. 1, lett. b) della Convenzione di Vienna del 1961 sulle relazioni diplomatiche che contempla tra le funzioni di una missione diplomatica la protezione nello Stato accreditario degli interessi dello Stato accreditante nei limiti ammessi dal diritto internazionale. L'attività degli agenti diplomatici, inserendosi nella più ampia lotta al terrorismo,

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

rappresenterebbe una forma di protezione degli interessi statunitensi. Tuttavia, pur a voler considerare applicabile, *ratione temporis*, l'immunità diplomatica, il limite del diritto internazionale previsto nel testo normativo non può non essere letto anche alla luce del *corpus* normativo che prevede la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo e criminalizza le condotte lesive di tali diritti. Tale scelta ricostruttiva risulta poi sostanzialmente confermata nella decisione d'Appello.

La ragione, invece, che porta il giudice a dichiarare l'improcedibilità dell'azione nei confronti degli imputati dell'*intelligence* italiana è l'apposizione del segreto di Stato da parte del Consiglio dei Ministri. Il conflitto di attribuzione è sorto quanto la vicenda era già avviata e ha portato ad un pronunciamento della Corte costituzionale nella sentenza n. 106 del 3 aprile 2009 che, pur rendendo inutilizzabili in diritto determinati atti e contenuti dell'indagine non può cancellarne la divulgazione che in fatto vi è stata e che, pertanto, comporta la necessità di riflettere circa le modalità utilizzate nella lotta al terrorismo. Secondo la Corte costituzionale il segreto di Stato concerne il supremo interesse della sicurezza dello Stato-comunità alla propria integrità territoriale, indipendenza e sopravvivenza che, in ogni ordinamento statale, è presente e preminente su ogni altro. L'*an* e il *quomodo* della segretazione di atti e prove da parte dell'esecutivo ha natura politica e pertanto, ribadisce la Corte, la sede naturale nella quale deve esplicarsi il controllo è quella parlamentare, non essendo consentito un sindacato giurisprudenziale sulla specifica scelta. L'unico limite, il cui controllo è consentito al giudice delle leggi, è rappresentato dall'ipotesi in cui l'apposizione del segreto di Stato abbia lo scopo di nascondere un fatto eversivo dell'ordine costituzionale. Nel caso in esame, però, sottolinea la Corte, pur condividendo le risoluzioni espresse in seno al Parlamento europeo che dichiarano illecite le consegne straordinarie, il rapimento di Abu Omar non può considerarsi di natura eversiva, poiché il reato contestato (sequestro di persona) non è di per sé di tale rilievo da poterlo considerare come idoneo a sovvertire le istituzioni democratiche. Ora, le conclusioni alle quali giunge la Corte costituzionale, considerate astrattamente in relazione allo specifico reato, sono sicuramente condivisibili. D'altronde il sequestro di persona, per quanto reato odioso, non è fattispecie inusuale e isolata nella nostra società, avendo tristemente caratterizzato per numerosi anni la vita sociale ed economica del nostro Paese. Ma è proprio alla luce delle riflessioni sopra esposte in merito al contesto in cui la vicenda di Abu Omar si inserisce che le conclusioni così raggiunte non sembrano totalmente sostenibili. Infatti, qualificando le consegne straordinarie come concorso di crimini internazionali, previsti da norme aventi natura cogente e valore *erga omnes*, verrebbe in rilievo la previsione di cui all'art. 10 Cost. che, sancendo l'adattamento del nostro ordinamento giuridico alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute ne consente l'ingresso con valore di norme costituzionali prevalenti. Invero, come sancito dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza del 29 dicembre 1988, n. 1146, queste assumono il carattere di principi



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

costituzionali supremi. La loro violazione ad opera delle stesse istituzioni democratiche, pertanto, non potrebbe non essere considerata come avente valore eversivo. Tuttavia, affinché si possa avere sindacato giurisprudenziale sul segreto di Stato, la Corte costituzionale sembra prediligere un criterio strutturale, secondo il quale a rischio dovrebbe essere la stessa funzionalità delle istituzioni democratiche, e non un criterio normativo inteso come rilevante violazione dei principi e delle regole preminenti del nostro ordinamento (Pillitu P.A., *Crimini internazionali, immunità diplomatiche e segreto di Stato*, cit., p. 692). Nella decisione d'Appello, la Terza Sezione Penale ha confermato il non luogo a procedere, pur dimostrandosi critica nei confronti delle modalità seguite dai Governi dell'epoca che avrebbero via via allargato il campo di applicazione del segreto di Stato al fine di evitare il compimento delle indagini.

La vicenda di Abu Omar, come ricordato in precedenza, non è chiusa essendo stata chiamata ad interessarsene anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, presso la quale con il ricorso n. 44883/09, *Hassn Nasr e Ghali c. Italia*, viene chiesta la condanna dell'Italia per violazione dei diritti a un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, art. 6, par. 1; a un ricorso effettivo, art. 13; a non essere vittima di tortura o trattamenti inumani o degradanti, art. 3; alla libertà e sicurezza, art. 5; al rispetto della propria vita privata e familiare, art. 8. Non è possibile effettuare un giudizio prognostico circa la conclusione del procedimento in corso ma certamente è dato valutare i fatti in causa anche alla luce della recentissima sentenza *Iskandarov v. Russia* (ric. 17185/05, del 23 settembre 2010) con la quale per la prima volta la Corte europea dei diritti dell'uomo è stata chiamata a pronunciarsi sulle *extraordinary renditions* in un caso che ha molti punti di contatto con quello in commento, pur con qualche distinguo. Infatti il ricorrente, Iskandarov, cittadino ed esponente politico di opposizione del Tagikistan, aveva trovato riparo in Russia, in attesa della valutazione della sua richiesta di asilo politico. In ragione del suo impegno politico, infatti, era stato vittima in patria di gravi vessazioni. Tuttavia, le autorità tagike, ne ottenevano illegalmente la consegna grazie alla collaborazione di quelle russe. Successivamente il ricorrente veniva sottoposto a trattamenti inumani al limite della tortura. Solo dopo molti giorni dal rientro forzoso in patria veniva permesso a Iskandarov di incontrare i suoi legali e subito veniva sottoposto a processo dalle autorità nazionali, che lo condannavano in primo grado a ventitré anni di reclusione, confermati in appello. Nel suo ricorso Iskandarov lamenta la violazione da parte della Russia degli artt. 3 e 5 CEDU che contemplano, rispettivamente, il divieto di tortura e pene o trattamenti inumani e degradanti e il diritto alla libertà e alla sicurezza. Un primo elemento che bisogna sottolineare di questa decisione della Corte europea è quello relativo all'ammissibilità *ratione loci* del ricorso. Infatti, sottolinea la Corte, nella nozione di giurisdizione dello Stato devono intendersi rientranti anche quegli atti che, pur se compiuti *aliunde*, sono diretta conseguenza di una



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

espulsione in cui lo Stato sia consapevole del rischio che corre la persona. La Corte europea, in questo modo, conferma una sua giurisprudenza ormai consolidata in merito all'interpretazione dell'art. 3 CEDU, secondo la quale integra violazione del divieto ivi espresso il respingimento di un individuo verso uno Stato che possa sottoporlo ad atti di tortura (*Soering c. Regno Unito*, ric. 14038/88, 7 luglio 1989; e recentemente riaffermato nei confronti dell'Italia nel caso *Saadi c. Italia*, ric. n. 37201/06, 28 febbraio 2008). Il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti, infatti, è nella visione della Corte europea un divieto assoluto e inderogabile che non ammette alcuna forma di restrizione o di valutazione anche in merito ad eventuali reati contestati all'imputato, non rilevando perciò in alcun modo neanche la contestazione di atti di terrorismo (*Chahal c. Regno Unito*, ric. n. 22414/93, 15 novembre 1996). Secondo la Corte europea il solo fatto che il ricorrente non sia stato consegnato seguendo le formali procedure di estradizione è sufficiente a privarlo di quelle garanzie procedurali che lo tutelano dalla sottoposizione ad atti di tortura, rendendo perciò colpevole lo Stato parte. Anche con riguardo all'art. 5 la Corte EDU ritiene che vi sia stata violazione, poiché l'apprensione forzosa del ricorrente, con successiva consegna alle autorità tagike, è avvenuta al di fuori di ogni normativa applicabile. Ciò viene a configurare una vera e propria privazione della libertà che non può essere "concepita", secondo la terminologia della Corte, in uno Stato di diritto. Ora, la Corte europea ha severamente condannato nella sentenza *Iskandarov* la pratica delle *extraordinary renditions* anche se in pratica poco ha potuto contro il Tagikistan che non è Stato parte della CEDU e che materialmente detiene il ricorrente. A fronte di tale precedente appare indubbio che se il caso Abu Omar arriverà alla sua cognizione, la Corte non potrà non richiamare le considerazioni già raggiunte nel caso *Iskandarov*.

Ad un più attento esame, tuttavia, sussistono alcune differenze di rilievo tra i due casi che nel secondo potrebbero portare ad una pronuncia che prenda in considerazione la questione dell'immunità diplomatica della giurisdizione e soprattutto del segreto di Stato, piuttosto che delle problematiche specifiche delle consegne straordinarie. Infatti, secondo quanto esposto, non v'è dubbio che tali pratiche siano effettivamente criminose e si pongano in contrasto con la normativa convenzionale. Tuttavia, a differenza che nelle indagini compiute in Russia sul caso *Iskandarov*, l'Italia come Stato parte ha tentato di perseguire gli autori attraverso il procedimento di cui le sentenze sono in commento. C'è stata, infatti, una complessa indagine che ha portato ad una ricostruzione nitida e, tutto sommato, pacifica degli eventi; è stato avviato un processo che sia in primo grado che in appello ha portato alla condanna della maggior parte degli imputati, riconoscendo quindi la generale illiceità delle consegne straordinarie e dei comportamenti di coloro che le hanno rese possibile. La condanna è poi rimasta inattuata perché il Ministero della Giustizia



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

si è rifiutato di trasmettere la richiesta di estradizione agli Stati Uniti ma, quanto meno nel vecchio continente, è in circolazione un mandato d'arresto europeo nei confronti dei responsabili.

In conclusione, l'elemento nuovo sul quale il giudizio della Corte EDU potrebbe concentrarsi è, dunque, quello del segreto di Stato. È indubbio che l'articolato convenzionale contempli dei limiti alle disposizioni ivi sancite prevedendo, com'è noto, all'art. 15 delle deroghe quando è invocato lo stato d'emergenza. Tra i diritti derogabili, tuttavia, non rientra il divieto previsto dall'art. 3 e, rispetto agli altri diritti, anche a voler ritenere la minaccia terroristica uno stato d'emergenza, le deroghe ammesse non devono comunque essere in contrasto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale generale secondo cui, com'è noto, la norma sul divieto di tortura ha rango cogente e valore *erga omnes*.

Giurisprudenza citata:

Corte europea dei diritti dell'uomo, *Iskandarov v. Russia*, ric. 17185/05, 23 settembre 2010

Corte europea dei diritti dell'uomo, *Saadi c. Italia*, ric. n. 37201/06, 28 febbraio 2008

Corte europea dei diritti dell'uomo, *Chahal c. Regno Unito*, ric. n. 22414/93, 15 novembre 1996

Corte europea dei diritti dell'uomo, *Soering c. Regno Unito*, ric. 14038/88, 7 luglio 1989

Corte costituzionale della Repubblica italiana, sentenza n. 106/2009

Corte d'Appello di Milano, Sez. III penale, sentenza 15 dicembre 2010

Tribunale Ordinario di Milano in composizione monocratica, Sez. IV penale, sentenza n. 12428/2009

Corte internazionale di giustizia, *Mandato d'Arresto dell'11 Aprile 2000 (Repubblica Democratica del Congo c. Belgio)*, sentenza del 14 febbraio 2002

Corte internazionale di giustizia, *Caso dei diplomatici americani tenuti in ostaggio a Teheran (Stati Uniti c. Iran)*, sentenza del 24 maggio 1980

Riferimenti bibliografici:

Annoni A., *La responsabilità internazionale dello Stato per sparizioni forzate*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 3/2005, pp. 667-702

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Forowicz M., *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Oxford, 2011

Gaeta P., *Extraordinary renditions e immunità dalla giurisdizione penale degli agenti di Stati esteri: il caso Abu Omar*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 1/2006, pp. 126-130

Gianelli A., *Il carattere assoluto dell'obbligo di non-refoulement: la sentenza Saadi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 2/2008, pp. 449-456

Jacobs, White, and Ovey, *The European Convention on Human Rights*, Fifth Edition, Oxford, 2011

Marchesi A., *L'attuazione in Italia degli obblighi internazionali di repressione della tortura*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 2/1999, pp. 463-475

Napoletano N., *Extraordinary renditions e detenzioni segrete alla luce degli strumenti di tutela dei diritti umani in Europa*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2/2007, pp. 412-419

Pillitu P.A., *Crimini internazionali, immunità diplomatiche e segreto di stato nella sentenza del tribunale di Milano nel caso Abu Omar*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 3/2010, pp. 666-696

Scovazzi T., *La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili della segretezza delle relazioni tra servizi informativi italiani e stranieri?*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 4/2009, pp. 961-992

(30 maggio 2011)



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

THE EU ACCESSION TO THE ECHR

Simone Vezzani

According to Article 6(2) TEU, as amended by the Treaty of Lisbon, "The Union shall accede to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms". Said Article has introduced the necessary legal basis for the EU accession to the ECHR, which was previously found lacking by the Court of Justice (ECJ, Opinion 2/94 [1996] ECR I-1759). From the point of view of the ECHR system, the accession to the Convention of a non-state entity like the EU has been made possible thanks to the entry into force (June 2010) of Protocol XIV, amending Article 59(2) ECHR.

The EU accession to the ECHR will mark an important step in filling the gap of accountability for HR violations by public authorities in Europe. It is true that the protection of human rights in the EU legal order has significantly improved, especially after the Lisbon Treaty has given the EU Charter of Fundamental Rights the same legal value as the Treaties. However, no independent external control still exists over the acts, measures or omissions of the European Union. Moreover, the EU accession will likely contribute towards consolidating common 'constitutional' values in the European legal space, by strengthening the connection between the two courts in Strasbourg and Luxembourg.

Official negotiations for the elaboration of an international agreement on accession began in July 2010 between the European Commission and an informal working group of the Steering Committee for Human Rights (CDDH) of the Council of Europe. A Draft Accession Agreement was elaborated in July 2011. However, when the agreement was considered for adoption by the CDDH in October 2011, various states expressed a number of legal concerns and the European Commission noted that further debates were needed. After that, the negotiation process stalled for several months, as some EU member states (notably the UK and, to a lesser extent, France) contested the whole outcome. In June 2012 the accession talks between the Council of Europe and the European Commission were resumed and a **Revised Draft Agreement** was adopted in November 2012. This draft, which is reproduced here as an annex, constitutes the basis of discussion for further negotiations which are now underway.

One should note that, after the completion of the negotiation phase, the EU institutions, or one or more member states, will very likely seek an opinion from the CJ under article 218(11), on the compatibility of the accession agreement with EU primary law. Therefore, it is reasonable to think that the negotiation process will be completed not before 2014.

Some of the most controversial points in the negotiation process concern the so called "co-respondent mechanism", intended to allow, subject to certain conditions, the joint participation of the EU and of one or more member state(s) in the same procedure. This mechanism has three main



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

rationales: a) to give the EU an opportunity to participate in proceedings questioning the conformity with the ECHR of national measures that apply EU law, and conversely to allow member states to defend the conformity with the ECHR of a provision of the EU constitutive treaties; b) to ensure an effective enforcement of the Strasbourg judgments, by binding the contracting parties (EU or member states) empowered to modify the act at the origin of the violation found; and c) to preserve the autonomy of the EU legal order, both by avoiding interference by the ECtHR in the internal division of responsibilities between the EU and its member states, and by allowing the Court in Luxembourg to review the lawfulness of an EU act or omission according to EU law (and indirectly with the ECHR), before the ECtHR adjudicates on the conformity of the same act or omission with the ECHR.

(December 2012)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Diritti, Costituzione e CEDU

- -Vita umana
- -Matrimonio e Famiglia
- -Organi costituzionali
- -Rapporti tra ordinamenti
- -Divieto di discriminazione
- -Minoranze



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Sezione: **Diritti, Costituzione e CEDU – Vita umana – Fine vita**

Titolo: **"Illness" or "disease" ? La Corte di Strasburgo ritorna sulla legislazione
svizzera in materia di "fine vita"**

Autore: **ANTONELLO CIERVO**

Sentenza di riferimento: *Gross contro Svizzera*, decisione del 14 maggio 2013, II sezione (ricorso n. 67810/10)

Parametro convenzionale: Articolo 8 CEDU

Parole chiave: Diritto al rispetto della vita privata; obbligazioni positive; fine vita.

Con la sentenza in commento, la Corte di Strasburgo è tornata nuovamente a valutare la compatibilità della normativa svizzera in materia di "fine vita" alla luce dell'articolo 8 CEDU. In una sua precedente decisione, infatti, – si trattava del caso *Haas contro Svizzera* (ric. n. 31322/2007), del 20. 01. 2011, avente ad oggetto il diritto di un malato psichiatrico ad ottenere l'autorizzazione per l'acquisto di un farmaco mortale –, la Corte aveva avuto modo di affermare che l'articolo 8 della Convenzione obbliga gli Stati membri a garantire una procedura medica idonea ad

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

assicurare che la decisione di porre fine alla propria vita, da parte di una persona malata, sia genuina e conforme alla libera volontà dell'interessato.

Nel caso *de quo*, invece, la signora Alda Gross – una donna nata nel 1931 e residente a Grefensee, nel cantone di Zurigo – pur non soffrendo di alcun tipo di patologia, desiderava porre termine alla sua vita al fine di evitare il proprio declino psico-fisico legato all'età: la donna, infatti, ormai giunta all'ottantesimo anno di vita, lamentava gravi difficoltà mnemoniche e affermava di non essere più in grado di fare lunghe passeggiate a piedi. Vistasi negare dalla direzione sanitaria del cantone di Zurigo la prescrizione medica per l'acquisto di una dose mortale di sodio pentobarbital – in quanto, ad avviso dei medici interpellati, la donna non soffriva di alcun tipo di malattia degenerativa –, la ricorrente iniziava un lungo *iter* giudiziario che la conduceva innanzi alla Corte suprema federale svizzera.

Quest'ultima Corte, confermando le decisioni dei giudici precedentemente aditi, il 12 aprile 2010, rigettava il ricorso in quanto, a suo avviso, la signora Gross non soffriva di alcun tipo di malattia degenerativa in fase terminale e, pertanto, la sua condizione psico-fisica non rientrava tra quelle previste dalle linee-guida deontologiche, redatte dall'Accademia svizzera di medicina, linee-guida che stabilivano i criteri in base ai quali i medici elvetici possono prescrivere al proprio paziente una dose letale di sodio pentobarbital.

Ribaltando tutte le decisioni dei giudici nazionali, tuttavia, ad avviso della Corte di Strasburgo, nel caso della ricorrente si doveva rilevare una violazione del proprio diritto alla vita privata, così come garantito dall'articolo 8 della Convenzione. Partendo dal principio di diritto statuito nella precedente sentenza *Haas*, in ragione del quale – come già rilevato – deve essere garantita la soddisfazione della volontà del malato espressa in maniera autonoma e consapevole, i giudici di Strasburgo rilevano che il Codice penale svizzero non condanna l'istigazione o l'assistenza al suicidio, a meno che il reo abbia posto in essere una simile condotta per meri "motivi egoistici". Pertanto, poiché nel caso *de quo* la ricorrente aveva manifestato una genuina ed autonoma volontà di volersi suicidare e poiché le linee-guida deontologiche non possono essere

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

considerate come "legge" ai sensi della CEDU, in quanto emanate da un'organizzazione non statale, la Corte rileva una violazione della vita privata della ricorrente.

Del resto, sottolineano i giudici, il Governo elvetico non ha prodotto in giudizio alcuna prova concernente la vigenza, nell'ordinamento giuridico svizzero, di una norma in cui si indichi in quali circostanze un medico sia autorizzato a prescrivere una dose mortale di sodio pentobarbital, anche ad una persona che non versi in stato terminale di vita. Questa "lacuna" normativa - o forse sarebbe più corretto dire, questa mancata chiarezza della normativa elvetica sul punto - induce la Corte di Strasburgo ad affermare che *"... the applicant must have found herself in a state of anguish and uncertainty regarding the extent of her right to end her life which would not have occurred if there had been clear, State-approved guidelines defining the circumstances under which medical practitioners are authorised to issue the requested prescription in cases where an individual has come to a serious decision, in the exercise of his or her free will, to end his or her life, but where death is not imminent as a result of a specific medical condition"* (così il §. 66 della sentenza).

Pertanto, la Corte conclude affermando che la normativa svizzera, pur riconoscendo la possibilità di ottenere una dose letale di un farmaco – previa prescrizione medica – al fine di darsi autonomamente e volontariamente la morte, tuttavia, non stabilendo principi chiari sui requisiti necessari per poter accedere alla suddetta tipologia di farmaco, di fatto non delimita con la dovuta chiarezza la portata del diritto dei cittadini elvetici a darsi una "dolce morte". Di conseguenza, la normativa in questione viola la vita privata di quei cittadini svizzeri che, pur volendo porre fine ai propri giorni e pur convinte di poter godere di un simile diritto, si vedono poi concretamente negato l'accesso alla dose mortale del sodio pentobarbital.

La decisione in commento è stata presa da un'esigua maggioranza di giudici: tre dei sette membri del collegio giudicante (ossia i giudici Raimondi, Jočienė e Karakaş), infatti, hanno votato contro la dichiarazione di una lesione dell'articolo 8 della CEDU e hanno espresso le proprie perplessità con un'importante opinione dissenziente. Ad avviso dei giudici di minoranza, la sezione 24 (a) della legge elvetica sui farmaci stabilisce che il sodio pentobarbital è disponibile solo su

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

prescrizione medica e che un simile principio di diritto non è suscettibile di deroga, come del resto più volte affermato dalla Corte suprema federale elvetica. Pertanto, si deve desumere, ad avviso dei giudici di minoranza, che la ricorrente non sia riuscita ad ottenere la prescrizione medica semplicemente perché non era affetta da alcuna malattia incurabile.

Di conseguenza, la fattispecie *de quo* risulta ben diversa da quella oggetto del caso *Haas*: in quest'ultimo caso, infatti, il ricorrente voleva porre fine alla propria vita perché era affetto da un disturbo psichiatrico grave ed aveva provato più volte a suicidarsi, mentre la signora Gross non risultava essere affetta da alcuna malattia grave, semplicemente non voleva più continuare a vivere, perché con l'avanzare dell'età vedeva le proprie capacità psico-fisiche fortemente compromesse.

Ad avviso dei giudici dissenzienti, quindi, la Corte avrebbe dovuto considerare quanto da essa stessa affermato al §. 58 della sentenza *Haas*, allorché si sottolineava come i rischi di un abuso giuridico, insiti in un sistema normativo che facilitasse l'accesso al suicidio assistito, non dovessero essere sottovalutati da quegli Stati che – come la Svizzera – garantivano un simile diritto ai propri cittadini. In quella occasione, inoltre, la Corte aveva affermato che il requisito della prescrizione medica, rilasciata sulla base di una valutazione psichiatrica completa del soggetto richiedente una dose mortale di sodio pentobarbital, fosse un mezzo legittimo e proporzionato rispetto ai beni giuridici che entravano in gioco in casi di questo tipo.

La sentenza in commento, ad avviso di chi scrive, è suscettibile di critica sotto due differenti profili: il primo, che concerne il concetto di "legge" utilizzato dai giudici di Strasburgo, al fine di dichiarare la violazione dell'articolo 8 della CEDU; il secondo, che riguarda il concetto di "malattia" impiegato dalla Corte nella propria giurisprudenza in materia di "fine vita", un profilo questo che è stato evidenziato con estrema efficacia nell'opinione dissenziente dei giudici Raimondi, Jočienė e Karakaş.

Per quanto riguarda il primo profilo di criticità della sentenza *Gross*, la Corte di Strasburgo afferma che la normativa svizzera viola l'articolo 8 della CEDU perché non risulterebbero chiari i

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

presupposti legali per ottenere una dose letale di sodio pentobarbital, in ragione del fatto che le linee-guida deontologiche, a cui si sono riferiti i medici per motivare il loro diniego alla prescrizione del farmaco, non possono essere considerati come “legge” dello Stato, in quanto emanate da un'organizzazione non statale, l'Accademia svizzera di medicina. Ora, una simile affermazione non sembra trovare riscontro nella costante giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul punto, una giurisprudenza questa che da sempre ha accolto una concezione ampia del concetto di “legge”, anche al fine di neutralizzare una serie di problematiche legate agli ordinamenti di quegli Stati di *common law* che fanno parte del Consiglio d'Europa.

Pertanto, in passato la Corte aveva avuto modo di affermare più volte che il termine “legge”, utilizzato nel testo della Convenzione, non fa soltanto riferimento al diritto scritto, ma anche a quello non scritto (cfr. *Sunday Times contro Regno Unito*, 26. 04. 1979, §. 47), e che esso deve essere inteso in senso “materiale”, ossia come comprendente l'insieme del diritto vigente a livello legislativo, a livello amministrativo e a livello giurisprudenziale. In questa ottica, i giudici di Strasburgo sono addirittura giunti a riconoscere lo *status* di “legge” alle interpretazioni giurisprudenziali costanti di una determinata disposizione legislativa da parte delle Corti nazionali apicali (cfr. *Coëme contro Belgio*, 22. 06. 2000, §. 98), agli atti amministrativi (cfr. *Andersson contro Svezia*, 25. 02. 1992, §. 84) e persino alle circolari interne delle autorità militari (cfr. *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs e Gubi contro Austria*, 19. 12. 1994, §. 31).

Del resto, nel già citato caso *Sunday Times*, la Corte aveva chiarito che assumono il carattere di “legge”, ai sensi della CEDU, tutte quelle “disposizioni che hanno una valenza normativa” (sia consentito, in questa sede, impiegare questa locuzione, per rendere meglio in italiano il concetto di “*loi matérielle*”) che assumono cioè, in concreto, i caratteri di “*accessibilité*” e “*prévisibilité*”, con il primo termine intendendo la possibilità che “*le citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné*” (così *Sunday Times, cit.*, §. 49), con il secondo, invece, l'idea che la regola di diritto da applicarsi al



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

caso concreto presupponga *"une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite"* (ivi).

Nel caso in commento, del resto, non soltanto la Corte riconosceva esplicitamente che le linee-guida deontologiche dell'Accademia svizzera di medicina rientrassero nella *"Relevant domestic law and practice"* (cfr. il punto D, della II sezione della sentenza, pp. 10-12), ma più volte nel corso della decisione, si riconosce che le suddette linee-guida sono pacificamente oggetto di valutazione da parte della giurisprudenza della Corte suprema federale elvetica e, quindi, sono a tutti gli effetti un parametro normativo rispetto al quale valutare la legalità delle procedure di prescrizione del sodio pentobarbital.

Per quanto riguarda il secondo profilo di criticità della sentenza in commento, come già evidenziato in precedenza, esso attiene al concetto di "malattia" utilizzato dalla Corte di Strasburgo nelle proprie motivazioni. Già nell'opinione dissenziente, i giudici Raimondi, Jočienė e Karakaş avevano avuto modo di evidenziare come la fattispecie *de quo* non fosse affatto riconducibile alla precedente decisione *Haas*, poiché in quest'ultimo caso, il ricorrente voleva porre fine alla sua vita in quanto affetto da un grave disturbo psichiatrico, mentre la signora Gross non era affetta da alcun tipo di malattia, ma semplicemente voleva darsi la morte per evitare di patire i mali naturalmente legati alla vecchiaia.

Una prova evidente della validità degli argomenti utilizzata dai giudici dissenzienti, ad avviso di chi scrive, è forse desumibile anche dal linguaggio impiegato nelle motivazioni della sentenza: se si fa attenzione al termine adoperato dai giudici maggioritari per indicare la malattia di cui è afflitta la ricorrente, si noterà che il termine utilizzato è sempre *"illness"*, mentre non vengono mai utilizzati i termini *"desease"* e *"sickness"*. Al riguardo, è forse utile un breve approfondimento semantico: i tre sostantivi, infatti, nella lingua inglese sono considerati generalmente come sinonimi di "malattia", sebbene il loro impiego, in senso tecnico, stia ad indicare tre diverse tipologie di *status* patologico.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Con *"disease"*, infatti, si intende la malattia in senso biomedico, ossia la lesione organica e/o l'aggressione di agenti esterni ad un organismo vivente, un evento questo oggettivabile mediante una serie di protocolli ed indici medico-scientifici empiricamente verificabili (ad esempio, l'aumento della temperatura del corpo, un'alterazione delle componenti sanguigne e così via). Con il termine *"illness"*, invece, si indica la mera esperienza soggettiva dello "stare male" vissuta dal soggetto, ossia la semplice percezione del proprio malessere che non trova però riscontri oggettivi nella scienza medica e che, pertanto, risulta sempre culturalmente (e ambientalmente) mediata. *"Sickness"*, infine, è il termine con cui si indica il riconoscimento sociale della malattia, la parola insomma che la società, in senso lato, utilizza per etichettare qualcuno come malato.

Per tornare al caso della signora Gross, la donna percepisce sé stessa come ormai anziana e, quindi, incapace di svolgere alcune elementari azioni della propria vita quotidiana (fare lunghi tragitti a piedi, ricordarsi di fare determinate cose e così via): ma la vecchiaia non è una malattia, bensì una naturale condizione umana legata all'allungamento della vita nelle società contemporanee. Una persona anziana, quindi, può sentirsi malata o addirittura limitata nei suoi comportamenti proprio perché incapace di svolgere le normali attività quotidiane, ciò non significa però che sia "malata". È significativo che i giudici di Strasburgo abbiano sempre utilizzato, per indicare lo stato di salute in cui versava la ricorrente, il termine *"illness"* e mai il termine *"disease"*: la "malattia", insomma, se c'è, in questo caso è tutta nella percezione dello scadimento delle proprie capacità psico-fisiche da parte della ricorrente, non certo in una "oggettiva" diagnosi da parte dei medici di un male degenerativo ed incurabile.

I medici del cantone di Zurigo, insomma, si erano trovati di fronte semplicemente ad una persona anziana come tante altre che soffriva, come tante persone anziane, del fatto di essere diventata fragile: la vecchiaia, per fortuna, non è né una *"sickness"* né una *"disease"*, anche se il caso della signora Gross dovrebbe spingerci a riflettere sui diritti e sul ruolo che gli anziani hanno nelle società occidentali – delle società, le nostre, che fanno del dinamismo, della sicurezza di sé e



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

della propria prestanza fisica dei valori assoluti e spesso non suscettibili di critica –, piuttosto che delle questioni legate ai presupposti giuridici in base ai quali sia giusto morire con dignità.

Precedenti

Pretty c. Regno Unito, n. 2346/02, IV sezione, sentenza del 29. 04. 2002.

Haas c. Svizzera, n. 31322/07, I sezione, sentenza del 20. 01. 2011.

Koch c. Germania, n. 497/09, V sezione, sentenza del 19. 07. 2012.

Riferimenti bibliografici

C. Parodi, *Una Corte divisa su una materia divisiva: una pronuncia di Strasburgo in tema di suicidio assistito*, in www.penalecontemporaneo.it, 06. 06. 2013.

D. Sartori, *Gross v. Switzerland: the Swiss regulation of assisted suicide infringes Article 8 ECHR*, in strasbourgobservers.com, 26.06.2013.

M. Zanichelli, *L'aiuto al suicidio può essere un obbligo degli Stati ?*, in *Quaderni costituzionali*, 2011, pp. 428-431.

M. Aquino, R. Tallarita, *L'eutanasia in Europa: i casi della Svizzera e del Regno Unito*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2002, pp. 641-662.

C. Tripodina, *Profili comparatistici dell'eutanasia. Itinerari giuridici alla scoperta di un "diritto" in via di riconoscimento*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, pp. 1714-1748.

(10. 09. 2013)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Sezione: Diritti, Costituzione e CEDU – Vita umana – Inizio e fine vita umana

Titolo: *"Penser solidairement la fin de vie": brevi osservazioni in margine ai lavori
della Commissione Sicard*

Autore: ANTONELLO CIERVO

Parole chiave: Diritto alla vita; Trattamenti sanitari obbligatori; Diritto alla fine della vita;
Direttive anticipate di trattamento.

Al termine di un breve ma approfondito percorso di ricerca e di indagine sociale, il 18 dicembre 2012 è stato pubblicato il dossier della *"Commission de reflexion sur la fin de vie en France"* presieduta dal Prof. Didier Sicard, Professore di medicina all'Università *"Paris Descartes"*, primario di medicina interna all'Ospedale *Cochin* di Parigi e già Presidente della Commissione Nazionale di Bioetica dal 1999 al 2008. Il Prof. Sicard ha coordinato i lavori della Commissione in ragione dell'incarico conferitogli direttamente dal Presidente della Repubblica, François Hollande, incarico finalizzato ad accertare in che modo, sino ad oggi, fosse stata applicata nella prassi la normativa in materia di cure palliative e quale fosse il livello di conoscenza della legge a tutela dei diritti del malato.

Il quadro normativo transalpino in materia, infatti, risulta assai articolato. Innanzitutto, con la legge del 9 giugno 1999, il legislatore aveva avuto modo di garantire il diritto all'accesso alle

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

cure palliative, fissando due principi generali, ossia: a) il diritto alle cure palliative sotto controllo medico a favore di tutti i richiedenti e b) il diritto per i malati di rifiutare i suddetti trattamenti sanitari in qualsiasi momento. La successiva legge del 4 marzo 2002 (la c. d. "*Loi Kouchner*"), relativa più specificamente ai diritti del malato, tendeva a rafforzare il diritto di ogni paziente a non essere sottoposto a trattamenti sanitari obbligatori senza il proprio consenso, ferma restando comunque la possibilità del medico curante di convincere il paziente a revocare il proprio rifiuto, nell'ipotesi in cui il medico stesso fosse stato convinto che l'accettazione del trattamento risultasse indispensabile per un miglioramento dello stato di salute psico-fisico del malato.

Infine, la legge del 22 aprile 2005 (meglio nota come "*Loi Léonetti*") – finalizzata a rafforzare ulteriormente i diritti del malato in relazione alle questioni del "*fin de vie*" –, nel colmare una serie di limiti evidenziatesi nella prassi da parte della normativa precedente, consentiva al malato di domandare al proprio medico di sospendere ovvero non intraprendere un trattamento sanitario, giudicato dal malato stesso come una "*obstination déraisonnable*" ovvero un "*acharnement thérapeutique*". Sebbene lo scopo della "*Loi Léonetti*" sia stato quello di garantire la "*primauté à la qualité de vie sur la durée de la vie*", tuttavia, il legislatore francese ha ritenuto opportuno tutelare ulteriormente il malato incosciente, ovvero incapace di esprimere la propria volontà, stabilendo che il proprio medico curante ha comunque la possibilità di prendere una decisione – nell'ipotesi di sospensione di un trattamento sanitario – soltanto a seguito di una procedura consultiva con altri medici della struttura ospedaliera (comunque nel rispetto, qualora ci fossero, delle "direttive anticipate di trattamento" redatte dal malato), con il tutore del paziente ovvero con i suoi parenti prossimi.

In particolare, la rilevanza e la vincolatività per il medico delle "direttive anticipate di trattamento" redatte dal paziente è stata espressamente prevista all'articolo sette della "*Loi Léonetti*", articolo in cui il legislatore ha stabilito che ogni persona maggiorenne può redigere e sottoscrivere il suddetto documento "*pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté*". Le direttive, a loro volta, possono prevedere anche le modalità con cui una persona decide

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

la propria *"fin de vie"*, stabilendo così le condizioni e i limiti delle modalità di sottoposizione a determinati trattamenti sanitari. Sebbene le direttive siano revocabili dal malato in qualsiasi momento, tuttavia esse sono vincolanti per il medico curante soltanto se sono state redatte nei tre anni antecedenti al sopravvenire dello stato di incoscienza del malato stesso.

E' alla luce di questo articolato quadro normativo, pertanto, che si sono svolti – tra il mese di luglio e quello di dicembre del 2012 – i lavori della Commissione Sicard. Il dossier conclusivo (pubblicato *on-line* e reperibile all'URL, <http://www.sante.gouv.fr/mission-presidentielle-de-reflexion-sur-la-fin-de-vie,12160.html>) si costituisce di sette parti e raccoglie, in particolar modo, i risultati di una serie di incontri e dibattiti pubblici svoltisi nelle più importanti città francesi (Strasburgo, Montpellier, Grenoble, Besançon, Clermont-Ferrand, Lille, Nantes, Lyon e Le Havre), alla presenza di cittadini, medici ed esponenti delle varie comunità religiose, oltre che dei famigliari di persone decedute a seguito di malattie incurabili. Inoltre, i lavori della Commissione si sono focalizzati, da un lato, sullo studio dell'attuazione della *"Loi Léonetti"* da parte del personale medico e, più in generale, delle strutture ospedaliere del sistema sanitario nazionale e, dall'altro, sul grado di conoscenza della normativa in questione da parte degli stessi cittadini francesi.

Le sintetiche conclusioni a cui è giunta la Commissione fanno particolare riferimento alla *"reale inquietudine"* e alle *"preoccupanti condizioni"*, troppo spesso occultate nel dibattito pubblico, delle problematiche legate alle questioni giuridiche del *"fine vita"*. In particolare, la Commissione ha evidenziato, da un lato, la non soddisfacente applicazione della normativa francese in materia, nonostante i tredici anni intercorsi dall'entrata in vigore della legge che garantiva l'accesso alle cure palliative e nonostante i dieci anni intercorsi dall'entrata in vigore della più dettagliata *"Loi Kouchner"*; dall'altro, la Commissione ha rilevato il drammatico fenomeno della disuguaglianza nell'accesso alle procedure che garantiscono la *"fin de vie"* ai malati terminali, nonostante il chiaro e dettagliato testo della *"Loi Léonetti"*.

Inoltre, la Commissione ha ribadito con forza come sia imprescindibile, per il personale medico-ospedaliero, il rispetto della volontà e dell'autonomia del malato e che, in futuro, sarà assolutamente necessario superare quella distinzione – non prevista dalla normativa, ma che assai

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

spesso invece si è rilevata nella prassi –, tra “*soin curatif*” e “*soin palliatif*”. A questo primo monito nei confronti del personale medico-ospedaliero del sistema sanitario nazionale, si deve poi aggiungere un ancor più importante monito nei confronti del legislatore, affinché desista in futuro dal modificare nuovamente la normativa in materia, anche soltanto per finalità di semplificazione e di chiarezza legislativa. L’auspicio della Commissione, infatti, è che l’Assemblea Nazionale si impegni a dare piena ed effettiva attuazione alla normativa vigente, in qualche modo criticando il tradizionale approccio giuridico francese legi-centrico e alla sua correlata “*utopie de résoudre par une loi la grande complexité des situations de fin de vie*”.

Poiché uno dei temi di maggiore discussione, emerso soprattutto nelle assemblee pubbliche tenutesi nei vari capoluoghi dipartimentali, verteva sull’opportunità, da parte del legislatore, di depenalizzare il reato di “*assistance au suicide*”, pur senza prendere posizione sul punto, la Commissione Sicard ha evidenziato come la priorità del legislatore dovrebbe essere quella di garantire rigorosamente la libertà di scelta del malato e di ripensare l’organizzazione della pubblica amministrazione sanitaria in funzione di questo superiore interesse.

Per quanto concerne, invece, la possibilità che in futuro il legislatore possa depenalizzare le pratiche eutanasiche, la Commissione, nelle sue conclusioni, ha sottolineato come una simile scelta di politica legislativa assumerebbe un’importanza simbolica considerevole: tuttavia, al riguardo, la Commissione ha rivolto al legislatore un forte invito ad agire con prudenza. Una simile scelta, infatti, potrebbe essere compiuta soltanto dopo un serio ed approfondito dibattito sul ruolo della scienza medica nella società francese contemporanea e dopo aver tenuto in considerazione il fatto che una molteplicità di casi-limite costringerebbe di volta in volta il legislatore a rimettere mano alla normativa vigente, al fine di consentire che ogni specifico caso possa essere ricondotto alle previsioni generali ed astratte di una normativa *de iure condendo*.

La Commissione, infine, ha concluso i propri lavori sottolineando come soltanto una società solidale sia in grado di affrontare le problematiche legate al “fine vita”, una società cioè che sia capace di prendersi cura degli individui senza lasciarli soli, che riesca ad ascoltarli e a rispettare le loro coscienze ed il proprio vissuto, senza però mai sostituirsi ad essi.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

La lettura del dossier conclusivo dei lavori della Commissione Sicard stimola una serie di riflessioni su un tema assai delicato e fortemente sentito, non soltanto dalla pubblica opinione francese, ma anche da quella di altri Paesi europei, inclusa quella italiana.

Innanzitutto, bisogna rilevare come l'approccio della Commissione rispetto a questi temi, in continuità con la tradizione giuridica transalpina, sia caratterizzato da una impostazione fortemente laica, finalizzata cioè a far emergere l'esperienza concreta ed il punto di vista dei cittadini, senza però mai dimenticare l'importante ruolo degli esponenti dei differenti gruppi religiosi presenti sui territori interessati dall'indagine, oltre a quello del personale medico-ospedaliero. Ciò che la Commissione ha poi più volte auspicato, inoltre, è che proprio il personale medico-ospedaliero possa approcciarsi nei confronti del malato e della sua famiglia in maniera "dialettica", discutendo direttamente con l'interessato e rispettandone le volontà, quando ciò risulta possibile.

Soltanto in un secondo momento, infatti, quando cioè non è fattivamente possibile instaurare questo "dialogo di cura" direttamente tra malato e medico, quest'ultimo dovrà assumersi la responsabilità di decidere sulle terapie a cui sottoporre il paziente. Ma anche in questo caso, la Commissione auspica che si prediliga comunque un metodo decisionale di tipo consultivo e collegiale, in cui cioè si tenga conto innanzitutto (quando ci sono) delle "direttive anticipate di trattamento" del malato, del punto di vista del tutore e dei parenti stretti, oltre che degli altri medici presenti nelle strutture di cura.

Tuttavia, bisogna registrare che, oltre ad un approccio ai temi del "fine vita" di tipo laico (caratteristico della tradizione giuridica francese) e "dialettico" (ossia finalizzato ad esaudire fino in fondo la volontà individuale del malato, senza però isolarla dal contesto familiare, in una prospettiva che è stata definita di tipo "solidale" o "sociale"), la Commissione Sicard auspica che il legislatore transalpino limiti il più possibile in futuro il proprio intervento su questa materia, disincentivandolo di fatto dal depenalizzare l'aiuto al suicidio e le pratiche eutanasiche.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

In questa ottica, quindi, la Commissione sembra valutare in maniera assai scettica la possibilità che normative generali ed astratte, potenzialmente valide per tutti i casi ed in tutte le circostanze, possano garantire la risoluzione delle numerose problematiche e questioni giuridiche legate al “fine vita”. Ad avviso della Commissione, infatti, bisogna riconoscere, da un lato, che la società francese – ma questa considerazione può essere riferita, forse più in generale, a tutti i Paesi europei ed occidentali – considera il tema della morte come un “tabù”, una questione rimossa sia nel dibattito pubblico sia in quello privato; dall’altro, tuttavia, quello della “buona morte” viene considerato dai cittadini francesi – nonostante la legislazione transalpina in questo senso sia molto garantista – come un diritto ancora tutto da conquistare.

Piuttosto che intervenire in via legislativa, quindi, magari giungendo a depenalizzare il suicidio assistito o le pratiche eutanasiche, per la Commissione Sicard sarebbe necessario, invece, incominciare ad aprire un dibattito pubblico su questi temi, anche perché risulta praticamente impossibile pensare di prevedere e di rendere lecite, semplicemente introducendo una normativa *ad hoc* nell’ordinamento, tutta quella complessa ed articolata fenomenologia di casi che in concreto si possono verificare in questo ambito. Viceversa, il compito delle istituzioni dovrebbe essere quello di dare il via ad una discussione pubblica senza reticenze, non soltanto sull’idea della morte in una società post-moderna e secolarizzata, ma anche sul tema della vita e, soprattutto, sul ruolo della scienza medica.

In effetti, la possibilità che la medicina possa garantire, in futuro, una durata maggiore e una qualità della vita migliore rispetto al passato, non significa che essa possa garantire anche la possibilità, per gli uomini e le donne, di concludere la propria vita senza inutili sofferenze e sempre nel pieno rispetto della loro dignità individuale e “sociale”. Aprire un dibattito lungo e meditato su questi temi, ad avviso della Commissione Sicard, sarebbe molto più utile che procedere in tempi brevi e con approssimazione, anche mediante una legge, ad ampliare (forse solo in astratto) la sfera di libertà degli individui.

(07. 03. 2013)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Sezione: Diritti, Costituzione e CEDU – Vita umana - *Diritto alla vita*

Titolo: *La sentenza di Strasburgo sui fatti di Genova del 2001*

Autore: ANTONELLO CIERVO

Sentenza di riferimento: Corte europea dei diritti dell'uomo, IV sezione, Decisione del 25 agosto 2009, *Giuliani e Gaggio c. Italia* (ricorso n° 23458/02)

Parametro convenzionale: Articoli 2, 3, 6, 13 e 38 CEDU

Parole chiave: Diritto alla vita, Trattamenti inumani e degradanti, Tutela dell'ordine pubblico, Diritto penale, Cause di giustificazione, Uso eccessivo delle armi, Legittima difesa, Commissione parlamentare d'inchiesta.

In questa importante sentenza, depositata alla fine del mese di agosto del 2009, la Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo ha affrontato un caso molto delicato e di scottante attualità: i disordini di piazza verificatisi a Genova nel luglio del 2001, nel corso del *summit* internazionale del G8, organizzato dal Governo italiano.

In particolare, il giorno 20 luglio 2001, nelle strade del capoluogo ligure, veniva organizzata un'imponente manifestazione da parte di alcuni gruppi politici del c. d. "movimento no – global", di alcune associazioni operanti nel volontariato e di alcune comunità cattoliche di base: in quella

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

circostanza si verificarono una serie di scontri di piazza tra le forze dell'ordine ed alcune frange violente del movimento, disordini che portarono alla morte di un manifestante, Carlo Giuliani, da parte di un carabiniere ausiliario del dodicesimo battaglione "Sicilia", Mario Placanica.

A seguito della morte del manifestante, la Procura di Genova apriva un'inchiesta per accertare se sussistessero in capo agli esponenti delle forze dell'ordine presenti a Piazza Alimonda, il luogo in cui era avvenuto l'incidente, delle responsabilità di tipo penale, ma in data 5 maggio 2003, il Giudice delle Indagini Preliminari di Genova depositava ordinanza di "archiviazione" nei confronti di tutte le persone indagate, compreso Mario Placanica.

Ad avviso della magistratura genovese, infatti, pur avendo Placanica ucciso Giuliani con due colpi di arma da fuoco, egli non poteva in alcun modo essere considerato responsabile del decesso, poiché le azioni da lui compiute si erano verificate in un contesto particolarmente concitato e violento e dovevano, pertanto, farsi rientrare tra le specifiche cause di giustificazione previste dal Codice penale, in particolar modo l'uso legittimo delle armi e la legittima difesa.

La ricostruzione dettagliata degli scontri di piazza, oltre che delle circostanze che avevano portato alla morte di Giuliani, infatti, ha consentito di far emergere il contesto di estremo pericolo in cui le forze dell'ordine si erano venute a trovare.

Ad avviso del GIP di Genova, pertanto, i manifestanti avevano posto in essere una serie di azioni che avrebbero potuto mettere in pericolo l'integrità fisica, oltre che la vita stessa, dei carabinieri presenti sul posto: l'uso delle armi da fuoco da parte delle forze dell'ordine, in questa circostanza, doveva considerarsi una reazione assolutamente proporzionata – e quindi pienamente legittima - rispetto agli attacchi subiti da parte dei manifestanti.

Inoltre lo stesso Placanica avrebbe sparato – ad avviso degli inquirenti e come del resto si era potuto evincere dalle perizie balistiche - verso l'alto: il proiettile avrebbe così colpito Giuliani accidentalmente, essendo la traiettoria del colpo stata modificata, in maniera non prevedibile, da una pietra tirata dagli altri manifestanti, in direzione della camionetta dei carabinieri.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Ad avviso del GIP, pertanto, « *M.P. avait, à juste titre, eu l'impression d'un danger pour son intégrité physique et celle de ses compagnons, et que ce danger avait subsisté en raison du contexte violent. Selon le juge, pour apprécier la nécessité de la riposte et la proportionnalité de celle-ci, il ne fallait pas considérer la situation isolée de Carlo Giuliani et évaluer son geste séparément (il avait soulevé un extincteur vide) ; il fallait au contraire considérer le geste de Carlo Giuliani comme l'une des phases d'une violente agression contre la jeep, perpétrée par une foule de manifestants. Cette agression n'était pas le seul fait de Carlo Giuliani, mais d'une foule d'agresseurs. La riposte de M.P. devait ainsi être mise en rapport avec celle-ci pour être appréciée dans son contexte* » (cfr. paragrafo 102 della sentenza).

A seguito dell'archiviazione del GIP di Genova nei confronti di Mario Placanica e di tutti gli altri carabinieri presenti nella jeep sotto attacco dei manifestanti a Piazza Alimonda, i genitori e la sorella di Carlo Giuliani, chiedevano la condanna dell'Italia per violazione degli articoli 2, 3, 6 - questo ultimo in combinato disposto con l'articolo 13 - e 38 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

I ricorrenti, infatti, sostenevano che i comportamenti tenuti dal Placanica concretizzassero una responsabilità dello Stato italiano, in ragione del nesso di causalità che intercorre tra l'impiego delle armi da fuoco da parte dello stesso, in quanto pubblico ufficiale, e la morte di Carlo Giuliani, avendo il carabiniere sparato in direzione della vittima, come del resto emergeva anche dai risultati dell'autopsia eseguita sul corpo del giovane.

Inoltre, sempre ad avviso dei ricorrenti, gli occupanti della camionetta non si sarebbero trovati in concreto pericolo di vita, poiché il veicolo su cui si trovavano i carabinieri, pur non essendo blindato, era comunque molto grande ed era stato progettato al fine di resistere anche ad attacchi più violenti di quelli che si erano effettivamente verificati a Piazza Alimonda dove tra l'altro, secondo le immagini depositate agli atti nel corso del procedimento penale, non erano presenti un numero di persone superiore alla dozzina ed i manifestanti non avevano con loro "armi proprie".

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

L'uso eccessivo delle armi da fuoco da parte dei carabinieri, ad avviso dei ricorrenti, avrebbe determinato una responsabilità in capo allo Stato italiano per quanto riguarda la morte accidentale del manifestante, una responsabilità aggravata ulteriormente in ragione delle *défaillances* emerse nell'organizzazione e nella gestione dell'ordine pubblico dell'intero *summit*, oltre che durante la manifestazione *de quo*.

La violazione dell'articolo 2 della Convenzione sussisterebbe, sempre ad avviso dei ricorrenti, anche in ragione delle modalità con cui è stata svolta l'inchiesta, non essendosi minimamente considerato, da parte della Procura di Genova, il contesto in cui i fatti erano accaduti, né le modalità con cui, durante l'intera giornata di scontri, le forze dell'ordine si erano approximate ai manifestanti.

La Procura, inoltre, avrebbe archiviato il caso senza aver dato la possibilità alla famiglia di costituirsi "parte civile" nel processo e questo perché il Codice di procedura penale italiano consente tale costituzione solo al momento del rinvio a giudizio; inoltre, la famiglia Giuliani non ha potuto richiedere nessun incidente probatorio, né è potuta intervenire in alcun modo nel corso delle indagini preliminari, fatta eccezione per la comunicazione dell'autopsia e della possibilità di nominare un perito di parte.

Infine, i ricorrenti mettevano in discussione l'imparzialità con cui si era svolta l'intera inchiesta da parte della Procura di Genova, poiché erano stati indicati come competenti a recuperare il materiale istruttorio gli stessi carabinieri del comando provinciale del capoluogo ligure, che erano stati anche responsabili dell'ordine pubblico durante il G8.

La Corte veniva quindi chiamata a rispondere innanzitutto sulla questione se ci fosse stato o meno un uso eccessivo della forza da parte della Polizia e dei Carabinieri, tale da integrare una violazione dell'articolo 2 della Convenzione.

I giudici al riguardo prendono atto delle conclusioni del GIP genovese ed affermano che *"A la lumière des conclusions de l'enquête, et en l'absence d'autres éléments pouvant l'amener à*

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

conclure différemment, la Cour n'a aucune raison de douter que M. P. ait sincèrement cru que sa vie était en danger et estime que M. P. a utilisé son arme dans le but de se défendre contre l'agression ayant visé les occupants de la jeep, dont lui-même, qui se sentait directement menacé" (cfr. paragrafo 224 della sentenza).

Ad avviso della Corte, pertanto, la fattispecie *de quo* rientrerebbe in una delle circostanze previste dal secondo comma dell'articolo 2 CEDU, circostanze in base alle quali il ricorso ad una forza mortifera può essere legittimo nella misura in cui esiste, tra scopo e mezzi, una proporzionalità adeguata tale da fornire una base di legittimità al ricorso alla forza medesima.

I giudici non perdono di vista il fatto che, nella fattispecie concreta, Placanica ha preso da solo l'iniziativa di sparare, trovandosi in una situazione di panico: tuttavia, questa condotta rientrerebbe tra le cause di giustificazione previste negli articoli 52 e 53 del Codice penale e in questo senso, ad avviso della Corte, non vi sarebbe stato il ricorso ad alcuna misura sproporzionata tale da violare l'articolo 2 della CEDU.

La Corte è poi chiamata a pronunciarsi sull'organizzazione dell'ordine pubblico da parte del Governo italiano nel corso delle manifestazioni di piazza e a rilevare se il ricorso alle armi da fuoco da parte delle forze dell'ordine, nella fattispecie concreta, abbia integrato o meno una violazione dell'articolo 2 CEDU, sotto il profilo degli obblighi positivi di garanzia dell'ordine pubblico che gravano in capo allo Stato italiano.

I giudici di Strasburgo osservano, al riguardo, che nel momento in cui uno Stato accetta che sul proprio territorio si svolga un evento politico di rilevanza internazionale – quale era, per l'appunto, la riunione del G8 –, esso è tenuto a prendere tutte le misure di sicurezza necessarie imposte dalle circostanze, al fine di garantire l'ordine pubblico ed il pacifico e sereno svolgimento dell'evento.

In caso di incidenti o di scontri di piazza, come era avvenuto a Genova, il compito dello Stato è quello di prevenire tali incidenti, al fine di ridurre al minimo i rischi connessi alle riunioni in

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

luogo pubblico, nel pieno rispetto tuttavia del diritto alla libera e pacifica manifestazione del proprio pensiero da parte dei manifestanti.

Ad avviso della Corte, quindi, è necessario rilevare se vi sia stato un nesso di causalità diretto tra le *défaillances* organizzative nella gestione dell'ordine pubblico e la morte di Carlo Giuliani.

Pur rilevando l'illegalità di alcune operazioni da parte della polizia, in particolar modo l'attacco ingiustificato al corteo delle c. d. "Tute Bianche", corteo che era stato regolarmente autorizzato dalla questura di Genova, i giudici di Strasburgo rilevano che non vi è alcun nesso di causalità diretto tra questi comportamenti illegali posti in essere dalle forze dell'ordine e gli eventi di Piazza Alimonda.

Tuttavia al riguardo, la Corte si pone una serie di interrogativi molto delicati: *"Certes, il y a lieu de se demander : « si M.P., qui a agi dans un état psychologique particulier découlant d'un grand stress et de la panique, aurait pris cette initiative s'il avait bénéficié d'une formation et d'une expérience appropriées ; si par ailleurs une meilleure coordination entre les forces de l'ordre présentes sur place aurait permis de contrer l'attaque de la jeep sans faire de victimes ; enfin et surtout, si on aurait pu éviter le drame en prenant soin de ne pas laisser la jeep non équipée de protections au beau milieu des affrontements, d'autant que celle-ci avait à son bord des blessés non désarmés »* (cfr. paragrafo 236 della sentenza).

I giudici ritengono di dover rispondere a questa serie di interrogativi con estrema prudenza, poiché la valutazione di fatti che sono stati già oggetto di uno specifico procedimento penale da parte dello Stato italiano, non può prescindere dalle valutazioni svolte dalla magistratura nazionale al riguardo.

Per questi motivi, la Corte ritiene che sia le cariche dei carabinieri, avvenute nel corso della manifestazione di Piazza Alimonda, sia le reazioni dei manifestanti alle suddette cariche, devono essere inquadrare all'interno del contesto degli avvenimenti della giornata, caratterizzata da continui



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

scontri, e comunque giustificate e proporzionate in ragione della necessità, da parte delle forze di polizia, di garantire l'ordine pubblico.

La Corte dichiara, quindi, di non poter stabilire un nesso causale diretto ed immediato tra le *défaillances* della gestione dell'ordine pubblico da parte delle forze di polizia competenti, durante il corso dell'intera giornata del 21 luglio, e la morte di Carlo Giuliani. Tuttavia la Corte deplora il fatto che sugli avvenimenti oggetto del giudizio, non sia stata aperta una specifica commissione di inchiesta da parte dello Stato italiano, al fine di accertare tutte le circostanze di fatto che hanno portato all'uccisione del manifestante.

Al riguardo la Corte fa anche un elenco di tutti quegli elementi giuridici dell'inchiesta che non sono stati approfonditi dall'Autorità giudiziaria italiana ed in particolare :

- a) il fatto della mancata estrazione dal cranio della vittima di un frammento metallico del proiettile che lo aveva ucciso, un elemento questo che avrebbe potuto fare maggiore chiarezza sulle dinamiche balistiche della morte di Carlo Giuliani;
- b) il breve tempo (soltanto tre ore !) intercorso tra la notifica delle operazioni autoptiche e la loro effettiva esecuzione, un lasso di tempo talmente breve che non avrebbe di fatto consentito alla famiglia Giuliani di nominare un perito di parte;
- c) l'autorizzazione da parte della Procura di cremare il corpo della vittima la cui integrità, invece, avrebbe potuto consentire ulteriori accertamenti medici nel corso delle indagini successive;
- d) la mancata inchiesta sulle responsabilità più generali degli eventi del G8 e sull'organizzazione delle forze di polizia, in quanto tutte le indagini della Procura di Genova si sono limitate a valutare la posizione processuale dei carabinieri presenti nella jeep ed in particolare, quella del carabiniere ausiliare Mario Placanica che materialmente aveva ucciso Giuliani.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Sulla base di questi motivi, la Corte dichiara che vi è stata una violazione dell'articolo 2 della CEDU sotto il profilo processuale dell'accertamento delle responsabilità penali degli eventi.

Così decidendo, i giudici di Strasburgo considerano completamente assorbite le istanze di violazione degli articoli 3, 6, 13 e 38 della Convenzione, e dichiarano all'unanimità « *qu'il n'y a pas eu violation de l'article 2 de la Convention en son volet matériel pour ce qui est de l'usage excessif de la force* ». I giudici dichiarano altresì, con cinque voti favorevoli e due contrari, « *qu'il n'y a pas eu violation de l'article 2 de la Convention en son volet matériel pour ce qui est des obligations positives de protéger la vie* »; infine, con quattro voti favorevoli e tre contrari, dichiarano « *qu'il y a eu violation de l'article 2 de la Convention en son volet procédural* ».

In questa sede, risulta interessante soffermarsi anche sull'opinione parzialmente dissenziente del giudice italiano Vladimiro Zagrebelsky il quale, pur essendo d'accordo con la maggioranza dei giudici della Corte, per quanto concerne la mancata violazione, sotto il profilo materiale, dell'articolo 2 della Convenzione, ha ritenuto opportuno manifestare il proprio particolare punto di vista per quanto concerne, invece, la violazione del medesimo articolo sotto il profilo processuale.

Ad avviso di Zagrebelsky, infatti, non si può ritenere che la mancata istituzione di una Commissione d'inchiesta che facesse luce su una serie di circostanze poco chiare della vicenda, possa essere strettamente legata ad una violazione dell'articolo 2 della CEDU.

Infatti – ad avviso del giudice - il frammento metallico del proiettile conficcato nel cranio della vittima era da considerarsi troppo piccolo per poter essere utilizzato a fini probatori, come del resto riconosciuto, anche in sede processuale, dai periti della Procura di Genova. Inoltre la brevità dei tempi intercorsi tra la morte di Carlo Giuliani e l'autopsia sul suo corpo è stata tale da consentire comunque consentire ai famigliari della vittima di nominare un proprio perito di parte.

Per quanto riguarda invece l'autorizzazione alla cremazione del corpo del ragazzo da parte della Procura, quest'ultima si era semplicemente limitata a soddisfare una volontà manifestamente espressa da parte della famiglia di Giuliani. Infine, per quanto concerne in generale le indagini della Procura della Repubblica di Genova, le suddette indagini avevano ricostruito il contesto complessivo in cui si erano verificati i fatti oggetto di giudizio, in maniera assai dettagliata e



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

minuziosa, spingendosi oltre la semplice ricostruzione della posizione processuale degli indagati, ed in particolar modo di Mario Placanica.

Il giudice Zagrebelsky, infine, ha sottolineato come « *Tous les éléments pertinents et utiles pour évaluer le déroulement des faits et les éventuelles responsabilités quant à la mort de la victime ont été recherchés et examinés, autant qu'il était possible, pendant l'enquête. Celle-ci doit donc, à mon avis, être jugée suffisante dans son ensemble au regard des obligations procédurales découlant de l'article 2 de la Convention* ».

Precedenti

Difformi: *Bubbins c. Royaume-Uni*, n° 50196/99; *McCann et autres c. Royaume-Uni*, 27 settembre 1995; *Makaratzis c. Grèce* [GC], n° 50385/99; *Bakan c. Turquie*, n° 50939/99, 12 giugno 2007; *Huohvanainen c. Finlande*, n° 57389/00, 13 marzo 2007.

Conformi: *Çakıcı c. Turquie* [GC], n° 23657/94; *Andronicou et Constantinou c. Chypre*, 9 ottobre 1997; *Brady c. Royaume-Uni*, n° 55151/00, 3 aprile 2001; *Ahmet Özkanet et autres c. Turquie*, n° 21689/93, 6 aprile 2004.

Profili di diritto interno

Tribunale di Genova, 9 maggio 2006

Riferimenti bibliografici

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Gloria Bardi e Gabriele Gamberini, *Dossier Genova G8. Il rapporto illustrato della procura di Genova sui fatti della Scuola Diaz*, BeccoGiallo, 2008;

M. L. D'Addabbo, *Il processo in corso per i fatti di Genova del luglio 2001: tortura o trattamenti inumani e degradanti ?*, in *I diritti dell'uomo*, 2005, pp. 59 – 61;

M. Di Marzio, *Gli scontri di piazza durante il G8 di Genova e la lesione dei diritti fondamentali dei dimostranti*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2006, pp. 916 – 922;

Tommaso F. Giupponi, *La Corte europea dei diritti sui «fatti di Genova»*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2009, pp. 962 – 966.

(24.02.2010)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Sezione: Diritti, Costituzione e CEDU – Vita umana – Inizio vita

Titolo: *Il divieto di fecondazione eterologa davanti alla Corte di Strasburgo: un campanello d'allarme per la legge 40?*

Autore: ANTONELLO CIERVO

Sentenza di riferimento: Corte eur.dir.uomo, Decisione del 1° aprile 2010, I sezione, S. H. e altri c. Austria (ricorso n. 57813/00)

Parametro convenzionale: Articoli 8 e 14

Parole chiave: Procreazione medicalmente assistita, fecondazione omologa, fecondazione eterologa, fecondazione *in vivo*, fecondazione *in vitro*, non discriminazione

Con questa importante sentenza del 1° aprile 2010, la I sezione della Corte di Strasburgo è ritornata su alcune questioni che riguardano l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (d'ora in avanti PMA) da parte di coppie sterili e/o infertili.

La decisione in commento risulta di grande interesse per il giurista italiano, poiché affronta il tema del divieto di accesso alle tecniche di PMA di tipo eterologo nella legislazione austriaca – un divieto previsto anche dalla legge italiana - e della sua compatibilità con la CEDU.

Prima di entrare nel merito della questione però, riteniamo sia utile svolgere una breve premessa: la legge austriaca n. 293 del primo luglio 1992 - "*Bundesgesetz mit dem Regelungen über die medizinisch Fortpflanzung*" ("*Fortpflanzungsmedizingesets*" – d'ora in avanti FmedG) - ha regolamentato l'accesso alle tecniche di PMA per le coppie sterili e/o infertili stabilendo, sin

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

dall'articolo 1, comma 1, n. 1 che esse consistono *"...nell'applicazione di metodi medici intesi a dare inizio ad una gravidanza non originata con rapporto sessuale"*.

L'articolo 2 consente l'accesso alle tecniche di PMA alle coppie regolarmente sposate o conviventi, quando sia stata accertata medicalmente l'impossibilità di una gravidanza anche attraverso l'utilizzo di terapie sanitarie meno invasive.

In linea di principio, la FmedG consente soltanto la fecondazione omologa anche se, nell'ipotesi in cui lo sperma del coniuge/convivente non abbia capacità procreativa, può essere utilizzato quello di un terzo donatore attraverso una fecondazione *in vivo*, cioè con innesto dello sperma direttamente nell'utero della donna. In ogni caso, la legge (art. 3, nn. 2 e 3 FmedG) vieta la donazione di ovuli, la fecondazione eterologa *in vitro* e la maternità surrogata. L'articolo 8, invece, consente di accedere alle tecniche di PMA utilizzando le cellule embrionali donate da terzi, ma soltanto con il consenso certificato di questi ultimi ed in seguito all'autorizzazione da parte di un'autorità giudiziaria, ovvero con un atto notarile.

La PMA può essere svolta solo in strutture ospedaliere appositamente autorizzate (art. 4, n. 2 FmedG) ed è comunque riconosciuto, ad un medico o ad un infermiere, il diritto all'obiezione di coscienza purché ciò non determini una discriminazione per coloro che si sottopongono a tali terapie (art. 6, nn. 1 e 2 FmedG).

Infine, le coppie che accedono alla PMA possono chiedere agli istituti sanitari competenti la diagnosi pre-impianto dell'embrione, mentre la donna ha sempre la possibilità di revocare, anche in via informale, il proprio consenso all'impianto *in vivo* fino al momento dell'introduzione del seme nel proprio utero.

A fronte di questo quadro normativo molto chiaro e dettagliato, le due coppie di ricorrenti si sono rivolte alla Corte di Strasburgo al fine di dichiarare la FmedG in contrasto con gli articoli 8 e 14 della CEDU. Per quanto riguarda la situazione clinica della prima coppia, la donna era affetta da una restrizione delle tube di falloppio, mentre l'uomo era infertile: poiché la legge austriaca

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

consente la donazione di sperma ed il suo utilizzo solo attraverso tecniche di impianto diretto nell'utero, cioè *in vivo*, la coppia si lamentava del fatto che nel loro caso soltanto il ricorso ad un'eterologa *in vitro* avrebbe consentito l'inizio della gravidanza.

Per quanto riguarda la seconda coppia ricorrente, invece, la donna era affetta da gonadismo e per poter avere un figlio avrebbe dovuto non solo ottenere una donazione di ovuli, ma anche ricorrere ad una fecondazione *in vitro*, condizioni queste entrambe vietate dalla FmedG.

Sia la prima che la seconda coppia di ricorrenti, quindi, vedeva limitato, seppur per motivi diversi, il proprio diritto ad accedere alle tecniche di PMA in ragione del divieto di fecondazione eterologa *in vitro* stabilito dalla legislazione austriaca. Ad avviso dei ricorrenti, una simile limitazione sarebbe in contrasto con gli articoli 8 e 14 della CEDU, anche perché non si capisce per quale motivo "*... the legislation in force allowed for artificial insemination with donor sperm, while it categorically prohibited ova donation. In particular the distinction made between insemination with sperm from donors and in vitro fertilisation with donor sperm was incomprehensible. Thus, the impugned legislation constituted discrimination prohibited by Article 14*" (punto 44 della sentenza).

Il governo austriaco, rifacendosi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul punto, ha affermato che in questo caso il margine di apprezzamento statale è molto ampio e, quindi, il divieto di fecondazione *in vitro* stabilito dalla FmedG deve considerarsi oggettivamente e ragionevolmente giustificato, poichè esso persegue lo scopo legittimo di tutelare non solo la salute ed il benessere fisico delle donne, ma anche quello dei bambini che nasceranno grazie alla PMA, oltre ai "valori morali" della società austriaca.

Anche se il diritto al rispetto della vita privata comprende il diritto ad avere un bambino, il legislatore austriaco con la FmedG avrebbe ben ponderato i beni giuridici in gioco: tale equilibrio ha condotto a limitare l'accesso alle tecniche di PMA eterologhe, al fine di evitare ripercussioni negative sul potenziale cattivo uso delle tecniche medesime, come ad esempio una possibile "selezione eugenetica" degli embrioni da impiantare nell'utero della donna da parte del personale

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

medico. Al di là di questi profili di tipo etico, ad avviso del governo austriaco, il divieto assoluto di donazione degli ovuli introdotto con la FmedG aveva come scopo anche quello di garantire il millenario principio giuridico in base al quale *"mater semper certa est"*.

La Corte di Strasburgo, nel rilevare la violazione degli articoli 8 e 14 della CEDU, letti in combinato disposto tra di loro, ritiene comunque opportuno svolgere una serie di argomentazioni differenti per quanto riguarda le due coppie di ricorrenti.

Incominciando dalla seconda coppia, che si era vista negata la possibilità di ricorrere alle tecniche di PMA in ragione del divieto di donazione degli ovuli previsto dalla FmedG, i Giudici rilevano che le preoccupazioni di ordine morale espresse dal governo austriaco non siano di per sé sufficienti a giustificare il divieto totale di accesso ad una determinata tecnica di fecondazione eterologa.

Infatti, nel momento in cui uno Stato prende la decisione di legiferare in un determinato ambito, nonostante l'ampio margine di apprezzamento di cui gode ai sensi della CEDU, la legge che verrà emanata deve comunque avere un'intrinseca coerenza e garantire così, in maniera adeguata, i diversi interessi coinvolti.

La Corte, pertanto, rileva che il divieto assoluto di donazione di ovuli non era certo l'unica soluzione che avrebbe potuto adottare il legislatore nazionale al fine di evitare la selezione "eugenetica" degli embrioni, anche perché gli stessi codici deontologici medici austriaci già vietano agli operatori del settore di compiere simili interventi selettivi.

Per quanto riguarda, invece, il possibile rischio di un abuso nell'impiego di queste tecniche ed il possibile sfruttamento di donne economicamente disagiate, indotte dalla legge a vendere i loro ovuli per vivere, i Giudici rilevano che questo argomento non riguarda specificamente le tecniche di PMA, ma sembra essere una giustificazione preconcepita nei confronti della fecondazione assistita *tout court*. Ad avviso della Corte, infatti, l'abuso potenziale delle suddette tecniche è sempre



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

possibile e va contrastato, ma questo non è un motivo di per sé sufficiente a vietare una specifica tecnica procreativa.

Su questo punto il governo austriaco era ritornato nel corso dell'udienza, quando aveva esposto un ulteriore argomento contro la possibilità di donazione degli ovuli, affermando che anche i bambini nati dalle tecniche di PMA hanno un legittimo interesse ad essere informati circa la loro discendenza reale che, invece, in questi casi, sarebbe difficile se non impossibile da accertare.

Al riguardo, la Corte afferma che tale diritto del minore non è assoluto e, sul punto, cita il caso *Odièvre* contro Francia, avente ad oggetto l'impossibilità per il richiedente di ottenere informazioni circa i suoi genitori biologici, un caso questo in cui la Corte non aveva riscontrato alcuna violazione dell'articolo 8 della Convenzione, poiché il legislatore francese aveva raggiunto un giusto equilibrio nel bilanciare gli interessi in gioco nella fattispecie concreta.

Passando poi alla situazione della prima coppia ricorrente, i Giudici rilevano che i coniugi non avevano potuto accedere alle tecniche di PMA poiché la fecondazione eterologa, ai sensi della legge austriaca, poteva avvenire solo *in vivo* e non *in vitro*.

Ad avviso della Corte, in questo caso bisogna considerare se la differenza di trattamento tra una coppia che, per soddisfare il proprio desiderio di avere un bambino, può ricorrere alla donazione di sperma per la fecondazione *in vitro* e un'altra coppia che, invece, legittimamente può usufruire della donazione di sperma per una fecondazione *in vivo*, sia una differenza giustificabile e ragionevole, ovvero se la legislazione nazionale, sancendo un divieto assoluto di fecondazione eterologa *in vitro*, persegua uno scopo illegittimo e sproporzionato rispetto agli obiettivi garantiti dalla legge.

Nel giustificare il divieto di donazione di sperma nel caso di una fecondazione *in vitro* ma non nel caso di quella *in vivo*, il governo austriaco ha ribadito le motivazioni già esposte in precedenza. Nella fattispecie concreta, tuttavia, ha addotto un ulteriore argomento che è stato considerato dalla Corte di tipo "efficientistico". Ad avviso del governo austriaco, infatti, la

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

fecondazione *in vivo* essendo già in uso da molto tempo negli ospedali austriaci - ancor prima che la FmedG entrasse in vigore – poteva essere consentita anche dalla FmedG; inoltre, tale tipologia di PMA sarebbe più facile da eseguire, non essendo richiesta l'assistenza di un medico chirurgo qualificato durante l'erogazione del trattamento sanitario.

La Corte rigetta totalmente questo approccio al problema ed afferma a chiare lettere che *"Even if one were to accept this argument submitted by the Government as a question of mere efficiency it must be balanced against the interests of private individuals involved. In this respect the Court reiterates that where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will be restricted [...]. In the Court's view the wish for a child is one such particularly important facet and, in the circumstances of the case, outweighs arguments of efficiency. Thus, the prohibition at issue lacked a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised"* (paragrafo 93 della sentenza).

Alla luce di questi rilievi, la Corte ritiene che la differenza di trattamento subita dalle due coppie di ricorrenti, rispetto ad una coppia che legittimamente poteva usufruire della donazione di sperma per la fecondazione *in vivo* ai sensi della FmedG, non trova alcuna giustificazione obiettiva e ragionevole nel testo della Convenzione e, pertanto, è da considerarsi sproporzionata. Per questo motivo, ad avviso dei Giudici, in entrambe le fattispecie è riscontrabile una violazione dell'articolo 14 della CEDU, letto in combinato disposto con l'articolo 8.

La sentenza S. H., come si è già avuto modo di sottolineare, risulta di estremo interesse per lo studioso italiano, poiché anche la nostra legge 40 del 2004, all'articolo 4, comma 3, vieta il ricorso a qualsiasi tecnica di fecondazione assistita di tipo eterologo. A prima lettura, quindi, la sentenza in commento si potrebbe considerare come un campanello di allarme per la nostra legislazione la quale, nel prevedere un divieto così categorico, rischia, sulla base degli argomenti svolti dalla Corte di Strasburgo, di porsi in contrasto con il testo della CEDU.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Ad avviso di chi scrive, tuttavia, la legislazione austriaca era assai diversa rispetto a quella attualmente in vigore in Italia: per questo motivo, ritengo che, pur essendo quella della Corte di Strasburgo una decisione molto importante, non assumerà grande rilevanza all'interno dell'ordinamento italiano.

In Austria, infatti, la fecondazione eterologa non era vietata *tout court*, era invece vietata la fecondazione *in vitro* con il seme di un terzo, oltre che la donazione di ovuli da parte delle donne: la Corte di Strasburgo, nel caso *de quo*, si è limitata ad osservare che nel momento in cui si ritiene possibile accedere soltanto ad una particolare tecnica di fecondazione eterologa, quella *in vivo* con sperma di un terzo, una simile scelta diventa discriminatoria nei confronti di tutte quelle coppie che, invece, potrebbero avere un figlio soltanto con una fecondazione *in vitro*, utilizzando lo sperma o gli ovuli di terzi donatori.

Insomma, la discriminazione si verifica nel momento in cui la legislazione nazionale consente di accedere soltanto ad alcune tecniche di fecondazione eterologa e non ad altre, senza che si riscontri un giustificato motivo al riguardo: la normativa italiana, invece, non prevede alcuna eccezione, poichè vieta in maniera assoluta il ricorso ad ogni tipologia di fecondazione eterologa.

Profili di diritto interno

Legge n. 40/2004

D. M. sanità 11 aprile 2008 (Linee – guida)

Corte costituzionale: ordinanza n. 97/2010; sentenza n. 151/2009; ordinanza n. 369/2006.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Consiglio di Stato, sezione V, sentenza n. 1437/2007

TAR Lazio, sezione III-*quater*, sentenza n. 398/2008

Precedenti

Dickson c. Regno Unito, n. 44362/04, IV sezione, sentenza del 18 aprile 2006.

Evans c. Regno Unito, n. 6339/05, IV sezione, sentenza del 7 marzo 2006.

Odièvre c. Francia, n. 42326/98, Grande Camera, sentenza del 13 febbraio 2003.

Riferimenti bibliografici

C. Campiglio, *Procreazione assistita: regole italiane e internazionali a confronto*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2004 pp. 531 – 554.

A. Ciervo, *Legislatori irragionevoli e giudici senza cuore. L'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita tra giurisprudenza e valori costituzionali*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 2008, pp. 3669 - 3710.

M. Manetti, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Politica del diritto*, 2004, pp. 453 – 466.

F. Mannella, *L'inseminazione artificiale eterologa davanti alla Corte costituzionale: una soluzione interlocutoria insoddisfacente*, in *Giurisprudenza italiana*, 1999, pp. 1138 – 1140.

R. Romboli, *Circa il disconoscimento di paternità da parte di marito consenziente all'inseminazione eterologa della moglie*, in *Foro italiano*, I, 1998, pp. 3042 – 3044.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

C. Tripodina, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della legge n. 40 del 2004 recante
«norme in materia di procreazione medicalmente assistita»*, in *Diritto pubblico*, 2004, pp. 501 -
548.

(17. 05. 2010)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

- Sezione:** **Diritti, Costituzione e CEDU – Vita umana - Inizio vita**
- Titolo:** *Obblighi positivi dello Stato e salute della donna in una recente decisione in tema di aborto*
- Autore:** **GIORGIO REPETTO**
- Sentenza di riferimento:** Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, dec. del 16.12.2010, *A. B. and C. v. Ireland* (ric. n. 25579/05)
- Parametro convenzionale:** Artt. 8, 13 e 14 CEDU
- Parole chiave:** Vita privata; interruzione della gravidanza; tutela della salute.

La giurisprudenza in tema di interruzione della gravidanza costituisce un punto d'osservazione privilegiato per comprendere il cauto approccio seguito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella materia bioetica. Nelle non molte sentenze in argomento, una preoccupazione costante dei giudici di Strasburgo è stata infatti quella di pronunciarsi sulla lesione dei diritti delle donne intenzionate ad abortire, ma evitando accuratamente di entrare nel merito delle questioni concernenti lo *status* dell'embrione. Sia nel caso in cui uno stato che vietava l'aborto è stato condannato per aver vietato la pubblicazione di informazioni riguardanti la possibilità di abortire all'estero (caso *Open Door and Dublin Well Woman c. Irlanda*), sia nel caso in cui una donna ha subito un aborto indotto per errore dai medici (caso *Vo c. Francia*), i giudici di Strasburgo hanno deciso evitando di entrare nel merito della riconducibilità della tutela dell'embrione all'art. 2 (*Diritto alla vita*), offrendo una lettura degli interessi coinvolti non segnata da prospettive assiologiche troppo "forti". La cautela della Corte europea, oltre che per l'evidente complessità della materia trattata, si giustifica inoltre per il radicamento delle relative sensibilità nel vivo delle opinioni pubbliche nazionali, con cui essa è tradizionalmente abituata a fare i conti.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Il tema è stato affrontato di recente in una lunga e complessa decisione che vede coinvolta ancora una volta l'Irlanda (decisione della Grande Camera del 16.12.2010 nel caso *A. B. and C. v. Ireland*, ric. n. 25579/05), chiamata in causa da tre ricorrenti che lamentavano la violazione dei loro diritti *ex artt.* 8, 13 e 14 CEDU per essere state obbligate ad abortire all'estero, subendo le gravi conseguenze del viaggio e la pressoché totale assenza di informazioni e assistenza da parte delle autorità sanitarie nazionali.

Si deve innanzi tutto rammentare che, a seguito del caso *Open Door* sopra ricordato, la Costituzione irlandese è stata modificata nel senso di consentire i viaggi all'estero per abortire, fermo restando il divieto assoluto di interrompere la gravidanze in patria, a meno di un grave e irreparabile danno alla salute e alla vita della madre. Se non che, a seguito di questa revisione, i contorni di una simile libertà non sono stati definiti legislativamente, con la conseguenza che il trasferimento all'estero per abortire continua tutt'oggi ad essere circondato da una serie notevole di difficoltà, *in primis* una normativa penale risalente la cui funzione intimidatoria non è stata sinora mitigata dalla giurisprudenza, ancora molto oscillante sul punto. Una simile difficoltà è ulteriormente aggravata dall'assenza di una generale normativa di attuazione volta a definire i contorni della possibilità di abortire in patria, nel caso di un pregiudizio grave per la salute o la vita della donna.

Il ricorso è sollevato davanti alla Corte di Strasburgo da tre donne che si sono rivolte a cliniche inglesi e che si dolevano delle conseguenze fisiche e psicologiche subite per essere state costrette ad operarsi all'estero, con una assistenza del tutto insufficiente in patria e che le ha esposte a subire, in alcuni casi, danni anche gravi alla propria salute al rientro in Irlanda.

In particolare, le prime due ricorrenti lamentavano le conseguenze subite, a livello fisico e psichico, derivanti dall'inefficace assistenza ricevuta prima del trasferimento all'estero per abortire, come anche dall'assenza di una prassi ospedaliera volta a monitorare le conseguenze dell'operazione: al loro rientro in Irlanda, infatti, entrambe avevano subito traumi che non erano stati adeguatamente curati, anche perché le ricorrenti – donne in stato di grave indigenza con notevoli problemi familiari – temevano le conseguenze penali di una richiesta di assistenza agli ospedali pubblici. La terza ricorrente, invece, lamentava il difetto di tutela consistente nell'impossibilità di ottenere una



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

diagnosi sulla compatibilità della sua gravidanza con una grave forma di tumore da cui era affetta, che l'aveva portata a espatriare pur versando in una situazione che, per la gravità della propria malattia, avrebbe probabilmente giustificato un aborto anche negli ospedali irlandesi.

Un primo aspetto di interesse della pronuncia nasce dal fatto che essa effettua un'ampia disamina del quadro legislativo e, soprattutto, delle prassi e delle regole amministrative che disciplinano sia la consulenza medica e psicologica alle donne che intendono abortire, sia le condizioni eccezionali al ricorrere delle quali l'aborto è ritenuto legittimo. Condizioni, queste ultime, specificate soprattutto da una serie di pronunce giurisprudenziali che, non avendo trovato accoglimento in una normativa uniforme, hanno determinato una grande varietà di orientamenti a livello clinico e ospedaliero. Incertezza aggravata da un contesto sociale, culturale e religioso che, in misura inferiore rispetto al passato ma pur sempre significativa, mostra una notevole disapprovazione nei confronti delle donne che chiedono di abortire.

La pretesa delle tre ricorrenti, di conseguenza, viene iscritta dalla Corte all'interno di un bilanciamento che vede coinvolti, da un lato, i loro diritti sub art. 8 CEDU a veder tutelate la libertà della loro scelta e la salvaguardia del loro equilibrio psico-fisico, e, dall'altro lato, i «*profound moral values of the Irish people as to the nature of life and consequently as to the need to protect the life of the unborn*».

Differenziando la posizione delle prime due ricorrenti, che non hanno corso nella vicenda un pericolo di vita, da quella della terza (su cui tornerò a breve), la Corte innanzi tutto ricorda come, in linea di principio, tanto più un diritto investe aspetti rilevanti della personalità, tanto più su di esso lo Stato non può vantare un margine di discrezionalità al fine di attenuarne o escluderne la garanzia; e, nell'individuare il rilievo di una pretesa, a maggior ragione se essa investe temi eticamente sensibili, si deve aver riguardo al grado di condivisione di essa e delle sue modalità di tutela tra i paesi membri della CEDU stessa.

Il *consensus inquiry* in tema di aborto dimostra oggi con grande evidenza come la salvaguardia della salute della madre prevalga sulla vita del nascituro nella maggior parte dei paesi europei, riconoscendo solo altri tre stati su quarantasette, oltre all'Irlanda, un divieto pressoché assoluto di



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

interrompere la gravidanza (Andorra, Malta e San Marino). L'esame meramente comparativo, tuttavia, non è sufficiente per i giudici europei a dare una risposta sufficiente alla doglianza avanzata dalle ricorrenti, perché ad avviso della Corte fare affidamento solamente sul grado di condivisione della normativa che vieta l'aborto finisce per accreditare l'idea di un'alternativa, quasi una contrapposizione, tra due interessi – quello della donna a mantenere la propria salute e quello del bambino a venire alla luce – che invece sono «*inextricably interconnected*» (§ 237). Da questa interconnessione discende che, ad avviso dei giudici, non si possa isolare una delle due pretese e fondarne la “forza” sul maggiore grado di diffusione, considerato che, da questo aspetto, «*the margin of appreciation accorded to a State's protection of the unborn necessarily translates into a margin of appreciation for that State as to how it balances the conflicting rights of the mother*» (ivi). Cosa la Corte intenda dire con questo avvertimento si comprende subito dopo: «*It follows that, even if it appears from the national laws referred to that most Contracting Parties may in their legislation have resolved those conflicting rights and interests in favour of greater legal access to abortion, this consensus cannot be a decisive factor in the Court's examination of whether the impugned prohibition on abortion in Ireland for health and well-being reasons struck a fair balance between the conflicting rights and interests, notwithstanding an evolutive interpretation of the Convention*» (ivi).

L'obiettivo della maggioranza della Corte appare, a questo punto, più chiara: il *consensus standard*, allorché misura il grado di condivisione di un certo equilibrio tra diritto individuale e interesse collettivo può avere un peso nell'interpretazione delle clausole della Convenzione, ma quando questo equilibrio investe beni posti su un piede di parità (come nel caso dell'aborto, dove anzi questi beni non possono essere scissi l'uno dall'altro), gli stati rimangono, per così dire, “padroni dei propri bilanciamenti”. Certo, la Corte si ritaglia un ruolo di supervisore a che un diritto non venga del tutto compresso ai danni dell'altro, anche se l'impressione è che un simile itinerario argomentativo sfoci nella riserva agli stati di sfere d'azione rispetto alle quali il controllo europeo abbia una scarsa, se non nulla, possibilità di intervento. E nel caso di specie questo timore si ravvisa nella constatazione che le ricorrenti irlandesi non hanno visto leso il loro diritto perché, nonostante tutto, sono rimaste libere di recarsi all'estero per abortire. Che sia questo il punto chiave della



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

sentenza lo dimostra l'articolata opinione dei sei giudici di minoranza, che ribadiscono la necessità di isolare le pretese confliggenti, quella della madre e quella del bambino, valorizzandone il rispettivo rilievo sulla base delle varie soluzioni accolte nei paesi membri.

Nel caso della terza ricorrente, la lesione del diritto matura invece dalla conseguente applicazione delle incerte scelte adottate dal legislatore nazionale. Senza mettere in discussione, per le ragioni anzidette, il bilanciamento operato dalla costituzione e dalle leggi nazionali, la Corte ritiene leso in questo caso l'art. 8 CEDU perché le autorità nazionali avrebbero comunque omesso di dare seguito a quegli obblighi positivi di tutela che pure la normativa nazionale contempla, anche se in modo contraddittorio e con molte lacune sul profilo dell'erogazione del servizio sanitario. Non consentendo alla donna di svolgere una valutazione approfondita sui rischi derivanti dalla prosecuzione della gravidanza nelle sue condizioni di salute, per l'assenza già richiamata di normative d'attuazione e di prassi mediche e assistenziali adeguate, l'Irlanda non ha osservato l'art. 8 CEDU, ma ancora prima non ha osservato quell'obbligo minimo di protezione che è iscritto nella propria normativa e che rappresenta un elemento indefettibile del bilanciamento effettuato dalla normativa interna.

Il quadro che emerge da questa lunga e complessa decisione pare, in definitiva, rimarcare la centralità che ha il margine d'apprezzamento non solo come tecnica rivolta a misurare il grado di pluralismo tollerabile con uno strumento unico di tutela dei diritti come la CEDU, ma anche – e con un peso che viene crescendo negli ultimi tempi – come tassello di una *constitutional adjudication* che prende le mosse da valutazioni comparative per selezionare *dall'interno* i significati dei diritti garantiti. Molto spesso la Corte ha mostrato di saper coniugare felicemente questa attitudine ad allargare comparativamente i quadri di riferimento della propria argomentazione con una lettura evolutiva dei diritti e delle garanzie. Altre volte, come in questo caso (ma penso anche a molta della giurisprudenza sulla morale religiosa ex art. 9 CEDU), il ricorso al margine d'apprezzamento rischia di esaltare il momento statico e conservativo che si nasconde dietro ogni ricerca del consenso a tutti i costi, a maggior ragione se questo coinvolge i *profound moral values*.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Profili di diritto interno

Corte cost., sent. n. 27 del 1975

Legge 22 marzo 1978, n. 194, *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*

Precedenti

Dec. del 29.10.1992, *Open Door and Dublin Well Woman c. Irlanda*, ric. n. 14234/88; dec. della Grande Camera dell'8.7.2004, *Vo c. Francia*, ric. n. 53924/00; dec. del 2.3.2007, *Tysiac c. Polonia*, ric. n. 5410/03.

Riferimenti bibliografici

M. D'Amico, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, Milano, 1993;

S. Nicolai, *La legge sulla fecondazione assistita e l'eredità dell'aborto*, in www.costituzionalismo.it (30.5.2005);

A. Plomer, *A Foetal Right to Life? The case of Vo v. France*, in *Human Rights Law Review*, 2005, pp. 311 ss.

B. Randazzo, L. Tria, *I diritti del nascituro dinanzi alla Corte di Strasburgo*, in *I diritti dell'uomo*, 2005, pp. 66 s.

A. Viviani, *Aborto terapeutico e diritto all'integrità personale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, pp. 406 ss.

(21.2.2011)



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Sezione: **Diritti, Costituzione e CEDU – Vita umana – Diritto alla vita e Inizio vita**

Titolo: ***Obblighi positivi dello Stato e tutela della vita umana: analisi di una recente
tendenza giurisprudenziale della Grande Chambre della Corte di Strasburgo***

Autore: **ANTONELLO CIERVO**

Sentenze di riferimento: Corte eur. dir. uomo, Sent. *Giuliani e Gaggio contro Italia* del 24 marzo 2011,
Grande Chambre (n. 23458/2002); Sent. *S. H. e altri contro Austria* del 3
novembre 2011, *Grande Chambre* (n. 57813/2000)

Parametro convenzionale: Articoli 2, 3, 8, e 14 CEDU

Parole chiave: Diritto alla vita; Trattamenti inumani e degradanti; Tutela dell'ordine pubblico ;
Vita privata e familiare; Non discriminazione; Margine di apprezzamento statale;
Obblighi positivi e negativi in capo agli Stati.

Nel corso degli ultimi due anni, si è registrata una interessante tendenza giurisprudenziale della Corte di Strasburgo, consistita nella rivalutazione da parte della Grande Chambre di alcune decisioni prese dalle sezioni semplici, il cui risultato è stato quello di riconsiderare i diritti e gli interessi giuridici oggetto di bilanciamento nei giudizi innanzi a queste ultime. Ciò ha condotto non solo al riconoscimento di un più ampio margine di apprezzamento a favore degli Stati, su questioni strettamente connesse alla tutela della vita umana, ma anche ad una maggiore indeterminazione concettuale tra obblighi positivi ed obblighi negativi gravanti sui membri del Consiglio d'Europa.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Le due sentenze che andremo ad analizzare in questa sede, sono state emanate dalla Grande Chambre nel corso del 2011 e risultano paradigmatiche di questa tendenza giurisprudenziale in atto: si tratta delle decisioni *Giuliani e Gaggio contro Italia* del 24 marzo 2011 (n. 23458/2002) e *S. H. e altri contro Austria* del 3 novembre 2011 (n. 57813/2000). In entrambi questi casi, infatti, il giudizio delle sezioni semplici della Corte, rispettivamente la quarta e la prima, si era concluso con una condanna nei confronti degli Stati convenuti, esiti questi che sono stati completamente ribaltati dalla Grande Chambre.

In particolare nel caso *Giuliani*, la quarta sezione della Corte aveva rilevato, con quattro voti favorevoli e tre contrari, la violazione dell'articolo 2 della CEDU sotto il profilo processuale, per quanto riguardava il mancato accertamento, mediante una commissione d'inchiesta parlamentare da parte delle autorità italiane, delle responsabilità penali degli eventi che avevano portato alla morte di un manifestante, nel corso delle manifestazioni durante il G8 tenutosi a Genova nel luglio del 2001.

Per quanto riguardava, invece, il caso *S. H. e altri*, la I sezione della Corte aveva dichiarato la violazione degli articoli 8 e 14 della CEDU con riferimento alla normativa austriaca che consentiva, soltanto in alcuni casi, l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo. In particolare, la I sezione aveva rilevato una violazione della CEDU nella parte in cui la suddetta normativa nazionale: a) consentiva la donazione di sperma ma non quella di ovuli a coppie terze, b) consentiva alle donne di sottoporsi ad una fecondazione assistita *in vivo*, ma vietava loro l'accesso ad ogni forma di fecondazione *in vitro*.

In entrambi i casi, la Grande Chambre ha avuto modo di dare una valutazione nuova e differente dei fatti in causa, utilizzando una serie di argomenti giuridici finalizzati a riconoscere un maggiore margine di apprezzamento statale sulle questioni concernenti la tutela della vita umana e, nel contempo, ripensando l'intensità degli obblighi positivi di tutela della vita umana che gravano in capo agli Stati.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Nel caso *Giuliani*, infatti, la Grande Chambre pur ribadendo – come aveva già avuto modo di fare la IV sezione -, che non fosse rilevabile alcun tipo di violazione sostanziale dell'articolo 2 della CEDU, estendeva questo suo ragionamento giuridico anche alla – precedentemente accertata - violazione del suddetto articolo, sotto il profilo procedurale. Ad avviso dei giudici della Grande Chambre, nei fatti oggetto del giudizio, *"... le recours à la force meurtrière a été « absolument nécessaire » pour « assurer la défense de toute personne contre la violence illégale » [...] et qu'il n'y a pas eu violation des obligations positives de protéger la vie en raison de l'organisation et de la planification des opérations de police lors du G8 de Gênes et des faits tragiques survenus place Alimonda. Pour parvenir à ce constat, la Cour a disposé, grâce aux informations fournies par l'enquête interne, d'éléments suffisants lui permettant de s'assurer que M.P. avait agi en état de légitime défense afin de protéger sa vie et son intégrité physique ainsi que celles des autres occupants de la jeep contre un danger grave et imminent, et que sous l'angle de l'article 2 de la Convention aucune responsabilité quant à la mort de Carlo Giuliani ne pouvait être imputée aux personnes responsables de l'organisation et de la planification du G8 de Gênes"* (paragrafi 307 e 308 della sentenza).

Ad avviso della Corte, i processi che erano stati intrapresi dalle autorità giudiziarie italiane nei confronti delle forze dell'ordine, avevano consentito di valutare nel merito il comportamento degli agenti di pubblica sicurezza e le loro eventuali responsabilità per gli illeciti commessi, nei confronti dei manifestanti, nel corso del luglio del 2001. La Grande Chambre rilevava non solo che si era svolta un'inchiesta parlamentare sui fatti in giudizio, ma anche che gli uffici della Questura di Genova erano stati oggetto di una ispezione amministrativa ministeriale, al fine di rilevare se ci fossero state delle irregolarità nell'organizzazione degli interventi delle forze dell'ordine.

Per quanto concerneva, invece, la garanzia dei diritti processuali della famiglia Giuliani, la Corte osservava che *"... il est vrai qu'en droit italien la partie lésée ne peut se constituer partie civile qu'à partir de l'audience préliminaire, qui en l'espèce n'a pas eu lieu. Il n'en demeure pas moins qu'au stade des investigations préliminaires elle peut exercer les droits et les facultés qui lui sont expressément reconnus par la loi. [...] En l'espèce, il n'est pas contesté que les requérants ont eu la*

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

faculté d'exercer ces droits. En particulier, les intéressés ont nommé des experts de leur choix auxquels ils ont confié la mission d'établir des rapports d'expertise qui ont été soumis au parquet et à la GIP [...]. En outre, ils ont pu s'opposer à la demande de classement et indiquer les investigations ultérieures qu'ils souhaitaient voir accomplies. La circonstance que, faisant usage de son droit d'apprécier les faits et les éléments de preuve, la GIP de Gênes ait rejeté leurs demandes [...] ne saurait, en soi, être constitutive d'une violation de l'article 2 de la Convention, d'autant qu'aux yeux de la Cour, la décision de la GIP sur ces points n'apparaît pas entachée d'arbitraire" (paragrafi 312 e 313 della sentenza).

Ad avviso della Corte, gli obblighi procedurali positivi che si desumono dall'articolo 2 della CEDU impongono di effettuare una inchiesta – in senso ampio – effettiva, da parte dello Stato convenuto, sui fatti oggetto del giudizio. Tuttavia, dal testo dell'articolo 2 della Convenzione, così come interpretato dalla Corte, non necessariamente si desume che una simile inchiesta debba avvenire mediante un pubblico dibattito sulla responsabilità giuridica dei pubblici ufficiali incriminati. Se dunque le autorità statali responsabili hanno svolto la loro attività d'inchiesta utilizzando tutti gli strumenti giuridici che l'ordinamento interno consente di attivare, si deve comunque ritenere che i suddetti obblighi positivi, desumibili dall'articolo 2 della CEDU, siano stati regolarmente adempiuti da parte dello Stato convenuto in giudizio innanzi alla Corte.

Del resto, sottolinea la Grande Chambre al paragrafo 324 della sentenza, gli stessi ricorrenti non hanno mai eccepito che le inchieste poste in essere dalle autorità giudiziarie statali abbiano violato i principi di imparzialità e di indipendenza del processo, né che le forze di polizia - competenti a raccogliere le prove per le Procure interessate alle indagini - fossero state direttamente coinvolte nei fatti di causa. Infine, sottolinea sempre la Corte, le indagini sono state svolte con diligenza e con grande celerità: neppure sotto questo profilo i ricorrenti avevano eccepito alcun rilievo dal punto di vista giuridico.

In conclusione, quindi, la Grande Chambre constatava che non si era verificata, nel caso *de quo*, alcuna violazione dell'articolo 2 della CEDU da parte delle autorità italiane, neppure sotto il profilo procedurale, in questo modo ribaltando l'esito del giudizio della IV sezione semplice, riconoscendo

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

così l'adempimento da parte dell'Italia degli obblighi positivi di tutela della vita umana, desumibili dal testo della Convenzione.

Passando ora a considerare gli argomenti utilizzati dalla Grande Chambre nella sentenza *S. H. e altri contro Austria*, si deve subito rilevare come i giudici di Strasburgo definiscano, al paragrafo 85 di questa decisione, in termini molto chiari e netti, il punto centrale della questione oggetto del giudizio. Ad avviso dei giudici di Strasburgo, infatti, *"... pour statuer sur la conformité de la législation litigieuse avec l'article 8 de la Convention, la Cour doit ensuite déterminer si la législation en cause s'analyse en une atteinte au droit des requérants au respect de leur vie privée et familiale constitutive d'un manquement de l'Etat à une obligation négative ou en un défaut d'exécution d'une obligation positive qui pèserait sur lui à cet égard"*.

Secondo la Corte, l'articolo 8 della CEDU tutela gli individui dalle ingerenze arbitrarie dei pubblici poteri e non si limiterebbe ad obbligare gli Stati dall'astenersi da suddette ingerenze – quindi, soltanto in negativo -, ma li obbliga a rispettare la vita privata e familiare degli individui, ponendo in essere comportamenti positivi finalizzati a questo specifico obiettivo. Poiché non è possibile distinguere in maniera generale ed astratta la differenza – spesso sottile - che intercorre tra un obbligo negativo ed un obbligo positivo gravante su uno Stato che ha aderito al sistema convenzionale, ad avviso della Grande Chambre è allora necessario tenere in considerazione gli interessi in gioco nella fattispecie concreta.

Il problema, nel caso *de quo*, era quello di comprendere se gravasse sull'Austria un obbligo positivo ad autorizzare l'accesso ad alcune tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo o se, invece, un divieto in questo senso da parte della legislazione nazionale, potesse essere considerato come un'ingerenza dello Stato nella vita privata e familiare dei propri cittadini, in violazione dell'articolo 8 della Convenzione.

Se la I sezione della Corte si era espressa in questo senso, rilevando una violazione della CEDU, la Grande Chambre invece risulta essere di contrario avviso, in quanto *"Eu égard à ce qui précède, la Cour conclut que ni l'interdiction du don d'ovules à des fins de procréation artificielle ni la prohibition du don de sperme à des fins de fécondation in vitro posées par l'article 3 de la loi sur la*



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

procréation artificielle n'ont excédé la marge d'appréciation dont le législateur autrichien disposait à l'époque pertinente" (paragrafo 115 della sentenza).

Ciò nonostante, proseguono i giudici di Strasburgo al successivo paragrafo 117 della decisione, *"... la Cour ne peut que constater que le parlement autrichien n'a pas, à ce jour, procédé à un réexamen approfondi des règles régissant la procréation artificielle à la lumière de l'évolution rapide que connaissent la science et la société à cet égard. Elle observe au demeurant que tout en jugeant que le législateur avait respecté le principe de proportionnalité découlant de l'article 8 § 2 de la Convention et que le choix fait par lui d'autoriser en principe les méthodes homologues de procréation artificielle – et à titre exceptionnel l'insémination avec don de sperme – reflétait l'état de la science médicale de l'époque et le consensus existant dans la société, la Cour constitutionnelle a précisé que ces données n'étaient pas figées et qu'elles pouvaient subir des évolutions dont le législateur devrait tenir compte"*.

In questo modo, rivolgendo un monito al Governo ed al Parlamento austriaco al fine di rivedere i presupposti – tanto giuridici, quanto scientifici – della legislazione in questione, la Grande Chambre ha valutato diversamente dalla I sezione la compatibilità con la CEDU della normativa austriaca in materia di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, ritenendola non contrastante con gli articoli 8 e 14 della Convenzione.

Giunti a conclusione della nostra analisi sugli argomenti impiegati dalla Grande Chambre in queste sue recenti decisioni, è forse necessario riprendere le fila del nostro discorso iniziale e svolgere una serie di osservazioni al riguardo.

Innanzitutto bisogna osservare come la tutela della vita, in queste due importanti decisioni della Corte, rilevi in maniera differente: da un lato infatti, nella sentenza *Giuliani*, essa discende da un obbligo positivo degli Stati a tutelare i loro cittadini - in senso ampio - da ogni forma di violenza pubblica o privata, in ragione di un'interpretazione dell'articolo 2 della Convenzione che risale, per lo meno, alla sentenza *McCann e altri contro Regno Unito* del 27 settembre 1995. Nel caso *S. H. e altri*, invece, la tutela della vita umana, pur non essendo direttamente oggetto del giudizio della

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Corte, rileva indirettamente in ragione del fatto che i giudici erano chiamati a valutare la compatibilità di una legge austriaca, che regolava l'accesso a determinate tecniche procreative di tipo eterologo, con la CEDU.

Bisogna altresì precisare come la Grande Chambre, pur avendo modo di rimodulare il margine di apprezzamento in capo agli Stati, in un'ottica di maggiore ampiezza rispetto a quanto fatto dalle sezioni semplici nelle loro sentenze, ha in realtà focalizzato la propria argomentazione giuridica sugli obblighi in positivo che discendono dal testo della Convenzione.

Al riguardo, si deve registrare come la Grande Chambre abbia desunto la non sussistenza dei suddetti obblighi positivi in maniera differente in queste sue decisioni. Nel caso *Giuliani*, infatti, i giudici hanno avuto modo di valutare l'attività svolta dai pubblici poteri italiani, al fine di rilevare che essi avevano fatto tutto quanto era previsto dall'ordinamento giuridico interno per accertare eventuali responsabilità penali dei pubblici ufficiali.

Nel caso *S. H. e altri*, invece, la Corte ha rivolto un monito alle autorità austriache, affinché ripensassero le possibilità di accesso alle tecniche procreative di tipo eterologo, alla luce delle nuove scoperte in campo tecnico e scientifico in questo ambito.

Nel primo caso, quindi, la Grande Chambre ha rilevato che l'Italia ha fatto tutto quanto era nelle proprie possibilità per accertare le responsabilità dei fatti di causa: la mancata istituzione di una Commissione parlamentare d'inchiesta ufficiale, non rientrerebbe quindi negli obblighi positivi in capo agli Stati derivanti dall'articolo 2 CEDU. Nel secondo caso, invece, la Corte, pur riconoscendo un ampio margine di discrezionalità in capo all'Austria, per quanto concerne la regolamentazione interna dell'accesso alle tecniche procreative di tipo eterologo, si è limitata a svolgere un monito alle autorità austriache, al fine di "aggiornare" il quadro legislativo nazionale in materia di procreazione medicalmente assistita.

La questione resta allora quella di capire come, in futuro, la Corte potrà pronunciarsi sulle medesime questioni: fermo restando che ormai il caso *Giuliani* può ritenersi definitivamente

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

concluso, viceversa non è da escludersi che la Grande Chambre possa ritornare a valutare fatti, quanto meno simili, concernenti la legislazione austriaca in tema di procreazione medicalmente assistita. In questa ottica, pertanto, la decisione della Corte sembrerebbe concedere agli Stati un ulteriore lasso di tempo al fine di adeguarsi agli obblighi positivi desumibili dalla CEDU. In questo senso, la Corte sembrerebbe allora svolgere una funzione di *moral suasion*, oltre che giurisprudenziale in senso stretto.

Se quindi da un lato, in prima battuta, questo approccio della Corte sembrerebbe depotenziare l'incisività giuridica della sua precedente giurisprudenza, in particolare quella delle sezioni semplici, dall'altro invece, sembrerebbe ampliarsi lo spettro di valutazione della Grande Chambre che, per lo meno nell'ambito degli obblighi positivi statali a tutela della vita umana, si dichiarerebbe competente non solo a giudicare sulla compatibilità delle normative interne con la Convenzione, ma anche dell'attività specifica posta in essere dagli Stati nel dare attuazione ai suddetti obblighi, alla luce delle indicazioni provenienti dalla Corte stessa.

In conclusione, quindi, sembrerebbe aumentare ulteriormente, in questo modo, il dialogo giuridico tra Stati e Corte, in una prospettiva che non appare limitata soltanto al mero piano normativo, ma anche ai "comportamenti istituzionali" che gli Stati sono tenuti ad adottare in prospettiva, al fine di dare attuazione agli obblighi CEDU, tenendo conto anche dei moniti provenienti da Strasburgo.

Profili di diritto interno

a) Caso Giuliani:

Tribunale di Genova, 9 maggio 2006

b) Caso S. H.:

Legge n. 40/2004

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

D. M. sanità 11 aprile 2008 (Linee – guida)

Corte costituzionale: ordinanza n. 97/2010; sentenza n. 151/2009; ordinanza n. 369/2006.

Consiglio di Stato, sezione V, sentenza n. 1437/2007

TAR Lazio, sezione III-*quater*, sentenza n. 398/2008

Precedenti

a) Caso Giuliani:

Conformi: *Bubbins c. Royaume-Uni*, n° 50196/99; *McCann et autres c. Royaume-Uni*, 27 settembre 1995; *Makaratzis c. Grèce* [GC], n° 50385/99; *Bakan c. Turquie*, n° 50939/99, 12 giugno 2007; *Huohvanainen c. Finlande*, n° 57389/00, 13 marzo 2007.

Difformi: *Çakıcı c. Turquie* [GC], n° 23657/94; *Andronicou et Constantinou c. Chypre*, 9 ottobre 1997; *Brady c. Royaume-Uni*, n° 55151/00, 3 aprile 2001; *Ahmet Özkanet et autres c. Turquie*, n° 21689/93, 6 aprile 2004; *Giuliani e Gaggio c. Italia*, n° 23458/02, 25 agosto 2009, IV sezione.

b) Caso S. H.:

Dickson c. Regno Unito, n. 44362/04, IV sezione, sentenza del 18 aprile 2006.

Evans c. Regno Unito, n. 6339/05, IV sezione, sentenza del 7 marzo 2006.

Odièvre c. Francia, n. 42326/98, Grande Camera, sentenza del 13 febbraio 2003.

S. H. e altri c. Austria, n. 57813/00, I sezione, 1° aprile 2010.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Riferimenti bibliografici

a) Caso Giuliani:

P. De Stefani, *La sentenza della Corte europea dei diritti umani per l'omicidio Giuliani: prima condanna per violazione del diritto alla vita pronunciata contro l'Italia*, in <http://unipd-centrodirittiumani.it>, ultimo accesso 29/04/2012.

T.F. Giupponi, *La Corte europea dei diritti sui «fatti di Genova»*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2009, pp. 962 – 966.

b) Caso S. H. e altri:

R. Chieppa, *Fecondazione eterologa e Corte europea CEDU.: quali effetti vincolanti nel contrasto di interpretazione tra due decisioni ed altri profili processuali di costituzionalità*, in *federalismi.it*, n.9/2012.

C. Grabenwarter e B. Krauskopf, *S. H. and others vs. Austria: a larger margin of appreciation in complex fields of law*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, pp. 155- 158.

B. Liberali, *Il margine di apprezzamento riservato agli stati e il cd. Time Factor. Osservazioni a margine della decisione della Grande Camera resa contro l'Austria*, in *Rivista telematica giuridica dell' AIC*, n.1/2012.

A. Osti, *La sentenza S. H. e altri c. Austria: un passo «indietro» per riaffermare la legittimazione della Corte europea*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, pp. 159 – 164.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Sul diritto alla vita nella giurisprudenza CEDU:

N. Lettieri, *L'art. 2 della Convenzione sui diritti umani sul diritto alla vita*, in *Giurisprudenza di merito*, 2009, pp. 2312 – 2329.

J. Yorke (ed.), *The Right to Life and the Value of Life. Orientations in Law, Politics and Ethics*, Farnham – Burlington, 2010.

(7. 05. 2012)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Sezione: **Diritti, Costituzione e CEDU – Vita umana – Inizio vita**

Titolo: *Una questione privata (e di diritto interno). La Consulta dichiara incostituzionale il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*

Autore: **ANTONELLO CIERVO**

Sentenza di riferimento: Corte cost., sentenza n. 162 del 10 giugno 2014

Parametro convenzionale: Nessuno

Parole chiave: Procreazione medicalmente assistita, fecondazione omologa, fecondazione eterologa, fecondazione *in vivo*, fecondazione *in vitro*, non discriminazione, ragionevolezza, bilanciamento.

1. Con la sentenza in commento, la Corte costituzionale italiana è ritornata nuovamente a valutare la legittimità della legge n. 40/2004, con riferimento al divieto assoluto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (d'ora in avanti, PMA) di tipo eterologo, così come desumibile dagli artt. 4, comma 3, 9, commi 1 e 3, 12, comma 1, in ragione delle questioni di costituzionalità

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

sollevate dai Tribunali di Milano, Firenze e Catania. Erano stati proprio questi giudici, infatti, nel corso del 2011, a sollevare identiche questione di legittimità costituzionale della legge 40 che, pur essendo state dichiarate ammissibili dalla Consulta, non erano poi state valutate nel merito in quanto, con l'ordinanza n. 150/2012, la Corte aveva restituito gli atti ai rispettivi magistrati, affinché riconsiderassero la questione alla luce della sopravvenuta sentenza della *Grande Chambre* della Corte EDU (*S. H. e altri contro Austria*, 3 novembre 2011).

Infatti, la Corte costituzionale, al punto 3. 1. del "Considerato in diritto" della sentenza, subito rileva come le questioni oggetto del giudizio costituiscano una nuova proposizione di quelle, in tutto o in parte, già sollevate dai medesimi giudici e che erano state dichiarate ammissibili con l'ordinanza n. 150/2012. Tuttavia, le nuove questioni sollevate non propongono più, fatta eccezione per la *quaestio* sollevata dal Tribunale di Milano, una declaratoria di incostituzionalità della legge 40, alla luce degli artt. 8 e 14 della CEDU, integranti il parametro costituzionale dell'art. 117, primo comma Cost. Ed è proprio a partire da questo rilievo che la Corte sviluppa la propria motivazione, dichiarando l'incostituzionalità della legge *de quo*, nella parte in cui vieta l'accesso delle coppie sterili e/o infertili alle tecniche di PMA di tipo eterologo, in riferimento agli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost., dichiarando invece assorbiti i motivi di censura della normativa, ai sensi dell'art. 117, primo comma Cost.

Ad avviso della Consulta, quello dell'accesso alle tecniche di PMA di tipo eterologo è certamente un tema "eticamente sensibile" e, pertanto, l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra le contrapposte esigenze di tutela dei soggetti coinvolti, non può non spettare innanzitutto al legislatore. Inoltre, la Corte rileva come il divieto oggetto di censura non discenda da obblighi derivanti da trattati internazionali, poiché la Convenzione di Oviedo del 1997 – che pure l'Italia ha recepito nel proprio ordinamento, con la legge n. 145/2001, senza però darne concreta attuazione normativa –, si limita a vietare l'impiego delle tecniche di PMA per fini selettivi ed eugenetici, ma non al fine di curare patologie mediche di cui sono affette le coppie sterili e/o infertili.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Pertanto, la Corte osserva come la scelta di una coppia di avere un figlio costituisca espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminazione, desumibile dal combinato disposto degli artt. 2, 3 e 31 Cost., in quanto concernente la sfera privata e familiare di ogni individuo. Tale scelta, proprio perché attiene alla sfera più intima ed intangibile della persona, non può che essere "incoercibile", nella misura in cui non vada ad incidere o a ledere altri beni di rango costituzionale, fermo restando, tuttavia, che, da un lato, la Costituzione non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli, e che, dall'altro, (così al punto 6 del "Considerato in diritto") *"... il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico, in applicazione di principi costituzionali"*.

Allo stesso livello costituzionale dell'autodeterminazione dei membri di una coppia a diventare genitori, la Corte pone anche la libertà di autodeterminazione individuale sotto il profilo della tutela del diritto alla salute, ribadendo quindi, sulla base di una sua giurisprudenza ormai costante, che gli atti di disposizione del proprio corpo, quando finalizzati alla tutela della salute *stricto sensu*, devono sempre ritenersi leciti, purché non vadano a ledere altri beni giuridici costituzionalmente rilevanti. In sintesi, ad avviso della Consulta, in questo ambito normativo *"... la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali [...], fermo restando il potere del legislatore di intervenire in modo conforme ai precetti costituzionali. Non si tratta di soggettivizzare la nozione di salute, né di assecondare il desiderio di autocompiacimento dei componenti di una coppia, piegando la tecnica a fini consumistici, bensì di tenere conto che la nozione di patologia, anche psichica, la sua incidenza sul diritto alla salute e l'esistenza di pratiche terapeutiche idonee a tutelarla, vanno accertate alla luce delle valutazioni riservate alla scienza medica, ferma la necessità di verificare che la relativa scelta non si ponga in contrasto con interessi di pari rango"* (così al punto 7 del "Considerato in diritto").

Affermato in termini univoci questo importante principio, la Corte passa a valutare il divieto assoluto stabilito dalla legge 40, in materia di accesso alle tecniche di PMA di tipo eterologo, e

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

subito rileva come questa particolare tipologia di tecniche abbia come obiettivo quello di favorire la vita e di risolvere una serie di problematiche mediche afferenti allo stato di salute della coppia, non certo quello di consentire delle gravidanze motivate da una finalità eugenetica. Ciò detto, tuttavia, la Corte sottolinea come la legge 40 risulti, per giurisprudenza costante, una legge costituzionalmente necessaria, sebbene nella parte che qui rileva non abbia un contenuto costituzionalmente vincolato. Del resto, era stata la stessa Consulta, con la sentenza n. 49/2005, ad aver dichiarato ammissibile il referendum che aveva come obiettivo proprio quello di abrogare il divieto in questione, stabilendo che l'eventuale esito positivo della consultazione elettorale non avrebbe comunque fatto venir meno un livello minimo di tutela costituzionalmente necessario, in questo ambito, da parte della legge 40.

Entrando ancora più nel merito della questione di costituzionalità, la Consulta (al punto 11. 1. del "Considerato in diritto") dichiara l'illegittimità del divieto in esame, esclusivamente in riferimento al caso in cui sia stata accertata l'esistenza, all'interno della coppia, di una patologia che sia causa di sterilità e/o infertilità assolute. In pratica, una volta accertata – in via documentale – la sterilità e/o l'infertilità irreversibile di uno dei membri della coppia, il ricorso alle tecniche eterologhe potrà essere consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le suddette patologie. L'accesso alle tecniche eterologhe, inoltre, deve avvenire, ad avviso della Corte, sulla base del principio di gradualità e del consenso informato (gli stessi principi, del resto, che valgono per l'accesso alle tecniche di tipo omologo) e ad esse possono fare ricorso esclusivamente le coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, i cui membri risultano essere entrambi in vita (così come stabilito, in termini generali, all'art. 1 dalla legge 40).

Al punto 12 del "Considerato in diritto", inoltre, la Corte costituzionale si sofferma sulla questione dell'identità genetica del nascituro e sul fatto che il divieto di accesso alle tecniche di tipo eterologo sia stato previsto dal legislatore proprio al fine di tutelare quello che era stato considerato un diritto dello stesso e su cui, sostanzialmente, ad avviso di una parte della dottrina, si fondava il paradigma di famiglia eterosessuale, costituzionalmente garantita dall'art. 29 Cost. Al riguardo, i giudici della Consulta si rifanno ad un loro precedente, ossia la sentenza n. 278/2013, con cui avevano dichiarato

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

l'incostituzionalità della norma che stabiliva l'irreversibilità del segreto sulle origini biologiche del minore adottato ed aggiungono, altresì, che con l'art. 28, comma 5 della legge n. 184 del 1983, il legislatore avrebbe definitivamente "infranto" il dogma della segretezza dell'identità dei genitori biologici dell'adottato, quale garanzia insuperabile della coesione del minore con la sua (nuova) famiglia adottiva. Questi due esempi, in sintesi, vengono formulati dalla Consulta, proprio al fine di dimostrare che quello dell'identità genetica del nascituro non risulta essere un bene di pari rango bilanciabile con l'autodeterminazione dei genitori a voler formare una famiglia e a disporre autonomamente del proprio corpo.

Da ultimo, la Corte non manca di svolgere – in verità, in maniera appena accennata –, un ulteriore rilievo di natura, per così dire, sociologica, quando a conclusione del proprio *iter* argomentativo, rileva come il divieto assoluto di accesso alle tecniche di PMA di tipo eterologo debba essere considerato irrazionale per gli effetti pratici che ha prodotto nel corso dell'ultimo decennio. Infatti, non solo la legge 40, in punto di diritto, poneva in essere un ingiustificato e diverso trattamento, limitando in maniera assoluta la possibilità di curarsi alle coppie affette dalle più gravi forme di patologie riproduttive, ma ciò ha determinato anche una discriminazione tra coppie infertili e/o sterili in base alla loro capacità economica. Infatti, stabilendo questo divieto assoluto di accesso alle tecniche di tipo eterologo, il legislatore ha vietato in maniera irragionevole l'esercizio di un diritto fondamentale della coppia infertile e/o sterile, un diritto questo che, però, poteva essere esercitato da coloro che, dotati di risorse economiche sufficienti, avessero avuto comunque la possibilità di recarsi in altri Paesi per poter accedere alle suddette tecniche. Ad avviso della Corte, pertanto, questo fenomeno di "turismo procreativo" che si era venuto a creare a seguito dell'entrata in vigore della legge 40, doveva essere considerato non "un mero inconveniente di fatto", bensì il "diretto effetto" delle disposizioni oggetto di giudizio e, di conseguenza, il risultato di un bilanciamento irragionevole posto in essere dal legislatore.

2. A conclusione dell'analisi della sentenza n. 162/2014, sembra opportuno evidenziare una serie di questioni che emergono dalla lettura delle motivazioni: in particolar modo, sembra opportuno

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

evidenziare il fatto che la Consulta abbia dichiarato l'incostituzionalità della legge 40 senza considerare minimamente la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, anzi, dichiarando assorbiti i motivi di censura della legge, sollevati dal Tribunale di Milano, in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU.

Ciò è assai significativo, anche perché gli stessi giudici *a quibus* erano stati sollecitati proprio dalla Corte, con l'ordinanza n. 150/2012, a rivalutare le questioni di legittimità costituzionale della legge 40, alla luce della sentenza della *Grande Chambre, S. H. e altri contro Austria*, che era stata pubblicata successivamente all'instaurazione della questione di legittimità costituzionale da parte dei Tribunali di Milano, Firenze e Catania. Se, infatti, con la succitata ordinanza, il giudice delle leggi aveva restituito gli atti ai rispettivi giudici *a quibus*, in ragione del consolidato principio giurisprudenziale in base al quale il giudice comune, al fine di verificare la sussistenza della *quaestio* sollevata, deve avere riguardo alle norme della CEDU, come interpretate dalla Corte di Strasburgo – fermo restando il margine di apprezzamento e di adeguamento che consente di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi –, nella sentenza in commento, invece, la Consulta non ha minimamente preso in considerazione gli sviluppi della giurisprudenza CEDU in materia, sviluppi che pure risultavano rilevanti nella fattispecie *de quo*, come del resto essa stessa aveva chiaramente affermato.

L'impressione, quindi, che emerge dalla lettura della sentenza n. 162/2014, è quella di un impiego del parametro convenzionale declinato in termini di opportunità argomentativa, al solo fine cioè – in questo caso – di prendere tempo e di non entrare nel merito delle questioni sollevate, soprattutto se tali questioni possono determinare delle fratture decisionali al proprio interno. Non sembra, infatti, che sia possibile in alcun modo provare a razionalizzare la scelta della Corte, quanto meno sotto il profilo logico-argomentativo, la quale, in un primo momento, pur dichiarando ammissibile la questione di legittimità costituzionale, sollecitava i giudici *a quibus* a rivalutare la questione alla luce della giurisprudenza CEDU – intesa addirittura quale *ius superveniens* nel processo

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

costituzionale –, per poi dichiarare l'incostituzionalità della normativa in oggetto, prescindendo completamente dalla sentenza *S. H. e altri* della Corte di Strasburgo.

2.1. Un ulteriore passaggio di questa sentenza che certamente farà molto discutere la dottrina, è quello in cui la Corte costituzionale afferma che il modello di famiglia, così come costituzionalmente previsto all'art. 29 Cost., non sia strettamente riconducibile al concetto di genitorialità genetica, ma che anzi possa prescindere da essa, in quanto a prevalere nel bilanciamento posto in essere dai giudici è sempre l'autodeterminazione dei membri della coppia ad avere un figlio, anche a fronte di problemi di sterilità e/o infertilità che colpiscono uno dei membri della stessa. Al riguardo, la sentenza n. 162/2014 deve essere letta alla luce della successiva sentenza n. 170/2014, quando la Corte, chiamata a valutare la costituzionalità della norma che prevedeva l'automatico scioglimento del matrimonio civile – nell'ipotesi in cui uno dei membri della coppia avesse nel frattempo modificato il proprio sesso all'anagrafe, a seguito di un'operazione chirurgica – ha avuto modo di riconoscere la necessità di una tutela giuridica da parte del legislatore anche a favore di quelle "formazioni sociali" che non rientrano nel modello costituzionale di matrimonio *ex art. 29 Cost.*

Ad avviso di chi scrive, infatti, se pur sotto profili diversi, queste due sentenze sembrerebbero ormai aprire definitivamente il nostro ordinamento giuridico al riconoscimento di nuovi paradigmi matrimoniali, non necessariamente riconducibili a quello classico eterosessuale e genetico (con riferimento ovviamente al legame biologico che lega genitori e figli all'interno della coppia), che pure risulta positivizzato a chiare lettere all'art. 29 Cost.

2.2. Infine, un'ulteriore osservazione da svolgere in questa sede, riguarda la tecnica di bilanciamento impiegata dalla Corte per dichiarare l'incostituzionalità del divieto assoluto di accesso alle tecniche di PMA eterologhe. Anche sotto questo profilo, infatti, sembra emergere, da parte della Consulta, un modo di costruire il bilanciamento finalizzato a far prevalere, in termini assoluti, l'autonomia e l'autodeterminazione individuale dei membri della coppia. Non è un caso, del resto, che nella sentenza n. 162/2014, la Corte abbia fatto riferimento – proprio al fine di

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

rafforzare il bilanciamento posto in essere nel caso concreto – ad un suo precedente giurisprudenziale di pochi mesi fa, ossia la sentenza n. 278/2013, in materia di accesso alle informazioni del figlio nei confronti della madre biologica che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata.

Anche in questa circostanza, infatti, il bilanciamento posto in essere dalla Corte partiva da un rilievo, valutato come imprescindibile dalla Consulta, ossia che la norma così come era stata formulata dal legislatore – non prevedendo la reversibilità del segreto e, quindi, la possibilità che, successivamente alla decisione di restare anonima, la madre naturale potesse comunque revocare questa sua volontà, anche su sollecitazione del figlio biologico che ne facesse richiesta al giudice –, tendeva a precludere, in termini assoluti, la possibilità del figlio di conoscere l'identità del proprio genitore naturale e, conseguentemente, di vedersi garantito il proprio diritto all'identità e all'autodeterminazione personale.

Significativo, tuttavia, è il fatto che, anche in questa sentenza, la Corte costituzionale sia giunta a dichiarare l'incostituzionalità della norma oggetto del giudizio, senza minimamente considerare (o comunque considerandola soltanto *en passant*, in un rapido *obiter dictum*) la sentenza *Godelli contro Italia* della Corte di Strasburgo. In questo modo, la Consulta ha deciso di valorizzare, classicamente, la propria tecnica di bilanciamento *ex art. 3 Cost.*, declinando il criterio della ragionevolezza come "specie del discorso pratico", tendente cioè a legare l'interpretazione delle norme al contesto applicativo – storico e concreto – di riferimento, in questo modo rendendolo "*una sorta di medium tra norme e fatti, tra diritto ed esperienza, parametro delle forme giuridiche di convivenza sociale, nell'ambito delle quali la Costituzione vive come un ordinamento concreto*" (così A. Morrone, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, in www.forumcostituzionale.it, 11/06/2014, p. 3, sebbene l'autore citato critichi, più in generale, questo approccio della Corte in materia di bilanciamento).

Insomma, anche sotto questo profilo, l'atteggiamento della Consulta sembrerebbe essere quello di un ritorno ai criteri classici di bilanciamento della propria giurisprudenza, in materia di tutela e di

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

ampliamento dei diritti della persona, in una prospettiva volta a valorizzare l'autodeterminazione individuale. In questa ottica, pertanto, il rifiuto della Corte di risolvere le questioni di legittimità costituzionale adoperando i parametri normativi e la giurisprudenza CEDU – per impiegare, invece, il solo criterio costituzionale della ragionevolezza, come desumibile dall'art. 3 Cost. –, sembrerebbe essere indicativo della volontà di enfatizzare nuovamente la peculiarità delle proprie tecniche di bilanciamento, tecniche con cui, nel corso degli ultimi decenni, la Consulta aveva egregiamente risolto questioni complesse ed "eticamente sensibili", come quelle oggetto della sentenza n. 162/2014.

Profili di diritto interno

Legge n. 40/2004, artt. artt. 4, comma 3; 9, commi 1 e 3; 12, comma 1.

Corte costituzionale: ordinanza n. 150/2012; ordinanza n. 97/2010; sentenza n. 151/2009; ordinanza n. 369/2006.

Precedenti della Corte EDU

Dickson c. Regno Unito, n. 44362/04, IV sezione, sentenza del 18 aprile 2006.

Evans c. Regno Unito, n. 6339/05, IV sezione, sentenza del 7 marzo 2006.

Odièvre c. Francia, n. 42326/98, Grande Camera, sentenza del 13 febbraio 2003.

S. H. e altri c. Austria, n. 57813/2000, Grande Camera, sentenza del 3 novembre 2011.

Riferimenti bibliografici

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

A. Ciervo, *Il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.federalismi.it, n. 19/2012, pp. 1-32.

A. G. Cossiri e G. Di Cosimo, *La fecondazione vietata. Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa*, Roma, 2013.

F. Mannella, *La difficile elaborazione del "diritto ad avere un figlio" tra bilanciamenti legislativi e giurisprudenziali*, in www.federalismi.it, n. 19/2012, pp. 1-31.

A. Morrone, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, in www.forumcostituzionale.it, 11/06/2014, pp. 1-7.

G. Sorrenti, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di costituzionalità è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in www.giurcost.org, pp. 1-11.

(26. 06. 2014)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

***La Corte di Strasburgo tra coerenze e incoerenze della disciplina in materia
di procreazione assistita e interruzione volontaria della gravidanza: quando i
"giochi di parole" divengono decisivi****

ELENA MALFATTI

Dopo aver dato luogo, negli ultimi anni, a notevoli tensioni applicative tra le "mura" domestiche, la disciplina in materia di fecondazione artificiale acquista anche una problematica dimensione giurisprudenziale europea, per via del recentissimo intervento della Corte di Strasburgo (*Costa et Pavan c. Italie*, II sezione, *arrêt* 28 agosto 2012) che all'unanimità ha condannato il nostro Paese per violazione dell'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Il clamore mediatico della vicenda, così come le vistose imprecisioni che caratterizzano i resoconti dei *media*, suggeriscono anzitutto un conciso riferimento ai fatti. Una coppia di coniugi italiani si rivolge nel 2010 alla Corte di Strasburgo lamentando l'impossibilità di accedere (in quanto coppia fertile) alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA) messe a punto con la legge n. 40 del 2004 e - conseguentemente a ciò - il pregiudizio che deriva dal non poter sottoporre l'embrione o gli embrioni (che in ipotesi, verrebbero ottenuti in laboratorio) a diagnosi genetica c.d. preimpianto¹. Tale duplice preclusione appare ai ricorrenti lesiva del proprio interesse a generare un figlio che non sia affetto da fibrosi cistica, patologia della quale la coppia ha scoperto di essere portatrice sana a seguito della nascita di una figlia affetta dalla medesima, e che è alla base pure dei dolorosi sviluppi della storia familiare, ovvero di una successiva interruzione volontaria di gravidanza cui la sig.ra Costa si è sottoposta (dopo una diagnosi prenatale che indicava, in un nuovo concepito per le vie naturali, ancora la presenza di fibrosi cistica); si tratterebbe quindi, ad avviso degli istanti, di una preclusione lesiva del diritto al rispetto della vita privata e familiare, protetto dall'8 Cedu e arricchito dalle numerose elaborazioni offerte nel corso del tempo dalla Corte europea, che ne avrebbe in particolare ricavato il diritto al rispetto delle decisioni di divenire o di

* Contributo pubblicato in www.rivistaaic.it, fasc. n. 3/2012. In data 28 novembre 2012 il Governo italiano ha chiesto il riesame del ricorso, ai sensi dell'art. 30 Cedu, da parte della Grande Camera.

¹ Possibilità non prevista *ab origine* nel corpo della suddetta legge nemmeno per le coppie infertili, almeno esplicitamente (anzi, implicitamente vietata dal primo testo delle Linee Guida messe a punto dal Ministero della Salute nel 2004, *infra*, nota 11), ma tuttavia ormai ricavabile con sicurezza da numerosi interventi giurisprudenziali, a partire da quello del Tribunale di Cagliari, 24 settembre 2007 (*Foro it.*, 2007, I, 3245), oltre che dall'eliminazione del divieto di ricorrervi, se non per finalità eugenetiche, all'interno delle successive Linee Guida ministeriali del 2008.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

non divenire genitori, “notamment au sens génétique du terme” (§ 48)². Invocando poi anche l’art. 14 Cedu, i ricorrenti lamentano di subire una discriminazione rispetto non soltanto alle coppie infertili, ma altresì a quelle fertili in cui l’uomo è portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili (H.I.V., epatiti B e C), unicamente per le quali (ricorrendo una condizione, di fatto e per via delle cautele necessarie nel rapporto sessuale, assimilabile all’infertilità) le Linee Guida della legge 40, riformulate nel 2008 dal Ministero della Salute, hanno concesso la possibilità di avvalersi delle tecniche di PMA (e quindi, della diagnosi preimpianto). I ricorrenti sostengono in conclusione di versare in una situazione di interdizione assoluta dall’accesso alle procedure previste dalla legge italiana, non ritenendo tra l’altro di poter vantare il precedente del Tribunale di Salerno, 13 gennaio 2010, che con una discussa quanto isolata decisione³ ha ordinato ad un centro di PMA di farsi carico di una coppia fertile portatrice sana di altra grave patologia (quale la distrofia muscolare).

La Corte dà ragione ai ricorrenti, sotto il profilo del primo dei parametri invocati, e lo fa sulla base di una riflessione assai concisa, in parte prevedibile in parte invece assai sorprendente, anche se probabilmente favorita, a sua volta, da una linea difensiva del Governo italiano non del tutto perspicua, e che potrebbe pesare nel momento in cui, giungendo una richiesta di rinvio del caso alla *Grande Chambre* (come nelle cronache di questi giorni si viene ventilando), il collegio ristretto dei cinque giudici della Corte stessa si trovasse a valutarne l’ammissibilità.

Non del tutto inatteso, in primo luogo, il fatto che la Corte non appunti la propria attenzione sui profili di ricevibilità del ricorso, per non avere i ricorrenti prima esperito (ed esaurito) i rimedi interni e dunque per non aver tenuto conto del carattere di sussidiarietà del ricorso a Strasburgo: i rimedi offerti dal diritto nazionale devono infatti, come sottolineato a più riprese nella

² Lettura che la Corte confermerà nella sentenza in commento, cogliendo anzi, al § 55, l’occasione per tirare le fila della propria giurisprudenza sull’art. 8 Cedu: “La Cour rappelle ensuite que la notion de « vie privée » au sens de l’article 8 est une notion large qui englobe, entre autres, le droit pour l’individu de nouer et développer des relations avec ses semblables (*Niemietz c. Allemagne* [...] 1992), le droit au « développement personnel » (*Bensaïd c. Royaume-Uni*, [...] 2001), ou encore le droit à l’autodétermination (*Pretty c. Royaume-Uni*, [...] 2002). Des facteurs tels que l’identification, l’orientation et la vie sexuelles relèvent également de la sphère personnelle protégée par l’article 8 (*Dudgeon c. Royaume-Uni* [...] 1981, et *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni* [...] 1997), de même que le droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent (*Evans c. Royaume-Uni* [...] 2007 et *A, B et C c. Irlande* [...] 2010 et *R.R. c. Pologne* [...] 2011)”; fino a ricomprendere esplicitamente nella portata applicativa dell’art. 8 il diritto “de voir respecter leur décision de devenir parents génétiques” (*Dickson c. Royaume-Uni* [...] 2007, e “à l’application de l’article en question en matière d’accès aux techniques hétérologues de procréation artificielle à des fins de fécondation *in vitro*” (*S.H. et autres c. Autriche* [...] 2011).

³ Pubblicata in *Quad. dir. pol. eccles.*, 2010, 729, e annotata chiarissimamente da C. TRIPODINA, *Sul come scansare la briglia delle leggi. Ovvero, la legge sulla procreazione assistita secondo il giudice di Salerno*, in www.costituzionalismo.it.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

giurisprudenza recente della Corte europea (anche in quella specificamente rivolta contro l'Italia⁴) risultare effettivi, dunque percorribili con una qualche plausibilità; mentre è incontrovertibile il riferimento legislativo alle coppie affette da problemi di infertilità, un aspetto tra l'altro suffragato nel dibattito degli ultimi anni, nel quale tante volte si è sottolineata la funzione di sostegno offerto dalla legge 40 alle situazioni di questo genere, alla salute "riproduttiva" della coppia (e nel quale è emersa di contro l'aporia del trattamento riservato alle coppie assolutamente infertili, ovvero sterili, alle quali è vietata la fecondazione eterologa). Difficile dunque imputare alla coppia ricorrente di non aver chiesto l'applicazione di una tale legge, prima ad uno dei centri autorizzati alla PMA (per i quali - almeno i pubblici e i privati convenzionati - esistono peraltro importanti liste di attesa), e poi di fronte ad un giudice nazionale, con il rischio evidente di un esito negativo della richiesta e del contenzioso giudiziale, e con ulteriore, inevitabile, decorso del tempo (quando è notorio che il fattore temporale giochi un ruolo chiave nelle *chances* procreative di qualsiasi coppia); oltretutto i legali dei ricorrenti, come accennato, erano assolutamente consapevoli della "stravaganza" della decisione del giudice di Salerno (viceversa indicata nelle carte del Governo italiano quale elemento in qualche modo pertinente), e non hanno perciò avuto indugi a percorrere la strada del ricorso europeo (forse avrebbero potuto semmai invocare di fronte ai giudici nazionali un complesso profilo di incostituzionalità della legge 40, per il suo orizzonte (irragionevolmente?) "limitato", e giocare quindi la carta del giudizio in via incidentale di fronte alla Corte costituzionale; ma considerate le remore della nostra Corte ad intervenire in questa materia⁵, fatta eccezione per la sent. n. 151 del 2009⁶, e viceversa il (relativamente) più fertile terreno di Strasburgo, oltre che la sensibilità della stessa Corte europea per i settori dell'ordinamento italiano sprovvisti di rimedi efficaci, la diversa strategia processuale intrapresa appare del tutto comprensibile, sul piano dell'opportunità).

Meno prevedibile, viceversa, il fatto che la Corte europea ponga il fulcro della propria decisione su un vero e proprio difetto di sistema dal quale sarebbe affetta la legislazione interna, ovvero sulla circostanza che, mentre essa consente ai sensi della legge 194 del 1978 (o meglio, in virtù della sua

⁴ *Sarno et autres c. Italie*, 10 gennaio 2012 (www.guidaaldiritto.ilsole24ore.com); *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, 23 febbraio 2012 (*Foro it.*, 2012, IV, 269), nelle quali la Corte europea ha formulato un giudizio di inefficacia dei rimedi interni, ai sensi dell'art. 13 Cedu, ricordando come comunque, in base ai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti, talune circostanze particolari possano esonerare il ricorrente dall'obbligo di esperire i ricorsi interni a sua disposizione.

⁵ Espresse da ultimo nell'ord. n. 150 del 2012, in www.federalismi.it, n. 12/2012, con la quale la Corte ha rinviato ai remittenti la questione del divieto della fecondazione eterologa, chiedendo loro di rivalutarla alla luce del *novum* costituito dalla più recente sentenza della *Grande Chambre* in materia (*S.H. et autres c. Autriche*, 3 novembre 2011).

⁶ Pubblicata in *Foro it.*, 2009, I, 2301, ed oggetto di molteplici commenti per aver dichiarato illegittima la previsione della legge 40 sull'unico e contemporaneo impianto di embrioni, comunque non superiore a tre.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

prassi applicativa) la diagnosi prenatale, e quindi eventualmente (se il problema di salute del feto si rifletta negativamente sulla vita o sulla salute psico-fisica della madre) l'interruzione volontaria della gravidanza, essa invece esclude la diagnosi preimpianto (se non per le coppie aventi accesso alla PMA), e da tale esclusione deriverebbe un'ingerenza sproporzionata sul diritto alla vita privata e familiare: la vicenda fattuale, che si evince chiaramente dall'istanza (la procreazione per vie naturali e la possibilità di effettuare (e l'aver poi concretamente effettuato) un'interruzione volontaria di gravidanza, percepite, l'una e l'altra congiuntamente, quale unica strada aperta per tentare di mettere al mondo un figlio non affetto da fibrosi cistica), diviene architrave di una costruzione in cui, da una parte, ci si presenta come vittime della supposta violazione dell'art. 8 (dunque, soggetti legittimati alla presentazione del ricorso), dall'altra, ci si vede riconosciuta dalla Corte la medesima qualità, in quanto soggetti direttamente colpiti da un'"incoerenza" tra legge 40 del 2004 e legge 194 del 1978. La Corte infatti, dopo avere riconosciuto perentoriamente la ricevibilità del ricorso⁷, giunge ad affermare, in maniera peraltro molto sintetica, (§ 64) che "le système législatif italien en la matière manque de cohérence. D'une part, il interdit l'implantation limitée aux seuls embryons non affectés par la maladie dont les requérants sont porteurs sains; d'autre part, il autorise ceux-ci d'avorter un foetus affecté par cette même pathologie". E' un tipo di affermazione che colpisce, perché la dimensione per così dire oggettiva della pronuncia, dunque di stigmatizzazione forte, da parte della Corte, delle soluzioni operative praticabili e non praticabili, vigenti le leggi dello Stato convenuto in giudizio, si staglia a partire da un caso i cui contorni sono assolutamente peculiari (non per questo, certamente, meno bisognevoli di attenzione), ma non risulta, a sua volta, delimitata e circostanziata (se non per la previsione di un mero indennizzo a vantaggio dei ricorrenti, e senza tracce viceversa di richieste, allo Stato soccombente, di "rivisitazione" dell'ordinamento interno nella materia controversa; richieste che affiorano invece abbastanza di frequente, nella più recente giurisprudenza europea su fronti differenti, rendendo questa Corte ben più di un giudice "del caso singolo").

In fin dei conti, l'"obbligazione positiva" (secondo il linguaggio convenzionale) che avrebbe fatto carico all'ordinamento italiano per non contraddire la Cedu (consentire l'accesso alle procedure previste dalla legge 40, sia pure in funzione della diagnosi preimpianto, e allo scopo di evitare l'eventuale successiva necessità di ricorrere all'interruzione volontaria della gravidanza), pur probabilmente la più consona - da un punto di vista di giustizia sostanziale - con le esigenze del caso di specie, viene ricavata dalla Corte di Strasburgo in virtù della simultanea presenza nel medesimo ordinamento di una disciplina (e, dicevamo, soprattutto di una prassi applicativa della legge 194) che opera secondo presupposti e in dipendenza di situazioni certamente con qualche

⁷ § 39: "[...] il ne fait aucun doute que les requérants sont directement touchés par la mesure d'interdiction litigieuse, ceux-ci ayant un enfant affecté par la pathologie dont ils sont porteurs et ayant procédé une fois à une I.M.G. en raison de ce que le foetus était atteint par la mucoviscidose".



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

punto di contatto a quelle evidenziate nel caso medesimo, ma che possiedono altrettanto certamente un proprio tratto di autonomia; ed in tal modo si rischia di creare un precedente di notevole entità, per il prossimo futuro: pensiamo alle coppie, anzi alle donne, che senza particolari problemi di fertilità e non portatrici di patologie, ma semplicemente in dipendenza dell'età o di altri fattori (ad esempio ambientali), incontrano maggiori probabilità di gravidanze a rischio, quindi di ritrovarsi con un feto affetto da malattie genetiche, e che a seguito di villocentesi o amniocentesi, ovvero di diagnosi prenatali vere e proprie, chiederebbero ed otterrebbero (od abbiano già chiesto e ottenuto) di interrompere la gravidanza: potrebbero d'innanzi essere spinte, tutto considerato, a intravedere un beneficio nella diagnosi reimpianto, e quindi a domandare di sottoporsi alla PMA?).

In altri termini, il ragionamento della Corte sembra provare troppo, perché per evitare un paradosso nel caso concreto, rischia in generale di produrre esiti ancor più paradossali, avallando o comunque creando i presupposti di una costruzione in base alla quale, ogni volta si ravvisi, da parte di qualsivoglia coppia e per i motivi più svariati (in ogni caso non sindacabili, allo stato della normativa vigente e comunque in virtù di un ordinamento come il nostro che si ispira, tra gli altri, al principio personalista), l'esigenza di effettuare uno *screening* sullo stato di salute del prodotto del concepimento⁸, siccome c'è già una disciplina nell'ordinamento che consente, in un determinato lasso temporale, la diagnosi genetica e l'eventuale interruzione della gravidanza, e poiché ne esiste pure un'altra che consentirebbe di anticipare la medesima diagnosi, allora dovrebbe darsi accesso alla procreazione assistita (per ridurre poi al minimo le sofferenze che un esito negativo dell'esame del DNA, intuitivamente, è destinato a produrre); con evidente stravolgimento del campo operativo per il quale la legge 40 è stata approvata ed è attualmente in vigore.

Colpisce, tuttavia, anche il fatto che il Governo italiano, per contrastare la parte del ricorso che cerca di enfatizzare la mancanza di coordinamento tra le leggi in questione, non spenda un rigo per evidenziare che il problema vero sotteso al *casus belli* è l'uso strumentale della legge 40 (l'accesso alla PMA servirebbe esclusivamente per accedere alla diagnosi preimpianto); e che dunque, se si entra nell'ottica di permettere un tale utilizzo alla coppia ricorrente, delle due l'una, o lo si consente a chiunque lo richieda, oppure dev'essere meditatamente il legislatore a indicare criteri e situazioni in presenza delle quali ciò diviene possibile. Il Governo, piuttosto, ricorre ad un argomento debole

⁸ E' ormai diffusa la consapevolezza del fatto che la diagnosi preimpianto possa essere applicata ad un numero sempre crescente di malattie da diagnosticare, grazie allo sviluppo delle conoscenze sul genoma umano, e possa altresì (almeno astrattamente) considerarsi come metodologia complementare alla diagnosi prenatale. D'altronde è noto che le malattie genetiche si trasmettono per via ereditaria ed hanno un decorso in genere grave o letale, ad oggi senza terapie efficaci; le coppie che presentano una familiarità sono quelle a più alto rischio, e le statistiche dimostrano che esse sono costrette ad affrontare ripetute interruzioni di gravidanza prima di, eventualmente, generare un figlio sano; per utili dati cfr., ad esempio, www.laboratoriogenoma.it, sezione *Diagnosi preimpianto*.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

(debolissimo direi, di fronte al caso di specie e al cospetto dell'elaborazione europea in questa materia), perché dopo aver premesso che la coppia invocherebbe in sostanza il diritto a un bambino sano, sottolinea l'esigenza di proteggere la salute sua e della donna (oltre che la dignità e la libertà di coscienza della professione medica e l'interesse, non meglio specificato, di evitare il rischio di derive eugenetiche): è argomento debole perché la coppia non rivendica affatto il *diritto ad un figlio sano* (del resto, nessuna diagnosi potrebbe ricercare, per escluderle, le migliaia di anomalie cromosomiche astrattamente possibili!), né un tale diritto è stato elaborato ad oggi (né, credo, sarà mai sensatamente elaborato) dalla Corte europea, ma più semplicemente aspirerebbe ad avere un figlio *non affetto dalla specifica patologia* di cui essa è portatrice; di più, sembra un argomento in partenza perdente, perché se lo scrupolo che si fa valere è quello di tutelare la salute, del concepito e della madre, quale miglior viatico allora – nel caso, naturalmente, e la Corte puntualmente lo rileva (§ 62)⁹ - di una diagnosi genetica (non più *post* ma) pre-impianto, che anticipi quindi l'esame del DNA ad una fase molto precoce di sviluppo dell'embrione?

Il Governo italiano, in conclusione, sembra avere offerto su un piatto d'argento alla Corte una prospettiva di ragionamento assai semplicistica che essa non si è fatta sfuggire, e che le ha permesso, quasi con un gioco di parole, di evitare argomentazioni più elaborate, oltre che di tagliar corto sull'altro profilo invocato dai ricorrenti, quello discriminatorio. Da questo secondo punto di vista, in realtà, gli stessi ricorrenti avrebbero potuto raffinare la propria impostazione, sottolineando come quella delle coppie in cui è presente un portatore di malattia virale sessualmente trasmissibile è, a ben vedere, *un'altra situazione particolare*, che legittima ormai dal 2008 (e per scelta di una fonte subordinata alla legge; ma questo poco conta, a Strasburgo), una "deroga" alla legge 40, addirittura un suo duplice uso strumentale, per impedire – in prima battuta - il contagio della donna, e per richiedere ed ottenere – se interesserà – una diagnosi preimpianto dell'embrione (ovviamente, non a trecentosessanta gradi ma rivolta, come la diagnosi prenatale, alla identificazione del cariotipo e quindi alla verifica delle eventuali alterazioni genetiche statisticamente più frequenti); perché non è affatto vero – come il Governo italiano sostiene e la Corte probabilmente fraintende – che (§ 76) "en matière d'accès au D.P.I., les couples dont l'homme est affecté par des maladies virales transmissibles sexuellement ne sont pas traités de manière différente par rapport aux requérants, l'interdiction d'accéder au diagnostic en question touchant toute catégorie de

⁹ Il Governo italiano si riferisce letteralmente all'esigenza di proteggere "la santé de «l'enfant» et de la femme", e la Corte, dopo aver evidenziato che la nozione di "enfant" non è assimilabile a quella dell'embrione, ha facile gioco nel dubitare recisamente che la protezione degli interessi evocata dal Governo si concili in modo adeguato con la possibilità, aperta ai ricorrenti, di procedere ad aborto terapeutico nel caso in cui il feto (a seguito, ancora una volta, di procreazione per vie naturali e di diagnosi prenatale) risulti malato.



personnes": l'accesso alla diagnosi preimpianto non è più vietato, nel nostro Paese¹⁰, ma è piuttosto una "conquista" giurisprudenziale¹¹ che è andata consolidandosi e consegue (può sempre conseguire) l'accesso alle tecniche di PMA, indipendentemente dalle condizioni originarie della coppia e a vantaggio della salute complessiva della donna, volto com'è ad evitare – a colei che non lo desidera – un impianto "al buio", rispetto allo stato di salute dell'embrione. Con queste (certamente presenti) consapevolezze degli sviluppi che si sono avuti sul piano interno, allora, gli esponenti dell'attuale Governo "tecnico", piuttosto che ipotizzare nel termine di tre mesi dalla pronuncia *de quo* un coinvolgimento della *Grande Chambre*¹², potrebbero auspicare nuovi ed ulteriori assestamenti della normativa in Parlamento, per renderla più confacente alle aspettative delle coppie portatrici di (o affette da) malattie importanti, e più in generale "artefice" di un recupero, ovvero dell'individuazione della gamma di situazioni (penso per esempio, e da tutt'altro punto di vista, alle coppie in cui uno dei *partners* sia scontando una pena detentiva¹³) che

¹⁰ In questo senso non comprendo le pur efficaci osservazioni di M. LUCIANI, *Diritti controversi alla Corte di Strasburgo*, *L'Unità*, 3 settembre 2012, 15. Bisogna ammettere tuttavia che sul punto esiste un notevole difetto di informazione, non trovandosene ad esempio traccia in molti documenti ufficiali, quali ad esempio la *Relazione del Ministro della Salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, 28 giugno 2011, in www.iss.it, sezione *Registro Nazionale Procreazione Medicalmente Assistita*.

¹¹ Come si accennava in nota 1; del resto, la legge 40 si limitava e si limita a prevedere sull'embrione interventi con finalità diagnostiche e terapeutiche, mentre il Tribunale di Cagliari, con la pronuncia che ho ricordato, ha fatto da battistrada per l'affermarsi di un ragionamento che – attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata della legge e la contemporanea disapplicazione delle Linee Guida del 2004 - valorizza la strumentalità, a sua volta, della diagnosi reimpianto all'accertamento di eventuali malattie dell'embrione, così come la finalità di garantire *a coloro che abbiano avuto legittimo accesso alle tecniche di procreazione assistita*, un'adeguata informazione sullo stato di salute degli embrioni da impiantare. Successivamente TAR Lazio, 21 gennaio 2008, n. 398 (*Foro it.*, 2008, III, 207), è addivenuto all'annullamento delle medesime Linee Guida, per vizio di eccesso di potere legislativo, nella parte in cui si statuiva che le indagini relative allo stato degli embrioni creati *in vitro* dovesse essere di tipo osservazionale.

¹² Un coinvolgimento (immaginato ad esempio in *Governo orientato al ricorso contro la sentenza europea. Balduzzi: serve un chiarimento*, www.ilsole24ore.com, 29 agosto 2012, ed in molti altri articoli giornalistici) che potrebbe anche non arrivare, dati i requisiti stretti che la stessa Cedu pone per l'apertura della fase del riesame (una questione grave sull'interpretazione o relativa all'applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, o una questione grave di carattere generale), e considerata la linea difensiva "perdente" (o comunque gli argomenti) che il Governo italiano ha privilegiato finora, la quale non sembrerebbe capace di conferire alla eventuale richiesta di rinvio il carattere di eccezionalità che è pacificamente invece ritenuto necessario per determinarne l'ammissibilità.

¹³ Queste coppie potrebbero avere un comprensibile interesse ad accedere, non tanto alla diagnosi preimpianto, ma anzitutto alla PMA: esiste, per vero, un filone giurisprudenziale alimentato dalle sezioni penali della Corte di cassazione, che mostra già da qualche anno particolare attenzione per questo tipo di situazioni; ma il provvedimento in tal senso più significativo pare quello di Cass. pen., 13 marzo 2009, n. 11259, in *Guida al diritto*, 2009, fasc. 20, 93, che può farsi rientrare nel campo di applicazione delle Linee Guida del 2008, trattandosi della richiesta di un detenuto affetto da epatopatia HCV, e comunque la



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

ragionevolmente possano “aprire” l’ambito applicativo della legge 40: non sembrerebbe infatti, la seconda prospettiva, più “politica” della prima, se rimeditata alla luce delle esigenze evidenziate da quest’ultima e da pregresse, delicate, vicende giurisprudenziali di casa nostra.

giurisprudenza più recente (Cass. pen., 19 dicembre 2011, n. 46728, in www.personaedanno.it), ha negato anche ai detenuti che non fossero (o che non avessero *partners*) infertili l’accesso alla PMA.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

- Sezione:** Diritti, Costituzione e CEDU – Matrimonio e famiglia
- Titolo:** *La Corte di Strasburgo si confronta per la prima volta con il matrimonio omosessuale*
- Autore:** **GIORGIO REPETTO**
- Sentenza di riferimento:** Corte eur. d. u., Decisione del 24.6.2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, n. ric. 30141/04
- Parametro convenzionale:** Artt. 8, 12 e 14 CEDU
- Parole chiave:** Vita privata e familiare, libertà di matrimonio, matrimoni o omosessuale.

Negli ultimi anni, sono aumentate le pronunce in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha interpretato in modo particolarmente avanzato le garanzie contenute nella Convenzione europea in tema di diritti familiari. Si pensi, solo per fare qualche esempio, al tema dell'adozione del single omosessuale, il cui divieto da parte di una legislazione nazionale è stato ritenuto contrario all'art. 8 CEDU nel caso *E.B. c. Francia*, oppure ad una recente pronuncia in tema di fecondazione eterologa (*S.H. c. Austria*), in cui la Corte ha dimostrato una inusuale attitudine a rimarcare la differenza rispetto al passato, consolidando l'abbandono di una visuale gerarchica dei modelli familiari e, soprattutto, della vincolatività del paradigma biologico nei rapporti di filiazione¹.

Il recente caso *Schalk e Kopf c. Austria*, deciso il 24 giugno 2010 (n. ric. 30141/04), se da un lato mostra gli ostacoli al riconoscimento della legittimità del matrimonio omosessuale, dall'altro svela

¹ Dec. del 1°4.2010, *S.H. e altri c. Austria*, n. ric. 57813/00, ove al § 81 si legge: « ... *unusual family relations in a broad sense are well known to the legal orders of the Contracting States. Family relations which do not follow the typical parent-child relationship based on a direct biological link, are nothing new and have already existed in the past, since the institution of adoption, which creates a family relationship between persons which is not based on descent but on contract, for the purpose of supplementing or replacing biological family relations. From this matter of common knowledge the Court would conclude that there are no insurmountable obstacles to bringing family relations which would result from a successful use of the artificial procreation techniques at issue into the general framework of family law and other related fields of law*».



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

l'attivismo interpretativo di una Corte sempre più attenta alle dinamiche europee e alla circolazione degli argomenti tra Corti e ordinamenti.

Il caso prende le mosse dal ricorso di due cittadini austriaci, la cui richiesta di matrimonio è stata respinta dalle autorità nazionali perché l'art. 44 del codice civile austriaco del 1812 riserva espressamente il matrimonio a persone di sesso opposto. La Corte costituzionale austriaca, chiamata nel 2003 a giudicare della legittimità di questo articolo, ha statuito che né ai sensi delle norme costituzionali in tema di uguaglianza, né ai sensi degli artt. 8 e 12 della CEDU (che in Austria, è bene precisarlo, ha rango costituzionale), esso poteva ritenersi incostituzionale, data la radicata e, allo stato, incontrovertibile strutturazione eterosessuale del vincolo matrimoniale, non contraddetta in alcun modo dai parametri costituzionali invocati.

I ricorrenti, a questo punto, si rivolgono alla Corte di Strasburgo, lamentando la violazione degli artt. 8, 12 e 14 della CEDU e insistendo per l'accoglimento del loro ricorso anche dopo che in Austria, nel gennaio 2010, è entrata in vigore la legge sulle unioni registrate (*Eingetragene Partnerschafts-Gesetz*), che attribuisce alle coppie omosessuali (e solo ad esse, non essendo queste unioni accessibili agli eterosessuali) uno *status* in larga parte affine al matrimonio.

Rimanendo per ora al profilo legato alla violazione dell'art. 12 sul diritto al matrimonio, la Corte ricorda come, a partire dal caso *Goodwin*, la diversità biologica dei *partners* non costituisce più una condizione imprescindibile per potersi sposare. Seguendo un percorso argomentativo non dissimile da quello scelto dalla Corte costituzionale con la sent. n. 138 del 2010, la Corte europea ritiene tuttavia che un simile orientamento non sia applicabile agli omosessuali. Mentre per i transessuali, infatti, l'abbandono del criterio di diversità biologica non importa necessariamente un abbandono della struttura eterosessuale del vincolo matrimoniale, per gli omosessuali la coincidenza piena tra sesso e genere non è sufficiente a incardinare le pretese dei ricorrenti all'interno della struttura del matrimonio.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

La Corte ha scelto quindi di non fare leva solamente su questa giurisprudenza, andando piuttosto al cuore del problema, chiarendo cioè l'ambito di applicazione dell'art. 12 (§§ 54 e ss.). Ad un primo livello, la Corte prende atto dell'inequivocabile tenore letterale dell'art. 12, pur senza concludere che esso sia di per sé inapplicabile alle coppie omosessuali: rinviando all'art. 9 della Carta di Nizza, che come noto non insiste sulla differenza di sesso tra i coniugi, i giudici di Strasburgo affermano significativamente che *«the Court would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex. Consequently, it cannot be said that Article 12 is inapplicable to the applicants' complaint»* (§ 61). La portata di una simile interpretazione, rafforzata dai mutamenti cui sono andati incontro, negli ultimi sessant'anni, il concetto e il ruolo sociale del legame matrimoniale, non basta tuttavia ad ottenere una dichiarazione di incompatibilità della normativa nazionale, perché, ad avviso della Corte, le legislazioni dei paesi membri della Convenzione sono ancora troppo diverse tra loro per consentire ad essa l'elaborazione di uno *standard* di tutela comune². In presenza di connotazioni sociali e culturali profonde del matrimonio, che possono variare anche sensibilmente da una società ad un'altra, la Corte ha quindi deciso di non imporre il proprio orientamento sulle diverse valutazioni effettuate dagli Stati membri, con la conseguenza che la normativa civilistica austriaca viene ritenuta una legittima manifestazione del margine d'apprezzamento che in questa materia spetta agli Stati membri.

Un discorso solo in parte diverso vale in relazione all'art. 8 CEDU, invocato dai ricorrenti congiuntamente all'art. 14 per rimarcare la portata discriminatoria del divieto loro imposto in rapporto alle coppie eterosessuali. Anche qui la constatazione della crescente considerazione, a livello nazionale, per le rivendicazioni omosessuali spinge la Corte a superare la propria precedente giurisprudenza, che relegava i rapporti tra conviventi dello stesso sesso nel solo ambito della vita privata di cui all'art. 8 cit., ma non in quello della vita familiare³, anche se questo non spinge i

² La sentenza ricorda, a seguito di un'indagine comparativa (§§ 24 ss.), che solo sei stati membri della CEDU (Belgio, Olanda, Norvegia, Portogallo, Spagna e Svezia) su quarantasette riconoscono, in questo momento, la legittimità del matrimonio omosessuale.

³ Dec. cit., § 94: *«In view of this evolution the Court considers it artificial to maintain the view that, in contrast to a different-sex couple, a same-sex couple cannot enjoy "family life" for the purposes of Article 8. Consequently the relationship of the applicants, a cohabiting same-sex couple living in a stable de facto partnership, falls within the*



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

giudici a ravvisare una violazione degli articoli in questione, perché anche in relazione a questo parametro la riscontrata evoluzione non è ancora ritenuta espressiva di un *common ground* tra i diversi ordinamenti nazionali.

L'itinerario argomentativo della sentenza è abbastanza chiaro: da un lato, i giudici di Strasburgo inseriscono i diritti delle coppie omosessuali nell'alveo delle pertinenti garanzie della Convenzione, senza tuttavia far scaturire da ciò una dichiarazione di incompatibilità della normativa nazionale, perché sia in relazione all'art. 12 che in relazione all'art. 8 CEDU essi hanno ritenuto ancora minoritarie le leggi nazionali che consentono il matrimonio omosessuale (solo sei stati membri su quarantasette), con la conseguenza che una scelta del genere viene ritenuta al di fuori della competenza della Corte, rientrando piuttosto nel margine d'apprezzamento a disposizione degli Stati.

A fronte di questa chiarezza, resta significativo il fatto che gli esiti cui è giunta la sentenza fossero in larga misura imprevedibili: sia perché il testo dell'art. 12 cit. è quanto mai esplicito nell'accordare solo all'uomo e alla donna il diritto di sposarsi e fondare una famiglia, sia perché, come visto, non mancavano i precedenti nei quali la Corte europea aveva espressamente statuito che le convivenze tra persone dello stesso sesso rientrassero tra le forme di manifestazione della vita privata, ma non della vita familiare. È quindi interessante rilevare come il superamento di questi ostacoli interpretativi sia stato reso possibile dalla circostanza che, almeno sul piano della titolarità dei rispettivi diritti, la rapida evoluzione verificatasi negli ultimi anni e formalizzata soprattutto in alcuni importanti principi del diritto comunitario (*in primis* il citato art. 9 della Carta di Nizza) rende non più ammissibile distinguere, anche se solo in linea di principio, le rivendicazioni delle coppie omosessuali rispetto a quelle delle coppie eterosessuali.

*notion of "family life", just as the relationship of a different-sex couple in the same situation would». La Corte europea aveva negato una simile estensione nei casi *Karner c. Austria*, dec. del 24.7.2003, n. ric. 40016/98 e *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*, dec. del 21.12.1999, n. ric. 33290/96. Sul punto, peraltro, si era già pronunciata la Commissione EDU, dec. del 9.10.1989, *C. e L. M. c. Regno Unito*, n. ric. 14753/89.*



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Da un ulteriore punto di vista, questo orientamento merita una particolare attenzione perché dimostra quanto una lettura evolutiva delle garanzie convenzionali si svolga, più che grazie ad un'interpretazione letterale o sistematica delle clausole della CEDU, sul piano della ricerca di una "consonanza" con gli *standards* di tutela emergenti a livello nazionale e sovranazionale.

A fronte di ciò, il contraltare all'accoglimento delle istanze dei ricorrenti è rappresentato dal rinvio al margine d'apprezzamento statale. Anche se il contesto europeo presenta un *favor* crescente per il matrimonio omosessuale, il numero degli Stati che lo riconoscono è ancora troppo esiguo perché la Corte europea possa registrare la formazione di uno standard di tutela, assorbendolo di conseguenza all'interno delle garanzie della Convenzione. In questo caso, è significativo che la Corte abbia precisato che il rinvio alla discrezionalità statale non matura su un terreno nel quale essa rinuncia ad un qualsiasi sindacato, perché – come avvenuto in molti altri campi, primo fra tutti quello del transessualismo – l'intensità del suo controllo è verosimilmente destinata ad aumentare al crescere della convergenza tra le legislazioni dei paesi membri (cfr. i §§ 61 e 105).

In definitiva, se sul terreno dell'interpretazione evolutiva degli artt. 8 e 12 CEDU la Corte europea ha mostrato una particolare propensione all'immissione di nuovi contenuti di valore all'interno delle maglie della Convenzione, radicandoli nell'emergere di una convergenza in via di formazione a livello europeo, sul terreno del margine d'apprezzamento i giudici di Strasburgo hanno ribadito l'impossibilità che, in assenza di una convergenza strutturale, la Corte operi come istituzione contromaggioritaria rispetto agli orientamenti statali: più che affidare in toto la scelta agli Stati, limitandosi a riflettere l'esistenza di una diversità di vedute, l'effetto di questa combinazione di argomenti è però quello di inquadrare il pluralismo di soluzioni all'interno di un protocollo che, almeno per il futuro, non sottrae la discrezionalità statale ad una supervisione della Corte europea.

Proprio in ragione degli *itinerari* seguiti dalla Corte europea, non poche sembrano essere le ragioni di contiguità tematica con la sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale. In quel caso, il giudice italiano aveva ritenuto tra l'altro che l'art. 29 della Costituzione non poteva ritenersi applicabile alle coppie omosessuali, non solo perché il tenore letterale di esso lo esclude, ma anche



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

e soprattutto perché i costituenti intesero riferirsi con quella norma alla nozione di matrimonio accolta dal codice civile e non anche al matrimonio tra persone dello stesso sesso. Anche se i concetti di matrimonio e di famiglia non possono ritenersi cristallizzati, la Corte ha osservato che l'interpretazione di detto articolo (così come del successivo) «non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata» (punto 9. Cons. in dir.). A partire da simili premesse, gli stessi articoli 12 CEDU e 9 della Carta di Nizza vengono richiamati al fine di supportare gli spazi di discrezionalità lasciati agli Stati membri.

Oltre a ciò, la più evidente somiglianza tra le due sentenze nasce dal fatto che, dichiarando solamente inammissibile e non infondata la questione di legittimità sub art. 2 Cost. perché diretta ad ottenere una sentenza additiva non costituzionalmente obbligata, la Corte costituzionale avrebbe inteso sgomberare la strada ad una soluzione legislativa a favore del riconoscimento delle unioni omosessuali, che costituirebbe una soluzione ormai imposta ai sensi dell'art. 2 Cost., a fronte di una preclusione sul fronte dell'estensione agli omosessuali, anche in via legislativa, della possibilità di sposarsi, in presenza della suaccennata interpretazione dell'art. 29 Cost. Non diversamente, l'introduzione in Austria di una legge sulle unioni registrate ha spinto la Corte di Strasburgo nel caso in esame a ritenere che lo Stato ricorrente non avesse ecceduto il margine d'apprezzamento ad esso riservato in relazione all'art. 8 CEDU, come a rimarcare una lettura che vuole queste unioni come un *second best* rispetto alla scelta certamente più audace, ma non percorribile, di consentire il matrimonio .

Ad una più attenta analisi, le differenze sembrano tuttavia prevalere sulle ragioni di somiglianza. Ricorrendo alla formula della sentenza additiva a contenuto non vincolato, infatti, la Consulta ha finito per spostare il problema degli obblighi positivi che gravano sul legislatore interamente sul piano di una *political question*: spetta al legislatore e solo ad esso individuare le forme e i modi di equiparazione tra matrimonio omosessuale e eterosessuale, non essendo percorribile, né ora né in futuro, un'equiparazione tra le due situazioni affidata alla declaratoria di incostituzionalità della normativa civilistica. Quello che la Corte italiana affida una volta per tutte al legislatore, per la Corte europea rimane, invece, un *restraint* subordinato alla presenza di certe condizioni, prima fra



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

tutte quelle legate al *consensus standard*, con la conseguenza che l'azione degli Stati (come beneficiari del margine discrezionale) non rimane in linea di principio sottratta al sindacato dei giudici di Strasburgo. Seppure ancora debolmente inquadrata, l'individuazione dello spettro di significati degli artt. 8 e 12 CEDU resta quindi pur sempre nelle mani della Corte di Strasburgo, laddove la Corte costituzionale si riserva per il futuro, soprattutto in relazione alla portata dell'art. 2 Cost., un ruolo di giudice della ragionevolezza di scelte che restano in linea di principio spettanti al legislatore.

La diversità di approcci, tuttavia, risiede ancora prima nel diverso percorso che ha spinto le due Corti a tentare una lettura evolutiva delle norme relative alla libertà di matrimonio. Mentre la Corte costituzionale ha arrestato la sua analisi all'individuazione dell'intento originario dei padri costituenti, la sentenza *Schalk e Kopf* svolge la sua argomentazione sull'art. 12 CEDU proprio a partire dalla presa in esame del suo significato letterale: il testo dell'articolo di riferimento è chiaro, l'intenzione di chi quel testo lo scrisse ancora di più, ma ciò non toglie che esso vada inserito in un contesto interpretativo più ampio, fondato comparativamente, nel quale i suoi significati possono essere aggiornati nel rispetto di un consenso in via di definizione a livello europeo. Lo stesso richiamo, da parte dell'art. 9 della Carta di Nizza, agli spazi di discrezionalità affidati agli Stati membri è considerato dalla Corte di Strasburgo certamente un ostacolo alla definizione di uno *standard* comune, ma non per questo la portata di esso può definirsi del tutto neutrale rispetto alla qualità degli interessi in gioco, come se la concessione di questi spazi possa costituire il pretesto per ritenere che le rivendicazioni delle coppie omosessuali debbano restare in tutto e per tutto estranee al quadro dei valori che alimentano le garanzie della Convenzione.

Profili di diritto interno

Corte cost., sent. n. 138 del 2010

Legge 14 aprile 1982, n. 164 (in Gazz. Uff., 19 aprile, n. 106), *Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Precedenti

Dec. del 22.1.2008, *E.B. c. Francia*, n. ric. 43546/02; dec. del 1°4.2010, *S.H. e altri c. Austria*, n. ric. 57813/00; Commissione EDU, dec. del 9.10.1989, *C. e L. M. c. Regno Unito*, n. ric. 14753/89; dec. del 10.5.2001, *Mata Estevez c. Spagna*, n. ric. 56501/01; dec. del 24.7.2003, *Karner c. Austria*, n. ric. 40016/98.

Riferimenti bibliografici

Bin/Brunelli/ Guazzarotti/Pugiotto/Veronesi (a cura di), *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Torino, 2010

P. A. Capotosti, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza versus inammissibilità nella sentenza n. 138 del 2010*, in *Quad. cost.*, 2010

E. Crivelli, *Il matrimonio omosessuale e la ripartizione di competenze tra legislatore e organo di giustizia costituzionale: spunti da una recente decisione del Tribunale costituzionale portoghese*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti* (www.associazionedeicostituzionalisti.it), 2010

G. Ferrando, *Matrimonio e famiglia: la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e i suoi riflessi sul diritto interno*, in G. Iudica e G. Alpa, *Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana*, Napoli, 2006

M. Lamarche, *Les homosexuels devant la Cour européenne des droits de l'homme*, in O. Dubos e J.-P. Marguenaud, *Sexe, sexualité et droits européens: enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, Paris, 2008

I. Massa Pinto e C. Tripodina, *Sul come per la Corte costituzionale le «unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio». Ovvero tecniche argomentative impiegate per motivare la sentenza 138/2010*, in *Archivio di diritto e storia costituzionali* (www.dircost.unito.it)

(27.9.2010)



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Sezione: Diritti, Costituzione e CEDU – Organi costituzionali - *Parlamento*

Titolo: *La Corte europea dei diritti dell'uomo si pronuncia ancora una volta sulla limitazione del diritto di accesso alla giustizia determinata dall'insindacabilità parlamentare*

Autore: LUCIANA PESOLE

Sentenza di Corte europea dei diritti dell'uomo, Seconda Sezione

Riferimento: Decisione del 24 febbraio 2009, *C.G.I.L. e Cofferati c. Italia* (Ricorso n.46967/07)

Parametro: art.6 §1

Parole chiave: Insindacabilità parlamentare, diritto a un giusto processo, diritto di accesso ad un giudice, effettività della tutela giurisdizionale

La questione sottoposta al giudizio della Corte EDU trae origine da un'intervista rilasciata il 25 marzo 2002 dal deputato (allora anche Ministro) Umberto Bossi al quotidiano *Il Messaggero*, nella quale viene addebitata la responsabilità morale dell'assassinio di Marco Biagi da parte delle Brigate Rosse alla C.G.I.L. e al suo segretario Sergio Cofferati.

Questi ultimi reagiscono alle insinuazioni di Bossi citandolo in giudizio per diffamazione. Le dichiarazioni rese da Bossi nel corso dell'intervista vengono però ritenute dalla Camera dei deputati coperte dall'insindacabilità ai sensi dell'art.68, 1°co., Cost.

Il giudice dinanzi al quale pende il giudizio (il Tribunale di Roma) decide di sollevare conflitto davanti alla Corte costituzionale per contestare la delibera di insindacabilità adottata dalla Camera. La Corte costituzionale, però, non risolve il conflitto nel merito, ma si pronuncia con una decisione meramente processuale: dichiara il conflitto inammissibile per vizi di forma (il giudice ricorrente non ha riprodotto in modo testuale le dichiarazioni di Bossi, sentenza n.305 del 2007).

In questo modo i ricorrenti C.G.I.L. e Cofferati si vedono preclusa la possibilità di difendere in giudizio la propria posizione e decidono quindi di rivolgersi alla Corte di Strasburgo denunciando la violazione del diritto di accesso ad un giudice, compreso nel più ampio diritto ad un processo equo di cui all'art.6 § 1 CEDU.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

La decisione con cui si pronuncia la Corte EDU si inserisce nell'ormai abbastanza cospicuo filone in cui viene affrontato il problema dell'effettiva possibilità di difendersi in giudizio per coloro che siano stati lesi da dichiarazioni di parlamentari italiani ritenute coperte dall'insindacabilità ai sensi dell'art.68, 1°co., Cost. All'origine di tale filone troviamo le due pronunce del 30 gennaio 2003 relative al caso Cordova (*Cordova 1 c. Italia*, ricorso n. 40877/98 e *Cordova 2 c. Italia*, ricorso n.45649/99), seguite dalle decisioni concernenti i casi De Jorio (*De Jorio c. Italia*, ricorso n. 73936/01, decisione del 3 giugno 2004), Ielo (*Ielo c. Italia*, ricorso n. 23053/02, decisione del 6 dicembre 2005), Patrono, Cascini e Stefanelli (*Patrono, Cascini e Stefanelli c. Italia*, ricorso n. 10180/04, decisione del 20 aprile 2006).

Tutti i casi in oggetto (compreso l'ultimo: il caso C.G.I.L. e Cofferati, adesso in esame) si sono conclusi con la condanna dell'Italia per violazione dell'art.6 § 1, CEDU.

Nella maggior parte dei precedenti indicati i giudici dinanzi ai quali pendeva il giudizio, di fronte alla delibera parlamentare di insindacabilità, non hanno deciso di sollevare conflitto, ma si sono limitati a prenderne atto e ad arrestare, quindi, il processo in corso (è quanto avvenuto nei due casi Cordova, nel caso De Jorio e in quello Patrono, Cascini e Stefanelli). La condanna della CEDU, quindi, sembra quasi voler sanzionare la mancata prospettazione del conflitto da parte dei giudici, che non hanno tenuto sufficientemente conto della situazione dei soggetti lesi dalle esternazioni dei parlamentari, che sono stati privati della possibilità di difendersi in giudizio in seguito all'approvazione delle delibere parlamentari di insindacabilità. Nel caso Ielo, invece, la situazione è ancora più delicata perché alla delibera parlamentare di insindacabilità si aggiunge anche la decisione della Corte costituzionale che rigetta il conflitto sollevato dall'autorità giudiziaria dinanzi alla quale pendeva il giudizio a carico del parlamentare (sentenza n.417 del 1999). La condanna della Corte EDU, quindi, in questo caso appare come una contrapposizione alla posizione assunta dalla Corte italiana.

Da questo punto di vista il caso Ielo presenta un'affinità con il caso Cofferati adesso in esame: in entrambi la decisione della Corte europea fa seguito ad una pronuncia della Corte costituzionale resa in sede di conflitto. Nel primo il conflitto era stato risolto nel merito, mentre nel secondo è stato dichiarato inammissibile e, quindi, definito con una decisione di natura meramente processuale. Ciò che va comunque rilevato in questa sede è che in ipotesi del genere si viene a creare una situazione di potenziale contrasto tra le due Corti, che merita di essere sottolineata. Se tale profilo è più evidente di fronte ad una decisione di merito della Corte italiana (in sostanza nel caso Ielo la Corte EDU rilevando la violazione dell'art.6 § 1 ha dato una valutazione della questione contrapposta a quella della Corte italiana, per la quale, essendoci i presupposti dell'insindacabilità, la compressione del diritto di difendersi in giudizio del soggetto leso dalle esternazioni del parlamentare è risultata essere costituzionalmente legittima), è comunque presente, sia pure in maniera più sfumata, anche nel caso in esame e, quindi, di fronte ad una decisione costituzionale meramente processuale. La Corte europea, infatti, sottolinea l'effetto preclusivo prodotto dalla decisione di inammissibilità della Corte italiana (oltre che dalla delibera parlamentare di insindacabilità) nei confronti del diritto dei ricorrenti di ottenere un risarcimento del danno subito (par.65). Dopo la delibera di insindacabilità e la sentenza costituzionale n.305 del 2007 i ricorrenti



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

non dispongono di nessun'altra possibilità (se non quella appunto di rivolgersi alla Corte di Strasburgo) per tutelare i loro diritti garantiti a livello convenzionale (par.76). Rilevando un ostacolo di natura procedurale, la Corte italiana "ha rifiutato" di verificare se la delibera di insindacabilità sia stata correttamente adottata (par.77). Il modo in cui la Corte europea fa riferimento alla decisione processuale della Corte italiana sottintende insomma un atteggiamento quasi sanzionatorio. A prescindere in questa sede da qualsiasi valutazione in merito alle decisioni processuali che la Corte italiana adotta nell'ambito dei conflitti sull'insindacabilità parlamentare, è opportuno evidenziare che la responsabilità dell'effetto preclusivo che tali decisioni producono nei confronti dei soggetti lesi dalle esternazioni dei parlamentari ricade (quanto meno, anche) sui giudici che ricorrono in sede di conflitto. Se questi, nella prospettiva CEDU, devono considerare attentamente la possibilità di sollevare conflitto contro le delibere parlamentari di insindacabilità, tenuto conto del fatto che sono tali delibere ad impedire al soggetto leso di difendersi in giudizio, devono anche, una volta che abbiano deciso a favore della prospettazione del conflitto, adoprarsi per coltivarlo diligentemente, così da evitare di incorrere in una decisione costituzionale meramente processuale.

In ordine alla possibile contrapposizione tra le due Corti sulla valutazione dell'insindacabilità parlamentare vanno fatte però alcune precisazioni importanti. Innanzitutto occorre sempre tenere presente che le due Corti svolgono funzioni che si pongono su piani sostanzialmente diversi: la Corte EDU opera a tutela dei diritti, la Corte costituzionale giudica su conflitti tra poteri dello Stato, in cui il profilo della tutela dei diritti resta inevitabilmente sullo sfondo (e questo contribuisce non poco a ridimensionare la possibile contrapposizione tra le due rispettive posizioni). Inoltre un significativo avvicinamento tra le due giurisprudenze si è verificato dopo la c.d. "svolta del duemila": a partire dalle sentenze n.10 e 11 del 2000 la Corte italiana adotta dei criteri di giudizio che le consentono di valutare i presupposti dell'insindacabilità parlamentare in sede di conflitto con un rigore molto maggiore rispetto al passato. In questo modo assume un atteggiamento nei confronti dell'insindacabilità analogo a quello che contraddistingue la Corte europea. Si creano, quindi, le condizioni perché le due Corti possano pervenire in materia a conclusioni non dissimili e dare una valutazione comunque rigorosa dell'insindacabilità. Non a caso la decisione costituzionale relativa al caso Ielo (la sentenza n.417 del 1999) precede (anche se di poco) la svolta del duemila. Ciò conferma che le ipotesi di maggiore contrapposizione tra le due Corti sembrano destinate a restare circoscritte ai casi connessi ad ipotesi conflittuali risalenti a prima del 2000. E' significativo il fatto stesso che i principi stabiliti nella giurisprudenza costituzionale successiva al 2000 vengono spesso richiamati e utilizzati dalla Corte EDU. Anche nella decisione in esame, ad es., si fa riferimento al fondamentale principio, fissato dalla Corte italiana, della "sostanziale corrispondenza di contenuto" che deve esserci, ai fini dell'insindacabilità, tra le dichiarazioni rese *extra moenia* e precedenti atti parlamentari tipici (par.77, dove si conferma quanto già evidenziato nei casi Cordova e De Jorio). Inoltre la Corte EDU sottolinea, per mettere in discussione l'insindacabilità riconosciuta alle opinioni manifestate da Bossi, che il dibattito parlamentare relativo all'omicidio di Marco Biagi ha avuto luogo prevalentemente in sessioni parlamentari successive all'intervista rilasciata da Bossi (par.72). Ciò in contrasto con il criterio disposto dalla Corte italiana per cui gli atti parlamentari tipici devono essere precedenti alle dichiarazioni rese all'esterno dell'ambito parlamentare strettamente inteso, affinché



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

tali dichiarazioni possano ritenersi coperte dall'insindacabilità (v., ad es., sentenza n.347 del 2004). In sostanza le due Corti sembrano concordare (anche) sul fatto specifico che quanto dichiarato all'esterno dell'ambito parlamentare risulta insindacabile solo se ha carattere divulgativo di opinioni manifestate precedentemente nel corso di lavori parlamentari strettamente intesi.

Nonostante questi significativi punti di contatto tra le due giurisprudenze, permangono comunque anche delle differenze assai significative. La Corte europea, ad esempio, sembra dare al criterio spaziale un'importanza maggiore di quanto non faccia la Corte italiana. Per quest'ultima non ha rilievo il luogo in cui le opinioni parlamentari vengono manifestate, ma la sussistenza del "nesso funzionale", il legame con l'esercizio della funzione parlamentare (tant'è vero che non sono state ritenute insindacabili le dichiarazioni rese da parlamentari all'interno del Parlamento ma non nell'esercizio della relativa funzione: così nella sentenza n.509 del 2002, concernente una conversazione privata tra due parlamentari svoltasi nella *buvette*). La Corte EDU, invece, anche nel caso in esame giunge alla condanna dell'Italia e, quindi, in sostanza alla contestazione dell'insindacabilità riconosciuta alle dichiarazioni rilasciate da Bossi durante l'intervista, dando un estremo rilievo al fatto che si è trattato di dichiarazioni rese al di fuori dell'ambito parlamentare (par.72). Inoltre le decisioni in materia della Corte europea vengono prese utilizzando il criterio della proporzionalità, che è frutto della giurisprudenza CEDU ed è invece estraneo alla giurisprudenza costituzionale.

Per quanto concerne, più specificamente, la decisione nel merito, la Corte di Strasburgo segue il consueto percorso argomentativo, rinvenibile in tutti i precedenti sopra indicati (che vengono infatti più volte richiamati nel corso della decisione in esame). In particolare viene ancora una volta ribadita la legittimità del regime delle immunità. Nel caso di specie l'insindacabilità riconosciuta ai parlamentari dall'art.68, 1°co., Cost., è volta a tutelare il libero dibattito parlamentare e a garantire la separazione dei poteri giudiziario e legislativo (par.69). Ciò significa che il diritto di accesso ad un giudice dei ricorrenti, che deve essere effettivo (vale a dire concretizzarsi nella reale possibilità di contestare in giudizio gli atti lesivi dei propri diritti: par.65), non è però assoluto ma può subire delle limitazioni (par.68). Tali limitazioni sono legittime se c'è appunto un rapporto di proporzionalità tra gli scopi perseguiti e i mezzi utilizzati. Si tratta in sostanza di stabilire se le conseguenze subite dai ricorrenti (privati del diritto di difendersi in giudizio in seguito alla delibera parlamentare di insindacabilità e alla decisione costituzionale meramente processuale) siano proporzionate ai fini legittimi perseguiti (par.70). Nel caso di specie, essendo state rilasciate le dichiarazioni di Bossi al di fuori del contesto parlamentare e non essendoci un collegamento evidente con un'attività parlamentare, occorre dare un'interpretazione stretta della nozione di proporzionalità (par.72 e 74). Ne deriva che la limitazione del diritto di accesso alla giustizia subita dai ricorrenti non risulta proporzionata agli scopi perseguiti (par.78 e 79). Da qui la condanna dell'Italia per violazione del diritto ad un processo equo garantito dall'art.6 § 1, CEDU.

In questo modo la Corte EDU finisce per dare una valutazione delle dichiarazioni rese da Bossi che va a contrastare quella contenuta nella delibera parlamentare di insindacabilità. Il suo ruolo "sanzionatorio" viene ad affiancarsi a quello di competenza della Corte costituzionale, che nel



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

caso di specie non è stato esercitato per i vizi di forma che hanno ostacolato la decisione del conflitto nel merito (ferma restando, ovviamente, la parziale diversità dei criteri di giudizio utilizzati dalle due Corti e, soprattutto, la maggiore incisività delle decisioni nel merito della Corte italiana, che, nel momento in cui pervengono all'accoglimento del conflitto sollevato sull'insindacabilità parlamentare, portano anche all'annullamento della relativa delibera parlamentare).

Rimane da segnalare l'opinione dissenziente di due giudici, che non hanno condiviso (alla luce del principio di proporzionalità) la valutazione delle dichiarazioni di Bossi data dalla maggioranza della Corte EDU. Per la prima volta una decisione del genere viene adottata senza che sia raggiunta l'unanimità. I giudici dissenzienti sottolineano, in particolare, che il presente caso si distingue da quelli precedenti (viene fatto specifico riferimento ai casi Cordova e De Jorio) per il fatto che non si tratta di una *querelle entre particuliers*, cioè di una disputa di carattere personale tra il parlamentare e il soggetto che si ritiene leso, ma di un dibattito di carattere politico, visto che i ricorrenti sono un'importante associazione sindacale ed un suo membro. Bossi nell'intervista ha dato il suo contributo a tale dibattito politico, nel legittimo esercizio della libertà di espressione. I due giudici, quindi, ritengono, a differenza della maggioranza dei componenti della Corte EDU, che nel caso di specie vi sia proporzionalità tra lo scopo perseguito (il libero esercizio della funzione parlamentare) e i mezzi utilizzati (la limitazione, derivante dal riconoscimento dell'insindacabilità, del diritto di accesso ad un giudice per i soggetti che si ritengono lesi dalle esternazioni del parlamentare). Il che dimostra come il principio di proporzionalità, su cui si fondano le decisioni CEDU relative all'insindacabilità dei parlamentari italiani, si presti ad applicazioni diverse anche nell'ambito dello stesso caso e sia connotato da una significativa relatività, che conduce la giurisprudenza CEDU all'utilizzo della tecnica "caso per caso".

Precedenti

Corte eur. dir. uomo: casi *Cordova 1 c. Italia*, ricorso n. 40877/98 e *Cordova 2 c. Italia*, ricorso n.45649/99; *De Jorio c. Italia*, ricorso n. 73936/01; *Ielo c. Italia*, ricorso n. 23053/02; *Patrono, Cascini e Stefanelli c. Italia*, ricorso n. 10180/04.

Profili di diritto interno

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Corte costituzionale, *ex plurimis* sentenze n.236 del 2007, n.336 del 2006 e n.79 del 2005 (sull'inammissibilità del conflitto per mancanza di una compiuta esposizione dei presupposti di fatto).

Riferimenti bibliografici

R. Dickmann, *La Corte di Strasburgo torna a pronunciarsi sull'insindacabilità dei parlamentari in Italia... Con qualche riserva in ordine all'efficacia delle motivazioni adottate*, in www.federalismi.it, n.5/2009;

G. Repetto, *L'insindacabilità parlamentare (di nuovo) a Strasburgo, tra modelli da ripensare e un dialogo da prendere sul serio*, in *Giur. cost.*, 2009, 788ss.;

N. Purificati, *L'insindacabilità dei parlamentari tra Roma e Strasburgo*, in *Quad. cost.*, 2007, 309 ss.;

P. Cappello, *L'insindacabilità parlamentare davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rass. parl.*, 2006, 571 ss.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Sezione: **Diritti, Costituzione e CEDU - Organi costituzionali - Parlamento**

Titolo: *L'autodichia delle Camere di fronte alla Corte di Strasburgo*

Autore: **LUCIANA PESOLE**

Sentenza di riferimento: Corte europea dei diritti dell'uomo, Seconda Sezione, Decisione del 28 aprile 2009, *Savino e altri c. Italia* (Ricorsi n.17214/05, n.20329/05, n.42113/04)

Parametro convenzionale: Art.6 § 1

Parole chiave: Autodichia parlamentare, Diritto ad un processo equo, Indipendenza e imparzialità del giudice

Con la decisione in oggetto la Corte EDU si pronuncia su tre ricorsi concernenti l'autodichia parlamentare, vale a dire il sistema di giurisdizione previsto all'interno delle Camere (che, come è noto, si colloca storicamente tra gli strumenti volti a preservare da ingerenze esterne l'attività posta in essere dalle Camere, analogamente a quanto avviene per altri organi costituzionali). Nel caso di specie la Corte europea è stata chiamata a pronunciarsi sul sistema di giurisdizione in vigore nella Camera dei deputati, con specifico riferimento alle controversie con il personale dipendente e a quelle concernenti le procedure di reclutamento di detto personale. Tale materia è regolata da uno dei regolamenti "minori" della Camera (il *Regolamento per la tutela giurisdizionale dei dipendenti*, approvato nel 1988 dall'Ufficio di Presidenza ai sensi dell'art.12, 3°co. lett.f), e 6°co., del Regolamento "maggiore"). Nel momento in cui viene emessa la decisione in esame, il sistema giurisdizionale della Camera è così articolato: è previsto un primo grado di giurisdizione dinanzi alla *Commissione giurisdizionale per il personale della Camera* ed un giudizio di appello di competenza della *Sezione giurisdizionale dell'Ufficio di Presidenza*.

Due dei tre ricorsi (il n.17214/05 e il n.20329/05) su cui viene chiamata a decidere la Corte di Strasburgo erano stati presentati da dipendenti della Camera (un geometra e un architetto), che rivendicavano alcune indennità lavorative. Questi ricorrenti si erano rivolti alla Corte europea contestando le decisioni d'appello della Sezione giurisdizionale dell'Ufficio di Presidenza, che, riformando le sentenze di primo grado della Commissione giurisdizionale, aveva loro negato le indennità richieste.

Il terzo ricorso (il n.42113/04) proveniva, invece, da alcuni soggetti che avevano partecipato ad un concorso per commessi parlamentari, i quali contestavano il fatto di non essere stati ammessi alle prove orali sulla base di una valutazione soltanto numerica. Anche in questo secondo caso la Sezione giurisdizionale non aveva accolto le rivendicazioni dei ricorrenti andando a riformare la



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

decisione presa in primo grado dalla Commissione giurisdizionale. I ricorrenti, prima di rivolgersi alla Corte europea, avevano fatto ricorso alla Corte di cassazione in sede di regolamento di giurisdizione (Cass., S.U., sentenza n.11019 del 2004), che aveva però negato la propria competenza in materia, riconoscendo l'intangibilità della giurisdizione interna delle Camere, anche alla luce dei principi affermati dalla Corte costituzionale con la sentenza n.154 del 1985, che sancisce l'insindacabilità dei regolamenti parlamentari sottolineando la centralità del Parlamento, emanazione diretta della volontà popolare, nell'ambito del sistema costituzionale italiano.

Nei tre ricorsi, quindi, si contestano le decisioni assunte dalla Sezione giurisdizionale rivendicando il diritto ad un processo equo di cui all'art.6 § 1, CEDU. Più precisamente, nel caso di specie si pone il problema di stabilire se, ai sensi dell'art.6 § 1, ci si trovi di fronte ad un "tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge".

La Corte europea evidenzia preliminarmente che non ci sono le condizioni per escludere l'applicabilità dell'art.6 § 1. Tali condizioni, stabilite nel caso *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande* (ricorso n° 63235/00, Grande Camera, decisione del 19 aprile 2007), consistono in primo luogo nella esplicita esclusione da parte della legislazione nazionale del diritto di accesso ad un giudice per determinate categorie di soggetti, fondata su motivi obiettivi legati all'interesse dello Stato (in sostanza l'inapplicabilità delle garanzie previste nell'art.6 § 1 deve trovare un'esplicita giustificazione nella necessità di far prevalere l'interesse pubblico su quello individuale) (par.65). Ciò non ricorre nel caso di specie, dal momento che la Commissione e la Sezione sono sicuramente chiamate ad esercitare una funzione di tipo giurisdizionale (non c'è, quindi, l'esplicita esclusione del diritto di accesso ad un giudice) e tra i ricorrenti e lo Stato non c'è un legame speciale tale da escludere l'applicabilità delle garanzie di cui all'art.6 § 1 al fine di salvaguardare l'interesse pubblico (par. 74-78).

Passando all'esame nel merito, la Corte di Strasburgo si preoccupa innanzitutto di sottolineare che non viene messo in discussione il potere delle Camere italiane (e di altri organi costituzionali) di disporre di un sistema di giurisdizione interna. Il termine "tribunale" utilizzato dall'art.6 § 1 non deve essere necessariamente riferito ad una giurisdizione di tipo classico (par.91). L'autodichia di per sé, quindi, non pone problemi di incompatibilità rispetto all'art.6 § 1 CEDU. Si tratta, invece, di verificare se le garanzie stabilite da tale articolo possano dirsi rispettate nel caso di specie. In particolare occorre appunto accertare se la Commissione e la Sezione possano considerarsi "tribunali costituiti per legge, indipendenti e imparziali" (par.93).

I due profili in questione ("tribunale costituito per legge" e "indipendente e imparziale") vengono affrontati separatamente. In ordine al primo non viene ravvisata alcuna violazione dell'art.6 § 1. Il principio per cui il giudice deve essere costituito per legge trova il proprio fondamento nella necessità di sottrarre l'organizzazione del potere giudiziario alla discrezionalità del potere esecutivo e fare, quindi, in modo che la materia sia regolata dalla legge (par.94). La giurisdizione interna della Camera è regolata dai regolamenti parlamentari. Sul punto viene richiamato quanto affermato dalla Corte di cassazione, che a sua volta ha fatto riferimento alla



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

giurisprudenza costituzionale. I regolamenti parlamentari sono tutti espressione dell'autonomia normativa interna delle Camere, che trova il proprio fondamento in Costituzione (l'art.64, 1°co, della Costituzione italiana prevede l'adozione dei regolamenti "maggiori", che poi dispongono l'adozione di quelli minori). Tali regolamenti sono sottratti ad ogni controllo esterno (par.96). L'autonomia normativa consente al potere legislativo di evitare qualsiasi ingerenza esterna, compresa quella del potere esecutivo, e ciò non risulta in contrasto con la lettera e lo spirito dell'art.6 § 1 (par.97). Inoltre non è degno di rilievo il fatto che il Regolamento per la tutela giurisdizionale dei dipendenti non sia soggetto alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, in quanto si tratta comunque di un testo normativo facilmente accessibile e anche redatto in termini chiari (par.98). Sussistono, quindi, i requisiti richiesti (l'accessibilità e la prevedibilità) perché un atto normativo interno risulti in grado di fornire il necessario fondamento legale. Si deve pertanto affermare che gli organi giurisdizionali interni alla Camera hanno una sufficiente base legale ai sensi dell'art.6 § 1 (par.99).

Per quanto concerne, invece, il secondo profilo (quello relativo all'indipendenza e imparzialità), la Corte europea giunge ad una conclusione diversa. Su questo punto viene in primo luogo specificato che cosa si deve intendere con i due concetti in questione. L'indipendenza deve essere valutata tenendo conto di una serie di fattori (quali il modo di designazione dei giudici, la durata del mandato, la presenza o meno di strumenti di protezione da eventuali pressioni esterne) (par.100). L'imparzialità assume un duplice significato: può essere intesa in senso soggettivo (i singoli giudici non devono avere pregiudizi personali), o in senso oggettivo (devono sussistere garanzie sufficienti, tali da escludere qualsiasi dubbio al riguardo, indipendentemente dalla condotta personale dei singoli giudici) (par.101). L'imparzialità in senso soggettivo non assume alcun rilievo (non ci sono state lamentele al riguardo da parte dei ricorrenti). Occorre, invece, soffermare l'attenzione sull'imparzialità intesa in senso oggettivo, che deve essere valutata congiuntamente all'indipendenza (sono due nozioni strettamente connesse) (par.102). La Corte europea evidenzia il modo di designazione dei soggetti che compongono i due organi giurisdizionali della Camera. I membri della Commissione sono estratti a sorte da una lista di deputati stabilita dal Presidente, dal Segretario generale, dalle organizzazioni sindacali del personale; i membri della Sezione, che è presieduta dal Presidente della Camera, vengono scelti tra i deputati che compongono l'Ufficio di Presidenza (questi ultimi non possono essere chiamati a far parte della Commissione). Il problema dell'imparzialità-indipendenza si pone appunto per la Sezione giurisdizionale, interamente formata da deputati dell'Ufficio di Presidenza, che è l'organo competente sulle principali questioni amministrative (comprese quelle concernenti l'organizzazione dei concorsi per il reclutamento del personale) (par.103-104). Sono, pertanto, fondate le preoccupazioni dei ricorrenti sull'imparzialità di tale organo. Emerge uno stretto legame tra l'oggetto dei ricorsi prospettati dinanzi alla Sezione giurisdizionale (chiamata, oltre tutto, a decidere in via definitiva) e gli atti adottati dall'Ufficio di Presidenza nell'esercizio delle sue funzioni. La Corte EDU conclude sottolineando che non rientra tra i suoi compiti indicare quale delle tante soluzioni possibili sarebbe opportuno adottare per rendere il sistema giurisdizionale della Camera (con particolare riferimento alla composizione della Sezione giurisdizionale) conforme ai principi contenuti nell'art.6 § 1 (par.105).



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

La decisione in oggetto, se da un lato legittima pienamente in ambito CEDU l'autodichia (contrariamente a quanto ritenuto dalla dottrina italiana maggioritaria), da un altro lato evidenzia chiaramente un problema di compatibilità con i principi CEDU per quanto concerne la composizione dell'organo di appello della giurisdizione interna alla Camera. Appare sin dall'inizio chiaro che, per evitare ulteriori condanne a carico dell'Italia, bisogna fare in modo che non si ripresenti più una situazione del genere, vale a dire un ricorso alla Corte di Strasburgo avente ad oggetto una decisione della Sezione giurisdizionale composta nel modo che si è visto. Il che significa auspicare una modifica dei Regolamenti parlamentari che possa ovviare al problema in questione.

L'aspetto degno di maggiore attenzione alla fine di questa vicenda processuale va ravvisato proprio nelle conseguenze che la decisione CEDU ha prodotto in ambito parlamentare. Nel luglio 2009, vale a dire pochi mesi dopo la pronuncia in questione, la Camera dei deputati approva alcune modifiche al Regolamento maggiore. In particolare, per quanto interessa in questa sede, viene modificato il 6°co. dell'art.12, che prima attribuiva all'Ufficio di Presidenza il compito di giudicare in via definitiva sui ricorsi alla Camera, mentre adesso stabilisce che con regolamento dell'Ufficio di Presidenza sono istituiti gli organi di giurisdizione interna di primo e secondo grado e che, soprattutto, i componenti dell'Ufficio di Presidenza non possono fare parte di tali organi. Viene così eliminato il problema principale individuato dalla Corte EDU: non c'è più coincidenza tra i soggetti che compongono l'Ufficio di Presidenza (competente, come si è visto, su tutte le principali questioni amministrative della Camera) e quelli inseriti nell'organo giurisdizionale d'appello. Successivamente, nell'ottobre 2009, viene modificato anche il Regolamento per la tutela giurisdizionale dei dipendenti, che si conforma alle modifiche apportate al Regolamento maggiore. Al posto della Sezione giurisdizionale è ora previsto come organo di secondo grado un *Collegio d'appello*, composto da deputati con una specifica competenza professionale nominati dal Presidente della Camera (i quali, ai sensi del nuovo art.12, 6°co., del Regolamento maggiore non possono essere membri dell'Ufficio di Presidenza). Sono, inoltre, significative anche altre modifiche introdotte nel Regolamento per la tutela giurisdizionale dei dipendenti, che tengono conto in qualche modo di ulteriori problemi sollevati dai ricorrenti dinanzi alla Corte EDU, sebbene non considerati rilevanti ai fini decisorii. Si fa riferimento, in particolare, all'introduzione della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del Regolamento in questione e alla previsione della pubblicità delle udienze (anche se solo ad istanza di parte e apprezzata dal Presidente dell'organo giurisdizionale in questione) (sul punto v. quanto era stato evidenziato dai ricorrenti: rispettivamente par.80 e par.85). Nel complesso si tratta di modifiche che vanno nel senso di un progressivo avvicinamento del sistema giurisdizionale interno alla Camera a quello della giurisdizione amministrativa esterna.

Ciò che, però, rileva in questa sede è il fatto inedito di una decisione CEDU che, pur avendo manifestato pieno rispetto nei confronti dei sistemi di autodichia, è stata comunque in grado di indurre una modifica dei regolamenti parlamentari, andando così a toccare (per quanto in modo indiretto) il cuore dell'autonomia parlamentare. E' stato svolto in sostanza un giudizio di legittimità dei regolamenti parlamentari (rispetto al parametro CEDU), che non ha precedenti, neanche



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

nell'ambito della giurisdizione nazionale (tuttora fondata sui principi fissati dalla Corte costituzionale con la sentenza n.154 del 1985).

Precedenti

Corte eur. dir. uomo: caso *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*, ricorso n° 63235/00 (sulle condizioni necessarie per escludere nei confronti di alcune categorie di soggetti l'applicabilità delle garanzie previste dall'art.6 § 1 CEDU).

Profili di diritto interno

Corte costituzionale, sentenza n.154 del 1985 (sull'insindacabilità dei regolamenti parlamentari e, quindi, sull'intangibilità della sfera di autonomia interna alle Camere);

Cassazione civile, s.u., sentenza 10 giugno 2004, n.11019 (sull'incompetenza della giurisdizione comune a giudicare dei ricorsi di competenza della giurisdizione interna alle Camere).

Riferimenti bibliografici

N. Occhiocupo, voce *Autodichia*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1988;

G. Malinconico, *La Corte Europea dei diritti dell'uomo si pronuncia sull'autodichia delle Camere*, 6 maggio 2009, in www.federalismi.it, n.9/2009;

G. Malinconico, *I "codici di procedura" dell'autodichia della Camera dopo la decisione n.14/2009 della Corte Europea dei diritti dell'uomo. Guida alla lettura delle modifiche dei Regolamenti di tutela della Camera dei deputati*, 18 novembre 2009, in www.federalismi.it, n.22/2009;

G. Pelella, *Si consolida l'autodichia parlamentare dopo il vaglio della Corte europea dei diritti dei diritti dell'uomo*, in *Rass. parl.*, 2009, 1077 ss.;

B. Randazzo, *L'autodichia della Camera e il diritto al giudice: una condanna a metà*, in *Giornale dir. amm.*, 2009, 1051 ss.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Sezione: **Diritti, Costituzione e CEDU – Rapporti tra ordinamenti**

Titolo: *Il Trattato di Lisbona ha attribuito alla CEDU un'efficacia diretta e prevalente nell'ordinamento interno? Consiglio di Stato e TAR Lazio alla ricerca di nuove (e discutibili) soluzioni*

Autore: **GIORGIO REPETTO**

Sentenza di riferimento: Cons. Stato, sez. IV, sent. n. 1220 del 2 marzo 2010 e TAR Lazio, sez. II-bis, sent. n. 11984 del 18 maggio 2010

Parametro convenzionale: Artt. 6, 13 e 1, prot. 1, CEDU

Parole chiave: Processo equo, proprietà, rapporti tra ordinamenti, Unione europea

Gli ultimi anni sono stati contrassegnati dall'aumento e dalla sovrapposizione degli strumenti di tutela dei diritti fondamentali in Europa e, in particolare, l'ordinamento italiano ha sperimentato una fase di assestamento nei suoi rapporti con l'Unione europea e, soprattutto, con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Quest'ultima, in particolare, è stata oggetto a cavallo degli anni duemila di ripetute attenzioni da parte dei giudici ordinari, soprattutto della Corte di cassazione, che hanno a più riprese tentato di attribuirle un'efficacia superiore rispetto a quella di legge ordinaria che tradizionalmente le era stata assegnata. Conseguiva, dall'ancoraggio della CEDU ad alcuni articoli della Costituzione ritenuti di volta in volta pertinenti (artt. 2, 10 e 11), la rivendicazione del potere per il giudice di disapplicare la normativa interna che si rivelasse in contrasto con norme della CEDU o con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (v., tra le ultime, Cass., sez. un. civ., sent. 23.12.2005, n. 28507 e Cass. pen., sent. 3.10.2006, n. 32678).

Come è noto, solo con le due sentenze nn. 348 e 349 del 2007 la Corte costituzionale ha definitivamente chiarito che, alla luce dell'art. 117, co. 1, Cost. introdotto dalla legge cost. n. 3 del 2001, alla CEDU si deve attribuire un'efficacia intermedia tra legge e Costituzione, con la conseguenza che qualsiasi giudice, allorché si trovi a decidere di un contrasto tra la CEDU e una norma di legge interna, non possa fare altro che sollevare un'apposita questione di legittimità costituzionale, salva l'esperibilità di un'interpretazione conforme.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Questa soluzione, sebbene non priva di ombre, ha avuto il merito di chiarire che la riserva della decisione sul contrasto alla Corte costituzionale escludeva qualsiasi possibilità di disapplicazione da parte dei giudici, sia che fosse fondata sull'attribuzione alla CEDU di un rango paracostituzionale, sia che chiamasse in causa l'incorporazione di questa nel diritto comunitario (sulla base di quanto previsto dall'allora art. 6 del Trattato sull'Unione europea). Conseguenza, questa della disapplicazione, incompatibile con la verifica, anch'essa riservata al sindacato del giudice delle leggi, sulla compatibilità tra il principio di volta in volta accolto dalla CEDU e il testo della Costituzione.

È dunque in questo quadro, ribadito anche in seguito dalla Corte costituzionale (v. sentt. nn. 239, 311 e 317 del 2009 e 93 del 2010), che sono intervenute due recenti decisioni dei giudici amministrativi che, alla luce delle innovazioni seguite all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, hanno invocato una soluzione diversa da quella accolta dalla Corte costituzionale, e soprattutto, non meno problematica di quella che la Corte stessa aveva inteso, all'epoca, precludere ai giudici ordinari.

Con la prima sentenza (Sez. IV, n. 1220 del 2 marzo 2010) il Consiglio di Stato, chiamato a decidere su una complessa vicenda originata da un'occupazione *sine titulo*, ha ritenuto di dover interpretare l'art. 389 c.p.c. – che, a seguito di cassazione senza rinvio, rimette «al giudice che ha pronunciato la sentenza cassata» la competenza a statuire sulle domande di restituzione e di ogni altra conseguente alla sentenza medesima – nel modo più conforme possibile alla tutela del diritto del ricorrente alla difesa effettiva, fondando questo assunto su un'esigenza di rispetto degli artt. 6 e 13 CEDU. In particolare – e questo è il passaggio su cui si sono appuntati i primi commentatori –, il Consiglio di Stato precisa che il principio della tutela effettiva, oltre che dall'art. 24 Cost., sarebbe desumibile anche dai ricordati articoli della Convenzione «(divenuti direttamente applicabili, nel sistema nazionale, a seguito della modifica dell'art. 6 del Trattato, disposta dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009)».

Sul punto, non viene aggiunto altro. Quanto di inespresso vi è in questa pronuncia, soprattutto tenendo conto dell'effetto apparentemente dirompente che essa lascia intravedere, viene tuttavia chiarito dalla seconda sentenza presa in esame, con cui il TAR del Lazio (sez. II-bis, n. 11984 del 18 maggio 2010) era chiamato a pronunciarsi sull'applicabilità dell'art. 43 del Testo unico sulle espropriazioni (anch'esso concernente le occupazioni *sine titulo*) ad una controversia insorta prima della sua entrata in vigore. Dopo aver richiamato la giurisprudenza propria e del Consiglio di Stato, che già si era pronunciata sul punto, il TAR chiarisce che a favore dell'applicabilità di detto articolo, in quanto espressivo di una maggiore tutela per il privato vittima di un'accessione invertita, depone la stessa giurisprudenza della Corte di Strasburgo che, come noto, ha sempre guardato con



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

sfavore non solo al ridotto criterio di risarcimento rispetto al valore venale previsto per queste occupazioni, ma alla conformità stessa dell'istituto in questione con gli artt. 6 e 1, prot. 1, CEDU.

Rispetto a questo quadro, di per sé non foriero di particolari problemi interpretativi, il TAR sente il bisogno di «svolgere alcune considerazioni ... circa il rinnovato vigore dei sopra indicati principi affermati dalla CEDU, ai quali il legislatore del T.U.E. ha dichiaratamente aderito e che oggi non possono non guidare l'interprete nell'applicazione dello stesso testo normativo». In particolare, il TAR ritiene che la sistemazione offerta dalle due sentenze citate nn. 348 e 349 della Corte costituzionale «appare destinata a nuovi e ancor più incisivi sviluppi a seguito dell'entrata in vigore ... del Trattato di Lisbona». Quest'ultimo, all'art. 6 del TUE, sia nella parte in cui prevede che «l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali» (co. 2), sia nella parte in cui sancisce che «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione ... e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali» (co. 3), avrebbe infatti determinato «conseguenze di assoluto rilievo, in quanto le norme della Convenzione divengono immediatamente operanti negli ordinamenti nazionali degli Stati membri dell'Unione, e quindi nel nostro ordinamento nazionale, in forza del diritto comunitario, e quindi in Italia ai sensi dell'art. 11 della Costituzione» (cors. agg.).

È di tutta evidenza la carica innovativa del ragionamento seguito dal giudice che, nel mettere radicalmente in discussione l'assetto sposato dalle due sentenze nn. 348 e 349 cit., esprime chiaramente il malessere dei giudici nei confronti della attrazione nel giudizio di costituzionalità dei problemi relativi al contrasto tra diritto interno e CEDU.

A fronte di questo, tuttavia, non pochi appaiono i dubbi sulla congruità del percorso argomentativo seguito dalle due sentenze in esame.

In primo luogo, infatti, appare decisamente sopravvalutato il riferimento al co. 2 dell'art. 6 TUE, poiché da esso può pacificamente dedursi solamente la rimozione degli ostacoli che, in precedenza, erano stati frapposti all'adesione dell'UE alla CEDU, e non certo la realizzazione dell'adesione. Questa, come atto di rilevanza internazionale, non può infatti che costituire l'esito di un accordo tra soggetti di pari rilevanza (nel nostro caso, l'UE e il Consiglio d'Europa), con la conseguenza che all'art. 6 non può che attribuirsi, in parte qua, un'efficacia limitata al solo piano interno dell'UE.

In secondo luogo, anche in relazione al co. 3 dell'art. 6 cit., pare potersi obiettare al ragionamento seguito dal TAR che non di un'effettiva innovazione si può parlare rispetto al vecchio testo dell'art. 6 TUE (secondo il quale «l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione ... in quanto principi generali del diritto comunitario»), ma di una riformulazione che non muta, per quello che ci interessa, la sostanza delle cose. Ora come allora, secondo quanto ribadito la Corte costituzionale nelle due sentenze dianzi citate, si può parlare di una



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

comunitarizzazione della CEDU solo per quei principi di tutela accolti espressamente dalla Corte di giustizia e, soprattutto, solamente in relazione all'applicazione e/o all'interpretazione delle pertinenti norme del diritto comunitario. Nulla, ora come allora, fa quindi ritenere che la CEDU sia stata in toto attratta all'interno del diritto comunitario, e che la sua efficacia arrivi così a dispiegarsi, per il tramite del diritto comunitario, negli ordinamenti interni anche indipendentemente dall'interpretazione o dall'applicazione del diritto comunitario.

Ed anzi, in terzo luogo, fondate perplessità potrebbero farsi valere nei confronti di un esito di questo genere anche dopo che l'adesione alla CEDU sia stata formalizzata, poiché dall'attribuzione ad essa di un'efficacia piena e incondizionata offerta dal medium del diritto comunitario conseguirebbe il venir meno di qualsiasi distinzione tra atti comunitari (che beneficerebbero della copertura CEDU) e atti solamente interni, privi di rilevanza comunitaria. Per questi ultimi, l'eventuale subordinazione alla CEDU per il tramite comunitario finirebbe per operare una surrettizia elusione del riparto di competenze tra Stato membro e Unione: materie pacificamente riconducibili ad un ambito di competenza nazionale, infatti, per il solo fatto di venire in contatto con un diritto della CEDU, verrebbero attratte nell'orbita del diritto comunitario, negando così alla CEDU qualsiasi autonomo rilievo nei rapporti con gli Stati membri.

Questa ultima osservazione solleva un ulteriore interrogativo. Quando il TAR e il Consiglio di Stato riconoscono l'avvenuta comunitarizzazione della CEDU, lasciano intendere che il significato di essa cui deve propriamente riconoscersi efficacia diretta nel nostro ordinamento è quello fatto proprio dalla Corte di Strasburgo. Ma come porsi nei confronti delle frequenti interpretazioni della CEDU offerte dalla Corte di Giustizia, non di rado discordanti da quelle di Strasburgo? Quale delle due vincola il diritto interno, in caso di contrasto?

Infine, l'elemento di maggiore perplessità che suscitano le sentenze in commento riguarda l'effettiva necessità, per i due Collegi, di impiegare costruzioni dottrinali così ardite alla luce del quadro che emerge dai rispettivi fatti di causa. Stupisce, infatti, che dallo stravolgimento di rapporti invocato non discenda, in nessuno dei due casi, la conseguenza ultima che sarebbe parsa a quel punto inevitabile, e cioè l'effettiva disapplicazione di una norma legislativa interna. Anzi, in entrambe le sentenze, non è difficile vedere che l'esito da ultimo raggiunto, più che all'attribuzione di una efficacia diretta e prevalente alla CEDU, pare dovuto ad una ben meno dirompente interpretazione delle norme di diritto interno in linea di continuità con quanto previsto dalla Convenzione. Anzi, nel caso della pronuncia del TAR, l'interpretazione dell'art. 43 del Testo unico sulle espropriazioni invocata dai giudici, come detto, era già stata pacificamente risolta (v. punto 10) dallo stesso Collegio l'anno precedente, e senza neanche chiamare in causa la CEDU.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

In definitiva, non è certo facile valutare quale seguito siano destinate ad avere queste due pronunce, ma l'impressione è che, visti i non pochi dubbi che sollevano, esse rappresentino più un incidente di percorso che l'avvio di un nuovo orientamento giurisprudenziale.

Riferimenti bibliografici:

G. Colavitti e C. Pagotto, *Il Consiglio di Stato applica direttamente le norme CEDU grazie al Trattato di Lisbona: l'inizio di un nuovo percorso?*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2010; A. Celotto, *Trattato di Lisbona, applicabilità della CEDU nell'ordinamento italiano e Cons. Stato n. 1220 del 2010*, in www.giustamm.it; A. Schillaci, *Il Consiglio di Stato e la CEDU* e G. Bronzini, *Tar Lazio e disapplicazione di una normativa interna in contrasto con la CEDU*, entrambi in www.diritticomparati.it

(25/07/2010)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Sezione: Diritti, Costituzione e CEDU – Rapporti tra ordinamenti

Titolo: *Tra continuità e nuovi scenari: l'efficacia della CEDU alla luce delle sentt. nn. 80 e 113/2011 della Corte costituzionale*

Autore: GIORGIO REPETTO

Sentenza di riferimento: Corte costituzionale, sentt. nn. 80 e 113 del 2011

Parametro convenzionale: Artt. 6 e 46 CEDU

Parole chiave: Processo equo; rapporti tra ordinamenti; Unione europea; tecniche interpretative

1. Benché le due sentenze “gemelle” nn. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale abbiano avuto il merito di dissipare molti dubbi sull'efficacia della CEDU nell'ordinamento italiano a seguito della modifica dell'art. 117 Cost., è difficile negare che rispetto alla sistematizzazione dei rapporti operata dalla Corte in quell'occasione siano stati sollevati diversi interrogativi, soprattutto in relazione al fondamento dell'efficacia della Convenzione nel diritto interno, da un lato, e ai criteri che dovevano presiedere al bilanciamento e all'integrazione tra i diritti nazionali e convenzionali, dall'altro lato.

Quanto al primo aspetto, si ricorderà che la prospettiva fatta propria dalla Corte costituzionale, incentrata sull'esclusione della CEDU dalla sfera d'efficacia dell'art. 11 Cost. e sul conseguente venir meno di un potere di disapplicazione da parte dei giudici ordinari, venne ben presto messa in discussione dalla giurisprudenza amministrativa. Prima il Consiglio di Stato, con la sent. n. 1220 del 2010, poi più diffusamente il TAR del Lazio, con la sent. n. 11984 del 2010, presero spunto dal testo novellato dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea approvato a Lisbona e entrato in vigore il 1°.12.2009 per rimarcare l'avvenuta “comunitarizzazione” della CEDU, da cui sarebbe derivata un'equiparazione piena tra l'efficacia diretta e prevalente tradizionalmente attribuita al diritto comunitario e quella da attribuirsi alla CEDU. Sia nella parte in cui detto articolo prevede che l'Unione aderisce alla Convenzione (par. 2), sia nella parte in cui esso ribadisce che i diritti garantiti dalla stessa fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali (par. 3), esso avrebbe infatti determinato, ad avviso dei giudici dell'amministrazione, una sostanziale attrazione

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

dell'efficacia della CEDU nelle maglie del diritto comunitario, da cui sarebbe derivata per il giudice nazionale la possibilità di disapplicare il diritto nazionale in caso di contrasto con un principio contenuto nella Convenzione, senza quindi dover passare attraverso il giudizio della Corte costituzionale (su queste sentenze rinvio a *Il Trattato di Lisbona ha attribuito alla CEDU un'efficacia diretta e prevalente nell'ordinamento interno? TAR e Consiglio di Stato alla ricerca di nuove (e improbabili) soluzioni*, in diritti-cedu.unipg.it).

Quanto all'aspetto legato ai criteri per il bilanciamento tra diritti nazionali e diritti convenzionali, invece, è spettato alla Corte costituzionale stessa chiarire il proprio orientamento, approfondendo quel piano dell'integrazione tra diritti che nelle due sentenze 348 e 349 restava legato al solo versante del rapporto tra le fonti in cui questi sono contenuti. Mentre in queste sentenze, come si ricorderà, gli strumenti forgiati per armonizzare il portato dei diritti della CEDU con le corrispondenti norme costituzionali erano in larga misura quelli tradizionali del rispetto formale di un livello normativo gerarchicamente superiore (quello costituzionale) da parte di uno inferiore (la CEDU stessa), nella giurisprudenza successiva, ed in particolar modo a partire dalla sent. n. 317 del 2009, la Corte innesta su questo piano la considerazione per cui "[i]l 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" (punto 7. del *Cons. in dir.*). Nella successiva giurisprudenza, l'attenzione ai risvolti sostanziali dell'integrazione delle tutele si affianca, talvolta anche chiamandolo direttamente in causa, al piano dell'integrazione normativa, spingendo la Corte costituzionale ad approfondire sempre di più gli aspetti "di sistema" del rapporto con la CEDU e i profili legati all'effettività delle tutele.

Su ciascuno di questi fronti, la Corte costituzionale è intervenuta di recente con le sentt. nn. 80 e 113 del 2011, rafforzando ulteriormente l'impianto ricostruttivo fatto proprio dalle sentenze gemelle, ma al contempo approfondendolo secondo alcune direttive in parte inedite.

2. Nella sentenza n. 80 veniva in discussione la legittimità costituzionale dell'art. 4 della legge 27.12.1956, n. 1423 e dell'art. 2-ter della legge 31.5.1965, n. 575, nella parte in cui non consentono che, a richiesta di parte, il procedimento in materia di misure di prevenzione si svolga in udienza pubblica. La Corte di cassazione, giudice rimettente, lamentava in particolare la violazione dell'art. 117, co. 1, Cost. derivante dalla mancata estensione del principio di pubblicità nei procedimenti per misure di prevenzione alle udienze che si celebrano davanti ad essa, secondo un principio costantemente affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo ma recepito dalla Corte

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

costituzionale con la sentenza n. 93 del 2010 solamente in relazione ai procedimenti di primo e secondo grado.

Più che entrare nel merito della decisione, vale la pena sottolineare il lungo *iter* che segue la Corte per replicare agli argomenti della parte privata che, fondandosi sulla giurisprudenza amministrativa dianzi citata, sosteneva in via pregiudiziale la possibilità per il giudice procedente di disapplicare le norme impugnate, sulla base dell'efficacia diretta e prevalente da attribuirsi alla CEDU a seguito dell'approvazione dell'art. 6 del TUE-Lisbona. In primo luogo, la Corte ribadisce le ragioni che l'avevano spinta, a partire dalla sent. n. 349 del 2007, ad escludere qualsiasi "copertura" comunitaria delle norme della CEDU: la sostanziale diversità normativa e istituzionale, rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 11 Cost., tra l'ordinamento comunitario e il sistema CEDU; la rilevanza dei diritti della CEDU in quanto "principi generali del diritto comunitario" limitata a quelle sole fattispecie in cui venga in discussione l'interpretazione o l'applicazione di fattispecie comunitarie; l'assenza di un quadro unitario quanto all'efficacia della CEDU negli ordinamenti nazionali, che restano in linea di principio competenti a modulare autonomamente i rapporti di integrazione normativa con essa.

Queste ragioni restano valide, ad avviso della Corte, pur dopo l'entrata in vigore dell'art. 6 del TUE-Lisbona e della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che all'art. 52, co. 3, stabilisce che i diritti in essa contenuti debbano avere lo stesso significato di quelli corrispondenti contenuti nella CEDU.

Dall'art. 6 cit., infatti, non può farsi derivare alcuna conseguenza quanto alla pretesa comunitarizzazione della CEDU, considerato che l'adesione ad essa da parte dell'UE, pur prevista da detto articolo, non è ancora avvenuta. Stesso esito per il par. 3 del medesimo articolo, che ribadisce per i diritti della CEDU la veste di "principi generali del diritto comunitario" ma limitandone la portata ai soli casi in cui ad essere applicabile è una fattispecie rilevante per il diritto comunitario, e non anche per il (solo) diritto nazionale. Forse a questa ovvia constatazione si sarebbe potuto aggiungere che, in linea di continuità con quanto affermato in moltissime occasioni dalla Corte di giustizia, in attesa dell'adesione il richiamo alla CEDU nelle sentenze di quest'ultima non equivale, né d'altronde potrebbe equivalere, ad un'applicazione *stricto sensu* della stessa nel diritto comunitario, ma solo ad un orientamento interpretativo, ad un'ispirazione ad essa, certamente non in grado di determinare una sua incorporazione nel diritto dell'Unione. Ed infatti, prospettando una lettura articolata e consapevole dell'art. 6 TUE, la Corte costituzionale precisa che, nell'ordinamento comunitario, la tutela dei diritti fondamentali è destinata a ruotare intorno a tre distinte fonti: la Carta dei diritti, la CEDU (ma solo a seguito dell'adesione), nonché le tradizioni

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

costituzionali comuni e la stessa CEDU ma non, quest'ultima, come tale bensì in quanto espressiva, al pari delle tradizioni costituzionali, di quei "principi generali" che si possono trarre da essa indipendentemente dall'avvenuta adesione, come del resto avvenuto nella trentennale giurisprudenza della Corte comunitaria.

In ogni caso, così argomentando, la Corte costituzionale ha evidentemente rilevato l'insostenibilità di qualsiasi ipotesi di applicazione diretta e prevalente della Convenzione, con conseguente disapplicazione del diritto interno, almeno nei termini previsti dalle sentenze precedentemente citate del Consiglio di Stato e del TAR Lazio (anche se, a dire il vero, non tutta la giurisprudenza amministrativa ha concordato con questo orientamento: si v. TAR Lombardia, sent. 15.9.2010, n. 5988).

Il giudice delle leggi, inoltre, chiarisce in modo assai condivisibile che il permanere del richiamo alla CEDU e alle tradizioni costituzionali comuni nel testo dell'art. 6 del TUE, pur a seguito dell'entrata in vigore della Carta di Nizza, ha un significato ben diverso da quello suggerito dalla parte privata e, ancora prima, prefigurato nella giurisprudenza amministrativa "dissenziante". Il richiamo ai principi generali come fonti di etero-integrazione dell'ordinamento dell'Unione, infatti, si giustifica "... anche al fine di garantire un certo grado di elasticità al sistema. Si tratta, cioè, di evitare che la Carta "cristallizzi" i diritti fondamentali, impedendo alla Corte di giustizia di individuarne di nuovi, in rapporto all'evoluzione delle fonti indirettamente richiamate" (punto 5.2. *Cons. in dir.*). Di conseguenza, anche la clausola di equivalenza tra i diritti della Carta e quelli corrispondenti della CEDU, contenuta nell'art. 52, co. 3, della Carta, va intesa nel senso che, al di là di un'interpretazione della Carta "conforme" alla CEDU, i diritti di quest'ultima non acquistano in forza di detta clausola alcuna efficacia peculiare, ripetendo dal diritto comunitario il proprio significato e vedendo comunque la propria sfera d'efficacia all'applicazione e all'interpretazione di fattispecie comunitarie.

3. Su un fronte diverso, ma altrettanto rilevante e attuale, è invece intervenuta la sentenza n. 113 del 2011. In discussione, questa volta, è la *vexata questio* concernente la legittimità costituzionale dell'art. 630 c. p. p. che, nel disciplinare le ipotesi di revisione del processo, non annovera il caso di un processo che, una volta concluso, sia stato giudicato non equo dalla Corte di Strasburgo per violazione dell'art. 6 CEDU. Il Giudice delle leggi, pronunciandosi *in subiecta materia* già con la sent. n. 129 del 2008 rilevando l'infondatezza della questione sollevata in relazione agli artt. 3, 10 e 27 Cost., torna oggi sulla questione riguardante la medesima vicenda giudiziaria, in cui l'imputato era stato condannato sulla base di dichiarazioni rese da coimputati non esaminati in contraddittorio perché questi, in dibattimento, si erano avvalsi della facoltà di non rispondere. Il giudice rimettente,

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

questa volta, ravvisa nella preclusione alla riapertura del processo la violazione dei parametri costituzionali di cui all'art. 117, co. 1, Cost. e all'art. 46 CEDU, il quale prevede che gli Stati contraenti si impegnino "a conformarsi alle sentenze definitive della Corte [di Strasburgo] nelle controversie in cui sono parti".

La *quaestio legitimitatis*, posta in questi termini, appare quindi rivolta non tanto a far valere la violazione di un diritto sostanziale contenuto nella CEDU (nel caso di specie l'art. 6, par. 3, lett. d), quanto piuttosto a rendere effettivo il giudizio di condanna pronunciato dalla Corte europea. Nell'impossibilità di ottenere in altro modo la piena *restitutio in integrum*, perché il diritto interno non prefigura alcun rimedio per la situazione in cui versa l'istante del processo *a quo*, e ritenendo evidentemente insoddisfacente la sola riparazione pecuniaria, il giudice rimettente chiede infatti alla Corte costituzionale di farsi garante dell'effettiva attuazione delle pronunce degli organi di controllo di Strasburgo, dichiarando l'incostituzionalità della norma impugnata quale conseguenza diretta della sistematica violazione della CEDU ravvisata, in argomento, dalla Corte di Strasburgo.

In questo modo, tuttavia, l'esame della Corte costituzionale si sposta dalla verifica dell'assenza di tutela in un singolo caso (con cui si era cimentata sinora) alla questione, ben più complessa e gravida di implicazioni, dei rimedi da approntare nel caso in cui il diritto nazionale non riesca a garantire il pieno ed effettivo ristoro del diritto convenzionale leso. Ed infatti, andando al caso di specie, la Corte rileva in primo luogo l'impossibilità di offrire un'interpretazione conforme dell'art. 630 c. p. p. in grado di armonizzare l'istituto della revisione del processo, con la fisionomia che esso assume nell'impianto del codice di procedura, con la *ratio* di tutela sottesa alla garanzia convenzionale. La prospettiva accolta dagli organi di controllo di Strasburgo, incentrata sulla rimozione di un vizio interno al processo (appunto la sua iniquità) e sanabile esclusivamente attraverso la *restitutio in integrum* della piena riapertura dello stesso, appare infatti del tutto inconciliabile con l'istituto della revisione, sia perché quest'ultima mira a porre rimedio ad un difettoso apprezzamento da parte del giudice di elementi fattuali "esterni" al giudizio (mentre la iniquità ex art. 6 CEDU rimane interna allo svolgimento dello stesso), sia perché essa appare preordinata al proscioglimento della persona condannata (mentre secondo la Corte europea alla riapertura del processo non deve accompagnarsi un giudizio prognostico sull'assoluzione dell'imputato).

A questo punto, ravvisato un contrasto "sistemico" tra il diritto nazionale e il diritto CEDU, la Corte costituzionale vede nell'obbligo di adeguamento degli stati membri alle sentenze della Corte di Strasburgo di cui all'art. 46 CEDU lo strumento idoneo ad assicurare la prevalenza del diritto CEDU su tutti quegli impedimenti legislativi che, come nel caso di specie, non consentono al



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

dictum della Corte europea di dispiegare pienamente la propria efficacia. Già nella citata sent. n. 129 del 2008, la Corte costituzionale aveva invitato il legislatore a modificare l'art. 630 cit. adeguandolo ai principi formulati dal giudice europeo e, nell'attesa di queste modifiche, era spettato ai giudici intervenire con strumenti solo parzialmente soddisfattivi, rivolti ad evitare almeno che i soggetti che si trovavano nelle condizioni del ricorrente subissero tutti gli effetti di una sentenza di condanna. Consapevole della frammentarietà di queste risposte, come della perdurante inerzia del legislatore, la Corte costituzionale dichiara quindi l'illegittimità dell'art. 630 cit. valorizzando l'obbligo di adeguamento gravante sugli stati ai sensi della CEDU.

In questo modo, essa finisce per aprire un canale privilegiato per l'immissione nell'ordinamento di quelle tutele apprestate dalla Corte europea che non si limitano ad essere in contrasto con una singola norma di legge, ma incontrano, per così dire, un grado di resistenza peculiare nell'ordinamento: magari perché, come nel caso di specie, non contrastano solo con una precisa norma di legge ma si rivelano incompatibili con la *ratio* di un'intera disciplina o di un istituto, o magari perché richiedono (si potrebbe immaginare) una qualche disciplina di attuazione allo stato inesistente, o ancora perché chiamano in causa prassi amministrative solo in parte modificabili per il tramite di leggi ordinarie.

Dalla lettura della sentenza, in definitiva, si ha l'impressione che la Corte costituzionale abbia inteso consolidare quel percorso di integrazione non solo formale tra ordinamenti, ma legato piuttosto agli itinerari sostanziali di definizione e articolazione dei singoli strumenti di tutela, con una particolare attenzione a che i principi contenuti nelle decisioni della Corte di Strasburgo non vengano ostacolati dalla peculiarità o dalla diversità dei corrispondenti istituti del diritto nazionale. In questo modo, l'efficacia della CEDU guadagna indubbiamente un rilievo maggiore di quello che, in un'ottica di soli rapporti normativi tra ordinamenti, ancora gli assegnavano le sentenze nn. 348 e 349 cit. Appare infatti chiaro che, ove dovesse generalizzarsi il ricorso all'art. 46 CEDU, ci si potrebbe trovare, per tutti i casi simili a quello ora in discussione, di fronte ad una sorta di "trasformatore" automatico del diritto CEDU in diritto interno garantito dalla stessa Costituzione, a fronte del quale porre limiti desunti dal testo costituzionale rischia di rivelarsi sempre più un'ipotesi estrema, se non addirittura di scuola.

Proprio questa conseguenza deve tuttavia far riflettere sugli esiti possibili di una simile impostazione dei rapporti tra ordinamenti. Il ricorso sistematico al "trasformatore" dell'art. 46 CEDU, infatti, ha quale contropartita il rischio di un assottigliamento di quelle tecniche (penso in primo luogo al vasto arsenale delle sentenze a vario titolo manipolative, *in primis* le sentenze additive) di cui tradizionalmente la Corte costituzionale si è servita per modulare il rapporto tra

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

precettività del testo costituzionale e dinamiche interpretative interne all'ordinamento. In altre parole, se l'obiettivo primario viene considerato dalla Corte l'adeguamento del diritto interno ad un'esigenza di tutela proveniente dalle istanze di controllo di Strasburgo, e questo obiettivo, siccome fissato "dall'esterno" dell'ordinamento, viene perseguito indipendentemente dalle preoccupazioni di ordine sistematico, ed anzi proprio per porre rimedio ad un vuoto interno al sistema nazionale, appare necessario riflettere sui criteri e sui limiti che, in un simile scenario, si prestano a guidare l'azione interpretativa del Giudice delle leggi.

Proprio la sentenza n. 113 cit. si presta ad illustrare il problema. L'intervento additivo disposto dalla Corte, infatti, viene consapevolmente operato in assenza di qualsiasi necessità interna alle norme *sub iudice*, perché l'art. 630 c. p. p. viene ritenuto una *sedes materiae* solamente opportuna ma non certo necessaria per l'introduzione del principio elaborato dalla giurisprudenza europea, vista l'estraneità dell'intervento additivo alla *ratio* dell'istituto così come disciplinato dal codice di procedura. Come chiaramente si legge nella sentenza, "la revisione ... costituisce l'istituto, fra quelli attualmente esistenti nel sistema processuale penale, che presenta profili di maggiore assonanza con quello la cui introduzione appare necessaria al fine di garantire la conformità dell'ordinamento nazionale al parametro evocato" (punto 8. *Cons. in dir.*). La constatazione della diversità degli istituti, quindi, solo mitigata dal requisito della semplice "assonanza", rivela come in questo ragionamento finisca per scomparire qualsiasi richiamo a quel criterio delle "rime obbligate" che ha tradizionalmente costituito l'antidoto ad un intervento additivo della Corte sganciato dal rispetto delle esigenze di coerenza e di continuità ermeneutica tra Costituzione e istituti legislativi.

Ciò non equivale a ritenere, tuttavia, che la sentenza in discussione approdi ad un risultato arbitrario. Essa infatti pare avere consapevolmente (e condivisibilmente) rimediato all'evidente assenza delle rime obbligate trasferendo, per così dire, i termini dell'intervento additivo dal piano legislativo a quello convenzionale. Nel disegno di questa sentenza, l'imperativo di continuità e di coerenza non si svolge più solamente sul terreno delle dinamiche interne dell'ordinamento, perché queste possono talvolta rivelarsi incapaci di porre rimedio ad un vuoto di tutela. In casi del genere, quell'imperativo di coerenza e continuità non può restare interno all'ordinamento, per rivolgersi piuttosto all'esterno di esso, assorbendo le esigenze di tutela provenienti dal sistema CEDU. In definitiva, l'impressione che si trae da questa sentenza è che gli itinerari delle "rime obbligate", ma più in generale i percorsi evolutivi dell'ordinamento, non si limiteranno per il futuro al solo circolo tra legge e Costituzione, come avvenuto sino ad oggi, ma si arricchiranno sempre di più dei contributi che verranno dal piano sovranazionale europeo, in particolare quello coincidente con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Un esito, questo, da salutare probabilmente con favore,



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

ma che richiede anche il ripensamento delle tecniche e degli strumenti interpretativi hanno sinora segnato i limiti dell'azione interpretativa della Corte costituzionale.

Precedenti interni:

Corte cost., sentt. nn. 348 e 349 del 2007, 129 del 2008 e 317 del 2009; Cons. Stato, sent. n. 1220 del 2010; TAR Lazio, sent. n. 11984 del 2010; TAR Lombardia, sent. n. 5998 del 2010; Corte cass., sent. n. 2800 del 2007

Riferimenti bibliografici:

A. Ruggeri, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo*, in www.forumcostituzionale.it; O. Pollicino, *La Corte costituzionale, su un rinvio della Corte di cassazione, richiama all'ordine il Giudice amministrativo in merito all'asserita diretta applicabilità della CEDU*, in www.diritticomparati.it; F. Fiandanese, *Il seguito interno delle pronunce della Corte EDU: la giurisprudenza della Corte costituzionale e dei giudici comuni. Analisi dei casi*, in www.rivistaaic.it.

(29.4.2011)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Sezione: **Diritti, Costituzione e CEDU – Rapporti tra ordinamenti**

Titolo: *Il nodo delle irretroattività tra Corte costituzionale e Cort e europea dei diritti dell'uomo*

Autore: **GIORGIO REPETTO**

Sentenze di riferimento: Corte eur. d. u., dec. del 7.6.2011, *Agrati e altri c. Italia*, n. ric. 43549/08; Corte cost., sentt. nn. 311 del 2009, 257 e 303 del 2011

Parametro convenzionale: Art. 6 CEDU

Parole chiave: Diritto ad un processo equo; retroattività delle norme penali favorevoli; leggi di interpretazione autentica.

1. Nel corso del 2011 la giurisprudenza costituzionale è intervenuta ripetutamente sul delicato terreno dei rapporti tra ordinamento interno e Convenzione europea dei diritti dell'uomo, dando luogo anche ad un significativo e progressivo assestamento dei propri precedenti. Se questo, da un punto di vista quantitativo, può ritenersi dovuto alla maggiore consapevolezza, da parte dei giudici *a quibus*, delle risorse offerte dalla CEDU al fine di contrastare disposizioni legislative asseritamente lesive di diritti fondamentali, appare senz'altro rilevante il contributo offerto dalla Corte costituzionale alla chiarificazione di un modello di integrazione normativa che ha finito progressivamente per assorbire quasi l'intero contenzioso costituzionale in materia di diritti fondamentali. La diffusione di esso, tuttavia, non toglie che nella giurisprudenza costituzionale successiva alla svolta del 2007 molti siano i problemi rimasti aperti, come dimostra appunto la costante e consapevole opera di manutenzione di cui la Corte ha dato prova, all'incirca, ad "anni alterni". È nel 2009, infatti, che la Corte, con le sentt. nn. 311 e 317, sente in primo luogo il bisogno di articolare in modo più diffuso il modello di integrazione normativa affidato nel 2007 prevalentemente al meccanismo delle c.d. "norme interposte", statuendo tra l'altro 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", alludendo così ad una parificazione almeno sostanziale tra garanzie costituzionali e CEDU. Ancora due anni dopo, nel 2011, la Corte è tornata a discutere l'impostazione del modello del 2007, prima per rafforzarlo rispetto ai tentativi di un'applicazione diretta invocata, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, dai giudici amministrativi (sent. n. 80), in seguito fondando su una specifica decisione



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

della Corte di Strasburgo, e sul connesso onere di adeguamento discendente dall'art. 46 CEDU, una dichiarazione di incostituzionalità della norma del c.p.p. riguardante le condizioni per la revisione del processo penale sino ad allora passata più volte indenne al suo scrutinio (sent. n. 113: su entrambe v. G. Repetto, *Tra continuità e nuovi scenari: l'efficacia della CEDU alla luce delle sentt. nn. 80 e 113/2011 della Corte costituzionale*, in diritti-cedu.unipg.it).

Nella seconda metà del 2011, si può dire che il contenzioso costituzionale avente quale base la CEDU sia notevolmente aumentato rispetto al periodo precedente, ed è significativo che, nelle pronunce intervenute, affiori un filone di sentenze con cui la Corte costituzionale è, in vario modo, chiamata a pronunciarsi su tematiche tutte attinenti alla retroattività, sia essa riferita alle norme penali di favore, sia essa riferita al tema altrettanto complesso delle leggi di interpretazione autentica. Il rilievo di queste pronunce è dato dal fatto che, come si vedrà, con esse la Corte costituzionale non solo provvede a mettere ulteriormente a punto i presupposti del modello forgiato nel 2007 e calibrato negli anni successivi, ma è forse per la prima volta impegnata in un confronto serrato con la Corte europea dei diritti dell'uomo, rispetto alla quale emergono, sul terreno concreto delle singole tutele apprestate dall'una e dall'altra, differenze talvolta profonde, lungo le quali si verrà misurando – forse in modo più diretto ed incisivo di quanto avvenuto sinora – la tenuta e il futuro dell'integrazione normativa avviata negli ultimi anni.

2. Nel primo caso, deciso con la sent. n. 236 del 2011 e attinente alla retroattività delle norme penali favorevoli, la Corte costituzionale è chiamata a giudicare della legittimità costituzionale dell'art. 10, comma 3, della legge 5 dicembre 2005, n. 251, nella parte in cui esclude l'applicazione dei nuovi termini di prescrizione, se più brevi, ai processi già pendenti in grado di appello o davanti alla Corte di cassazione. Sul punto, malgrado una propria giurisprudenza consolidata nel senso di escludere il fondamento costituzionale della retroattività obbligatoria delle norme penali *mitiores* salvo il limite della ragionevolezza (tra cui le sentt. nn. 393 del 2006 e 72 del 2008), la Corte è tenuta a fare i conti con l'importante precedente della Grande Camera della Corte di Strasburgo costituito dalla decisione del 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia* (su cui v. la dettagliata analisi di D. Falcinelli, *L' "evoluzione" del principio di retroattività della legge penale più favorevole: un nuovo diritto fondamentale*, in diritti-cedu.unipg.it). In questa pronuncia, come noto, il giudice europeo innova sensibilmente alla propria precedente giurisprudenza, stabilendo che l'art. 7 della CEDU (*Nulla poena sine lege*) non si limita a contemplare il divieto di norme penali retroattive, ma include anche un obbligo a carico degli Stati contraenti a far retroagire le norme penali favorevoli al reo: un onere che, nel caso di specie, veniva fatto gravare sul legislatore italiano, che non si era dato cura di applicare anche ai casi già decisi e passati in giudicato gli sconti di pena disposti dalla legge 16 dicembre 1999, n. 479 nei casi in cui l'imputato scelga di accedere al giudizio abbreviato.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Chiamata, sulla scorta di questa pronuncia, a pronunciarsi sulla costituzionalità della norma suindicata, la Corte costituzionale ripercorre innanzi tutto l'itinerario giurisprudenziale successivo al 2007, riprendendo i punti fermi attinenti alla collocazione della CEDU nel sistema delle fonti quale "norma interposta" e al conseguente divieto per i giudici ordinari di disapplicare la normativa interna, ma valorizzando anche le affermazioni fatte più di recente in merito al peso da attribuire al precedente CEDU. Se da un lato, infatti, la Corte ci tiene a ribadire che ad essa non è consentito di sindacare l'interpretazione della Convenzione fornita dalla Corte di Strasburgo, poiché "le norme della CEDU ... devono essere applicate nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo", dall'altro lato essa precisa che non può escludersi un qualche adeguamento del *dictum* europeo alle peculiarità dell'ordinamento interno, e che la giurisprudenza europea va comunque rispettata nella sua sostanza, fatto salvo un certo margine d'apprezzamento in capo alla Corte stessa (cfr. punto 9. del *Cons. in dir.*, anche con riferimento alle sentt. nn. 311 e 317 del 2009).

A partire proprio da queste considerazioni, la sentenza prende in esame la questione di costituzionalità della norma impugnata mirando, con un argomentare assai attento e raffinato, ad una lettura "integrata" delle pertinenti garanzie costituzionali e convenzionali. Il principio della retroattività *in mitius*, infatti, pur assurgendo a rango costituzionale, incontra rispetto al divieto consacrato nell'art. 25 Cost. un ordine più articolato di limiti ad una sua efficacia piena e incondizionata, fondati sulla sua derivazione dall'art. 3 Cost.: "limitazioni e deroghe legittime sul piano costituzionale, ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli e, in particolare, dalla necessità di preservare interessi, ad esso contrapposti, di analogo rilievo" (punto 10. del *Cons. in dir.*, *in fine*). Preso atto del mutato orientamento del giudice europeo a seguito della decisione resa nel caso *Scoppola*, infatti, la Corte costituzionale si chiede preliminarmente se l'assorbimento del principio in questione nell'ambito di applicabilità dell'art. 7 CEDU lo faccia diventare comunque assoluto e inderogabile come il principio di non retroattività delle norme penali di sfavore o se piuttosto la sua strutturale diversità rispetto al principio-base non consenta una limitazione della sua efficacia in presenza di adeguate ragioni giustificative. E che sia così, il giudice delle leggi lo desume non solo dall'irriducibile legame che la sentenza *Scoppola* (ma in verità ogni sentenza della Corte europea) ha con le circostanze concrete della controversia ad essa sottoposta, che rendono difficile attribuire ad essa un'efficacia generale, ma anche da una lettura anche ... troppo attenta di alcuni suoi passaggi argomentativi. È soprattutto dall'inciso della sentenza europea in cui viene detto che "infliggere una pena più severa solo perché essa era prevista al momento della commissione del reato si tradurrebbe in una applicazione a svantaggio dell'imputato delle norme che regolano la successione delle leggi penali nel tempo", infatti, che la Corte costituzionale trae la principale conferma (indiretta) che sia la stessa giurisprudenza europea ad ammettere, in verità, la possibilità di contemperare altre esigenze *lato sensu* "costituzionali" col principio di retroattività *in mitius*, perché altrimenti non si giustificerebbe il riferimento della



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

dichiarazione di non conformità a Convenzione al *solo fatto* – in assenza, quindi, di ulteriori ragioni giustificative – della successiva mitigazione degli effetti sanzionatori rispetto al momento in cui si è compiuto il fatto criminoso.

Anche perché, ove così non fosse e quindi in *Scoppola* si dovesse rintracciare un'innovazione sostanziale rispetto al passato, tale da far assurgere l'obbligo di retroattività *in mitius* a principio assoluto o quasi, la Corte costituzionale avverte (a buon intenditor ...) che la norma CEDU, nel momento in cui integra il parametro costituzionale, da essa ripete il suo rango nel sistema delle fonti “con tutto ciò che ne segue in termini di interpretazione e bilanciamento, che sono le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza” (punto 13. del *Cons. in dir.*, richiamando e chiarendo la portata della sent. n. 317 del 2009): come a dire che i giudici della Consulta non si precludono, nel caso la Corte europea dovesse insistere sulla sua strada, di delimitarne gli effetti ma questa volta alla luce del quadro costituzionale, senza cercare più un raccordo e una continuità (per quanto tenui) con la giurisprudenza della stessa Corte di Strasburgo.

Non meno rilevante è, poi, l'esame del secondo motivo che, ad avviso della Corte costituzionale, osta a recepire integralmente il contenuto di *Scoppola* nell'ordinamento interno, ovvero sia il fatto che il modello di retroattività *in mitius* forgiato dalla Corte europea riguarda le sole disposizioni che definiscono i reati e le pene che li reprimono e non anche, invece, quelle norme – come quella in esame nella controversia in esame, attinente alla riduzione dei termini prescrizionali – che non riguardano direttamente la valutazione sociale del fatto, vuoi perché non lo rendono a partire da un certo momento penalmente lecito, vuoi perché comunque non lo qualificano come di minore gravità. Anche in questo caso, sebbene in modo meno evidente rispetto allo statuto complessivo della retroattività *in mitius*, la Corte costituzionale si mostra intenzionata a “sagomare” molto abilmente la portata del precedente di Strasburgo sulla taglia dei principi costituzionali coinvolti, e quindi a favorire una immissione assai misurata dei *dicta* della Corte europea nel diritto interno.

Rispetto a questo quadro, caratterizzato in questo senso, ci si può brevemente interrogare, innanzi tutto, sulla ragione che ha spinto la Corte ad anteporre all'argomento della non applicabilità *ratione materiae* dell'art. 7 CEDU (e di conseguenza l'intero edificio argomentativo contenuto in *Scoppola*) il complesso ragionamento riguardante le finalità costituzionali capaci di limitare l'efficacia e l'ambito di applicazione del principio di retroattività *in mitius*. Sembra ovvio, almeno a chi scrive, che il primo argomento sia dotato di una maggiore solidità argomentativa rispetto al secondo, sia perché si rivela maggiormente coerente con la giurisprudenza europea, sia perché ha una ben più evidente natura pregiudiziale rispetto all'altro. Al tempo stesso, non sembra azzardato ritenere che la scelta della Corte costituzionale di modulare in questo modo gli argomenti a supporto della propria decisione lasci intravedere l'avvertimento rivolto dai giudici della Consulta ai giudici europei: non è tanto importante mettere in luce la specifica inapplicabilità nel diritto interno del



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

principio elaborato a Strasburgo, quanto precisare che in generale il giudice nazionale di costituzionalità intende riservarsi la parola (quasi) definitiva sui bilanciamenti da cui scaturisce la portata concreta delle norme convenzionali.

Su una simile scelta, condivisibile o meno, si innesta tuttavia una difficoltà, di cui è la stessa Corte costituzionale ad essere, anche se indirettamente, responsabile. Come è noto, infatti, con la sent. n. 113 del 2011 (su cui si rinvia anche a Giorgio Repetto, *Corte costituzionale e CEDU al tempo dei conflitti sistemici*, in corso di pubbl. in *Giur. cost.* n. 2/2011) essa ha accordato una peculiare efficacia all'art. 46 CEDU, che obbliga le parti contraenti a dare esecuzione alle decisioni della Corte di Strasburgo, al punto da fondare solo su di esso – e non anche sulla corrispondente garanzia “sostanziale” – l'obbligo di adeguamento del diritto interno al diritto convenzionale per come assicurato dal giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale. Appare evidente come, per questa via, la stessa sentenza della Corte europea, più che non una norma della CEDU, assurga al rango di parametro interposto di costituzionalità, con tutta la difficoltà che ne potrà conseguire ove la Corte costituzionale intendesse in futuro discostarsi dai pronunciamenti europei al fine di perseguire un adeguamento al quadro interno, iscrivibile nel più generale margine d'apprezzamento statale di cui essa, accanto al legislatore e, in certa misura, ai giudici ordinari, è interprete e garante.

3. Il secondo filone di pronunce che vede Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo “ingaggiate” sul terreno dei confini della retroattività attiene al fenomeno delle leggi di interpretazione autentica ed ha inizio, per quello che qui ci interessa, con la sent. n. 311 del 2009 della Corte costituzionale. In quel caso, ad essere sottoposta al vaglio del Giudice delle leggi era una norma della legge finanziaria per il 2006 (nella fattispecie l'art. 1, comma 218, della legge 23 dicembre 2005, n. 266) che provvedeva ad interpretare l'art. 8, comma 2, della legge 3 maggio 1999, n. 124 in tema di inquadramento in carico allo Stato del personale scolastico ATA sino a quel momento alle dipendenze di comuni e province. Detta norma prevedeva, in sostanza, che dell'anzianità maturata presso l'ente locale di provenienza il personale ATA potesse beneficiare solamente nel rispetto del principio del maturato economico e non anche tenendo conto della complessiva anzianità conseguita. Il giudice rimettente, in quella circostanza, lamentava la violazione dell'art. 117 Cost. e 6 CEDU per avere la norma in questione inciso non solo su situazioni sorte prima della sua entrata in vigore, ma anche su una situazione che, già all'indomani del trasferimento in capo allo Stato del suddetto personale, era stata già presa in esame dalla giurisprudenza e risolta nel senso che il disposto normativo asseritamente bisognoso di interpretazione fosse in realtà chiaro nel prevedere il riconoscimento dell'integrale anzianità giuridico-economica, senza alcuna limitazione.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

La Corte costituzionale, inaugurando un orientamento interpretativo che ancora oggi come visto rimane saldo nei suoi presupposti di fondo, ribadisce che il rispetto dell'interpretazione della CEDU offerta dalla Corte di Strasburgo non è incompatibile con un apprezzamento di essa in modo da rispettarne la sostanza: in relazione alle leggi di interpretazione autentica, infatti, essa non ha precluso del tutto al legislatore la possibilità di emanare norme interpretative con efficacia retroattiva in materia civile, limitandosi al divieto di incidere su controversie in corso, salvo il caso in cui ricorressero "ragioni storiche epocali" (caso *Forrer-Niederthal c. Germania*, sent. del 20.2.2003) ovvero "motivi imperativi di interesse generale" (caso *Scanner de l'Ouest Lyonnais e altri c. Francia*, sent. del 21.6.2007). In altri casi, la Corte europea ha invece fatto salve norme di interpretazione autentica le quali, per porre rimedio ad una imperfezione tecnica della legge interpretata, intendevano ristabilire un'interpretazione più adeguata rispetto all'originaria volontà del legislatore (come nei casi *National & Provincial Building Society e altri c. Regno Unito*, sent. del 23.10.1997 e *Ogis-institut Stanislas e altri c. Francia*, sent. del 27.5.2004). L'esposizione delle eccezioni al principio che vuole preclusi al legislatore nazionale gli interventi normativi per finalità di interpretazione retroattiva viene quindi impiegata per misurarne la continuità rispetto alla propria giurisprudenza in argomento. Basandosi sui propri precedenti relativi alla norma *sub iudice*, nella sent. n. 311 cit. viene rammentato che la sua conformità a Costituzione riposava sull'"esigenza di armonizzare situazioni lavorative tra loro differenziate all'origine, conformemente al principio di parità di trattamento di situazioni analoghe nella disciplina dei rapporti di pubblico impiego" (punto 9. *Cons. in dir.*) e che quindi, in quest'ottica, essa era da ritenersi legittima anche ai sensi della CEDU, in quanto l'esigenza di riorganizzazione delle strutture amministrative e la connessa necessità di garantire una parità di trattamento tra i soggetti coinvolti nella riorganizzazione medesima ben si prestano a soddisfare quelle "ragioni imperative di interesse generale" richieste dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Senonché la rassicurante conclusione raggiunta dalla Corte costituzionale viene smentita apertamente dalla stessa Corte di Strasburgo nella sent. del 7.6.2011, *Agrati c. Italia*, avente ad oggetto la stessa identica fattispecie presa in esame dalla Corte costituzionale. Con una sentenza abbastanza diretta e insolitamente scarna, i giudici di Strasburgo ribaltano pressoché completamente il punto di vista della Corte costituzionale, notando in primo luogo che l'asserita esigenza di porre rimedio ad un *vulnus* normativo appare incompatibile con il ritardo (più di cinque anni!) impiegato dal legislatore nell'intervenire sulla materia, peraltro assestata in termini pacifici e non controversi nella giurisprudenza ordinaria di legittimità (§§ 62 e ss.). Parallelamente a questo, la Corte europea osserva che, malgrado il margine riservato alle autorità statali, ed in particolare al legislatore, per valutare la sussistenza di ragioni di "utilità pubblica" ai sensi dell'art. 1, Prot. I, CEDU, questo deve pur sempre essere esercitato in modo non irragionevole, come avverrebbe nel caso in cui a giustificare una legge di interpretazione autentica fosse solamente un interesse di natura meramente



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

finanziaria (§§ 79 e ss.): sebbene la Corte europea non giunga al punto di qualificare in questo senso l'art. 1, comma 218, della legge n. 266 del 2005, essa riconosce che vi sono molti dubbi in ordine alla riconducibilità dello stesso ad una causa di utilità pubblica, con la conseguenza che il sacrificio subito dalle parti ricorrenti non può ritenersi in alcun modo giustificato ai sensi della Convenzione.

La sentenza *Agrati* (peraltro oggetto al momento di una domanda di rimessione alla Grande Camera e quindi non ancora definitiva ai sensi dell'art. 44 § 2 CEDU) non costituisce probabilmente una pronuncia che facilita i rapporti con la Corte costituzionale, non soltanto per l'ovvia ragione che essa (come spesse volte accaduto) provvede a smentire espressamente un suo diretto precedente. Il punto, piuttosto, sta, come osservato in dottrina, nella elusività dell'argomento con cui i giudici europei "ritagliano" il margine d'apprezzamento a disposizione delle autorità nazionali fino a farlo scomparire nella sostanza, mentre in un caso come questo – assistito da una consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale – più comprensibile si sarebbe rivelata una maggiore presa in carico delle ragioni addotte dai giudici nazionali: magari anche per giungere a smentirle, ma pur sempre in conseguenza di un ragionamento capace di confutarle sul punto, richiamando un proprio corredo giurisprudenziale che invece la Corte europea dà per presupposto, così non favorendo l'accettazione della sua giurisprudenza a livello nazionale.

Ed infatti, gli esiti della giurisprudenza costituzionale successiva al caso *Agrati* non sembrano, per usare un eufemismo, darsi premura di adeguare i principi in tema di interpretazione autentica al recente *dictum* di Strasburgo, come a voler quanto meno aspettare la decisione finale della Grande Camera cui è stata rimessa la questione. Così avviene, ad esempio, nella sent. n. 257 del 2011, in cui viene in discussione la legittimità costituzionale, anche rispetto all'art. 117 Cost., dell'art. 2, comma 5, della legge 23 dicembre 2009, n. 191, che provvede a interpretare autenticamente una precedente normativa in tema di accredito contributivo per gli operai agricoli in senso sfavorevole agli interessi delle parti attrici nel giudizio principale. Anche in questo caso, come nel precedente, la Corte costituzionale cerca di ricostruire i principi fissati dalla giurisprudenza europea al fine di offrire una lettura estensiva delle eccezioni al divieto di leggi retroattive, il che la porta a ritenere, tenendo ovviamente conto delle specificità di questa questione, che l'esigenza di assicurare la certezza del diritto, minata da un'incertezza oggettiva nelle variabili interpretative e non ancora tradottasi in indirizzi giurisprudenziali costanti e acquisiti, costituisce un obiettivo di indubbio interesse generale anche ai fini della CEDU. Non dissimilmente, nella sent. n. 303 del 2011, la questione di legittimità di alcune norme contenute nel c.d. "collegato lavoro" (art. 32, commi 5, 6 e 7 della legge 4 novembre 2010, n. 183) che, tra l'altro, prevedono l'applicazione a tutti i giudizi pendenti delle novità legislative in tema di forfetizzazione del danno derivante da conversione del rapporto di lavoro a tempo determinato. In questo caso, preso ora in esame limitatamente ai profili di violazione indiretta della CEDU, la Corte ravvisa la sostanziale estraneità della fattispecie ai principi CEDU in ragione della natura orizzontale, interprivata, dei rapporti cui si applica la norma



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

in questione, rispetto ai quali sono estranei i rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Pur non trattandosi, in questo caso, di un'ipotesi di interpretazione autentica, ma solamente di norme ad efficacia puramente retroattiva, la sent. n. 303 cit. vede innanzi tutto nell'assenza di un beneficio per lo Stato quale conseguenza della retroattività delle misure il criterio idoneo ad escludere la violazione delle norme CEDU, e stabilisce inoltre che, indipendentemente da ciò, sussistono comunque i requisiti in grado di giustificare un intervento del legislatore con efficacia retroattiva: "le ragioni di utilità generale possono essere nella specie ricondotte all'avvertita esigenza di una tutela economica dei lavoratori a tempo determinato più adeguata al bisogno di certezza dei rapporti giuridici tra tutte le parti coinvolte nei processi produttivi, anche al fine di superare le inevitabili divergenze applicative cui aveva dato luogo il sistema previgente" (punto 4.2. del Cons. in dir.). A complicare ulteriormente il quadro, va segnalata la recente sentenza adottata dalla Grande Camera della Corte di Giustizia dell'Unione Europea nel caso *Scattolon c. MIUR* (C-108/10) con cui il giudice di Lussemburgo ha ritenuto che i diritti al mantenimento dell'anzianità invocati dal personale scolastico ATA sono tutelati anche dal diritto dell'Unione, ed in particolare dalla direttiva 77/187/CEE che appresta misure in tema di mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese.

Anche in questa circostanza, come nelle precedenti, il criterio che pare guidare i ragionamenti del Giudice delle leggi è quello di un *distinguishing* "interordinamentale" rispetto alle decisioni europee: la Corte cerca di trasferire alcuni punti fermi della giurisprudenza di Strasburgo nell'ordinamento interno al fine di adeguarli – in maniera talvolta eccessivamente "sagomata" – ai propri precedenti, così da dimostrarne la continuità sostanziale a dispetto di un'apparente diversità nei presupposti. Così, non può far riflettere la esiguità delle ipotesi al ricorrere delle quali la Corte europea ha ammesso il ricorrere di "motivi imperativi di interesse generale" (sommovimenti interni, successione tra Stati, ecc.) con il ventaglio di ipotesi in cui la Corte costituzionale ha riscontrato la sussistenza, a livello interno, della medesima finalità: il rispetto della volontà autentica del legislatore, l'esigenza di parità di trattamento, la certezza del diritto, ecc. Forse, il problema potrebbe rinvenirsi nella perdurante incertezza, che contraddistingue sia la nostra Corte che la Corte di Strasburgo, sulla consistenza e le modalità di impiego del margine d'apprezzamento, che su questo argomento vedono la prima impegnata a ricercare una continuità concettuale che però resta talvolta più dichiarata che dimostrata, e la seconda assestata su una linea di difesa della propria prospettiva di garanzia esterna: una linea che sicuramente ha garantito buona parte del successo della Corte fintanto che questa poteva contare di un basso livello di integrazione nei paesi membri, ma che forse merita di essere ripensata nel momento in cui essa è sempre più spesso chiamata ad elaborare indirizzi interpretativi bisognosi di un recepimento da parte dei giudici nazionali.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Profili di diritto interno

Art. 1, comma 218, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 (*legge finanziaria 2006*); Art. 2, comma 5, della legge 23 dicembre 2009, n. 191 (*Legge finanziaria 2010*); Art. 32, commi 5, 6 e 7, della legge 4 novembre 2010, n. 183 (*Deleghe al Governo in materia di lavori usuranti, di riorganizzazione di enti, di congedi, aspettative e permessi, di ammortizzatori sociali, di servizi per l'impiego, di incentivi all'occupazione, di apprendistato, di occupazione femminile, nonché misure contro il lavoro sommerso e disposizioni in tema di lavoro pubblico e di controversie di lavoro*)

Precedenti

Corte eur. d. u. sentt. *SCM Scanner de l'Ouest Lyonnais e altri c. Francia*, del 21 giugno 2007, ricorso n. 12106/03; *Raffineries Grecques Stran e Stratis Andreadis c. Grecia* del 9 dicembre 1994; *Zielinski e altri c. Francia*, del 28 ottobre 1999; *Forrer-Niederthal c. Germania*, sentenza del 20 febbraio 2003; *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building Society c. Regno Unito* del 23 ottobre 1997; *Ogis-institut Stanislas, Ogec St. Pie X e Blanche De Castille e altri c. Francia* del 27 maggio 2004.

Riferimenti bibliografici

M. Massa, *Il caso Agrati: Corte europea c. Corte costituzionale sui limiti alla retroattività*, in *Quad. cost.*, 2011, p. 706;

A. Ruggeri, *Il caso Agrati: ieri il giudicato penale, oggi le leggi retroattive d'interpretazione autentica, e domani?*, ivi, p. 709;

Id., *La Corte costituzionale "equilibrata", tra continuità e innovazione, sul filo dei rapporti con la Corte EDU*, in www.giurcost.org;

(5.12.2011)



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Sezione: Diritti, Costituzione e CEDU – Rapporti tra ordinamenti

Titolo: *La Corte di giustizia dell'UE dichiara invalida la direttiva sulla Data Retention: verso la costituzionalizzazione del diritto alla privacy?*

Autore: **GIORGIO REPETTO**

Sentenza di riferimento: Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, sentenza dell'8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 (*Digital Rights Ireland c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources e altri*) e C-294/12 (*Kärntner Landesregierung, Michael Seitlinger e altri*)

Parametro convenzionale: Artt. 8 e 10 CEDU; Articoli 7, 8 e 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

Parole chiave: Vita privata, privacy, terrorismo.

ABSTRACT

With the recent decision Digital Rights Ireland, the Court of Justice of the European Union quashed the Directive 2006/24/CE (so called "Data Retention directive") since it violated articles 7 and 8 of the Charter of fundamental rights of the EU. In the background of a more aggressive approach of the CJEU vis-à-vis EU acts, this decision reveals the increasing role of the right to privacy in the European legal context and, consequently, the narrow margin for exceptional measures restricting liberty of communication. Despite of the clear input coming from Luxemburg, the decision is deemed not to be self-executing: national authorities are called to dismantle legislation and administrative practices which have over time implemented the Data Retention.

1. Fino a non molti anni fa, uno dei tratti distintivi, e spesso criticati, della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE è stato la sua riluttanza ad applicare agli atti adottati dalle istituzioni comunitarie gli stessi standard di tutela dei diritti fondamentali che essa aveva costantemente imposto agli Stati membri nel momento in cui questi ultimi applicavano o davano esecuzione al



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

diritto di origine sovranazionale¹. A seguito dell'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e parallelamente al rafforzamento dell'atteggiamento collaborativo tra le due Corti europee, la Corte di Lussemburgo ha invece progressivamente mostrato di voler riequilibrare i piani, assoggettando anche gli atti delle istituzioni europee agli stessi standard richiesti agli Stati membri, fino ad arrivare, come nel caso di specie, a dichiarare invalido un atto dell'Unione in quanto lesivo di uno o più diritti garantiti dalla Carta o dalla Convenzione europea.

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di giustizia dell'UE ha infatti decretato l'invalidità della contestata direttiva 2006/24/CE, volta a introdurre regole derogatorie al regime ordinario di trattamento dei dati personali² per finalità di repressione della criminalità organizzata e del terrorismo, in quanto lesiva degli articoli 7 (*Rispetto della vita privata e della vita familiare*) e 8 (*Protezione dei dati di carattere personale*) della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

Le questioni pregiudiziali di validità, sollevate dalla *High Court* irlandese e dalla Corte costituzionale austriaca, si appuntavano sulla direttiva nel suo complesso ed in particolare sulle previsioni contenute nei suoi articoli 3, 4 e 6. In base ad essi, gli Stati venivano chiamati a garantire che i dati inerenti le comunicazioni elettroniche (telefonate cellulari, traffico internet e email) venissero conservati e che, in particolare, venisse tenuta traccia di tutte le informazioni in grado di identificare i soggetti coinvolti, di localizzare la loro posizione e di misurare la durata della comunicazione: a restare escluso era solamente il contenuto della stessa. I dati in questione, conservati dai fornitori dei rispettivi servizi per un periodo non inferiore a sei mesi e non superiore a due anni, dovevano essere resi disponibili alle autorità nazionali competenti per finalità di indagine, accertamento e perseguimento di reati gravi, quali definiti da ciascuno Stato membro nella propria legislazione nazionale.

La dichiarazione di invalidità non giunge sicuramente inattesa. Parallelamente alla sollevazione delle questioni pregiudiziali decise con questa sentenza, infatti, altre corti costituzionali hanno proceduto in modo autonomo a variamente censurare le normative interne che alla direttiva in questione hanno dato attuazione³, mentre in altri paesi sono stati proposti ricorsi che

¹ Sul punto v. J.H.H. Weiler e S. C. Fries, *A Human Rights Policy for the European Community and Union: the Question of Competences*, Harvard Jean Monnet Working Paper 4/99, www.jeanmonnetprogram.org

² Contenuto segnatamente nelle direttive 95/46/CE e 2002/58/CE.

³ È il caso della sentenza del 2 marzo 2010 resa dal Tribunale costituzionale federale tedesco (1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08), su cui v. A. Di Martino, *Il Bundesverfassungsgericht dichiara l'incostituzionalità della data retention e torna sul rapporto tra libertà e sicurezza*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 4071 ss., nonché delle analoghe decisioni della Corte costituzionale rumena n. 1258 dell'8 ottobre 2009 e della Corte costituzionale della Repubblica Ceca del 22 marzo 2011. Per una ricostruzione delle interazioni giurisdizionali sull'argomento v. M. Dicosola, *La data retention directive e il dialogo tra Corti costituzionali e Corte di Giustizia nel sistema multilivello europeo*, in www.diritticomparati.it (20.2.2014).



investivano la legittimità dell'obbligo di conservazione dei dati⁴. Se a questo elemento di resistenza da parte di un numero cospicuo di giudici nazionali, il più delle volte giudici di costituzionalità, si aggiungono le perplessità manifestate dalla stessa Commissione europea nell'aprile 2011 quanto al rispetto del diritto alla vita privata e alla protezione dei dati personali da parte delle normative nazionali che hanno disciplinato la materia⁵, si comprende facilmente come la strada della questione di validità della direttiva 2006/24/CE fosse in larga parte segnata.

Chiamata quindi a decidere della conformità della direttiva agli artt. 7, 8 e 11 della Carta dei diritti fondamentali, la Corte di giustizia ritiene in primo luogo che l'assenza di un obbligo di conservazione del *contenuto* della comunicazione o delle informazioni utilizzate non sia elemento di per sé idoneo a scongiurare l'intromissione nel godimento dei diritti in questione, tenuto conto che il restante obbligo di conservazione può comunque incidere "sull'utilizzo, da parte degli abbonati o degli utenti registrati, dei mezzi di comunicazione cui fa riferimento la suddetta direttiva e, di conseguenza, sull'esercizio, da parte di questi ultimi, della loro libertà di espressione, garantita dall'art. 11 della Carta" (par. 28). Una volta appurato che il regime derogatorio introdotto dalla direttiva in questione rispetto al regime generale di tutela del rispetto della vita privata di cui alle direttive 95/46 e 2002/58 comporta un'ingerenza nel godimento dei richiamati diritti contenuti nella Carta, la Corte passa a verificare se questa ingerenza, secondo quanto previsto dall'art. 52, par. 1, della Carta medesima, salvaguardi il contenuto essenziale dei diritti in questione, sia da ritenersi rispondente ad una finalità di interesse generale e, infine, rispettosa del principio di proporzionalità. Sui primi due aspetti, la sentenza precisa (parr. 39 e 41) che, da un lato, l'impossibilità di venire a conoscenza del contenuto della comunicazione rende salvo il contenuto essenziale dei diritti in discussione, e che, dall'altro lato, l'accesso ai suddetti dati per fini di indagine, accertamento e perseguimento di reati gravi, così come definiti da ciascuno Stato nella propria legislazione nazionale, rende di per sé legittimo l'obiettivo perseguito dalla direttiva, che resta quello di contrastare la criminalità e garantire, in questo modo, la sicurezza pubblica.

La gravità dell'intromissione e, con essa, la natura del diritto in questione obbligano la Corte ad effettuare uno scrutinio stretto di proporzionalità, in esito al quale vengono ravvisate nell'estensione generalizzata delle forme di controllo (parr. 56-59), nell'assenza di criteri

⁴ Come nel caso della Bulgaria, di Cipro e dell'Ungheria. Significativo appare anche il caso della Corte costituzionale slovena che, con ordinanza del 26 settembre 2013, ha deciso di sospendere il giudizio in attesa che la Corte di giustizia si pronunciasse nel caso oggi in discussione.

⁵ COM(2011)225, contenente "Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo. Valutazione dell'applicazione della direttiva sulla conservazione dei dati", in part. pp. 34 ss. Nonostante simili perplessità, la Commissione ha comunque ritenuto che le misure contenute nella direttiva fossero da ritenersi indispensabili nell'ambito delle indagini per l'accertamento e la prevenzione di gravi reati. L'esito dell'analisi della Commissione è stato revocato in dubbio dal Garante europeo della protezione dei dati che, con parere del 31 maggio 2011 "sulla relazione di valutazione relativa all'applicazione della direttiva sulla conservazione di dati", ha ritenuto che le informazioni quantitative e qualitative poste alla base del parere della Commissione fossero troppo lacunose "per permettere di giungere a conclusioni generali sulla necessità dello strumento" (pt. 44).



sull'accesso ai dati e di un efficace sindacato sull'uso dei medesimi (parr. 60-62) e nella durata eccessiva della loro conservazione (parr. 63-64) le ragioni principali della violazione dei diritti fondamentali sopra richiamati. In particolare, la direttiva omette di predisporre strumenti che garantiscano l'uniformità dei requisiti procedurali e sostanziali per l'autorizzazione all'accesso ai dati in questione, come anche adeguate garanzie che tale accesso sia strettamente vincolato al perseguimento, all'accertamento e alla prevenzione dei reati gravi, nonché criteri oggettivi ed uniformi in grado di guidare il legislatore nazionale nella modulazione della durata del periodo di conservazione dei dati.

2. Molti sono i motivi di interesse della pronuncia in commento. In primo luogo, si deve notare come con essa, parallelamente ad un percorso di riesplorazione delle garanzie dopo il periodo segnato dalla lotta al terrorismo internazionale che ha visto protagoniste soprattutto le due corti europee di Strasburgo e di Lussemburgo⁶, il giudice dell'Unione provveda a riequilibrare il rapporto tra l'art. 8 della Carta, che opera come limite all'esercizio delle competenze dell'Unione e degli Stati membri, e l'art. 16 TFUE, che ha istituito in questa materia una vera e propria competenza piena dell'Unione, che secondo alcuni potrebbe precludere non solo all'armonizzazione delle discipline nazionali (come in larga parte già avvenuto), bensì ad una vera e propria uniformazione del diritto⁷. In un'ottica simile, questa pronuncia pare scongiurare il rischio – che rappresenta una costante nell'evoluzione dei diritti riconosciuti dalle Comunità prima e dall'Unione poi, almeno fino al caso *Melloni*⁸ – che nell'esercizio delle competenze disciplinate nei Trattati, queste ultime vengano conformate alla luce dei diritti fondamentali (e oggi della garanzie contenute nella Carta), e non viceversa⁹. Con riferimento alla specifica materia della tutela dei dati personali, il dubbio appare legittimo se si considera che la Corte di giustizia ha seguito in questa materia un orientamento non sempre coerente, ma che ha visto crescere col tempo il ruolo e il valore del diritto in questione. Ancora nel 2003 e nel 2008, chiamata dai giudici nazionali a valutare la conformità al diritto comunitario di due normative nazionali che richiedevano il trattamento e la comunicazione obbligatoria di dati sensibili, la Corte ha ritenuto che spettasse al giudice del rinvio e non ad essa il compito di operare il necessario bilanciamento tra il diritto degli individui al rispetto dei dati personali e le finalità perseguite di volta in volta dallo Stato membro¹⁰. A fronte delle critiche di chi

⁶ Sulla cui azione complessiva v. ora M. Avbelj, F. Fontanelli, G. Martinico (eds.), *Kadi on Trial. A Multifaceted Analysis of the Kadi Trial*, London/New York, Routledge, 2014.

⁷ Così B. Cortese, *La protezione dei dati di carattere personale nel diritto dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Il dir. dell'UE*, 2013, p. 315, che richiama la proposta della Commissione di un regolamento del Parlamento e del Consiglio concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e la libera circolazione di tali dati (c.d. Regolamento generale sulla protezione dei dati), COM(2012)11.

⁸ Corte giust. 26 febbraio 2013, *Stefano Melloni c. Ministero Fiscal*, C-399/11.

⁹ Su cui v. M. Iacometti, *Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra Corte di giustizia e Tribunale costituzionale spagnolo*, in *Osservatorio AIC* (ottobre 2013).

¹⁰ Corte giust. 20 maggio 2003, *Rechnungshof c. Österreichischer Rundfunk (ORF)*, C-465/00 (relativa ad una legge austriaca che, per finalità di trasparenza, contemplava un regime di comunicazione necessaria al pubblico di dati



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

ha ritenuto non soddisfacente un simile approccio – perché espressivo di un atteggiamento minimalista, comprensibile per quei settori soggetti a misure di armonizzazione del mercato interno ma non laddove i Trattati abbiano progressivamente configurato un vero e proprio diritto fondamentale, quale quello al rispetto dei dati personali a partire dalla direttiva 95/46¹¹ – la Corte di giustizia ha modificato il proprio orientamento, avocando sempre più spesso a sé il controllo sulla conformità al diritto dell'Unione di leggi nazionali che imponevano forme di controllo e di comunicazione obbligatoria di dati personali, come nel caso dell'obbligo imposto dalla legislazione belga ad un *provider* di servizi internet di filtrare il traffico dei propri clienti (trattando i relativi dati) al fine di evitare pratiche di scambio di dati *peer-to-peer*, obbligo ritenuto (tra l'altro) in contrasto col diritto al rispetto dei dati personali¹². A testimoniare ulteriormente la significativa riepansione dei poteri della Corte nella materia *de qua* è, poi, la nota sentenza *Schecke* del 2010¹³, in cui, contravvenendo ad un orientamento che aveva assai spesso spinto la Corte, come detto, ad astenersi dal dichiarare l'invalidità della legislazione dell'Unione se e quando contraria a diritti fondamentali¹⁴, è stata colpita una normativa europea nel settore dei sussidi all'agricoltura perché, imponendo la pubblicazione di informazioni sui beneficiari dei finanziamenti provenienti dal Fondo europeo agricolo di garanzia (FEAGA) e dal Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR), violava quanto previsto dagli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

Merita, inoltre, di essere segnalato il rilievo assunto anche in questa occasione dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nelle sentenze della Corte di giustizia nella fase post-Lisbona. Ben al di là di quanto richiesto dal giudice austriaco rimettente, che con la sua ultima questione pregiudiziale chiedeva alla Corte di giustizia di verificare se da Strasburgo non venissero "indicazioni interpretative rilevanti" ai fini di interpretazione dell'art. 7 della Carta, la sentenza in commento rivela ancora una volta il rilievo del contributo che dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti può venire all'interpretazione dei diritti della Carta operata dalla Corte di Lussemburgo, come quando ad essa si ricorre (par. 47) per indicare quali limiti al potere discrezionale del legislatore "il settore interessato, la natura del diritto ..., la natura e la gravità dell'ingerenza nonché la finalità di quest'ultima". Questo ennesimo ricorso alla CEDU e alla giurisprudenza del suo giudice non può non essere visto come una conferma di quella sorta di "non autosufficienza" della Carta dei diritti dell'UE che, nell'aprirsi alle tradizioni costituzionali comuni

reddituiali di dipendenti pubblici) e Corte giust. 16 dicembre 2008, *Heinz Huber c. Bundesrepublik Deutschland*, C-524/06 (concernente una normativa nazionale che istituiva un registro centrale nazionale sui dati degli stranieri).

¹¹ V. per tutti B. Cortese, *La protezione dei dati di carattere personale*, cit., 320 ss.

¹² Corte giust. 24 novembre 2011, *Scarlet Extended SA c. SABAM*, C-70/10, su cui v. S. Calzolaio, *Gli ISP si salvano nel P2P. Ma reggeranno allo streaming?*, in www.forumcostituzionale.it (14.2.2012).

¹³ Corte giust. 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke e Hartmut Eifert c. Land Hessen*, cause riunite C-92/09 e C-93/09.

¹⁴ A commento v., volendo, G. Repetto, *You can even do what I do. L'annullamento di atti delle istituzioni comunitarie per violazione di diritti fondamentali nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in www.diritticomparati.it (23 maggio 2011).



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

e alla CEDU (di cui all'art. 6 del TUE e all'art. 52, parr. 3 e 4, della Carta), riafferma al di là del tenore letterale delle garanzie l'esigenza di preservare, come ha detto la nostra Corte costituzionale, «un certo grado di elasticità al sistema. Si tratta, cioè – si legge nella sent. n. 80 del 2011 – di evitare che la Carta “cristallizzi” i diritti fondamentali, impedendo alla Corte di giustizia di individuarne di nuovi, in rapporto all'evoluzione delle fonti indirettamente richiamate».

La sentenza *Digital Rights*, ravvisando il vizio d'origine della direttiva 2006/24/CE nel rammentato difetto di proporzionalità, non rappresenta tuttavia un ostacolo ad una nuova disciplina della materia, cui anzi sembra fornire alcune rilevanti indicazioni. In ogni caso, anche nell'attesa di un nuovo intervento regolatore è doveroso chiedersi in quale misura ed in quali forme il *dictum* del giudice dell'Unione sia destinato a produrre effetti nel nostro ordinamento, che ha recepito la direttiva oggi invalidata con il D.lgs. 30 maggio 2008, n. 109, mediante il quale sono state apportate significative innovazioni al Codice della privacy di cui al D.lgs. n. 196 del 2003. Ad un primo esame, salta innanzi tutto agli occhi come le scelte operate dal legislatore italiano all'atto del recepimento siano emblematiche dei gravi limiti dell'approccio scelto dalla direttiva sulla *data retention*, soprattutto per l'assenza di criteri sufficientemente stringenti in grado di vincolare l'operatore nazionale. Si pensi solo, per fare qualche esempio, che il legislatore italiano ha previsto un obbligo generale di conservazione dei dati in quanto finalizzato all'accertamento e alla repressione di “reati”, senza quindi individuare specifiche fattispecie penali o singole categorie di esse qualificate come “gravi” (art. 132, co. 1, Codice privacy). Né il legislatore si è dato cura di predisporre obblighi particolari di sicurezza in grado di soddisfare *standard* di tutela adeguati al rilievo dei dati trattati e alle potenzialità del loro impiego, compito cui in parte ha assolto, pur nei limiti delle sue attribuzioni, il Garante¹⁵.

3. Il quadro che ne deriva, tralasciando altri aspetti pur degni di nota¹⁶, è con tutta evidenza quello di un intervento normativo che, in assenza di validi criteri in grado di limitare la discrezionalità del legislatore nazionale, ha progressivamente ampliato in modo indefinito i termini del ricorso alle procedure di conservazione e trattamento dei dati in questione, con un'evidente limitazione dei profili di tutela della riservatezza e della libertà di comunicazione dei singoli. Una limitazione ancora più rilevante se si considera che una sottoposizione generalizzata alla conservazione e al possibile trattamento di dati elettronici (attraverso i quali passano oggi la massima parte delle comunicazioni a distanza) per un periodo di ventiquattro mesi (traffico telefonico) e di dodici mesi (traffico telematico), secondo quanto previsto dal citato art. 132 cit., costituisce persino un aggravamento delle disposizioni contenute nella direttiva oggi dichiarata

¹⁵ Per una disamina dell'evoluzione normativa sul punto v. R. Flor, *La Corte di giustizia considera la direttiva europea 2006/24 sulla c.d. “data retention” contraria ai diritti fondamentali. Una lunga storia a lieto fine?*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it

¹⁶ In primo luogo quanto risulta dall'art. 132-bis del Codice privacy come introdotto dal D.lgs. n. 109 del 2008, che affida ai *providers* il compito di istituire “procedure interne per corrispondere alle richieste effettuate in conformità alle disposizioni che prevedono forme di accesso a dati personali degli utenti”.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

invalida. Il legislatore italiano, infatti, pare aver aggravato quel *deficit* di proporzionalità stigmatizzato dalla sentenza in commento, adottando una normativa che, ponendosi per taluni aspetti addirittura in contrasto col tenore della direttiva 2006/24/CE (basti pensare alla mancata tipizzazione di quei reati "gravi" di cui all'art.1, co. 1, della direttiva cit.), a maggior ragione richiede oggi di essere privata di effetti a seguito della sentenza della Corte di giustizia¹⁷. Per quanto questa possa sembrare una scelta obbligata, maggiori difficoltà potrebbero tuttavia sorgere quanto agli strumenti in grado di garantire il raggiungimento di un simile risultato, tenuto conto che, data la natura generalizzata e preventiva dell'attività di conservazione e trattamento dei dati, essa non potrebbe essere utilmente contrastata dalla sola disapplicazione da parte del giudice dell'art. 132 ss. del Codice della privacy. Sarebbe da augurarsi che del pronunciamento europeo si facesse in primo luogo carico il legislatore provvedendo all'abrogazione del D.lgs. n. 109 del 2008, onde rimuoverne quanto prima gli effetti, senza sottovalutare i poteri che *medio tempore* possono essere fatti valere dal Garante della privacy nell'ambito dei compiti ad esso attribuiti dalla legge.

Profili di diritto interno

Decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, *Codice in materia di protezione dei dati personali* (in part. art. 132)

Precedenti

Corte giust.UE 20 maggio 2003, *Rechnungshof c. Österreichischer Rundfunk (ORF)*, C-465/00, in Racc. I, 4989;

¹⁷ Per un esame della normativa italiana v. A. Rodolfi, *Il regime normativo della data retention nell'ordinamento italiano. Stato attuale e problematiche concrete*, in *Cyberspazio e diritto*, 2010, pp. 147 ss. e sulle prospettive che si aprono con la sentenza in commento v. F. Vecchio, *L'ingloriosa fine della direttiva Data retention, la ritrovata vocazione costituzionale della Corte di giustizia e il destino dell'art. 132 del Codice della privacy*, in www.diritticomparati.it (12 giugno 2014).



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Corte giust.UE 16 dicembre 2008, *Heinz Huber c. Bundesrepublik Deutschland*, C-524/06, in Racc. I, 9705;

Corte giust.UE 10 febbraio 2009, *Irlanda c. Parlamento e Consiglio*, C-301/06, in Racc. I, 593;

Corte giust.UE 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke e Hartmut Eifert c. Land Hessen*, cause riunite C-92/09 e C-93/09, in Racc. I, 11063;

Corte EDU 4 dicembre 2008, *S e Marper c. Regno Unito*, nn. 30562/04 e 30566/04, CEDU 2008-V.

(24.6.2014)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

- Sezione:** Diritti, Costituzione e CEDU – Rapporti tra ordinamenti
- Titolo:** Osservazioni a prima lettura sul parere 2/13 della Corte di giustizia dell'Unione europea
- Autore:** DANIELA FANCIULLO
- Riferimento:** Parere 2/13 della Corte di giustizia UE (Seduta Plenaria), del 18 dicembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2454
- Parametro convenzionale** Art. 59, par. 2, CEDU; Protocollo n. 14 alla CEDU; Art. 218, par. 11, TFUE; art. 6, par. 2, TUE; Protocollo (n. 8) relativo all'articolo 6, paragrafo 2, del Trattato sull'Unione europea sull'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali
- Parole chiave:** Parere 2/13; adesione dell'Unione europea alla CEDU; "dialogo"; Corte di giustizia dell'Unione europea; art. 6, par. 2, TUE.

1. L'adozione del parere 2/13 della Corte di giustizia dell'Unione europea del 18 dicembre 2014 segna, inevitabilmente, un altro negativo (e probabilmente ultimo) *step* nell'ormai pluridecennale *quaestio* dell'adesione dell'Unione europea alla CEDU: la Corte di Lussemburgo si è pronunciata, infatti, sulla totale incompatibilità – per i motivi che saranno specificati *infra* – del progetto di accordo di adesione rispetto al diritto dell'Unione europea¹.

¹ Parere 2/13 della Corte di giustizia (Seduta Plenaria), del 18 dicembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2454, consultabile al seguente indirizzo internet: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=160882&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=199708>. Tra i primissimi commenti al parere si segnalano: I. ANRÒ, *Il parere 2/13 della Corte di giustizia sull'adesione dell'Unione europea alla CEDU: questo matrimonio non s'ha da fare?*, reperibile su <http://www.diritticomparati.it/2015/02/il-parere-213-della-corte-di-giustizia-sulladesione-dellunione-europea-alla-cedu-questo-matrimonio-n.html>; L.F.M. BESSELINK, *Acceding to the ECHR notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13*, in <http://www.verfassungsblog.de/acceding-echr-notwithstanding-court-justice-opinion-213/#.VNPNRNJ0zIV>; J.P. JACQUÉ, *Non à l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme?*, consultabile su <http://www.droit-union-europeenne.be/412337458/2394230/posting/texte>; S. DOUGLAS-SCOTT, *Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR: a Christmas bombshell from the European Court of Justice*, in <http://www.verfassungsblog.de/opinion-213-eu-accession-echr-christmas-bombshell-european-court-justice/#.VNPOOdJ0zIV>; H. LABAYLE, *La guerre des juges n'aura pas lieu. Tant mieux? Libres propos sur l'avis 2/13 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de l'Union à la CEDH*, in <http://www.gdr->



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Non è bastato, dunque, introdurre la "base giuridica" necessaria per consentire ad un'organizzazione internazionale, quale costituisce l'Unione europea, di aderire alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, così come previsto dal noto parere 2/94 del 28 marzo 1996 della Corte di giustizia dell'Unione europea².

Evidentemente, il processo di adesione richiede l'esistenza di un elemento ulteriore che vada ben oltre un'espressa previsione normativa che ne legittimi (*rectius*, obblighi) il perfezionamento, un *quid pluris* che, allo stato, sembrerebbe ancora mancare: la volontà della Corte di giustizia dell'Unione europea di sottoporsi al "controllo esterno" della Corte europea dei diritti dell'uomo. Un controllo giurisdizionale esterno che – secondo la stessa Commissione europea – potrebbe servire, invece, da «sprone affinché l'Unione persegua una politica ambiziosa in materia di diritti fondamentali», in quanto «più l'Unione farà in modo che i suoi atti rispettino pienamente i diritti

elsj.eu/2014/12/22/elsj/la-guerre-des-juges-naura-pas-lieu-tant-mieux-libres-propos-sur-lavis-213-de-la-cour-de-justice-relatif-a-ladhesion-de-lunion-a-la-cedh/; T. LOCK, *Oops! We did it again – the CJEU's Opinion on EU Accession to the ECHR*, in <http://www.verfassungsblog.de/en/oops-das-gutachten-des-eugh-zum-emr-kebeitritt-der-eu/#.VNPL5dJ0zIU>; J. ODERMATT, *Court of Justice of the European Union finds Draft Agreement on EU Accession to ECHR is Incompatible with EU Law*, in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, reperibile online su <http://cjlcl.org.uk/2014/12/20/court-justice-european-union-finds-draft-agreement-eu-accession-echr-incompatible-eu-law/>; S. PEERS, *The CJEU and the EU's accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection*, 18 dicembre 2014, in <http://eulawanalysis.blogspot.it/2014/12/the-cjeu-and-eus-accession-to-echr.html>; L.S. ROSSI, *Il Parere 2/13 della CGUE sull'adesione dell'UE alla CEDU: scontro fra Corti?*, consultabile al seguente indirizzo internet: <http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=1228>; S. VEZZANI, *"Gl'è tutto sbagliato, gl'è tutto da rifare!"*: *la Corte di giustizia frena l'adesione dell'UE alla CEDU*, consultabile al seguente indirizzo internet: <http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=1231>; V. ZAGREBELSKY, *L'UE e il controllo esterno della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa. La barriera elevata dalla Corte di giustizia*, consultabile al seguente indirizzo internet: <http://www.sidi-isil.org/wp-content/uploads/2014/04/Vladimiro-Zagrebelksy-IUE-e-il-controllo-esterno-della-protezione-dei-diritti-e-delle-libert%C3%A0-fondamentali-in-Europa.pdf>.

² Ai sensi dell'art. 6, par. 2, TUE, «L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati». Inoltre, il consenso all'adesione è espresso non soltanto dalle nuove previsioni del Trattato di Lisbona ma anche a livello dello stesso Consiglio d'Europa, allorché l'art. 17 del Protocollo XIV alla CEDU, entrato in vigore il 1° giugno 2010, ha introdotto un nuovo paragrafo 2 all'art. 59, ai sensi del quale «L'Unione europea può aderire alla presente Convenzione». Con il parere 2/94 del 28 marzo 1996, ECLI:EU:C:1996:140, la Corte di giustizia aveva affermato, infatti, che «Allo stato attuale del diritto comunitario la Comunità non ha la competenza per aderire alla Convenzione» (p.to 36).

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

fondamentali, minore sarà il rischio che la Corte europea dei diritti dell'uomo debba intervenire per censurarli»³.

2. Prima di passare in rassegna le ragioni alla base dell'incompatibilità del già richiamato progetto di accordo rispetto ai trattati, è utile ripercorrere, sia pur brevemente, le ultimissime tappe del processo di adesione nella fase del post-Lisbona.

Com'è noto, infatti, il 5 aprile 2013 è stato pubblicato il *Draft Agreement* sull'adesione dell'Unione europea alla CEDU, che ha chiuso la lunga fase dei negoziati intercorsi, nell'arco di un triennio, tra la Commissione europea, da un lato, ed il Comitato direttivo per i diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa, dall'altro. Tale progetto di accordo sembrava addirittura aver conferito nuova "linfa" al processo di adesione ed aveva ricevuto l'ampio consenso di quanti avevano mosso dure critiche alla fase di stasi e di rassegnazione in cui si era (ri)caduti.

A conferma di quanto detto, la stessa Corte di Strasburgo, al punto 40 dell'opinione preliminare alla preparazione della Conferenza di Brighton, aveva evidenziato come il processo di adesione fosse ad un fasi di stallo e che dopo circa trent'anni sembrava ancora mancare la volontà politica di superare gli ultimi ostacoli⁴.

Poco dopo la pubblicazione del *Draft*, il 4 luglio 2013 la Commissione europea aveva chiesto il parere della Corte di giustizia sul progetto di accordo, *ex art.* 218, par. 11, del TFUE, ai sensi del quale «Uno Stato membro, il Parlamento europeo, il Consiglio o la Commissione possono domandare il parere della Corte di giustizia circa la compatibilità di un accordo previsto con i trattati». Secondo giurisprudenza costante, tale disposizione avrebbe l'obiettivo di «prevenire le

³ Comunicazione della Commissione, *Strategia per un'attuazione effettiva della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bruxelles, 19.10.2010, COM(2010) 573 definitivo, p. 3.

⁴ Preliminary opinion of the Court in preparation for the Brighton Conference (adopted by the Plenary Court on 20 February 2012), consultabile su http://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_Opinion_ENG.pdf. Si legge al punto 40: «Following the submission of a draft accession treaty to the Committee of Ministers in October 2011, the process now seems to be stalled. After some thirty years of discussion all that appears to be lacking is the political will to overcome the last obstacles. The Court would therefore urge the Member States to seize the opportunity provided by the Brighton Conference to take forward the process to completion in compliance with the Lisbon treaty». Al punto 47, invece, la Corte di Strasburgo sottolinea che «The EU accession agreement should be adopted as soon as possible and the current impasse brought to an end».



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

complicazioni derivanti da contestazioni in sede giurisdizionale relative alla compatibilità con i Trattati di accordi internazionali che vincolano l'Unione»⁵.

Più nel dettaglio, la Commissione europea aveva posto alla Corte di giustizia la seguente domanda: «Il Progetto di accordo sull'adesione dell'Unione europea alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali [,firmata a Roma il 4 novembre 1950 (in prosieguo: la "CEDU"),] è compatibile con i Trattati?».

3. Invero, il parere 2/13 ha cagionato non poche critiche in dottrina, dal momento che si auspicava una soluzione soltanto "parzialmente" negativa e non si prospettava, invece, come è accaduto, una così netta chiusura verso il perfezionamento del processo di adesione.

D'altronde, anche l'Avvocato Generale J. Kokott, nella sua presa di posizione del 13 giugno 2014 si era mostrato a favore del progetto di accordo, a condizione che fossero modificati *inter alia* – per una serie di motivi su cui non ci si soffermerà dati i limiti del presente lavoro – i meccanismi del *co-respondent* e del *prior involvement*⁶. Anche gli Stati membri dell'Unione europea, seppur con

⁵ P.to 145 del citato parere 2/13. Il riferimento è ai pareri della Corte di giustizia 2/94, cit., p.to 3; 1/08 del 30 novembre 2009, EU:C:2009:739, p.to 107; 1/09 dell'8 marzo 2011, EU:C:2011:123, p.to 47.

⁶ Presa di posizione dell'Avvocato Generale J. Kokott, presentata il 13 giugno 2014, nel procedimento di parere 2/13 instaurato su domanda della Commissione europea, ECLI:EU:C:2014:2475. In particolare, l'Avvocato Generale aveva sostenuto la compatibilità del Progetto di accordo con i Trattati, purché si garantisse «(...) con modalità vincolanti ai sensi del diritto internazionale,

– che l'Unione e i suoi Stati membri, in vista delle loro eventuali domande di intervento in giudizio in veste di convenuti aggiunti ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 5, del Progetto di accordo, vengano informati sistematicamente e senza eccezioni in merito a tutti i ricorsi pendenti dinanzi alla Corte EDU, allorché e non appena questi vengono notificati al rispettivo convenuto;

– che le domande proposte dall'Unione e dai suoi Stati membri ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 5, del Progetto di accordo per ottenere l'autorizzazione ad intervenire in giudizio in veste di convenuti aggiunti non vengano sottoposte ad alcun esame di plausibilità da parte della Corte EDU;

– che il previo coinvolgimento della Corte di giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 6, del Progetto di accordo si estenda a tutte le questioni giuridiche relative all'interpretazione delle norme del diritto primario e del diritto secondario dell'Unione in conformità alla CEDU;

– che si possa soprassedere all'instaurazione di una procedura di previo coinvolgimento ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 6, del Progetto di accordo soltanto qualora sia evidente che la Corte di giustizia dell'Unione europea si è già occupata della questione giuridica concreta che costituisce l'oggetto del ricorso pendente dinanzi alla Corte EDU;



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

qualche riserva, si erano mostrati favorevoli al contenuto del *Draft agreement* o, meglio, alla sua compatibilità con i trattati.

Al contrario, la Corte di giustizia ha ritenuto, in maniera categorica, che l'accordo sull'adesione dell'Ue alla CEDU non sia compatibile né con l'articolo 6, par. 2, TUE, né con il Protocollo (n. 8) *relativo all'articolo 6, paragrafo 2, del Trattato sull'Unione europea sull'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*.

Le conseguenze di una decisione di siffatta portata sono indicate nel paragrafo 11, secondo alinea, dell'art. 218 TFUE, ai sensi del quale «In caso di parere negativo della Corte, l'accordo previsto non può entrare in vigore, salvo modifiche dello stesso o revisione dei trattati». Ora, poiché appare fortemente improbabile – nel momento in cui si scrive – che possa aver luogo una revisione dei trattati, l'unica strada percorribile, per non vanificare completamente quanto sinora compiuto, sembrerebbe essere la riapertura dei negoziati, per addivenire ad una (a questo punto) sostanziale (e alquanto improbabile) modifica del progetto di accordo di adesione.

Prima di esaminare nello specifico i motivi dell'incompatibilità, la Corte di giustizia opera una breve sintesi del quadro istituzionale del Consiglio d'Europa e della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali così come dei rapporti tra l'Unione europea e la stessa CEDU. Al contempo, essa ripercorre puntualmente le tappe del processo di adesione ed il contenuto del progetto di accordo del 5 aprile 2013, che esamina sia in relazione alle «disposizioni disciplinanti l'adesione propriamente detta», ovvero ai meccanismi procedurali previsti per consentire un'adesione effettiva, sia in relazione a tutte le altre disposizioni, specie quelle di carattere tecnico, concernenti, *in primis*, le modifiche della Convenzione europea. La Corte di giustizia si sofferma, poi, sulle censure mosse da alcuni Stati membri circa la ricevibilità della domanda di parere (p.ti 144-152).

-
- che il principio della responsabilità congiunta del convenuto e del convenuto aggiunto ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 7, del Progetto di accordo non pregiudichi eventuali riserve formulate dalle Parti contraenti della CEDU ai sensi dell'articolo 57 di tale convenzione, e
 - che, inoltre, in nessun caso la Corte EDU possa discostarsi dal principio – enunciato all'articolo 3, paragrafo 7, del Progetto di accordo – della responsabilità congiunta del convenuto e del convenuto aggiunto per le violazioni della CEDU da essa constatate».

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Per comprendere i motivi (di carattere tanto sostanziale quanto procedurale) dell'incompatibilità del progetto di accordo con i trattati, sembra opportuno partire dall'"errore" di fondo che permea il più volte menzionato *Draft*, ovvero considerare l'Unione europea – dal punto di vista del diritto internazionale – alla stregua di uno "Stato", al pari delle altre Parti contraenti: al contrario, per sua natura, essa costituisce un «ordinamento giuridico di nuovo genere», «dotato di proprie istituzioni, a favore del quale gli Stati che ne sono membri hanno limitato, in settori sempre più ampi, i propri poteri sovrani, e che riconosce come soggetti non soltanto tali Stati, ma anche i cittadini degli stessi»⁷.

Questa sua peculiare connotazione è sufficiente a giustificare – di per sé – il necessario rispetto di determinate condizioni nel perfezionamento dell'adesione: *in primis*, la circostanza che quest'ultima non modifichi le competenze dell'Unione definite nei trattati (art. 6, par. 2, secondo alinea, del TUE); in secondo luogo, conformemente a quanto disposto dal già citato Protocollo n. 8, la necessità di preservare «(...) le caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione e assicurare che l'adesione non incida né sulle competenze dell'Unione, né sulle attribuzioni delle sue istituzioni, né sulla situazione particolare degli Stati membri nei confronti della CEDU, e neppure sull'articolo 344 TFUE»⁸; in terzo luogo, l'esigenza di realizzare l'adesione con modalità atte a preservare le specificità dell'ordinamento giuridico dell'Unione, secondo quanto disposto dalla dichiarazione relativa all'articolo 6, par. 2, del TUE.

Gli articoli appena citati mirano, in buona sostanza, a salvaguardare le caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione, ovvero, in altri termini, a preservare il principio di attribuzione delle competenze, l'assetto istituzionale, il primato sul diritto dei singoli Stati membri e l'effetto diretto delle norme. Infatti, il complesso di tali disposizioni – si legge nel parere – ha «dato vita ad una rete strutturata di principi, di norme e di rapporti giuridici mutualmente interdipendenti, che vincolano, in modo reciproco, l'Unione stessa e i suoi Stati membri, nonché, tra di loro, gli Stati membri, ormai impegnati – come ricordato all'articolo 1, secondo comma, TUE – in un "processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa"» (p.to 167).

⁷ V., per tutte, le sentenze *van Gend & Loos*, causa 26/62, del 5 febbraio 1963, ECLI:EU:C:1963:1, in part. p. 23, e *Costa*, causa 6/64, del 15 luglio 1964, ECLI:EU:C:1964:66, in part. p. 1144.

⁸ P.to 161 del parere, cit.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

4. L'iter logico giuridico seguito dalla Corte di giustizia nella più volte citata *Opinion* dello scorso dicembre può essere sintetizzato nei punti di seguito elencati.

A) Il progetto «è suscettibile di pregiudicare le caratteristiche specifiche e l'autonomia del diritto dell'Unione, in quanto non garantisce il coordinamento tra l'articolo 53 della CEDU e l'articolo 53 della Carta».

Com'è noto, in seguito all'adesione, la CEDU vincolerebbe le Istituzioni dell'Unione e gli Stati membri ex art. 216, par. 2, TFUE, e diverrebbe, quindi, parte integrante del diritto dell'Unione europea⁹; conseguentemente, l'Ue dovrebbe rispettare, ex art. 1 della CEDU, i diritti e le libertà definiti nel Titolo I della stessa Convenzione e le sue Istituzioni, compresa la Corte di Lussemburgo, sarebbero sottoposte al "controllo esterno" della Corte di Strasburgo.

Tuttavia, se per un verso, è indispensabile, come più volte specificato, che in tale processo non venga pregiudicata l'autonomia del diritto dell'Unione europea¹⁰ al punto tale, ad esempio, da imporre a quest'ultima ed alle sue Istituzioni una determinata interpretazione delle norme europee¹¹, per altro verso, non dovrebbe essere nemmeno messa in discussione dalla Corte EDU l'interpretazione, resa dalla Corte di giustizia, del diritto dell'Unione e della Carta dei diritti fondamentali.

Ora, secondo i giudici di Lussemburgo, quest'ultimo rischio non sembrerebbe scongiurato dall'attuale formulazione dell'accordo di adesione, "colpevole" di non aver previsto alcuna

⁹ Ai sensi dell'art. 216, par. 2, TFUE, «Gli accordi conclusi dall'Unione vincolano le istituzioni dell'Unione e gli Stati membri».

¹⁰ P.ti 182-183 del parere, cit. V., altresì, il Parere 1/00 della Corte di giustizia, del 18 aprile 2002, ECLI:EU:C:2002:231, p.ti 21, 23 e 26, nonché il Parere 1/09, della Corte di giustizia, dell'8 marzo 2011, ECLI:EU:C:2011:123, p.to 76. V. anche, in tal senso, la sentenza della Corte di giustizia *Kadi e Al Barakaat International Foundation*, causa C-415/05, del 3 settembre 2008, EU:C:2008:461, p.to 282.

¹¹ V. p.to 185 del parere, cit. D'altro canto, per effetto del summenzionato controllo esterno, «da un lato, l'interpretazione della CEDU fornita dalla Corte EDU vincolerebbe, ai sensi del diritto internazionale, l'Unione e le sue istituzioni, ivi compresa la Corte» e «(...) dall'altro lato, l'interpretazione data dalla Corte di un diritto riconosciuto da detta convenzione non vincolerebbe i meccanismi di controllo previsti da quest'ultima e, in particolare, la Corte EDU, così come è previsto all'articolo 3, paragrafo 6, del Progetto di accordo e come viene precisato al paragrafo 68 del Progetto di relazione illustrativa».



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

disposizione di coordinamento tra l'art. 53 della CEDU, da un lato, e l'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali, dall'altro.

Mentre la prima disposizione richiamata consente agli Stati membri di stabilire standard di tutela dei diritti fondamentali più elevati di quelli previsti dalla stessa CEDU, la seconda disposizione prevede, invece, che «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o gli Stati membri sono parti, in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri».

Orbene, quest'ultima disposizione deve essere letta alla luce della sentenza *Melloni*, con la quale la Corte di giustizia ha affermato che l'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali deve essere inteso nel senso che l'applicazione di "standard nazionali" di garanzia dei diritti fondamentali non può compromettere il livello di tutela previsto dalla stessa Carta, come interpretata dalla Corte di giustizia dell'Ue, né tantomeno può ledere il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione¹². In altre parole, ove si discuta in merito ad un settore del diritto dell'Unione europea che sia stato oggetto di armonizzazione, gli Stati membri non possono applicare standard di tutela più elevati rispetto a quelli previsti dalla Carta di Nizza/Strasburgo e dal diritto dell'Ue, così da non ledere l'applicazione ed il primato di quest'ultimo.

Pertanto, in considerazione di quanto precede, secondo la Corte di giustizia gli Stati membri ben potrebbero – ex art. 53 CEDU – concedere standard di tutela più elevati rispetto a quelli previsti dalla Convenzione europea ma soltanto a patto che tale facoltà «(...) resti limitata, per quanto riguarda i diritti riconosciuti dalla Carta corrispondenti a diritti garantiti dalla citata convenzione, a quanto è necessario per evitare di compromettere il livello di tutela previsto dalla Carta medesima, nonché il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione»¹³.

¹² Sentenza della Corte di giustizia (Grande Sezione), del 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Stefano Melloni c. Ministero Fiscal*, ECLI:EU:C:2013:107, p.to 60.

¹³ V. il p.to 189 del parere, cit.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

In estrema sintesi, con i limiti appena precisati, la Corte di giustizia nega l'applicazione di standard di tutela dei diritti fondamentali più elevati rispetto a quelli previsti dal diritto dell'Unione e dalla Carta dei diritti fondamentali, così come da essa interpretata. Tale limitazione, se da un lato pregiudica con tutta evidenza i diritti dei singoli, per altro verso, potrebbe non trovare il consenso degli Stati Parte del Consiglio d'Europa, che non siano anche membri dell'Unione europea.

B) Il progetto è suscettibile di pregiudicare le caratteristiche specifiche e l'autonomia del diritto dell'Unione, in quanto «non previene il rischio di lesione del principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri nel diritto dell'Unione».

Secondo la Corte di giustizia, la mancata previsione (nel progetto di accordo) di disposizioni in grado di evitare una lesione della "fiducia reciproca" tra Stati membri (specie per quanto concerne il settore dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, di cui al Titolo V del TFUE) potrebbe compromettere il delicato equilibrio su cui l'Unione si fonda: infatti, tale fiducia consente a ciascuno Stato membro di presumere il rispetto dei diritti fondamentali da parte di un altro Stato membro, e di non pretendere da quest'ultimo il riconoscimento di un livello di tutela più elevato rispetto a quello garantito dal diritto dell'Unione europea.

Al contrario, per i giudici di Kirchberg, «Nei limiti in cui la CEDU – imponendo di considerare l'Unione e gli Stati membri come Parti contraenti non soltanto nei loro rapporti con quelle Parti che non sono Stati membri dell'Unione, ma anche nei loro reciproci rapporti, anche quando questi ultimi siano disciplinati dal diritto dell'Unione – esigerebbe da uno Stato membro la verifica del rispetto dei diritti fondamentali da parte di un altro Stato membro, ancorché il diritto dell'Unione imponga la fiducia reciproca tra tali Stati membri, l'adesione è idonea a compromettere l'equilibrio sul quale l'Unione si fonda, nonché l'autonomia del diritto dell'Unione»¹⁴. In altri termini, gli Stati membri dovrebbero dare per scontato (e non verificare, invece) il rispetto dei diritti fondamentali da parte degli altri Stati dell'Ue, specie nel settore dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia. Al riguardo, appaiono condivisibili le affermazioni di quanti ritengono che tale censura potrebbe costituire una "reazione" al *decisum* della recente sentenza *Tarakhel* della Corte europea dei diritti dell'uomo che, com'è noto, ha condannato la Svizzera per aver respinto, in applicazione del c.d.

¹⁴ *Idem*, p.to 194.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

“sistema di Dublino”, un richiedente asilo in Italia, nonostante quest'ultima avesse condizioni di accoglienza inadeguate¹⁵.

C) Il progetto è suscettibile di pregiudicare le caratteristiche specifiche e l'autonomia del diritto dell'Unione, in quanto «non prevede alcuna articolazione del meccanismo istituito dal Protocollo n. 16 con la procedura di rinvio pregiudiziale prevista dall'articolo 267 TFUE».

Il meccanismo del rinvio pregiudiziale previsto dall'art. 267 TFUE costituisce «la chiave di volta del sistema giurisdizionale istituito dai Trattati» (p.to 176 del parere). Un meccanismo per certi aspetti ad esso assimilabile è stato introdotto dal Protocollo n. 16 alla CEDU (non ancora entrato in vigore), il quale conferirà alle «più alte giurisdizioni di un'Alta Parte contraente», la facoltà di presentare alla Corte europea dei diritti dell'uomo pareri consultivi «su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli».

Ora, secondo la Corte di giustizia dell'Ue, il mancato coordinamento tra i due meccanismi potrebbe addirittura determinare una «elusione della procedura di rinvio pregiudiziale» (p.to 198), dal momento che «non è escluso che una domanda di parere consultivo proposta ai sensi del Protocollo n. 16 da un giudice di uno Stato membro che abbia aderito a tale protocollo possa attivare la procedura di previo coinvolgimento della Corte (...)». Questo timore trova conferma anche se il Protocollo n. 16 è successivo alla conclusione del progetto di accordo ed anche se quest'ultimo non preveda un'espressa adesione ad esso da parte dell'Unione¹⁶.

Tuttavia, è stato rilevato che i pareri consultivi della Corte europea non sarebbero vincolanti per i giudici nazionali chiamati a decidere su una controversia rientrante nella sfera di applicazione del diritto dell'Ue e, al contempo, non li sottrarrebbero dall'obbligo, consacrato nell'art. 267, par. 3,

¹⁵ Tra gli altri, v. J.P. JACQUÉ, *Non à l'adhésion*, cit. Il riferimento è alla recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera) *Tarakhel c. Svizzera*, del 4 novembre 2014, ric. n. 29217/12.

¹⁶ Il Progetto di accordo prevede, infatti, l'adesione dell'Unione europea soltanto alla CEDU, al Protocollo n. 1 e al Protocollo n. 6, in quanto sono gli unici protocolli ad essere stati ratificati da tutti gli Stati membri dell'UE. Il Protocollo n. 16 è stato aperto alla firma il 2 ottobre 2013.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

TFUE, di «sottoporre eventuali questioni attinenti ai diritti fondamentali prioritariamente a questa Corte e prioritariamente conformarsi alle decisioni di quest'ultima»¹⁷.

D) Il progetto di accordo «è suscettibile di avere effetti sull'articolo 344 TFUE, in quanto non esclude la possibilità che talune controversie tra gli Stati membri o tra gli Stati membri e l'Unione, relative all'applicazione della CEDU nell'ambito di applicazione sostanziale del diritto dell'Unione, vengano portate dinanzi alla Corte EDU».

Il più volte citato Protocollo n. 8 stabilisce, all'art. 3, che l'accordo di adesione non debba «avere effetti» sull'art. 344 del TFUE, che sintetizza il principio, più volte affermato dalla giurisprudenza, secondo il quale un accordo internazionale non può pregiudicare l'autonomia del sistema giuridico dell'Unione, di cui la Corte è chiamata a garantire il rispetto. Più nel dettaglio, l'art. 344 del TFUE – ai sensi del quale «Gli Stati membri si impegnano a non sottoporre una controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione dei trattati a un modo di composizione diverso da quelli previsti dal trattato stesso» – costituisce, per certi aspetti, una specificazione del dovere di lealtà di cui all'art. 4, par. 3, del TUE.

Ciò premesso, secondo la Corte di giustizia non appare adeguata la previsione di cui all'art. 5 del progetto di accordo, che si limiterebbe ad escludere le procedure dinanzi alla Corte di giustizia dall'ambito di applicazione dell'art. 55 della CEDU (ai sensi del quale le Alte Parti contraenti possono rinunciare «(...) ad avvalersi dei trattati, delle convenzioni o delle dichiarazioni tra di esse in vigore allo scopo di sottoporre, mediante ricorso, una controversia nata dall'interpretazione o dall'applicazione della presente Convenzione a una procedura di risoluzione diversa da quelle previste da detta Convenzione»).

Tale esclusione, infatti, non sarebbe di per sé sufficiente ad impedire all'Unione o agli Stati membri di sottoporre alla Corte EDU, ex art. 33 CEDU, una domanda avente ad oggetto una violazione di tale convenzione, commessa, rispettivamente, da uno Stato membro o dall'Unione, in una situazione in cui sia in gioco il diritto dell'Unione europea.

Ne discende che consentire all'Ue o ai singoli Stati membri di presentare un ricorso dinanzi alla Corte EDU contrasterebbe con il disposto dell'art. 344 del TFUE: conseguentemente, «soltanto

¹⁷ P.to 141 della presa di posizione, cit. In tal senso v. anche T. LOCK, *Oops! We did it again*, cit.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

un'espressa esclusione della competenza della Corte EDU risultante dall'articolo 33 della CEDU per eventuali controversie tra gli Stati membri, ovvero tra questi e l'Unione, relative all'applicazione della CEDU nell'ambito di applicazione sostanziale del diritto dell'Unione, sarebbe compatibile con l'articolo 344 TFUE»¹⁸.

Di diverso avviso era stato, invece, l'Avvocato Generale J. Kokott che, nella presa di posizione precedentemente menzionata, aveva sostenuto che il Progetto di accordo non sollevasse problemi giuridici ai sensi dell'art. 344 del TFUE, in quanto, «per garantire l'effetto utile dell'articolo 344 TFUE è sufficiente che, nei confronti degli Stati membri che sottopongono le loro controversie attinenti al diritto dell'Unione ad organi internazionali diversi dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, vi sia la possibilità di instaurare una procedura per inadempimento (articoli da 258 TFUE a 260 TFUE), nell'ambito della quale possono, se necessario, essere adottati anche provvedimenti d'urgenza (articolo 279 TFUE)»¹⁹. In altri termini, il ricorso ad una procedura di infrazione (con riferimento agli art. 344 TFUE e 4, par. 3, TUE) avrebbe scongiurato tale rischio.

E) Il *draft* «non prevede modalità di funzionamento del meccanismo del convenuto aggiunto che consentano di preservare le caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione».

Una delle parti più controverse del *Draft Agreement* è l'introduzione (ex art. 3 del Progetto di accordo) del c.d. *co-respondent mechanism*, che consente ad una Parte contraente di assumere il ruolo di "convenuto aggiunto"²⁰ o su invito della Corte di Strasburgo o in seguito ad un'espressa richiesta della stessa Parte contraente, in quest'ultimo caso previa valutazione – ad opera della

¹⁸ P.to 213 del parere, cit.

¹⁹ P.ti 118-119 della presa di posizione, cit. Inoltre, l'Avvocato Generale J. Kokott aggiunge che «Qualora nondimeno la Corte di giustizia dovesse considerare necessario garantire l'effetto utile dell'articolo 344 TFUE in modo più intenso di quanto viene fatto nell'attuale Progetto di accordo, essa potrebbe subordinare la compatibilità con i Trattati della prevista adesione dell'Unione alla CEDU ad una dichiarazione dell'Unione e dei suoi Stati membri che dovrebbe essere rilasciata al momento dell'adesione. In tale dichiarazione l'Unione e gli Stati membri dovrebbero rendere noto alle altre Parti contraenti della CEDU, in forma giuridicamente vincolante dal punto di vista del diritto internazionale, la propria intenzione di non instaurare gli uni nei confronti degli altri dinanzi alla Corte EDU procedure ai sensi dell'articolo 33 della CEDU riguardanti violazioni di tale convenzione, se e in quanto l'oggetto della controversia concerna l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione».

²⁰ O "secondo convenuto".



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Corte EDU – degli argomenti idonei a dimostrare il soddisfacimento delle condizioni necessarie per la partecipazione al procedimento.

Orbene, *nulla quaestio* nel primo caso: l'invito della Corte EDU non sarebbe vincolante per la Parte contraente e, pertanto, l'Unione e gli Stati membri sono liberi di verificare se sussistano «le condizioni sostanziali previste per l'attivazione del meccanismo del convenuto aggiunto» (p.to 220 del parere).

Qualche problema potrebbe sorgere, invece, nell'ipotesi di esplicita richiesta di divenire convenuto aggiunto. Il controllo della Corte di Strasburgo sugli argomenti idonei a fondare la partecipazione dello Stato membro come secondo convenuto, potrebbe, infatti, indurre la stessa Corte «(...) a valutare le norme del diritto dell'Unione che disciplinano la ripartizione delle competenze tra quest'ultima e i suoi Stati membri, nonché i criteri di imputazione degli atti o delle omissioni dei medesimi, al fine di adottare una decisione definitiva al riguardo che si imporrebbe nei confronti sia degli Stati membri sia dell'Unione» (p.to 224 del parere). In sintesi, prevedendo una valutazione discrezionale in merito alla richiesta di divenire convenuto aggiunto, il progetto di accordo consentirebbe alla Corte di Strasburgo di esercitare un controllo sulla ripartizione di competenze fra Unione europea e Stati membri.

Inoltre, vi sono due ulteriori motivi per i quali il meccanismo del convenuto aggiunto non sarebbe in grado di salvaguardare le caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione: il primo – che parte dalla prevista responsabilità congiunta del convenuto e del convenuto aggiunto in caso di accertata violazione – fa leva sulla considerazione che uno Stato membro (e l'Unione) possa essere dichiarato responsabile di una norma della CEDU anche nell'ipotesi in cui esso abbia formulato, ex art. 57 della CEDU, una riserva²¹. In tal modo risulterebbe violato, ancora una volta, il Protocollo n. 8, in particolare l'art. 2, ai sensi del quale l'accordo di adesione dovrebbe «(...) garantire che nessuna disposizione dello stesso incida sulla situazione particolare degli Stati membri

²¹ Ai sensi dell'art. 57 della CEDU (rubricato «Riserve») «1. Ogni Stato, al momento della firma della presente Convenzione o del deposito del suo strumento di ratifica, può formulare una riserva riguardo a una determinata disposizione della Convenzione, nella misura in cui una legge in quel momento in vigore sul suo territorio non sia conforme a tale disposizione. Le riserve di carattere generale non sono autorizzate ai sensi del presente articolo. 2. Ogni riserva emessa in conformità al presente articolo comporta una breve esposizione della legge in questione».



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

nei confronti della convenzione europea e, in particolare, riguardo ai suoi protocolli, alle misure prese dagli Stati membri in deroga alla convenzione europea ai sensi del suo articolo 15 e a riserve formulate dagli Stati membri nei confronti della convenzione europea ai sensi del suo articolo 57».

Il secondo motivo concerne, invece, l'eccezione che il progetto di accordo pone alla doppia responsabilità del convenuto e del convenuto aggiunto in caso di accertata violazione: esso prevede, infatti, che la Corte di Strasburgo possa – in relazione agli argomenti presentati e sentite le osservazioni del ricorrente – dichiarare responsabile della violazione solo uno di tali soggetti, così consentendo a quest'ultima (ancora una volta) di valutare le norme che disciplinano la ripartizione delle competenze tra Unione e Stati membri. Ugualmente, risulterebbe pregiudicata l'autonomia del diritto dell'Unione europea nell'ipotesi di accordo tra il convenuto e il convenuto aggiunto in merito alla suddivisione di responsabilità²².

F) Il progetto di accordo non prevede modalità di funzionamento della procedura di previo coinvolgimento della Corte che consentano di preservare le caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione.

Il progetto di accordo, per come è allo stato formulato, non sarebbe in grado di impedire alla Corte di Strasburgo di verificare se la Corte di giustizia si sia già pronunciata su una questione di diritto identica a quella sottoposta alla sua attenzione: in altri termini, esso consentirebbe alla prima di interpretare la giurisprudenza della seconda.

Tale rischio potrebbe essere evitato consentendo, per ogni causa pendente dinanzi alla Corte EDU di trasmettere un'informazione completa e sistematica all'Unione «affinché la competente istituzione di quest'ultima sia messa in condizione di valutare se la Corte si sia già pronunciata sulla questione costituente l'oggetto di tale causa e, in caso negativo, di ottenere l'attivazione di detta procedura» (p.to 241).

²² Infatti, «la questione della ripartizione della responsabilità deve essere risolta unicamente in applicazione delle pertinenti norme del diritto dell'Unione, eventualmente sotto il controllo della Corte, cui spetta la competenza esclusiva a sincerarsi che l'accordo tra il convenuto aggiunto e il convenuto rispetti le norme suddette. Permettere alla Corte EDU di convalidare un eventuale accordo tra l'Unione e i suoi Stati membri in merito alla suddivisione della responsabilità finirebbe per consentirle di sostituirsi alla Corte nella definizione di una questione rientrante nella competenza esclusiva di quest'ultima» (p.to 234 del parere).



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

È una soluzione indubbiamente condivisibile, ma al contempo, è innegabile che un tale *modus operandi* potrebbe rallentare notevolmente i procedimenti pendenti dinanzi alla Corte di Strasburgo. Inoltre, la procedura di cui all'art. 3, par. 6²³, del progetto di accordo consente alla Corte di giustizia di esaminare la compatibilità di una disposizione del diritto dell'Unione con i diritti garantiti dalla CEDU ovvero, stando al paragrafo 66 del progetto di relazione illustrativa, di statuire (soltanto) sulla "validità" di una norma del diritto derivato oppure sull'"interpretazione" di una norma del "diritto primario": la Corte di giustizia non potrebbe, invece, essere adita – mediante la procedura del previo coinvolgimento – per risolvere una questione di interpretazione del "diritto derivato" (ma solo per una questione di validità). Ne deriverebbe, *in primis*, la possibilità – per la Corte di Strasburgo – di fornire un'interpretazione determinata del diritto dell'Unione tra quelle che sono plausibili e, secondariamente, cosa ben più grave, una violazione del principio della competenza esclusiva della Corte per quanto concerne l'interpretazione definitiva del diritto dell'Unione.

G) Il progetto di accordo «lede le caratteristiche specifiche del diritto dell'Unione riguardo al controllo giurisdizionale degli atti, delle azioni o delle omissioni dell'Unione in materia di PESC, in quanto affida il controllo giurisdizionale di alcuni di tali atti, azioni od omissioni in via esclusiva ad un organo esterno all'Unione».

Com'è noto, taluni atti adottati nell'ambito della politica estera e di sicurezza comune (PESC) sono sottratti al controllo giurisdizionale della Corte di giustizia in virtù del diritto dell'Unione europea²⁴ (si pensi, ad esempio, alle operazioni militari dell'Unione europea).

In seguito all'adesione, tuttavia, il controllo giurisdizionale su atti, azioni od omissioni inerenti alla politica estera e di sicurezza comune – e sottratti alla competenza della Corte di giustizia – potrebbe

²³ Ai sensi del par. 6 dell'art. 3 del Progetto di accordo, «In proceedings to which the European Union is a co-respondent, if the Court of Justice of the European Union has not yet assessed the compatibility with the rights at issue defined in the Convention or in the protocols to which the European Union has acceded of the provision of European Union law as under paragraph 2 of this article, sufficient time shall be afforded for the Court of Justice of the European Union to make such an assessment, and thereafter for the parties to make observations to the Court. The European Union shall ensure that such assessment is made quickly so that the proceedings before the Court are not unduly delayed. The provisions of this paragraph shall not affect the powers of the Court».

²⁴ Ai sensi dell'art. 24, par. 1, co. II, del TUE, in materia di PESC la Corte di giustizia è competente solo «a controllare il rispetto dell'art. 40 del presente trattato e la legittimità di talune decisioni, come previsto dall'art. 275, secondo comma del trattato sul funzionamento dell'Unione europea».



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

essere, “paradossalmente”, effettuato dalla Corte di Strasburgo chiamata a valutarne la conformità rispetto alla CEDU. Invece, per i giudici di Lussemburgo, nel settore della PESC la Corte EDU non potrebbe verificare la compatibilità con la CEDU di atti, azioni ed omissioni delle Istituzioni europee per il semplice fatto che tale potere – fatte salve le eccezioni di cui al secondo paragrafo dell’art. 267 TFUE – esula dalle attribuzioni della Corte di giustizia.

Al contrario, ad avviso dell’Avvocato Generale J. Kokott, tale situazione non influirebbe sulla compatibilità del progetto di accordo con i trattati. Infatti, come si legge al p.to 103 della già richiamata presa di posizione, nelle questioni concernenti la politica estera e di sicurezza comune sarebbe comunque «(...) garantita al singolo una tutela giurisdizionale effettiva ad opera, in parte, dei giudici dell’Unione (articolo 275, secondo comma, TFUE) e, in parte, dei giudici nazionali (articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE e articolo 274 TFUE)»²⁵. Inoltre, «Ai giudici nazionali spetta sanzionare eventuali violazioni della CEDU in connessione con la PESC e partecipare all’applicazione di tale convenzione (articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, in combinato disposto con l’articolo 274 TFUE), se e in quanto non sussista eccezionalmente una competenza dei giudici dell’Unione ai sensi dell’articolo 275, secondo comma, TFUE».

Non manca, in dottrina, chi ritiene che le argomentazioni della Corte di giustizia siano suscettibili di cagionare un evidente pregiudizio dei diritti fondamentali degli individui: infatti, sarebbe, indubbiamente, una garanzia per questi ultimi consentire il ricorso alla Corte di Strasburgo anche in materia di PESC, in considerazione della circostanza che la violazione di diritti fondamentali in tale settore è alquanto probabile. D’altra parte colmare le lacune dell’Unione europea in materia di diritti fondamentali rientra nello spirito e nella *ratio* dello stesso processo di adesione²⁶.

5. È chiaro che il perfezionamento del processo di adesione e, dunque, l’instaurazione di un sistema coerente ed omogeneo di protezione dei diritti fondamentali, non può e non deve in alcun modo compromettere il delicato equilibrio su cui si fonda l’intero “sistema” giuridico dell’Unione europea.

²⁵ V. anche i p.ti 185 ss. della presa di posizione, cit.

²⁶ Tra gli altri, cfr. S. VEZZANI, “Gl’è tutto sbagliato, gl’è tutto da rifare!”, cit.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Tuttavia, non sono pienamente condivisibili, come precisato *supra*, alcune censure mosse dalla Corte di giustizia dell'Unione europea e già oggetto di ampio dibattito dottrinale. Al di là delle molteplici discussioni emerse e delle varie soluzioni prospettate, resta, indubbiamente, il fatto che il parere 2/13 crei, inevitabilmente, un momento di grande incertezza e di profonda tensione innanzitutto (e soprattutto) tra le due supreme corti europee, tensione che potrebbe a lungo andare portare in superficie proprio quella "lotta sotterranea", più volte invocata in dottrina, tra le due Corti in Europa²⁷.

Lo si percepisce chiaramente già dall'*Annual Report 2014*, recentemente adottato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha manifestato apertamente la grande delusione per il parere negativo reso dalla Corte di giustizia allorché, con un'affermazione ampiamente condivisibile, ha dichiarato che «the principal victims will be those citizens whom this opinion (no. 2/13) deprives of the right to have acts of the European Union subjected to the same external scrutiny as regards respect for human rights as that which applies to each member State. More than ever, therefore, the onus will be on the Strasbourg Court to do what it can in cases before it to protect citizens from the negative effects of this situation».

Ora non è facile immaginare cosa potrebbe accadere: si ipotizza (e si auspica) da più parti la riapertura dei negoziati, visto che la formulazione dell'art. 6, par. 2, del TUE "obbliga" l'Unione europea ad aderire alla CEDU, ma con la consapevolezza che non è operazione di poco conto recepire tutte le indicazioni fornite dalla Corte di giustizia. Non è detto, infatti, che gli Stati parte del Consiglio d'Europa, che non siano anche membri dell'Unione europea, siano disposti ad accettare il "*decisum*" (richiamato *supra*) del parere 2/13 in materia, ad esempio, di politica estera e di sicurezza comune, così come in tema di spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia. E, in ogni caso, se anche si recepissero tutte le indicazioni della Corte di Lussemburgo, si potrebbe obiettare che il "controllo esterno" della Corte di Strasburgo sul sistema di protezione dei diritti fondamentali dell'Unione europea risulterebbe estremamente compresso e perderebbe, per ciò stesso, la sua peculiare ragion d'essere. Così come non sarebbe comunque scongiurato il rischio che la stessa

²⁷ L'espressione è di G. Zagrebelsky, *Dichiarazioni dei diritti e giurisdizioni nazionali e sovranazionali*, paper della relazione tenuta alla LUISS nel Gennaio 2001



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Corte di giustizia, a distanza di anni, possa emettere un nuovo parere negativo e bloccare, per l'ennesima volta, il processo di adesione.

Le incertezze su come gestire la tutela dei diritti fondamentali restano, quindi, ancora molto forti e tutte le criticità attualmente riscontrabili, tanto in tema di rapporti tra Corti, quanto in tema di rapporti tra organizzazioni, non sembrano trovare alcuna soluzione. Non resta, dunque, che attendere (ancora!) per verificare se vi siano i presupposti (e la volontà) di riaprire i negoziati.

Precedenti

Parere 2/94 della Corte di giustizia dell'Unione europea, del 28 marzo 1996, in *Raccolta*, 1996, p. I-1759, ECLI:EU:C:1996:140.

Riferimenti bibliografici essenziali

BARATTA R., *Accession of the EU to the ECHR: the rationale for the ECJ's prior involvement mechanism*, in *Common market law review*, 2013, vol. 50, n. 5, pp. 1305-1332;

CALLEWAERT J., *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Strasbourg, 2014;

DI STASI A., *La vetero-nova quaestio dell'adesione dell'Unione europea alla CEDU nella prassi delle istituzioni europee*, in *Grotius*, 2012, numero speciale, pp. 7-18;

GRAGL P., *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2013;

GRAGL P., *A giant leap for European human rights? The final agreement of the European Union's accession to the European Convention on Human Rights*, in *Common market law review*, 2014, vol. 51, n. 1, pp. 13-58;

FIENGO G., *Verso l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: prime riflessioni sugli aspetti problematici dell'attuale fase del negoziato*, in AA.VV., *Atti del convegno in memoria di Luigi Sico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, pp. 653-669;

LIGUORI A., *Sul meccanismo di co-respondent previsto nel progetto di accordo per l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti umani*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, vol. 97, n. 1, pp. 174-196;

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

MICHEL V., *L'exigence de préservation de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne dans l'adhésion à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, in C. PICHERAL, L. COUTRON (sous la direction de), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2012, pp. 113-131;

MORVIDUCCI C., *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU: un percorso non ancora concluso*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, vol. 8, n. 3, pp. 487-506;

MUNICH W.M., *The Consequences of the EU's Envisaged Accession to the ECHR for the Protection of Fundamental Rights in EU Law Matters*, in HUBER P.M. (Hrsg.), *The EU and National Constitutional Law*, Boorberg Verlag, Stuttgart, 2012, pp. 93-106;

POLAKIEWICZ J., *EU Law and the ECHR: Will EU Accession to the European Convention on Human Rights square the circle?*, in *Fundamental Rights in Europe: A Matter For Two Courts*, Oxford Brookes University, 18 January 2013.

VEZZANI S., *The EU and its Member States Before the Strasbourg Court. A critical Appraisal of the Co-respondent Mechanism*, in G. REPETTO (ed.), *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, Intersentia, Cambridge, 2013, pp. 221-235;

(16 Febbraio 2015)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Sezione: Diritti, Costituzione e CEDU – Divieto di discriminazione

Titolo: *L'articolo 14 della CEDU come parametro autonomo di giudizio? Il caso Opuz
contro Turchia.*

Autore: ANTONELLO CIERVO

**Sentenza di
riferimento:** Corte eur.dir.uomo, Decisione del 9 settembre 2009, III sezione, *Opuz c. Turchia*
(ricorso n. 33401/02)

**Parametro
convenzionale:** Articoli 2, 3, 6, 13, 14 e 35

Parole chiave: Violenza domestica, lesioni personali, omicidio volontario, diritto alla vita,
trattamenti inumani e degradanti, principio di non discriminazione.

La sentenza in oggetto affronta un tema assai delicato e di grande attualità, quello cioè della violenza domestica nei confronti delle donne e di quali strumenti giuridici debbano essere impiegati dagli Stati membri del Consiglio d'Europa al fine di tutelare l'integrità fisica e psichica, oltre che la vita, di tutte coloro che denunciano le violenze subite in ambito familiare.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Di seguito i fatti: la madre della ricorrente sposa il signor A. O. in seconde nozze; A. O. ha già avuto un figlio dalla sua prima moglie, H. O. che, a partire dal 1990, inizia una relazione proprio con la ricorrente, la Signora Opuz.

Nonostante il particolare *ménage* familiare, la coppia vive felicemente i primi cinque anni di matrimonio, ma a partire dal 1995, H. O. inizia ad assumere un comportamento violento nei confronti della ricorrente e di sua madre. In ben sei circostanze diverse, tra il 1995 ed il 2001, la signora Opuz e sua madre subiscono minacce e percosse e, in una particolare circostanza, sono addirittura vittime di un tentato omicidio.

Nonostante la gravità dei fatti contestati, H. O. non è mai stato condannato da un tribunale turco e questo perché la ricorrente, dopo aver subito forti pressioni psicologiche da parte del marito, aveva ogni volta ritirato le denunce sporte nei confronti dell'uomo. Soltanto in seguito ad uno di questi casi di violenza, il quinto per l'esattezza, con un decreto penale del 23 maggio 2002, la Corte turca di Diyarbakir, si era limitata a comminare ad H. O. un'ammenda di 839.957.040 lire turche.

La situazione precipitava quando la signora Opuz, esasperata dalla condotta dell'uomo, decideva di allontanarsi dalla casa del marito insieme alla madre: nel corso del trasloco, infatti, H. O. uccise l'anziana donna con un colpo di arma da fuoco. Con sentenza definitiva del 26 marzo 2008, la Corte d'Assise di Diyarbakır condannava H. O. all'ergastolo per omicidio e detenzione illegale di arma da fuoco ma accertava che l'imputato aveva commesso il reato a seguito di provocazioni da parte della defunta, in quanto: *"she had induced his wife to lead an immoral life, like her own, and had been taking his wife and children away from him. He further alleged that on the day of the incident, when he asked the deceased where she was taking the furniture and where his wife was, the deceased had replied «F... off, I will take away your wife, and sell [her]». He stated that he had lost his temper and had shot her for the sake of his honour and children"* (cfr. il paragrafo 55 della sentenza).

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Rilevato quindi che H. O. aveva ucciso la suocera – nonché sua *"mother in law"* - al fine di tutelare il proprio onore e quello dei suoi figli e rilevata anche la sua buona condotta durante l'intero corso del procedimento, il giudice d'appello convertiva automaticamente la pena dell'ergastolo con quella alla detenzione per la durata di 15 anni e 10 mesi. In considerazione del tempo trascorso dal detenuto in custodia cautelare e in ragione del fatto che era stato proposto ricorso in Cassazione contro la sentenza, la Corte d'Appello turca aveva ordinato anche il rilascio immediato di H. O.

Ritornato in libertà, tuttavia, l'uomo continuava a minacciare la signora Opuz, arrivando persino a prendere contatti con il suo nuovo compagno, M. M., chiedendogli insistentemente l'indirizzo di casa e minacciandoli entrambi di morte. La signora Opuz e M. M. allora si rivolgevano più volte alle competenti autorità di polizia al fine di essere sottoposti ad un programma di protezione nei confronti di H. O., ma senza ottenere alcun tipo di risposta.

Adita la Corte di Strasburgo, il 21 novembre 2008 il Governo turco informava immediatamente i giudici europei che le autorità di polizia avevano adottato misure specifiche per proteggere la ricorrente dal suo ex marito. In particolare, la fotografia e le impronte digitali di H. O. erano state distribuite in tutte le stazioni di polizia della regione in modo tale che, in caso di ulteriori sue condotte illecite o nel caso di semplice avvicinamento presso i luoghi abitualmente frequentati dalla donna, gli agenti di pubblica sicurezza sarebbero potuti intervenire per arrestare l'uomo (cfr. il paragrafo 69 della sentenza).

Nel corso del dibattimento davanti alla Corte, il governo turco ha inoltre affermato che il ricorso della signora Opuz sarebbe stato inammissibile, in quanto la ricorrente non avrebbe osservato il termine di sei mesi dal verificarsi degli eventi oggetto del giudizio. In pratica, ad avviso del governo turco, tutti gli episodi di violenza denunciati dalla ricorrente tra il 1995 ed il 2001, avrebbero dovuto essere impugnati uno ad uno nei sei mesi successivi alla conclusione di ogni singolo procedimento, così come previsto dall'articolo 35, primo comma della CEDU.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

La Corte di Strasburgo rilevava però che la ricorrente aveva presentato la sua domanda nei sei mesi successivi alla condanna in appello di H. O. e che tutti i reiterati atti di violenza subiti da lei e dalla madre, tra il 1995 ed il 2001, dovevano essere considerati come un unico e continuato comportamento illecito nei confronti della signora Opuz da parte del marito, a nulla rilevando il ritiro delle denunce.

Nel dichiarare ricevibile il ricorso, la Corte ha riconosciuto, all'unanimità, la violazione dell'articolo 2 della Convenzione - per quanto riguarda la morte della madre della ricorrente - ed anche la violazione dell'articolo 3 CEDU, in quanto le autorità turche, nonostante le reiterate violenze e minacce subite dalla Opuz, non avevano adottato misure specifiche e idonee a proteggere la ricorrente dalle violenze domestiche perpetrate nei suoi confronti da parte di H. O.

In questa sede, ci soffermeremo in particolare sugli argomenti che sono stati impiegati dai giudici di Strasburgo al fine di accertare la violazione dell'articolo 14 della CEDU - che stabilisce il divieto di discriminazione - sollevato quest'ultimo in combinato disposto con gli articoli 2 e 3 della Convenzione medesima.

Ad avviso della ricorrente infatti (cfr. i paragrafi 178 ss. della decisione), il diritto interno turco sarebbe discriminatorio nei confronti delle donne, poiché all'interno della società turca esse vengono considerate come inferiori rispetto agli uomini. A riprova di quanto sostenuto, la signora Opuz ricorda che l'ex Codice civile, in vigore all'epoca dei fatti, conteneva numerose disposizioni discriminatorie nell'ambito del Diritto di famiglia, stabilendo, ad esempio, che l'uomo è il capo della famiglia e che la sua volontà prevale sempre su quella della donna.

Ad avviso della signora Opuz, anche il Codice penale turco considererebbe le donne come cittadine di seconda classe, ovvero come un bene di proprietà del marito: i reati sessuali, infatti, sono stati inclusi nella sezione intitolata "Crimini contro la morale pubblica e l'ordine familiare", mentre in realtà essi dovrebbero essere considerati come una lesione della libertà personale, oltre che dell'integrità fisica e psichica, della donna vittima di violenza. Per questa ragione, infatti, il

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Codice penale turco prevede delle sanzioni più lievi nei confronti di quei mariti che uccidono le rispettive mogli per motivi di onore: il fatto che ad H. O. sia stata comminata una pena di 15 anni, invece dell'ergastolo, deve allora considerarsi una corretta applicazione della normativa penale vigente nel paese.

Il governo turco, invece, ha affermato che non vi sarebbe stata alcuna discriminazione di genere nel caso *de quo*, dal momento che gli atti di violenza sono stati reciproci, poiché anche la signora Opuz, a seguito di vari litigi famigliari, aveva provato a ferire in più di una circostanza il marito con un coltello.

Il governo ha inoltre rilevato che a seguito di alcune riforme legislative varate tra il 2002 ed il 2004, riforme che hanno portato alla revisione di numerose disposizioni del Codice civile - soprattutto nell'ambito del Diritto di famiglia -, all'adozione di un nuovo Codice penale ed all'entrata in vigore della legge n. 4320 del 1998, la legge turca ormai prevede una serie di garanzie sufficienti a tutelare la libertà della donna e la sua integrità psico-fisica, nel rispetto delle convenzioni e degli standard internazionali.

La Corte di Strasburgo inquadra il problema alla luce della sua giurisprudenza pregressa, in particolare facendo riferimento al caso *D. H. e altri contro Repubblica ceca*, dove ha stabilito che uno Stato membro del Consiglio d'Europa pone in essere un comportamento discriminatorio in tutti quei casi in cui la legislazione interna regolamenta in maniera diversa, senza una giustificazione oggettiva e ragionevole, persone che si trovano in situazioni significativamente simili, ovvero quando stabilisce una politica generale o una misura legislativa che abbia effetti pregiudizievoli nei confronti di un particolare gruppo sociale.

Per quanto concerne invece l'onere della prova, in questo ambito la Corte ha stabilito che una volta che il ricorrente abbia dimostrato la sussistenza di questa disparità di trattamento, sarà allora compito dello Stato convenuto dimostrare che una simile disparità sia ragionevolmente giustificabile, alla luce dei principi generali dell'ordinamento normativo nazionale.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Secondo la costante giurisprudenza della Corte, pertanto, la prova può essere desunta anche sulla base di presunzioni di fatto purché evidenti, precise e concordanti: per questo motivo, argomentano i giudici di Strasburgo, anche le statistiche, ufficiali o meno, degli Stati del Consiglio d'Europa che rilevano la frequenza di determinati fenomeni sociali, potrebbero costituire, alla luce delle concrete questioni giuridiche oggetto della causa, prove giuridiche a tutti gli effetti.

La Corte, a questo punto (cfr. i paragrafi 185 ss. della decisione), rileva che nel caso delle donne vittime di violenza è necessario tenere in considerazione non soltanto il testo della Convenzione e la giurisprudenza pregressa della Corte, ma anche tutte quelle convenzioni internazionali che affrontano specificamente il problema della discriminazione di genere, oltre alle decisioni degli altri organismi internazionali che si sono espressi sulla questione.

La Corte EDU, a tal proposito, cita: a) l'articolo 1 della CEDAW – Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne -, approvata dall'Assemblea generale dell'ONU il 18 dicembre 1979 e che formula una definizione univoca del concetto di "discriminazione di genere"; b) la risoluzione n. 45/2003 delle Nazioni Unite per i diritti dell'uomo che ha stabilito espressamente il nesso causale che intercorre tra la violenza di genere e la discriminazione nei confronti delle donne, riconoscendo non solo che la maggior parte delle forme di violenza femminile si verifica all'interno dell'ambito familiare, ma anche che molte normative nazionali sono spesso di ostacolo ad una denuncia delle violenze subite, poiché non garantiscono alcun tipo di tutela *ex post* alle donne che hanno il coraggio di denunciare i loro uomini; c) la Convenzione di Belém do Pará, unica Convenzione regionale multilaterale che affronta, in maniera esclusiva, il problema della violenza contro le donne, sancendo il diritto di ogni donna a non essere vittima di alcun tipo di violenza, né ad essere oggetto di alcuna forma di discriminazione; d) la Commissione InterAmericana che, con riferimento al caso *Maria da Penha contro Brasile* del 2001, ha stabilito che la violenza contro le donne è una forma di discriminazione causata dall'incapacità degli Stati nazionali di esercitare la dovuta diligenza per prevenire - e comunque reprimere - la violenza domestica.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Ritornando al caso della signora Opuz, la Corte di Strasburgo dichiara di accogliere con favore le riforme realizzate dal governo turco, in particolare l'adozione della Legge n. 4320 del 1998 che prevedeva misure specifiche per la protezione delle donne contro la violenza domestica e, pertanto, desume che le discriminazioni oggetto della causa siano riconducibili ad un atteggiamento generale delle autorità locali, in particolare delle forze di polizia della regione dello Diyarbakir, che non hanno fornito una protezione efficace alla ricorrente.

Ciò sarebbe provato anche dalle statistiche presentate dalla donna nel corso della causa, statistiche stilate da due ONG - la *"Diyarbakir Bar Association"* e *"Amnesty International"* - in alcuni loro *dossier* informativi, la cui attendibilità non è mai stata contestata dal governo turco. Da queste statistiche, infatti, emergerebbe che la maggior parte delle vittime di violenza domestica in Turchia, vive proprio nella regione della ricorrente, dove è presente un'alta percentuale di donne di origine curda, analfabeta - o comunque con un basso livello d'istruzione - e senza alcuna fonte di reddito.

Da questi rapporti, ad avviso della Corte, emergerebbe anche l'inattuazione di fatto della già citata legge n. 4320 del 1998, in quanto i giudici turchi tendono a condannare gli uomini colpevoli di violenza domestica a punizioni non dissuasive, attenuando le pene carcerarie sulla base di motivi riconducibili al costume, alla tradizione o alla tutela del loro onore di capifamiglia. In quest'ottica, pertanto, è possibile desumere - ad avviso della Corte di Strasburgo - che la violenza domestica è tollerata dalle autorità locali della regione del Diyarbakir e che i rimedi apprestati dal governo turco non hanno prodotto risultati sufficienti ad arginare questo grave fenomeno sociale.

Alla luce delle suddette osservazioni, quindi, i giudici di Strasburgo hanno affermato che la richiedente è stata in grado di dimostrare, con il supporto delle informazioni statistiche depositate nel corso del processo, che l'atteggiamento di generale passività e, quindi, discriminatorio da parte delle forze dell'ordine e delle autorità giudiziarie turche, ha creato un *favor* di impunità nei confronti degli uomini che si macchiano del reato di violenza domestica.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

La Corte, quindi, ritiene che il sistema penale e giudiziario turco non svolgerebbe una sufficiente azione deterrente in grado di garantire l'efficace prevenzione degli atti illeciti come quelli che hanno visto la signora Opuz e sua madre come vittime. Pertanto, alla luce delle suddette motivazioni, la Corte ha dichiarato la violazione dell'articolo 14 della Convenzione, letto in combinato disposto con gli articoli 2 e 3 della CEDU.

Al termine di questa nostra analisi, sia consentito svolgere una brevissima osservazione sulla sentenza in oggetto e che riguarda, in particolare, il percorso argomentativo utilizzato dalla Corte di Strasburgo al fine di dichiarare la violazione dell'articolo 14 CEDU.

Ci sembra, infatti, di poter affermare che per la prima volta nella sua giurisprudenza, la Corte abbia impiegato in maniera autonoma l'articolo 14 della Convenzione così da condannare uno Stato del Consiglio d'Europa anche se, almeno sotto il profilo formale, la signora Opuz aveva chiesto ai giudici di Strasburgo l'accertamento della violazione del suddetto articolo, in combinato disposto con il diritto alla vita e con il divieto di trattamenti inumani e degradanti.

Del resto, sono gli stessi argomenti impiegati dalla Corte a dimostrarci che l'articolo 14 della Convenzione è stato utilizzato, in questa fattispecie, come parametro autonomo di giudizio al fine di accertare una violazione della CEDU. Bisogna anche riconoscere, tuttavia, che la fattispecie concreta si prestava facilmente ad una violazione specifica del suddetto parametro convenzionale, vertendo la causa proprio sulla legislazione interna di uno Stato membro del Consiglio d'Europa molto legato ad una visione patriarcale dei rapporti familiari, quale è appunto la Turchia.

Sarà interessante, in futuro, vedere se questa sentenza dovrà essere considerata un caso isolato – per la peculiarità dell'oggetto del giudizio e per la specificità del contesto in cui i fatti si sono verificati – oppure se aprirà la strada ad un nuovo filone giurisprudenziale della Corte, un filone in cui l'articolo 14 della Convenzione potrà finalmente iniziare ad essere utilizzato come parametro autonomo di giudizio, al fine di accertare una violazione della CEDU.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Precedenti

Conformi (sotto il profilo dell'interpretazione dell'articolo 14 CEDU e per quanto concerne l'utilizzo di prove specifiche durante il procedimento davanti alla Corte): *Kenar c. Turchia*, n. 67215/01; *D. H. e altri c. Repubblica ceca*, n. 57325/00; *Willis c. Regno Unito*, n. 36042/97; *Okpiz c. Germania*, n. 59140/00; *Ugo Giordano c. Regno Unito*, n. 24746/94; *Hoogendijk c. Paesi Bassi*, n. 58461/00.

Profili di diritto interno

Nessuno

Riferimenti bibliografici

C. Picheral, *Discrimination raciale et CEDH (L'apport de la jurisprudence)*, in *RTDH*, 2001, pp. 517 ss.;

H. Surrel, *Les juges européens confrontés à l'interprétation des différences de traitement fonde sur le sexe*, in *RTDH*, 2004, pp. 141 ss.

(28.02.2010)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Sezione: Diritti, Costituzione e CEDU – Divieto di discriminazione

Titolo: *La "mala sanità" arriva a Strasburgo: l'Italia condannata per la mancata rivalutazione annuale dell'indennità complementare corrisposta per danno derivante da trasfusione di sangue infetto*

Autore: ANTONELLO CIERVO

Sentenza di riferimento: Corte eur.dir.uomo, *M. C. e altri contro Italia*, decisione del 3 settembre 2013, II sezione (ricorso n. 5376/2011)

Parametro convenzionale: Articolo 6, primo comma; articolo 14; articolo 1 del Protocollo n. 1; articolo 46.

Parole chiave: Giusto processo; interpretazione autentica; non discriminazione; salute; proprietà.

Con una recente sentenza della II sezione, la Corte di Strasburgo ha avuto modo di prendere posizione, con un *arrêt pilote* ai sensi dell'articolo 46 CEDU, su di un'annosa controversia giuridica avente ad oggetto il risarcimento dei cittadini italiani che avevano contratto gravi e perduranti malattie, a causa di trasfusioni errate o derivanti da sangue contaminato, poste in essere nel corso dell'ultimo ventennio dagli istituti sanitari pubblici. In particolare, oggetto della sentenza in commento è stata l'interpretazione giurisprudenziale (oltre che le successive modifiche normative) della legge n. 210 del 1992 la quale stabiliva – all'articolo 1, primo comma – che *"chiunque abbia*

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

*riportato, a causa di vaccinazioni obbligatorie per legge o per ordinanza di una autorità sanitaria italiana, lesioni o infermità, dalle quali sia derivata una menomazione permanente della integrità psicofisica, ha diritto ad un indennizzo da parte dello Stato". Il medesimo art. 1, al comma 3 disponeva, inoltre, che "i benefici di cui alla presente legge spettano altresì a coloro che presentino danni irreversibili da epatiti post-trasfusionali", mentre l'art. 2, comma 1, stabiliva che l'indennizzo *de quo* dovesse consistere in un assegno reversibile per almeno quindici anni, cumulabile con ogni altro emolumento a qualsiasi titolo percepito e rivalutato annualmente sulla base del tasso d'inflazione programmato. L'indennità in oggetto, che sarebbe spettata sia ai malati, sia agli eredi di coloro che erano morti a seguito di questo tipo di trasfusioni, risultava così composta da due parti o voci, una fissa ed una complementare (la c. d. "Indennità integrativa speciale", d'ora in avanti IIS).*

Ad oltre un decennio di distanza dall'emanazione della legge n. 210 del 1992, il Parlamento italiano ritornava sulla questione e con la legge n. 229 del 2005 stabiliva una indennità supplementare aggiuntiva per quelle persone che avevano subito un danno alla loro salute, in ragione della sottoposizione obbligatoria ad un vaccino, indennità questa che sarebbe stata soggetta ad una rivalutazione annua indicizzata al tasso d'inflazione. Inoltre, un successivo Decreto del Ministro del lavoro, datato 2 ottobre 2009, estendeva il numero dei beneficiari di quest'ulteriore indennità, sottoposta al regime di rivalutazione annuo, anche alle persone affette da talidomide.

La Corte di Cassazione, quanto meno a far data dal 28 luglio 2005, con la sentenza n. 15.894, interpretava l'articolo 2 della legge n. 210 del 1992 in senso estensivo, riconoscendo ai ricorrenti il diritto alla rivalutazione annua sia dell'indennità di base, sia della IIS. Tuttavia, a partire dalla sentenza n. 2.170 del 2009, sempre la Corte di Cassazione poneva in essere un *revirement* ermeneutico della propria giurisprudenza, stabilendo che né l'indennità di base, né la IIS potessero essere sottoposte a rivalutazione annua, in quanto l'articolo 32 della Costituzione, garantendo la tutela del diritto alla salute, non impone al legislatore di stabilire la quantificazione del danno



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

medico patito sulla base di parametri fissi (quale è, appunto, l'indice di rivalutazione annua legata all'andamento del tasso di inflazione), ma soltanto in maniera "equa e ragionevole".

A causa del *revirement* giurisprudenziale della Corte di Cassazione, quindi, e in ragione dell'incertezza ermeneutica che ne derivava rispetto ai casi ancora pendenti innanzi ai giudici di prima e seconda istanza, il legislatore italiano interveniva nuovamente sulla materia con un Decreto-legge (il n. 78 del 2010) il quale prevedeva una norma di interpretazione autentica dell'articolo 2 della legge n. 210 del 1992. Con questa disposizione, il Governo italiano stabiliva due principi generali ossia: a) che la rivalutazione dell'indennità prevista per il danno medico patito poteva aversi soltanto limitatamente alla somma base, ma non con riferimento alla ISS; b) che tutti i casi ancora pendenti, al momento dell'entrata in vigore del Decreto-legge, si sarebbero dovuti risolvere nel senso della non rivalutabilità della IIS.

La questione, tuttavia, si complicava ulteriormente in ragione di una sentenza della Corte costituzionale, la n. 293 del 2011, successiva all'entrata in vigore del suddetto Decreto-legge, con cui la Consulta dichiarava la violazione dell'articolo 3, primo comma, della Costituzione con riferimento all'equiparazione, da parte del legislatore, del godimento dell'indennità in oggetto tra coloro che erano affetti da sindrome da talidomide e coloro che invece erano affetti da epatite post-trasfusione.

Ad avviso della Corte, infatti, "... *la ratio del beneficio concesso a tali persone [quelle cioè affette da sindrome da talidomide] è da ravvisare nell'immissione in commercio del detto farmaco in assenza di adeguati controlli sanitari sui suoi effetti, sicché esso ha fondamento analogo, se non identico, a quello del beneficio introdotto dall'art. 1, comma 3, della legge n. 210 del 1992... A questi è riconosciuta la rivalutazione annuale dell'intero indennizzo, mentre alle prime [cioè a coloro che sono affetti da epatite post-trasfusione] la rivalutazione (sulla base del tasso di inflazione programmato: art. 2, comma 1, legge n. 210 del 1992) è negata proprio sulla componente diretta a coprire la maggior parte dell'indennizzo stesso, con la conseguenza, tra l'altro, che soltanto questo rimane esposto alla progressiva erosione derivante dalla svalutazione.*

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

E ciò ad onta delle caratteristiche omogenee... riscontrate tra i due benefici" (così al punto 5. 1. del "Considerato in Diritto" della sentenza n 293/2011).

Pertanto, la Corte costituzionale dichiarava l'illegittimità dell'art. 11, comma 13 del Decreto-legge n. 78 del 2010, oltre al successivo comma 14, trattandosi di disposizione quest'ultima strettamente connessa alla precedente, in quanto diretta a regolare gli effetti intertemporali della norma interpretativa. La giurisprudenza della Corte di Cassazione successiva alla decisione della Consulta, quindi, si atteneva al principio di diritto stabilito nella sentenza n. 293/2011, riconoscendo non soltanto che la IIS per danni medici derivanti da trasfusione dovesse essere rivalutata annualmente, ma anche che alla sentenza del Giudice delle leggi dovesse essere riconosciuta, in questo caso, un'efficacia retroattiva.

La questione giunge così innanzi alla Corte di Strasburgo, dove vengono depositate ben 162 richieste di condanna per l'Italia, richieste che vengono tutte riunite in un unico procedimento e che vedono un ampio spettro di doglianze da parte degli attori. Questi ultimi, infatti, vengono divisi dalla Corte EDU addirittura in cinque gruppi differenti: 1) coloro che hanno ottenuto una rivalutazione piena della IIS, in ragione di una sentenza passata in giudicato; 2) coloro che hanno ottenuto una rivalutazione piena della IIS, in ragione di una sentenza passata in giudicato, ma ancora non liquidata dalle autorità competenti in ragione della normativa sopravvenuta; 3) coloro che hanno una causa ancora pendente e che, quindi, versano in uno stato di incertezza sugli esiti giurisprudenziali del loro processo; 4) coloro che avevano ottenuto una sentenza passata in giudicato in primo ovvero in secondo grado, antecedentemente all'entrata in vigore del Decreto-legge n. 78/2010, ma che non avevano ottenuto una rivalutazione piena della loro indennità e che, in ragione dell'entrata in vigore del suddetto Decreto, avevano rinunciato a ricorrere in appello ovvero in Cassazione, al fine di ottenere la rivalutazione piena della IIS; 5) coloro che non hanno mai ottenuto una rivalutazione della IIS, né hanno mai adito i giudici interni per ottenerla.

La Corte di Strasburgo, dopo aver dichiarato ricevibili tutte le domande, accerta una violazione dell'articolo 6, primo comma della CEDU, dell'articolo 1 del protocollo n. 1 alla

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Convenzione e dell'articolo 14, quest'ultimo letto in combinato disposto con l'articolo 1 del protocollo n. 1 alla Convenzione, oltre a dichiarare l'attivazione della procedura prevista dall'articolo 46 della Convenzione per i c. d. "casi pilota", per quanto riguarda le modalità di risarcimento degli attori, successivamente al passaggio in giudicato della sentenza della Corte stessa.

Con riferimento alla violazione dell'articolo 6, primo comma, i giudici rilevano come quello della rivalutazione annuale della IIS sia stata una questione giuridica al centro di un complesso contrasto giurisprudenziale in Italia, contrasto vertente l'interpretazione della legge n. 210/1992 che si era risolto con l'adozione del Decreto-legge n. 78/2010 in cui si formulava un'interpretazione autentica (del Governo prima, e del Parlamento poi) della suddetta normativa. Tuttavia, fornendo una simile interpretazione autentica della norma – che non soltanto aveva un'efficacia retroattiva, ma che addirittura precludeva ai ricorrenti la possibilità di ottenere la rivalutazione della IIS in via giurisprudenziale – ad avviso della Corte di Strasburgo, l'Italia non aveva in alcun modo perseguito un *"impérieux motif d'intérêt général"* – ossia il principio della preminenza del diritto, oltre che il diritto di una parte degli attuali ricorrenti ad un processo equo –, bensì aveva perseguito il solo scopo di preservare il bilancio statale da gravosi esborsi finanziari.

Per quanto concerne, invece, la violazione dell'articolo 1 al protocollo n. 1, la Corte individua il bene della vita leso dalle autorità italiane in un interesse patrimoniale dei ricorrenti (la rivalutazione della IIS) il cui godimento costituiva quanto meno una "speranza legittima" di risarcimento, speranza che è venuta meno – da qui, ad avviso della Corte EDU, un'ingerenza da parte dello Stato nel diritto dei ricorrenti al rispetto dei loro beni patrimoniali – nel momento in cui è stato adottato il Decreto-legge n. 78/2010, il quale ha precluso e/o interrotto l'esecuzione di quelle sentenze favorevoli alla rivalutazione annuale piena della IIS.

I giudici di Strasburgo, al riguardo, accordano una particolare importanza (si veda il §. 84 della sentenza) al fatto che la IIS rappresenti da sola più del 90 % dell'indennità dei ricorrenti: pertanto, con l'adozione del Decreto-legge n. 78/2010, l'Italia ha fatto pesare "... une « charge

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

anormale et exorbitante » sur les requérants et l'atteinte portée à leurs biens a revêtu un caractère disproportionné, rompant le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et la sauvegarde des droits fondamentaux des individus" (così al §. 85).

Per quanto riguarda, infine, la violazione dell'articolo 14 della CEDU, letto in combinato disposto con l'articolo 1 del Protocollo n. 12 alla Convenzione, la Corte di Strasburgo rileva subito la mancata applicazione *ratione personae* della seconda disposizione impugnata dai ricorrenti, in quanto il suddetto Protocollo non è stato ancora ratificato dall'Italia, mentre dichiara la lesione del primo parametro normativo, riportandosi alla sentenza n. 293/2011 della Corte costituzionale. Ad avviso dei giudici, infatti, nei confronti delle persone infette a seguito di una trasfusione di sangue (e non a seguito di una vaccinazione obbligatoria stabilita per legge), "... *une obligation générale de solidarité de la société ne pouvait pas être imposée. La Cour ne voit pas de raison valable pour conclure différemment* [dalla Corte costituzionale italiana] *en l'espèce. Elle partage donc l'avis des juridictions internes selon lequel les deux catégories de personnes en question ne sont pas dans une situation comparable"* (così ai §§. 96 e 97).

Tuttavia, al di là delle pur gravi violazioni della Convenzione, la Corte di Strasburgo decide, nel caso *de quo*, addirittura di attivare la procedura prevista all'articolo 46 CEDU, attivabile d'ufficio in tutti quei casi in cui viene rilevata una violazione strutturale della Convenzione da parte di uno degli Stati membri del Consiglio d'Europa, anche al fine di indicare le misure ovvero le azioni particolari che lo Stato chiamato in causa dovrà prendere in futuro, per porre rimedio alle carenze strutturali del proprio ordinamento giuridico. Si tratta, insomma, di una vera e propria procedura di sorveglianza da parte delle istituzioni del Consiglio d'Europa, in particolare del Comitato dei Ministri, nei confronti del nostro Paese, al fine di facilitare la risoluzione del caso nel minor tempo possibile, in maniera efficace ed effettiva.

Pertanto, la Corte invita l'Italia a fissare, nei sei mesi successivi a partire dal giorno in cui la sentenza diventerà definitiva, "... *un délai impératif dans lequel il s'engage à garantir, par des mesures légales et administratives appropriées, la réalisation effective et rapide des droits en*

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

question" (così al §. 120 della sentenza), oltre che a corrispondere – nello stesso lasso temporale – la rivalutazione della IIS “... *à toute personne bénéficiant de l'indemnité prévue par la loi no. 210/1992, à partir du moment où cette dernière lui a été reconnue, que l'intéressé ait ou n'ait pas introduit une procédure visant l'obtention de celle-ci*” (ivi).

Profili di diritto interno

a) normativa:

Legge n. 210 del 25 febbraio 1992

Legge n. 229 del 29 ottobre 2005

Legge n. 244 del 24 dicembre 2007

Decreto del Ministro del Lavoro n. 163 del 2 ottobre 2009

Decreto-legge n. 78 del 31 maggio 2010

b) giurisprudenza:

Corte di Cassazione, sentenza n. 18.109 del 27 agosto 2007

Corte di Cassazione, sentenza n. 22.112 del 19 ottobre 2009

Corte costituzionale, sentenza n. 293 del 9 novembre 2011

Corte di Cassazione, ordinanza n. 29.080 del 27 dicembre 2011

Corte d'Appello di L'Aquila, sentenza n. 5 del 12 gennaio 2012

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Corte d'Appello di Milano, sentenza n. 186 del 5 marzo 2012

Corte d'Appello di Sassari, sentenza n. 95 del 4 aprile 2012

Precedenti

Nessuno

Riferimenti bibliografici

P. Frati, G. Montanari Vergallo, *La tutela risarcitoria dei pazienti danneggiati da emotrasfusioni infette*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2009, pp. 39-70;

F. Greco, *La responsabilità del Ministero della Salute per emotrasfusioni infette*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2007, pp. 1375-1385;

M. Poto, *Le emotrasfusioni infette, i nuovi traguardi della giurisprudenza di merito, la posizione della Cassazione*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2006, pp. 124-128.

(17. 09. 2013)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Sezione: Diritti, Costituzione e CEDU – Divieto di discriminazione

Titolo: *Illegittimo per violazione degli artt. 8 e 14 CEDU l'obbligo del cognome paterno*

Autore: STEFANIA STEFANELLI

Sentenza di riferimento: Cusan e Fazzo c. Italia, sentenza 7 gennaio 2014, II sezione (ricorso n. 77/2007)

Parametro convenzionale: Articolo 8; articolo 14; articolo 5 del Protocollo n. 7; articolo 46.

Parole chiave: Vita privata e familiare; nome; non discriminazione nella trasmissione del cognome

1. *La decisione.*- La pronuncia in commento costituisce un precedente di notevole rilievo, e di altrettanto prevedibile impatto, sulla disciplina italiana del cognome dei figli, che da tempo raccoglie la critica quasi unanime della dottrina ed alcune interessanti aperture della Corte Costituzionale, della Corte di Cassazione, del Consiglio di Stato e della giurisprudenza di merito, ma resta tuttora negletta, anche all'esito dell'approvazione della l. 219 del 19 dicembre 2012 sullo stato giuridico unitario dei figli, e del relativo decreto delegato, n. 154 del 28 dicembre 2013.

Il caso origina dal rifiuto dell'Ufficiale di stato civile, richiesto di ricevere la dichiarazione di nascita di una figlia di coppia coniugata, di imporre alla bambina il cognome materno, pur constando in tal senso l'unanime volontà dei genitori.

Il ricorso avverso il provvedimento veniva rigettato tanto in primo grado che in appello, e l'analoga decisione del giudizio di legittimità dipendeva dalla dichiarazione di inammissibilità della sollevata questione di legittimità costituzionale dell'obbligo del patronimico, pur apprezzata alla stregua degli obblighi nascenti dall'adesione alla Convenzione EDU, con cui la Consulta, pur riconoscendo che la regola denunciata è retaggio di una concezione patriarcale della famiglia incompatibile con il principio di parità di cui agli artt. 3 e 30 Cost., come con le fonti internazionali pertinenti, aveva tuttavia rinunciato ad eliderne l'efficacia, per rimettere alla discrezionalità del legislatore la scelta tra le differenti opzioni praticabili, ed effettivamente ipotizzate da diversi progetti di legge (Corte Cost. 16 febbraio 2006, n. 61).

Pur avendo ottenuto l'aggiunta del cognome materno con decreto del Prefetto di Milano, cui la competenza era stata trasferita con D.P.R. n.54 del 13 marzo 2012, in luogo di quella previgente



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

del Ministro dell'Interno, i ricorrenti lamentavano il permanere della violazione del proprio diritto di imporre ai figli il cognome materno, nell'esercizio del diritto al rispetto della vita privata e familiare, di cui all'art.8 della Convenzione, e in attuazione del divieto di discriminazione di genere, di cui all'art 14.

Non è infatti comunque possibile, in forza della legislazione vigente, imporre ai figli di genitori coniugati il solo cognome materno, fin dalla nascita, ma solo aggiungerlo, eventualmente ed all'esito di un procedimento amministrativo caratterizzato da discrezionalità, a quello, nativo, paterno. Sul punto già negli anni immediatamente successivi alla riforma del 1975 erano state sollevate questioni di costituzionalità, respinte sulla base della considerazione per cui l'innegabile limite all'uguaglianza tra i coniugi fosse giustificato dall'esigenza di salvaguardare l'unità della famiglia (Corte Cost., ord. 11 febbraio 1988, n. 176; ord. 19 maggio 1988, n. 586). Dopo l'apertura di cui alla citata, più recente, decisione (Corte Cost. 16 febbraio 2006, n. 61), che non mancava di notare come le esigenze di unità della famiglia potessero essere salvaguardate da regole più rispettose del canone di cui agli artt. 3 e 30 Cost., la Corte di Cassazione ha inaugurato un nuovo orientamento, ispirato alla collaborazione tra le Corti, rimettendo alle Sezioni Unite (la cui decisione è tuttavia mancata, per abbandono del ricorso) la questione circa l'ammissibilità di una interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina vigente, che consenta la trasmissione del cognome materno o di quello di entrambi i genitori allorché sussista una richiesta concorde in tal senso (Cass., ord. 22 settembre 2008, n. 23934).

Su tale aspetto si accentra l'apprezzamento della ricevibilità del ricorso nel procedimento in oggetto, concordando la Corte di Strasburgo con la denunciata qualità dei genitori di vittime dell'inadempimento statale alle richiamate disposizioni convenzionali, giacché il cambiamento di cognome pur autorizzato con provvedimento amministrativo, non aveva realizzato la richiesta attribuzione, fin dalla nascita della figlia, del solo matronimico.

Non facendo mistero della consapevolezza che la propria decisione avrebbe orientato i giudici interni, né della novità della questione riguardo alla normativa italiana, la Corte richiama e rafforza il proprio costante orientamento in favore della "progressiva piena eliminazione di qualsiasi discriminazione tra padre e madre nella scelta del nome da imporre ai figli", a dispetto della tradizione di manifestare l'unità della famiglia attraverso l'obbligatoria trasmissione del cognome paterno, che al contrario realizza il differente trattamento di due situazioni identiche – quelle dei genitori coniugati nell'esercizio della facoltà di scelta del nome da attribuire ai propri figli – consentendo all'uno e non all'altra l'attribuzione al figlio del proprio cognome di famiglia.

La pronuncia travolge l'inderogabilità della regola del patronimico, in quanto eccessivamente rigida e discriminatoria verso le donne, sebbene possa rivelarsi necessaria nella pratica, si fonda, significativamente, anche sull'apprezzamento del sostanziale isolamento della disciplina nostrana rispetto a quelle vigenti negli altri Stati aderenti, aperte alla scelta concorde dei genitori, coniugati o meno, circa il cognome dei figli ed, eventualmente, quello familiare.

Applicando l'art. 14 in combinato disposto con l'art. 8, la Corte ribadisce infatti la propria competenza a valutare, nella prospettiva dell'evoluzione che interessa non solo lo Stato resistente, ma tutti quelli contraenti, la ragionevolezza del margine di discrezionalità nell'introduzione di un trattamento differenziato per talune situazioni protette dalla Convenzione pur riconosciuta al legislatore interno, ma solo allorché sussista un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

prescelti e lo scopo perseguito, da valutarsi anch'esso "alla luce dei principi generalmente prevalenti nelle società democratiche".

Riveste funzione determinante per l'esito del giudizio l'aver annoverato il nome tra gli aspetti della vita privata e familiare, quale strumento di identificazione personale e di collegamento ad una stirpe (sulla scorta di quanto deciso in *Burghartz c. Svizzera*, *Stjerna c. Finlandia*, *Ünal Tekeli c. Turchia*, *Daróczy c. Ungheria*), e l'attrazione della facoltà di scelta del nome da imporre ai figli alla sfera privata dei genitori (come in *Guillot c. Francia*, in *Johansson c. Finlandia*, e *Salonen c. Finlandia*), e non solo ad esigenze giuspubblicistiche di identificazione delle persone.

2. *Profili di diritto interno e comparato.* - La trasmissione automatica ed inderogabile del cognome paterno al figlio nato in costanza di matrimonio, nel difetto di una disposizione che esplicitamente la imponga, si intende derivarsi da una norma di origine consuetudinaria ovvero, secondo una più recente impostazione, accolta anche da Corte Cost., ord. 16 febbraio 2006 n. 61, desumibile e presupposta dal sistema delle disposizioni di cui agli artt. 237, 262, 299 c.c., art. 72, comma 1, R.D. n. 1239 del 1939, art. 33 e 34 D.P.R. 396 del 2000.

Al contrario, il cognome del figlio nato fuori del matrimonio è retto dall'art. 262 c.c., in funzione della precedenza del riconoscimento, sicché il patronimico è la regola solo qualora i genitori provvedano all'atto costitutivo dello *status* contemporaneamente, con dichiarazione ricevuta dall'Ufficiale di stato civile o dal direttore sanitario dell'ospedale in cui è avvenuto il parto.

Non è eccezionale che il figlio non matrimoniale porti solo il cognome materno o quelli di entrambi i genitori, in conseguenza dell'aggiunta del nome familiare di quello che abbia provveduto per secondo al riconoscimento, ed all'apprezzamento dell'interesse del minore al mantenimento del cognome già attribuitogli alla nascita. La decisione è rimessa all'ampia discrezionalità del giudice *ex art. 262, comma 3, c.c.*, nell'esercizio del «potere-dovere di prendere in esame ognuna delle soluzioni in detta disposizione previste, avendo riguardo all'unico criterio di riferimento dell'interesse del minore e con esclusione di qualsiasi automaticità nell'attribuzione del cognome, pure in ordine all'assunzione del patronimico» (Cass., sez. I, 29 maggio 2009, n. 12670). La previsione non è, in altri termini, in alcun modo ispirata all'esigenza di celare la nascita fuori del matrimonio attraverso l'assimilazione alla cognominazione dei figli di genitori coniugati, quanto invece alla tutela dell'interesse del figlio a conservare il cognome originario che sia divenuto autonomo segno distintivo della sua identità personale.

Il descritto differente regime evidenzia, secondo la dottrina maggioritaria, un elemento critico e di conflitto con il pari statuto riconosciuto ai figli, indipendentemente dallo stato personale dei genitori, dalla legge 219 del 2012 attraverso la novella dell'art. 315 c.c.; si realizza, in altri termini, una disparità di trattamento di situazioni soggettive analoghe censurabile ai sensi dell'art. 3 e 30 Cost., anche sotto il profilo dell'uguaglianza tra uomo e donna.

Come notato da Cass., sez. I, 29 maggio 2009, n. 12670, l'attribuzione del patronimico risulta incompatibile inoltre con disposizioni di ordine sopranazionale, apprezzabili nel sindacato di costituzionalità *ex art. 117 Cost.*: segnatamente, oltre gli artt. 8 e 14 della Convenzione EDU parametro della decisione in commento, l'art. 16, comma 1, lettera g, della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, adottata a New York



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

il 18 dicembre 1979, ratificata con L. 132 del 14 marzo 1985; gli artt. 12 e 17 del Trattato CE, con riguardo alla discriminazione in base alla nazionalità realizzata dalla rettifica del cognome attribuito secondo la legge del Paese dell'Unione di cui il soggetto abbia (anche) la cittadinanza; la risoluzione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa del 27 settembre 1978, n. 376, e le raccomandazioni del Consiglio d'Europa del 28 aprile 1995, n. 1271, e del 18 marzo 1998, n. 1362.

Tanto fonda, in dottrina, la severa condanna dell'opzione accolta dal ordinamento nazionale, perché «decisamente datato e superato nel tempo odierno del pluricentrismo normativo e della tutela multilivello dei diritti» (così, da ultimo, M. TRIMARCHI, *Il cognome dei figli: un'occasione perduta dalla riforma*).

Nel panorama europeo la regola patronimica appare avere, come rilevato dalla Corte, una dimensione regionale ed isolata.

Il code civil francese, artt. 311-21 e ss., riconosce ai genitori, in sede di simultanea dichiarazione di nascita, ed indipendentemente dal vincolo di coniugio tra gli stessi, la scelta del cognome da attribuire al figlio, che sia quello del padre, quello della madre o entrambi, nell'ordine preferito. In difetto di scelta concorde, si attribuisce il cognome del genitore nei cui confronti la filiazione venga per primo stabilita, anche con accertamento giudiziale, ed il patronimico è regola sussidiaria solo nell'accertamento simultaneo. Il doppio cognome, o il mutamento di quello singolo originariamente attribuito, possono altresì derivare dalla dichiarazione congiunta successiva all'accertamento del secondo legame di filiazione, con il consenso necessario del minore che abbia compiuto i tredici anni. Il cognome prescelto per il primogenito si estende agli altri figli della coppia. Identiche regole valgono anche per l'adozione di minorenni.

Il BGB tedesco, §1616-1618 e § 1355 risolve la questione attraverso l'assegnazione ai figli del cognome coniugale (*Ehename*) prescelto dai genitori al tempo del matrimonio tra quelli delle famiglie di origine, ed eventualmente aggiunto ad essi. In difetto, ove la potestà spetta ad entrambi, i genitori possono, con dichiarazione resa all'Ufficiale di stato civile, assegnare ai figli il cognome paterno o quello materno; in difetto di accordo entro un mese dalla nascita del figlio, il Tribunale della famiglia (*Familiengericht*) assegna un termine ad uno dei genitori per la scelta, e nella sua perdurante inerzia il figlio assume il cognome del costui. Se i genitori non portano alcun cognome coniugale, ovvero non sono coniugati e comunque allorché lo *status filiationis* sia stabilito nei confronti di uno solo dei genitori, il figlio riceve il cognome che porta tale genitore al momento della nascita del figlio (1617a).

Parzialmente difforme è l'opzione accolta dal **legislatore elvetico**, a partire dal 1 gennaio 2013, con la limitazione della scelta del cognome coniugale a quello di uno solo degli sposi o dei *partner* dell'unione domestica registrata, cognome che viene trasmesso ai relativi figli; la scelta può essere modificata entro l'anno dalla nascita del figlio, in favore del cognome di uno dei genitori. Al cambiamento, conseguente anche all'applicazione del diritto transitorio, deve consentire il minore dodicenne. La regola per il figlio di genitori non coniugati è il matronimico, con facoltà di deroga per accordo tra i genitori nei cui confronti sia stabilita la filiazione, entro il medesimo termine annuale.

Il matronimico vige in difetto di accordo ovvero qualora non sia accertata la paternità, e infine allorché il padre sia coniugato con donna diversa dalla madre, anche in **Belgio**, ai sensi dell'art. 335 c.c.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Nel **Regno Unito**, sono i genitori, investiti della *parental responsibility*, ad essere investiti della potestà di scelta, attribuendo al figlio, in sede di dichiarazione della nascita ed a prescindere dall'eventuale loro *status* coniugale, il cognome del padre, della madre o di entrambi i genitori, ovvero anche un cognome diverso dal proprio. Una nuova registrazione è necessaria in caso di successivo matrimonio dei genitori. L'adozione o l'accertamento della filiazione producono, con l'accordo dei genitori ovvero per statuizione giudiziale, la modifica del cognome originario con la formazione di un nuovo atto di nascita.

L'art. 109 del **codigo civil spagnolo** ha introdotto, fin dal 1999, la regola del doppio cognome dei figli, derivato dal primo cognome di entrambi i genitori coniugati, nell'ordine deciso dal loro accordo. In difetto, è data precedenza al primo cognome paterno, con facoltà di modifica su istanza del figlio maggiorenne. Identica la cognominizzazione dei figli naturali, ove la filiazione sia stabilita nei confronti di entrambi i genitori, mentre nell'alternativa il figlio assume entrambi i cognomi del genitore che lo abbia riconosciuto. Analoghe disposizioni regolano l'attribuzione del cognome del figlio adottato da una coppia o da una persona singola.

In **Portogallo** (art. 1875 c.c.) vige analoga disciplina, ma i cognomi possono essere anche quattro, due da ciascuno ramo genitoriale, ed i fratelli germani possono portare cognomi differenti.

L'art. 1505 del **codice civile greco** accoglie l'opzione del cognome coniugale, da scegliersi per i coniugi e per i figli tra quelli portati da ciascuno degli sposi o dall'accostamento degli stessi, nella mancanza di accordo prevale il patronimico.

3. *Proposta di legge attuativa della decisione.*- I ricorrenti, evidenziando il potere discrezionale riconosciuto all'amministrazione prefettizia in sede di apprezzamento delle ragioni che fondano la domanda di modifica del cognome, anche per aggiunta (su v., da ultimo TAR Liguria, 13 gennaio 2012, n. 57), domandavano alla Corte di invitare il Governo a introdurre le riforme legislative necessarie a garantire la parità tra i sessi e gli sposi.

In attuazione dell'art. 46 e secondo la riconosciuta consuetudine di identificare l'origine dell'inadempimento accertato nella legislazione nazionale, allo scopo di aiutare lo Stato contraente ad adottare la soluzione appropriata ed il Comitato dei Ministri dell'Unione a verificarne l'adeguamento alla sentenza sanzionatoria, la Corte non manca di rilevare come «debbono essere adottate nella legislazione o nella prassi italiana le riforme necessarie a rendere la legislazione e la prassi compatibili con le conclusioni cui è giunta questa decisione, assicurando il rispetto delle esigenze di cui agli artt. 8 e 14 della Convenzione», ossia per garantire l'eguaglianza tra i sessi e tra gli sposi rispetto alla trasmissione del cognome familiare ai figli.

L'ampia eco della decisione sembra aver impresso una sensibile accelerazione al processo di innovazione della disciplina, che ha visto pendere all'esame delle Camere, nelle ultime Legislature, numerosi progetti di iniziativa parlamentare, sui quali non si è registrata alcuna sostanziale convergenza.

Il Consiglio dei Ministri del 10 gennaio 2014 ha annunciato il primo articolato testo di un disegno di legge attuativo della decisione in commento, da perfezionarsi attraverso la partecipazione di un gruppo di lavoro costituito presso la Presidenza del Consiglio, con i rappresentanti dei Ministeri dell'Interno, degli Affari Esteri, della Giustizia e delle Pari Opportunità.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Alla data in cui si scrive, è nota l'intenzione di attribuire all'accordo dei genitori coniugati la scelta, in sede di dichiarazione di nascita, del cognome da attribuire ai figli, indicando tra le opzioni quello materno, paterno o anche entrambi. In difetto di scelta prevarrebbe il patronimico

Identica previsione dovrebbe regolare il cognome del figlio non matrimoniale: la disposizione dovrebbe, allora, intendersi applicabile ai casi in cui la filiazione risulti dal contemporaneo riconoscimento dei genitori, giacché solo in questa ipotesi può sussistere la dichiarazione congiunta di nascita e l'accordo, mentre l'eventualità di un riconoscimento ad opera della sola madre da cui derivi, però, l'attribuzione del patronimico confliggerebbe col principio, dettato dall'art. 250 c.c., in forza del quale il riconoscimento produce effetti solo nei confronti del genitore che lo effettui, e non può comunque contenere la menzione dell'altro genitore *ex art. 258 c.c.*

Sostanzialmente analoga la disposizione relativa al cognome dell'adottato, di cui all'art. 3 della bozza di d.d.l. diffusa: «Se l'adozione è compiuta da coniugi l'adottato assume il cognome del padre, ovvero, in caso di accordo fra i coniugi risultante da dichiarazione scritta allegata al ricorso per adozione o ad altro atto, anche successivo, fino alla pronuncia del decreto di adozione, quello della madre o quello di entrambi i genitori».

L'applicabilità delle disposizioni sarebbe limitata alle dichiarazioni di nascita rese o alle adozioni pronunciate con decreto emesso in data successiva all'entrata in vigore della legge, ma la clausola sembra meritare approfondimento, in considerazione dell'eventualità che fratelli, nati dalla stessa coppia genitoriale, possano portare cognomi diversi per conseguenza della vigenza delle nuove disposizioni, nonché in quanto non parrebbe rispettato il vincolo, esplicitato dalla decisione in commento, ad introdurre strumenti limitativi della discrezionalità amministrativa che, in sede di autorizzazione alla modifica del cognome originariamente attribuito, potrebbe ovviare alla diversa cognominizzazione dei fratelli germani.

Precedenti

Conformi sul nome quale strumento di identificazione personale e di collegamento ad una stirpe, *Burghartz c. Svizzera* n.12163/90; *Stjerna c. Finlandia* n.18131/91; *Ünal Tekeli c. Turchia*, n. 29865/96, *Daróczy c. Ungheria* n. 44378/05; **sull'attrazione della scelta del nome da imporre ai figli alla sfera privata dei genitori** *Guillot c. Francia*, n.22500/93, , *Salonen c. Finlandia* n.27868/95, *Johansson c. Finlandia* n. 10163/02.

Profili di diritto interno

a) normativa

Artt. 237, 250, 258, 262, 299 c.c.

Art. 72, comma 1, R.D. 9 luglio 1939, n. 1239

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Art. 33 e 34 D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396

D.P.R. 13 marzo 2012, n. 54.

b) giurisprudenza

Sul cognome del figlio:

Tribunale di Cremona, sez. civ., 12 novembre 2013, in *www.personaedanno.it*

Cass., sez. VI, 5 giugno 2013, n. 14232, in *Famiglia e diritto*, 2013, p. 961.

Cass., sez. I, 27 giugno 2013, ord. n. 16271, in *Famiglia e Diritto*, 2013, p. 924 ss.

Cass., sez. I, 3 febbraio 2011, n. 2644, in *Mass. Gius. civ.*, 2011, n. 2644.

Trib. Min. Milano, 10 gennaio 2011, in *Giur. merito*, 2011, p. 2392

App. Catania, sez. II min., 30 giugno 2010, in *Famiglia e diritto*, 2012, p. 1135 ss.

Cass., sez. I, 29 maggio 2009, n. 12670, in *Giust. civ.*, 2009, p. 1858 ss.

Cass., sez. I, ord. 22 settembre 2008, n. 23934, in *Famiglia e diritto*, 2008, p. 1093 ss.

Corte Cost., 16 febbraio 2006, n. 61, in *Foro It.*, 2006, I, c. 1673 ss.

Cass., sez. I, 26 maggio 2006, n. 12641, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2006, p. 1661 ss.

Corte Cost., ord. 11 febbraio 1988, n. 176, in *Foro It.*, 1988, I, c. 1811 ss.

Corte Cost., ord. 19 maggio 1988, n. 586, in *Giust. Civ.*, 1988, I, p. 1649 ss.

Corte Cost., 23 luglio 1996, n. 297, in *Giur. cost.*, 1996, p. 2475 ss.

Sul mutamento di cognome:

TAR Liguria, 13 gennaio 2012, n. 57, in *Famiglia e diritto*, 2013, p. 379 ss.

TAR Veneto, Venezia, sez. I, 21 febbraio 2011, n. 283, in *Leggi d'Italia Banche dati 2011*.

Trib. Varese, 23 luglio 2010, in *Famiglia e diritto*, 2011, p. 161 ss.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

- Trib. Milano, sez. I, 12 gennaio 2010, in *Famiglia e diritto*, 2010, p. 917 ss
- Cons. Stato, sez. IV, 5 febbraio 2009, n.668, in *Leggi d'Italia Banche dati* 2009.
- Cons. Stato, sez. IV, 26 giugno 2002, n. 3533, in *Foro Amministrativo*, 2002, p. 1423 ss.
- Cons. Stato, sez. IV, 4 ottobre 1999, n. 1510, in *Cons. Stato*, 1999, I, p. 1537 ss.
- Cons. Stato, sez. IV, 3 giugno 1997, n. 615, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 1746 ss.
- TAR Liguria, 11 aprile 1988, n. 287, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, p. 275 ss.
- Cons. Stato, sez. III, 13 novembre 1984, n. 1374, in *Cons. Stato*, 1986, I, p. 1706 ss.

Sul cognome, quale aspetto dell'identità personale

- Cass., sez. I, 5 febbraio 2008, n. 2751, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 1070 ss.
- Cass., sez. I, 26 maggio 2006, n. 12641, in *Famiglia*, 2006, p. 959 ss..
- Corte Cost., 16 febbraio 2006, n. 61, in *Giust. civ.*, 2007, p. 2079 ss.

Sul cognome in caso di doppia cittadinanza e sulla trascrizione del doppio cognome delle cittadino straniero:

- Cass., sez. I, 17 luglio 2013, n. 17462, in *Foro it.*, 2013, I, c. 2807 ss.
- Circ. Min. Interno, 18 febbraio 2010, n. 4.
- Trib. Lamezia Terme, decr. 25 gennaio 2010, in *Famiglia e diritto*, 2010, p. 1043 ss.
- Circ. Min. Interno, 15 maggio 2008, n. 397.
- App. Palermo, 14 novembre 2008, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Stato civile*, n. 16.
- TAR Veneto, sez. III, 9 gennaio 2008, n. 13.
- Trib. Bologna, 11 settembre 2007, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Stato civile*, n. 17.

Riferimenti bibliografici

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

A. Palazzo, *La filiazione*, II ed., nel *Tratt. dir. civ. Cicu Messineo Mengoni Schlensinger*, Milano, 2013, p. 559 ss.

M. Trimarchi, *Il cognome dei figli: un'occasione perduta dalla riforma*, in *Famiglia e diritto*, 2013, p. 243 ss.

S. Stefanelli, *Il nome delle persone tra padri, madri, Corti e Stati*, in L. Casseti (cur.), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Napoli, 2012, p. 147 ss.

G. Ferrando, *Genitori e figli nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Famiglia e diritto*, 2009, p. 1049 ss.

G. Autorino Stanzione, *Autonomia familiare e attribuzione del cognome: i dubbi in Italia e le certezze in Europa*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 496 ss.

A. Ciervo, *Dal cognome patriarcale al cognome "pariarcale"? Evoluzioni giurisprudenziali in tema di doppio cognome del minore*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 153 ss.

(14.01.2014)



Maria Chiara Locchi

Alcune considerazioni su limiti e ambiguità del riconoscimento giuridico delle differenze culturali a partire dalla giurisprudenza sui rom della Corte europea dei diritti dell'uomo

1. SOMMARIO: 1. La giurisprudenza della Corte Edu sui rom. – 2. L'identità culturale dei rom: i casi *Chapman e Muñoz Diaz*. – 3. Limiti e ambiguità del riconoscimento giuridico delle specificità culturali. – 4. Per un superamento del riduzionismo culturale nella tutela dei diritti dei rom: i casi *Yordanova* e *M. and others*.

2. *La giurisprudenza della Corte Edu sui rom.*

La "giurisprudenza rom" della Corte Edu si presta a rappresentare una prospettiva significativa di osservazione e rilevazione delle possibili ambiguità del riconoscimento giuridico delle specificità culturali dei gruppi minoritari. L'inquadramento giuridico della materia relativa alla condizione dei membri delle minoranze rom è senz'altro un'operazione complessa, che non si intende affrontare in questa sede e che necessita di essere condotta alla luce di numerosi strumenti normativi di diritto internazionale, comunitario e interno¹: i pilastri sui quali poggia la tutela giuridica dei rom, da parte della stessa Corte di Strasburgo, possono in ogni caso essere individuati nei principi del "pluralismo", della "protezione delle minoranze" e dell'"uguaglianza e divieto di discriminazioni"².

Le diverse problematiche legate alla condizione peculiare della minoranza rom in Europa³ sono state affrontate dalla Corte Edu sotto la lente di molteplici disposizioni della Convenzione, tra cui spiccano, in particolare, gli artt. 8 e 14 Cedu.

L'art. 8, in particolare, è stato declinato dalla Corte in una pluralità di profili rilevanti, anche in combinato disposto con altre norme della Convenzione: dal diritto al rispetto della vita privata in relazione ad affermazioni razziste contenute in pubblicazioni finanziate con fondi pubblici⁴ al divieto di trattamenti inumani e degradanti in connessione al diritto alla salute riproduttiva delle donne rom sterilizzate contro la loro volontà⁵, dal diritto alla vita privata e familiare e all'abitazione con riferimento alla distruzione di

¹ Una ricostruzione della cornice normativa, internazionale e interna, in materia di inclusione sociale delle minoranze rom si trova nella *Strategia nazionale d'inclusione dei rom, dei sinti e dei camminanti – Attuazione comunicazione Commissione europea n. 173/2011*, a cura dell'UNAR (Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni Razziali), 28.02.2012, p. 5 e ss.

² Cfr. C. PICHERAL, *Pluralisme et droits des minorités dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, in M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruxelles 2010, p. 295 e ss.

³ Secondo i dati statistici prodotti dal Consiglio d'Europa (*Roma and Travellers Division*), nel 2009 i membri delle minoranze rom in Europa erano stimabili in circa 11.256.900 unità.

⁴ *Aksu v. Turkey*, 15.3.2012, nella quale la Corte ha escluso la violazione degli artt. 8 e 14 Cedu, specificando che, trattandosi di un diritto civile, l'onere della prova circa l'effetto o l'intento discriminatorio ricadeva sul ricorrente.

⁵ *V. C. v. Slovakia*, 8.11.2011 e *N. B. v. Slovakia*, 12.6.2012, con le quali la Corte ha accertato la violazione degli artt. 3 e 8 Cedu.



proprietà e villaggi rom⁶ alla specifica dimensione del “diritto allo stile di vita tradizionale”. A quest’ultimo proposito vengono in rilievo i noti casi originati da ricorsi di membri della comunità rom obbligati a lasciare la terra, di proprietà, nella quale stazionavano con la propria roulotte. Con la sentenza *Buckley v. United Kingdom*, 25.9.1996, e ancora di più con il successivo caso *Chapman*, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi su consistenza e limiti di un “diritto allo stile di vita tradizionale” dei rom, coincidente con la presunta attitudine al viaggio e al nomadismo, concludendo nel senso della non violazione dell’art. 8 Cedu da parte delle autorità responsabili dell’ordine di rimozione. Mentre in *Buckley* la Corte ha considerato il caso concreto della ricorrente nella sua dimensione individuale – non pronunciandosi sulla pretesa interferenza con il diritto allo stile di vita da parte del provvedimento di sgombero, considerato compatibile con il margine di apprezzamento statale e “necessario in una società democratica” – con *Chapman* (cfr. *infra*) l’elaborazione di una linea argomentativa che tenga conto delle peculiarità culturali dei rom quale gruppo sociale svantaggiato è indubbiamente approdata ad uno stadio più avanzato. La sentenza *Connors v. United Kingdom*, 27.5.2004, si inserisce in questo filone giurisprudenziale sul diritto all’abitazione dei rom, pur affrontando una fattispecie differente: in questo caso, infatti, il ricorrente lamentava la violazione delle garanzie procedurali a tutela del proprio diritto di contestare i fatti posti a fondamento dell’ordine di sgombero dal sito, di proprietà del Comune, abitato dalla comunità rom. Pur riguardando profili procedurali⁷, la Corte ha ripreso le argomentazioni già avanzate in *Buckley* e *Chapman*, ricostruendo seriamente il contesto sociale di riferimento e osservando che dalla posizione vulnerabile della minoranza rom discende un’obbligazione positiva per lo Stato a una speciale considerazione dei bisogni e alla facilitazione dello “stile di vita zingaro”. Al di là delle considerazioni sulla difficoltà per i rom di condurre una vita conforme ai propri convincimenti culturali tradizionali, la Corte è giunta all’accertamento della violazione dell’art. 8 ad opera dell’ordine di sgombero, valutato una misura sproporzionata non giustificata da un bisogno sociale pressante. Il caso *Yordanova* (cfr. *infra*) è assimilabile a *Connors*, pur non ricollegandosi l’accertata violazione dell’art. 8 ai soli profili procedurali: l’ordine di sgombero dalle abitazioni abusivamente occupate dai ricorrenti all’interno di un campo rom di proprietà dello Stato bulgaro è stato anch’esso considerato non conforme ai parametri della “necessità in una società democratica” e la Corte ha rimarcato l’obbligo dello Stato di considerare le specificità socio-culturali dei rom come gruppo svantaggiato.

La Corte si è spesso pronunciata anche sul divieto di discriminazioni etnico-razziali *ex art. 14* Cedu, in connessione ad altri diritti e libertà protetti dalla Convenzione. Con riferimento al diritto alla vita di cui all’art. 2 Cedu e al divieto di trattamenti inumani o degradanti *ex art. 3* Cedu, ad esempio, possono essere richiamati i casi relativi ad episodi di violenza a danno di membri della minoranza rom e all’accertamento dell’operato delle autorità in termini di accuratezza delle indagini volte a far emergere la possibile matrice razzista: il *leading case* in materia è rappresentato da *Nachova and others v. Bulgaria*, originato dal ricorso

⁶ In questi casi alla violazione dell’art. 8 sono solitamente affiancati anche l’accertamento della violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti *ex art. 3* Cedu e la valutazione della manchevolezza delle indagini delle autorità sui fatti: es. *Moldovan and others v. Romania*, 12.7.2005, nella quale la Corte ha concluso per la violazione degli artt. 3, 8 e 6 par. 1 (lentezza del procedimento), da solo e in combinato disposto con l’art. 14 Cedu. Cfr. anche il caso *Koky and others v. Slovakia*, 12.6.2012.

⁷ La dottrina ha peraltro sottolineato come la predilezione della Corte per gli aspetti procedurali – funzionali, in certe circostanze, a decidere il caso senza dover approfondire le implicazioni dell’appartenenza etno-culturale dei ricorrenti – possa contribuire a una forma di responsabilizzazione degli Stati verso le minoranze, cfr. C. PICHERAL, *op. cit.*, p. 310.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

di 4 cittadini bulgari di origine rom in relazione all'uccisione di due parenti, ragazzi ventunenni arruolati nell'esercito, da parte di un militare durante un'operazione di arresto⁸. Nel 2004 la Prima Sezione della Corte aveva, per la prima volta, riconosciuto la violazione del divieto di discriminazione razziale nei confronti di appartenenti alla minoranza rom, attraverso un'inversione dell'onere della prova in base alla quale sono le autorità dello Stato – nello specifico, il militare che aveva ucciso i due giovani e le forze inquirenti che avevano condotto le indagini – a dover dimostrare l'assenza della motivazione razziale a fondamento del loro comportamento illegittimo o lacunoso⁹. L'anno successivo la Grande Camera ha ribaltato l'orientamento, dichiarando la violazione dell'art. 14 in combinato disposto con l'art. 2 in relazione al mancato accertamento, da parte delle autorità inquirenti, della discriminazione razziale negli eventi che avevano condotto alla morte dei due giovani, ma rigettando l'ipotesi della matrice razzista degli omicidi in quanto essa non sarebbe stata provata "al di là di ogni ragionevole dubbio"¹⁰.

In connessione all'art. 2 Prot. 1 (diritto all'educazione inteso come diritto di accesso agli istituti scolastici e diritto a ottenere, conformemente alle regole in vigore in ciascuno Stato, il riconoscimento ufficiale degli studi compiuti), l'art. 14 Cedu è stato invocato in una serie di casi riguardanti il diritto all'educazione dei minori rom con riferimento alla segregazione nelle scuole, realizzata, ad esempio, attraverso l'istituzione di classi speciali con programmi semplificati e di classi preparatorie *ad hoc* poste fuori dall'edificio scolastico¹¹. Nella giurisprudenza sulla segregazione scolastica la Corte ha approfondito la nozione di "discriminazione razziale indiretta", anche alla luce di altri documenti internazionali e degli stessi dati statistici, che confermano l'esistenza di una forte tendenza a prassi segregative dei bambini rom in Europa: nonostante gli atti o i comportamenti delle istituzioni scolastiche non sembrano direttamente volti a penalizzare gli studenti rom, si produce nei fatti un effetto discriminatorio "strutturale", ovvero

⁸ Per casi simili a *Nachova* cfr. *Bekos and Koutropoulos v. Greece*, 13.12.2005; *Cobzaru v. Romania*, 26.7.2007; *Angelova and Iliev v. Bulgaria*, 26.7.2007; *Petropoulou-Tsakiris v. Greece*, 6.12.2007; *Stoica v. Romania*, 4.3.2008.

⁹ *Nachova and others v. Bulgaria*, 26.2.2004. Il *revirement* giurisprudenziale è stato nel segno dell'abbassamento dello standard di prova dell'intento razzista, che è passato dalla formula dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" al test della "dimostrazione convincente". A favore della necessità del superamento della rigida posizione della Corte sul punto si era espresso anche il giudice Bonello nella sua nota opinione dissenziente alla sentenza *Angelova v. Bulgaria*, 13.6.2002, nella quale la Corte aveva dovuto concludere che le accuse di discriminazione mosse dalla ricorrente (madre di un diciassettenne rom morto a seguito delle violenze perpetrate da poliziotti durante un arresto) erano sì basate su argomenti seri, ma non riuscivano a dimostrare la matrice razzista "oltre ogni ragionevole dubbio", con conseguente esclusione della violazione dell'art. 14 Cedu.

¹⁰ *Nachova and others v. Bulgaria*, 6.7.2005. La Corte ha inoltre riaffermato che spetta ai ricorrenti, e non allo Stato, provare la matrice razzista di un atto violento, anche se nei casi in cui gli eventi ricadono totalmente, o in larga parte, nell'ambito dell'esclusiva cognizione delle autorità (es. morte di una persona sotto il controllo o la custodia delle autorità), l'onere della prova circa le cause e le motivazioni della morte può essere considerato a carico delle autorità stesse (§ 157). La decisione della Grande Camera nel caso *Nachova* è stata amaramente definita una "falsa promessa" da M.-B. DEMBOUR, *Who Believes in Human Rights? Reflections on the European Convention*, Cambridge 2006, p. 133 e ss.

¹¹ *D. H. and others v. the Czech Republic*, 13.11.2007; *Sampanis and others v. Greece*, 5.6.2008; *Oršuš and others v. Croatia*, 16.3.2010. Su questa importante giurisprudenza cfr. F. STAIANO, *Diritto dei minori rom all'istruzione in condizioni di non discriminazione: il caso Oršuš e altri c. Croazia*, in *Diritto Immigrazione Cittadinanza*, 1, 2011, p. 93 e ss.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

“istituzionale”¹². Secondo alcuni la violazione delle norme Cedu è stata ricollegata dalla Corte, più che all'accertamento di una discriminazione “indiretta”, ad un vero e proprio tentativo di “dissimulazione” dell'intento discriminatorio, nella misura in cui il provvedimento all'apparenza neutro sarebbe stato in realtà ideato e/o applicato allo scopo di produrre una disparità di trattamento¹³. L'importanza cruciale della sfera educativa e dell'accesso ai servizi è dimostrata dall'inversione dell'onere probatorio – essendo lo Stato a dover dimostrare che l'inserimento dei bambini rom in classi separate, eventualmente previste per disabili mentali, è giustificato da ragioni oggettive non collegate all'origine etnica – e dalla valutazione particolarmente severa del margine di apprezzamento statale¹⁴.

Il divieto di discriminazioni *ex art. 14 Cedu* è stato altresì richiamato in connessione con l'art. 1 Prot. 1 (protezione della proprietà) nel noto caso *Muñoz Diaz v. Spain*, riguardante il diritto alla pensione di reversibilità nel contesto di un matrimonio rom (cfr. *infra*).

La giurisprudenza della Corte Edu sui rom è caratterizzata da una spiccata eterogeneità, corrispondente alla variabilità della tipologia dei diritti interessati: in generale, qualora si tratti di comportamenti violenti delle forze di polizia o di mancato rispetto delle garanzie in materia di detenzione ed espulsione dal territorio, i giudici sembrano adottare un approccio elastico e volontarista, fedele all'idea che la Convenzione miri a garantire dei diritti “concreti” ed “effettivi”; nel caso dei ricorsi riguardanti trattamenti discriminatori nella tutela del diritto all'abitazione, in termini di tradizionale stile di vita viaggiante, i diritti che la Corte è stata in grado di riconoscere sono invece sembrati puramente “teorici o illusori”¹⁵. Negli ultimi anni, del resto, soprattutto dopo la sentenza *D. H. and others*, c'è chi ha voluto scorgere nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo una vera e propria “rivoluzione dei diritti dei rom”, nella forma del frequente accoglimento dei ricorsi presentati per violazione dell'art. 14 Cedu¹⁶.

Dal riferimento, per quanto sintetico, ai principali casi affrontati dalla Corte nell'ambito della “giurisprudenza rom”, emergono con una certa chiarezza i tratti distintivi della condizione attuale delle minoranze rom in Europa¹⁷, la cui storia secolare è stata attraversata da persecuzioni di massa, violenze e

¹² Cfr. S. BALDIN, *Le minoranze rom fra esclusione sociale e debole riconoscimento giuridico. Uno studio di diritto pubblico europeo e comparato*, Bologna 2012, p. 93-96. Per la prima volta nella giurisprudenza della Corte Edu, la violazione della Convenzione procede espressamente dalla situazione del “gruppo”, la cui diretta presa in conto è legata al recepimento della nozione di discriminazione “indiretta”, cfr. C. PICHERAL, *op. cit.*, p. 304.

¹³ D. STRAZZARI, *C'è un giudice a Strasburgo! La Corte europea dei diritti dell'uomo e la tutela contro la discriminazione degli appartenenti all'etnia rom*, in S. BALDIN, M. ZAGO (a cura di), *Il mosaico rom. Specificità culturali e governance multilivello*, Milano 2011, p. 199 e ss., che specifica come nelle discriminazioni “indirette” tale intento discriminatorio non sia presupposto.

¹⁴ Cfr. *D. H. and others v. the Czech Republic*, cit., §§ 194-195, 206-207.

¹⁵ Cfr. J. RINGELHEIM, *La Cour européenne des droits de l'homme face à la question tsigane. Une protection inachevée*, in A. SIMONI (a cura di), *Stato di diritto e identità rom*, Torino 2005, p. 58.

¹⁶ Cfr. S. CHABRA, *Rights at the Margin*, in *World Outlook*, Summer 2011, p. 63 e ss., che ha mutuato l'idea della “rivoluzione dei diritti” di Charles R. Epp (*The Rights Revolution. Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago 1998), secondo il quale una “rivoluzione dei diritti” è costituita dai tre elementi, interrelati, dell'attenzione dei giudici ai diritti, del supporto giudiziale ai diritti e dell'implementazione dei diritti.

¹⁷ È impossibile in questa sede dar conto della complessità della stessa operazione di qualificazione e distinzione dei diversi gruppi etnici e culturali riferibili alla “galassia rom”; su questi aspetti cfr. L. PIASERE, *I rom d'Europa. Una storia moderna*, Roma-Bari 2009.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

discriminazioni perpetrate da agenti istituzionali e non istituzionali¹⁸. L'anti-ziganismo, come è noto, non è un fenomeno nuovo, sebbene la sua attuale configurazione nell'Europa contemporanea sia associata a fenomeni e trasformazioni caratterizzanti la storia del continente europeo nel secondo dopoguerra, quali la caduta dell'Unione Sovietica, il consolidamento delle democrazie liberali e dei principi economici neoliberali nell'Unione Europea e il connesso processo di pauperizzazione a cui molte comunità rom sono sottoposte. Le situazioni di degrado sociale e isolamento culturale che caratterizzano la vita di molti rom nei paesi europei – e che sono spesso l'anticamera di gravissimi episodi di violenza e odio razziale – sono oggi documentate dai numerosi *report* di organismi internazionali¹⁹ e da un'importante letteratura scientifica, anche in ambito giuridico²⁰.

In questo contesto di precarietà e vera e propria esclusione sociale il ricorso dei membri della minoranza rom alla Corte di Strasburgo, così come ad altri tribunali internazionali, è idoneo a rappresentare un importante strumento di emancipazione. Le condizioni che hanno reso possibile ai rom l'accesso alla *strategic litigation* – intesa come utilizzo strategico del contenzioso giudiziario in casi emblematici e attentamente selezionati al fine di ottenere determinati risultati giuridici, trasformazioni sociali o maggiore consapevolezza dell'opinione pubblica su un certo tema – sono state individuate, in particolare, nel supporto fornito dalle diverse organizzazioni per i diritti dei rom (es. il già citato ERRC, la rumena NEKI e la spagnola UR), nell'apporto qualificato di avvocati esperti in diritto umanitario e nel contributo economico di svariate fondazioni private internazionali²¹. Gli effetti a lungo termine delle sentenze dei vari organismi internazionali, d'altra parte, sono condizionati dall'ampiezza e dall'efficacia delle misure di esecuzione e implementazione adottate dallo Stato²², anche se l'impatto emancipatorio della giurisprudenza sui diritti delle minoranze oppresse non deve essere sottovalutato in termini di visibilità delle problematiche nel dibattito politico nazionale e messa in moto di un percorso virtuoso di ricerca di nuove soluzioni nella gestione di situazioni critiche²³. Più in generale, la *strategic litigation* può risultare uno strumento prezioso di trasformazione delle categorie concettuali e giuridiche con le quali si affrontano nel discorso pubblico le

¹⁸ Cfr. N. SIGONA, N. TREHAN, *The (re)Criminalization of Roma Communities in a Neoliberal Europe*, in S. PALIDDA (ed.) *Racial Criminalization of Migrants in the 21st Century*, Farnham 2011, p. 119 e ss.

¹⁹ Ad es. l'ERRC (*European Roma Rights Centre*), la Sezione dell'OSCE (*Organization for Security and Co-operation in Europe*) dedicata ai Rom e ai Sinti, l'ECRI (*European Commission against Racism and Intolerance*) e il MG-S-ROM (*Committee of Experts on Roma and Travellers*) presso il Consiglio d'Europa.

²⁰ Limitando i riferimenti ad alcuni testi recenti in lingua italiana, cfr. G. BEZZECCHI, M. PAGANI, T. VITALE (a cura di), *I rom e l'azione pubblica*, Milano 2008; L. PIASERE, *op. cit.*; R. CHERCHI, G. LOY (a cura di), *Rom e Sinti in Italia. Tra stereotipi e diritti negati*, Roma 2009; P. BONETTI, A. SIMONI, T. VITALE (a cura di), *La condizione giuridica di rom e sinti in Italia*, Milano 2011; S. BALDIN, M. ZAGO (a cura di), *op. cit.*; S. BALDIN, *op. cit.*

²¹ Cfr. S. CHABRA, *op. cit.*, p. 67 e ss. e N. TREHAN, *In the name of the Roma? The role of private foundations and NGOs*, in W. GUY (ed.), *Between Past and Future: The Roma of Central and Eastern Europe*, Hatfield 2002. Sulle potenzialità del contenzioso strategico in Italia cfr. J. A. GOLDSTON, C. HERMANIN, *Corte europea e cause pilota: una finestra d'opportunità per combattere la discriminazione dei rom in Italia?*, in P. BONETTI, A. SIMONI, T. VITALE (a cura di), *op. cit.*, p. 316 e ss.

²² Cfr. R. RĂDESCU, *A Top-Down Approach to Roma Discrimination. International Litigation as a solution for Human Rights Redress against Violations*, in *Sphere of Politics*, 168, 2012, che analizza le ricadute nel contesto politico e giuridico romeno di alcune decisioni della Corte Edu sulla condizione dei rom, e il numero del *Roma Rights Quarterly* dedicato all'implementazione delle sentenze della Corte Edu, n. 1 del 2010.

²³ Cfr. L. CLEMENTS, *Strasbourg Cases and Their Long Term Impact*, in *Roma Rights Quarterly*, 2-3, 2006, p. 93-94.



molteplici questioni connesse all'identità e alla diversità culturale e alle ricadute in termini di esclusione sociale e discriminazione, a partire dallo sforzo di auto-definizione sostenuto dagli stessi ricorrenti nella ricostruzione del caso concreto e nella rappresentazione della propria fisionomia socio-culturale²⁴.

2. *L'identità culturale dei rom: i casi Chapman e Muñoz Diaz*

Nella "giurisprudenza rom" della Corte di Strasburgo il profilo del "diritto allo stile di vita tradizionale" merita indubbiamente una particolare attenzione: la considerazione delle specificità legate all'appartenenza culturale e/o religiosa minoritaria costituisce infatti un aspetto decisivo ai fini di una tutela effettiva dei diritti e delle libertà fondamentali.

In relazione alla condizione giuridica dei membri della comunità rom, la decisione *Chapman v. The United Kingdom*, 18.1.2001²⁵, ha indubbiamente inaugurato un importante orientamento giurisprudenziale volto alla valorizzazione delle specificità culturali nella protezione dei diritti e delle libertà fondamentali delle minoranze. Il caso riguardava una donna rom di nazionalità britannica che aveva acquistato nel 1985 un appezzamento di terra sul quale stazionare il proprio caravan, in assenza però di una specifica autorizzazione; a fronte del rifiuto di tale autorizzazione, così come della possibilità di costruirvi un bungalow, da parte delle autorità, la ricorrente aveva lamentato presso la Corte Edu la violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8), del divieto di discriminazioni (art. 14), del diritto al pacifico godimento della proprietà (art. 1 Prot. 1) e del diritto ad un rimedio giurisdizionale effettivo contro le decisioni delle autorità (art. 6). La Corte ha sviluppato un'interessante argomentazione a sostegno della tutela dello stile di vita tradizionale del gruppo culturale di appartenenza della ricorrente: rispetto al precedente di *Buckley* è stata indubbiamente considerata la dimensione collettiva della condizione della minoranza rom come gruppo sociale svantaggiato, esaltando il carattere "identitario" della pratica "culturale" della vita in caravan come espressione della antica tradizione del viaggio tipica della comunità rom. Seguendo tale argomentazione, la Corte ha dichiarato che le misure incidenti sullo stazionamento dei caravan non si ripercuotono solamente sul diritto al rispetto del domicilio, ma intaccano anche il diritto a conservare la propria "identità zingara" e a condurre una vita privata e familiare ad essa conforme (§ 72). Un passaggio particolarmente significativo della decisione è nell'individuazione di un'obbligazione positiva, a carico dello Stato, di calibrare l'applicazione della legge in modo tale da tener conto delle specificità delle minoranze che conducono uno "stile di vita zingaro"; l'obbligo di facilitare lo stile di vita tradizionale – sia nel contesto normativo che in quello giurisdizionale – è ricollegato dai giudici alla posizione particolarmente vulnerabile dei rom come gruppo sociale (§ 96). La considerazione di tali profili non viene giustificata alla luce del solo interesse dei gruppi, ma altresì della necessaria salvaguardia della diversità culturale come valore dell'intera collettività (§ 93). La Corte è giunta a riconoscere espressamente la limitazione del margine di apprezzamento statale per via di un consenso emergente tra gli Stati europei in ordine alla protezione dei bisogni speciali delle minoranze, anche se da ciò non deriva un obbligo positivo di predisporre una politica sociale generale a favore dei rom, ad esempio garantendo un numero sufficiente di alloggi e strutture nei

²⁴ D. FARGET, *Defining Roma Identity in the European Court of Human Rights*, in *International Journal of Minority and Group Rights*, 19, 2012, p. 305-308.

²⁵ Il caso Chapman è stato deciso insieme ai casi *Beard, Coster, Jane Smith e Lee* contro il Regno Unito, 18.01.2001.



campi nomadi; il ruolo della Corte è tuttavia decisivo nel vigilare sul corretto bilanciamento tra gli interessi dell'intera popolazione e quelli del gruppo minoritario. L'enunciazione di tali importanti principi, d'altra parte, non ha condotto all'accettazione dei motivi di ricorso indicati dalla Sig.ra Chapman, con la conseguenza che la decisione si è esposta a numerose critiche di incongruenza e reticenza²⁶. Sebbene si fosse prodotta un'interferenza con il diritto al rispetto della vita privata e familiare della ricorrente, infatti, le misure adottate dalle autorità britanniche sono state considerate legittime in quanto poste in essere allo scopo, legittimo, di proteggere i "diritti degli altri" mediante la preservazione dell'ambiente.

Con la decisione *Muñoz Diaz v. Spain*, 8.12.2009, la Corte è tornata sui limiti alla tutela delle specificità culturali della minoranza rom, questa volta in relazione al divieto di discriminazioni (art. 14) in connessione con la protezione della proprietà (art. 1 Prot. 1) e con il diritto al matrimonio (art. 12). Il caso è stato originato dal ricorso di una cittadina spagnola appartenente alla comunità rom, la quale nel 1971 aveva sposato, con rito rom, un uomo anch'egli membro del medesimo gruppo minoritario; nel corso del matrimonio, durato fino alla morte del marito nel 2000, la coppia aveva avuto 6 figli e il riconoscimento da parte delle autorità spagnole dello *status* di "famiglia numerosa". A seguito della negazione, da parte dell'Istituto nazionale di sicurezza sociale, della pensione di reversibilità a favore del coniuge superstite sulla base della mancata registrazione del matrimonio nel registro civile, la Sig.ra Muñoz Diaz si era rivolta alle autorità giurisdizionali nazionali: se nel 2002 il giudice del lavoro le aveva riconosciuto il diritto alla pensione, l'Alta Corte di giustizia di Madrid aveva in seguito annullato la sentenza facendo valere l'assenza di effetti civili del matrimonio consuetudinario celebrato dalla ricorrente. Nel 2007 lo stesso Tribunale costituzionale aveva rigettato l'*amparo* della ricorrente argomentando nel senso della possibilità per chiunque di accedere al matrimonio civile senza considerazione dell'appartenenza etnica e motivando altresì la necessità di limitare le pensioni di reversibilità alla luce della scarsità delle risorse economiche²⁷. In relazione al combinato disposto art. 14 Cedu-art. 1 Prot. 1 la Corte ha convenuto con la ricorrente che lo Stato spagnolo ha mostrato di considerare quella dei Sig.ri Muñoz Diaz una "famiglia" a tutti gli effetti,

²⁶ L'obbligazione positiva che la Corte stessa ha rilevato in astratto a carico degli Stati non è sembrata correttamente "calata" nella decisione del caso di specie; tale obbligo, infatti, dovrebbe comportare l'impegno dei poteri pubblici ad assicurare ai membri della comunità rom che cercano di vivere secondo le loro tradizioni la possibilità ragionevole di trovare un luogo dove abitare, di proprietà pubblica o di loro proprietà, cfr. J. RINGELHEIM, *op. cit.*, p. 80. Francesco Cerrone sottolinea il «netto misconoscimento della strategia argomentativa della difesa della ricorrente» da parte dei giudici, che hanno negato che nel caso di specie si trattasse della protezione dello stile di vita tradizionale itinerante, dal momento che la ricorrente aveva vissuto in modo stanziale per alcuni periodi, e hanno ridimensionato l'interferenza costituita dall'assenza di spazi adeguati nel sito carovaniero della zona rimarcando come altrove, in Inghilterra, fosse comunque garantita la possibilità agli zingari di condurre una vita itinerante, cfr. F. CERRONE, *Introduzione a I diritti all'identità e le minoranze*, in S. P. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle corti europee*, Padova 2007, p. 325-326. Le stesse critiche sono mosse nell'opinione dissenziente dei giudici Pastor Ridruejo, Bonello, Tulkens, Strážnická, Lorenzen, Fischbach e Casadevall (§ 9).

²⁷ TCF sent. 69/2007, 16.4.2007. Cfr, peraltro, l'opinione espressa dal giudice Jorge Rodríguez-Zapata Pérez nel suo *voto particular*: il giudice ha contestato la ricostruzione della Corte, ritenendo che la protezione delle minoranze etniche abbia una rilevanza costituzionale che non è stata adeguatamente considerata e che deve essere assicurata anche attraverso «medidas de discriminación positiva a favor de la minoría desfavorecida». Secondo Rodríguez-Zapata Pérez, infatti, non basta la "scrupolosa neutralità" di una norma di fronte alla situazione, oggettivamente differente, di una persona appartenente ad una minoranza etnica che, in buona fede e senza che siano intervenuti fattori in grado di creare tensioni rispetto all'ordine pubblico costituzionale, chiede il riconoscimento di alcuni effetti del suo matrimonio consuetudinario, espressione del suo diritto all'identità culturale.



corrispondendo nel tempo diversi benefici sociali ai membri del nucleo familiare. I giudici hanno dato grande peso al profilo dell'appartenenza culturale, osservando che la pretesa che la ricorrente si sposasse nel 1971 con il rito canonico, il solo disponibile all'epoca, avrebbe comportato una lesione della sua libertà di religione, e richiamando il consenso emergente tra gli Stati europei in ordine alla protezione dei bisogni speciali delle minoranze (§ 61-62, dove si citano i precedenti di *Buckley*, *Chapman* e *Connors*). Avendo la ricorrente sviluppato nel corso del tempo una legittima aspettativa ad essere considerata a tutti gli effetti quale "coniuge" del Sig. Muñoz Diaz, il rifiuto della pensione di reversibilità è considerato dalla Corte una misura sproporzionata. I giudici non hanno invece accolto il profilo della discriminazione relativa al diritto al matrimonio: dal 1981 l'ordinamento giuridico spagnolo prevede l'istituto del matrimonio civile, a cui tutti possono accedere senza distinzioni di razza, religione e appartenenza culturale; gli effetti civili prodotti dalla celebrazione di alcune forme di matrimonio religioso (cattolico, protestante, islamico ed ebraico) sono stabiliti sulla base di intese tra lo Stato e le confessioni religiose e l'esclusione del matrimonio rom non costituisce, in questo senso, una discriminazione ai sensi dell'art. 14 Cedu. Il caso *Muñoz Diaz* ha quindi riproposto l'argomentazione già espressa nelle sentenze sullo stile di vita tradizionale in connessione al diritto all'abitazione: l'appartenenza di un soggetto ad un gruppo etnico o culturale minoritario può incidere sulle modalità di applicazione delle leggi (§ 61)²⁸.

3. *Limiti e ambiguità del riconoscimento giuridico delle specificità culturali*

La considerazione dei bisogni specifici dei membri di minoranze culturali e religiose in sede di elaborazione legislativa e/o applicazione giudiziale della regola giuridica, se rappresenta una dimensione ormai imprescindibile del diritto nelle società multiculturali contemporanee, comporta altresì il rischio di ambiguità e distorsioni.

Dal punto di vista teorico il pericolo principale risiede nel ricorso a stereotipi semplificanti e fuorvianti in relazione alla concezione dell'"identità" dei soggetti appartenenti a gruppi culturali e/o religiosi minoritari. Le elaborazioni giuridiche, normative e giurisprudenziali, intorno ai rom, sotto questo aspetto, risultano esemplificative di tale tendenza al riduzionismo e all'essentialismo culturale, con il riferimento spesso acritico a ricostruzioni superficiali e scarsamente documentate delle origini e dei tratti qualificanti, in termini di criteri di affiliazione e caratteristiche socio-culturali, della comunità rom²⁹. La nozione di

²⁸ Contro questa conclusione si è espresso il giudice Myjer nella sua *dissenting opinion*, ritenendo inopportuno il richiamo della giurisprudenza sul diritto all'abitazione in relazione a questioni riguardanti prestazioni di assistenza e sicurezza sociale e osservando che la violazione del combinato disposto art. 14 Cedu-art. 1 Prot. 1 sarebbe venuta in essere nel solo caso, non verificatosi, di rifiuto dei benefici sociali ai figli della coppia o alla ricorrente nella sua qualità di madre di "famiglia numerosa".

²⁹ L'approssimazione del "test culturale" di fatto applicato in Italia da alcuni giudici penali, in assenza di una teorizzazione costituzionale sulla rilevanza giuridica dell'appartenenza culturale, ha condotto in alcuni casi ad un'interpretazione distorta, se non propriamente errata, delle peculiarità culturali alla base del trattamento giuridico differenziato. Il riferimento d'obbligo è alla nota sent. 44516/2008, Cassazione VI sez. penale, che ha ricondotto la pratica del *manghel* (la richiesta di elemosina) alla "cultura rom", annullando una precedente condanna per il reato di riduzione in schiavitù a carico di una donna rom che mendicava con i due figli; la decisione è stata contestata da esponenti delle stesse comunità rom, che hanno evidenziato come la diffusione della mendicizia fosse da ricondurre alla



“identità” culturale è ormai oggetto di un’ampia letteratura sociologica e antropologica volta a ridimensionarne, se non a contestarne, le pretese di assolutezza³⁰: se la costruzione di una specifica identità culturale del gruppo sociale è indubbiamente un processo irrinunciabile e prioritario – direttamente connesso all’incompletezza biologica dell’uomo, che tenta di sottrarsi tanto al mutamento continuo e magmatico (le “alterazioni”) quanto alla rete di connessioni e potenzialità (l’“alterità”)³¹ – è altrettanto decisivo guardare all’identità come a un processo fluido e in continua evoluzione. Da questa prospettiva, la tendenza diffusa a declinare l’identità culturale in termini di “tradizione” – come reazione tanto alla progressiva omologazione tra paesi e culture quanto alla percezione dell’irriducibile diversità degli *altri* da noi – produce una serie di cortocircuiti teorici e di rischi per la convivenza in contesti pluralistici. Il frequente ricorso alla metafora delle “radici” nel discorso pubblico sull’identità, ad esempio, deve necessariamente essere indagato in quanto “dispositivo di autorità”, in forza del quale, «una volta “radicati” in una certa tradizione, scegliere autonomamente la propria identità culturale diventa impossibile», con la conseguente negazione di quel «diritto naturale di scegliersi una cultura» spettante a ogni essere umano³². Una concezione rigida dell’identità, sbilanciata sulla tradizione, finisce inoltre per non intercettare le peculiarità, in termini di fisionomia multipla e ibridata, di quei soggetti che sono *sia* “interni” (es. immigrati lungo-residenti, figli di immigrati nati nel paese di immigrazione, cittadini) *sia* “altri” sul piano etno-culturale e religioso (es. rom o musulmani)³³.

In relazione alle prime decisioni della Corte Edu in tema di protezione dello stile di vita tradizionale (*Buckley, Chapman e Connors*), ad esempio, le argomentazioni dei giudici europei sono apparse, da un lato, mutevoli e influenzate dai discorsi degli altri soggetti coinvolti nel caso (gli stessi ricorrenti e lo Stato resistente) e, dall’altro, fondate su una concezione paternalistica che vede i rom come una “comunità” omogenea e necessariamente vulnerabile, costantemente alla ricerca di esenzioni dall’ordinamento giuridico generale e caratterizzata da uno “stile di vita” immancabilmente riconnesso al nomadismo e alla vita nelle roulotte³⁴. Il ricorso a stereotipi nel riconoscimento di un diritto alla protezione dell’identità culturale produce incongruenze logiche e rischia di neutralizzare la stessa carica emancipativa dell’orientamento giurisprudenziale inaugurato dalla Corte: da un lato, infatti, la rigida associazione tra “stile di vita zingaro” e “nomadismo” sembra in contrasto con la rivendicazione, da parte dei ricorrenti, del diritto a stabilirsi in uno

precarità economica, sottolineando il carattere controverso del *manghel* all’interno dei gruppi rom, cfr. I. RUGGIU, *La diversità come bene pubblico tra Europa e Stati costituzionali*, in R. CHERCHI, G. LOY (a cura di), *op. cit.*, p. 104 e ss.

³⁰ Cfr., tra gli altri, C. GEERTZ, *Interpretazione di culture*, Bologna 1987; G. BAUMANN, *L’enigma multiculturale. Stati, etnie, religioni*, Bologna 2003; A. SEN, *Identità e violenza*, Roma-Bari 2008.

³¹ Cfr. F. REMOTTI, *Contro l’identità*, Roma-Bari 2007, p. 104.

³² Cfr. M. BETTINI, *Contro le radici. Tradizione, identità, memoria*, Bologna 2011, p. 6-10 e 28-29.

³³ I profili della eterogeneità e della complessità sono quelli maggiormente misconosciuti nelle ricostruzioni delle origini e della composizione della comunità rom da parte dei principali soggetti politico-istituzionali, sociali e giuridici, cfr., tra gli altri, I. HANCOCK, *Mind the doors! The contribution of linguistics*, in D. LE BAS, T. ACTON (eds.), *All Change! Romani studies through Romani eyes*, Hartfield, 2010, p. 17 e ss.

³⁴ Cfr. D. FARGET, *op. cit.*, p. 296 e ss. Secondo Ilenia Ruggiu «l’idea di cultura che ha la Corte si rivela, in un certo senso, museale, patrimoniale, cosale, perché non considera le diverse combinazioni ed evoluzioni delle culture, che possono darsi anche a seguito di scelte e opzioni individuali», cfr. I. RUGGIU, *Test e argomenti culturali nella giurisprudenza italiana e comparata*, in *Quad. cost.*, 3, 2010, p. 542.



specifico terreno³⁵; dall'altro lato, l'adozione di un paradigma monolitico ed essenzialista nelle risposte giurisprudenziali alle problematiche della comunità rom ha, di fatto, effetti escludenti nei confronti della maggioranza dei membri della comunità, che non necessariamente si riconoscono nell'"identità culturale" sulla quale quelle risposte sono calibrate.

La sovrapposizione tra "stile di vita tradizionale rom" e "nomadismo" si presta altresì a strumentalizzazioni da parte delle autorità pubbliche, tenute quanto meno alla garanzia degli *standard* minimi di protezione del diritto all'abitazione. A tal proposito la vicenda del campo nomadi in località La Barbuta, alla periferia sud-orientale di Roma, è indicativa di quella «politica del riconoscimento trasformatrice di marginalità»³⁶ a cui si sta accennando, e che non interessa certo le sole istituzioni politiche italiane nei confronti dei rom. L'allestimento del "villaggio della solidarietà" La Barbuta è stato deciso nell'ambito del Piano Nomadi, con il quale il Comune di Roma aveva disposto la chiusura dei campi esistenti, autorizzati o abusivi, e il trasferimento degli abitanti in strutture ufficiali indicate dallo stesso Comune³⁷. A difesa della decisione di continuare ad affrontare la tutela delle esigenze abitative dei rom attraverso i "campi nomadi", l'istituzione comunale ha utilizzato l'argomento culturalista dello "zingaro che vuole vivere all'aria aperta" e che non accetterebbe di abitare in una casa anche se il Comune avesse intenzione di offrirgliela³⁸, riproducendo quella concezione stereotipica dell'"identità rom" che pervade la legislazione regionale e i provvedimenti adottati dagli enti locali in Italia. La vicenda del villaggio "Nuova

³⁵ Nel caso *Connors* l'approccio della Corte è risultato più complesso e approfondito: anche se il "viaggio" è ancora presentato come il tratto qualificante dell'identità culturale della comunità rom, i giudici si sono sforzati di articolare una visione dei "rom occidentali contemporanei", il cui stile di vita è improntato ad una originale compenetrazione tra stanzialità e nomadismo (cfr., in particolare, § 93). Nonostante questo approccio rinnovato, del resto, la Corte ha, sorprendentemente, continuato a riferirsi alla tradizione nomadica per giustificare la decisione.

³⁶ Cfr. E. MARCHI, *Pluralismo giuridico e rom tra politiche discriminatorie e riconoscimento delle diversità culturali*, in www.altrodiritto.unifi.it.

³⁷ Cfr. il D.P.C.M. 21.5.2008, con cui il Governo ha dichiarato lo stato di emergenza in relazione agli "insediamenti di comunità nomadi" nel territorio delle regioni Campania, Lazio e Lombardia; al decreto erano poi seguiti tre ordinanze del Presidente del Consiglio a carattere attuativo del Decreto, delle "linee guida" del Ministero dell'Interno per l'attuazione delle ordinanze e dei Regolamenti adottati dai Commissari straordinari già nominati con le ordinanze. Per alcune considerazioni critiche sulla normativa "anti-zigana" adottata dalle istituzioni italiane a partire dal 2008, cfr. A. SIMONI, *I decreti "emergenza nomadi": il nuovo volto di un vecchio problema*, in *Diritto Immigrazione Cittadinanza*, 3-4, 2008, p. 45 e ss. e ID., *Appunti per una "lettura romana" del "pacchetto sicurezza"*, in *Diritto Immigrazione Cittadinanza*, 4, 2009, p. 217 e ss. Con sent. 24.6.2009 il TAR Lazio, sez. I, aveva annullato alcune disposizioni delle ordinanze; sull'appello avverso la sentenza del TAR si è pronunciato il Consiglio Di Stato, sez. IV, con sent. 16.11.2011, sostenendo l'illegittimità del D.P.C.M. del 2008, delle ordinanze e di tutti gli atti ministeriali collegati, per difetto dei presupposti di fatto in grado di giustificare il ricorso a mezzi e poteri straordinari. I giudici, in particolare, hanno contestato l'apoditticità del nesso tra la presenza di campi nomadi e l'"eccezionale" turbativa dell'ordine e della sicurezza pubblica alla base degli atti posti in essere dall'Amministrazione, che ha mostrato di trarre conseguenze "di sistema" a partire da isolati episodi di criminalità e di ritenere necessario il ricorso a poteri straordinari senza una sufficiente valutazione delle reali possibilità di soluzioni "ordinarie".

³⁸ Cfr. le dichiarazioni del Vicesindaco del Comune di Roma, Sveva Belviso, riportate nella *Lettera alle autorità incaricate dell'attuazione del Piano Nomadi di Roma* dell'Associazione 21 luglio del 15 novembre 2011. Il Vicesindaco ha ulteriormente chiarito la posizione del Comune: «Case popolari ai rom? Se le possono scordare [...] Non c'è alcuna intenzione di creare corsie preferenziali per dare case ai rom, discriminando i cittadini italiani nelle liste. Quindi: una soluzione alternativa ai campi nomadi non esiste», cfr. *Case popolari ai nomadi? Belviso: "Se le scordino"*, in *La Repubblica*, 11 settembre 2012.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Barbuta” ha avuto conseguenze giudiziarie particolarmente significative, tutt’ora in corso. Nel febbraio e nel giugno 2012 l’Associazione 21 luglio e l’ASGI (Associazione Studi Giuridici sull’Immigrazione) hanno avanzato, rispettivamente, un’azione civile contro la discriminazione – chiedendo che fosse riconosciuto il carattere discriminatorio del comportamento del Comune di Roma con riferimento alla prosecuzione dei lavori di ultimazione e assegnazione degli “alloggi” nel campo – e la sospensione cautelare di tali provvedimenti. Con un’importante ordinanza, dell’8 agosto 2012, il Tribunale di Roma ha accertato il carattere discriminatorio delle misure poste in essere dal Comune di Roma, disponendo la sospensione delle procedure di assegnazione degli alloggi fino alla definizione del procedimento sommario di cognizione. Il giudice ha ricostruito il complesso sistema normativo a tutela del divieto di discriminazioni razziali, con particolare riferimento al diritto all’abitazione, articolato sui livelli nazionale (artt. 2, 3, 10 c. 2 Cost., art. 43 T.U. 286/1998 e art. 2 D.Lgs. 215/2003), comunitario (Dir. 200/43/CE) e internazionale (art. 14 CEDU, art. 31 Carta sociale europea, Convenzione internazionale sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale). Nella sentenza, in particolare, si richiama la decisione del Comitato europeo per i diritti sociali del 7.12.2005, con la quale è stata accertata la violazione, da parte dell’Italia, dell’art. 31 della Carta con riferimento alla valenza discriminatoria della soluzione consistente nel collocare le comunità rom e sinti nei campi³⁹; la non conformità all’art. 31 della Carta sociale delle politiche adottate dallo Stato italiano nei confronti di rom e sinti è stata ulteriormente ribadita dal Comitato nel 2011⁴⁰. Il carattere discriminatorio delle attività di assegnazione degli alloggi realizzate dal Comune di Roma è stato ricollegato dal Tribunale alla considerazione che l’accesso agli alloggi del campo in località la Barbuta è stato prospettato dalle istituzioni ai soli rom, con l’esclusione degli «individui presenti sul territorio del Comune di Roma non appartenenti a tali comunità, e pur essi in situazioni di grave disagio abitativo e sociale», e con l’effetto di imporre ai rom una condizione di vita più svantaggiata per il fatto di collocarli «in maniera potenzialmente stabile» in «un’area periferica, per sua natura estranea ad una pianificazione urbanistica con funzione abitativa»; lo stesso codice comportamentale imposto agli abitanti del nuovo villaggio, inoltre, è apparso lesivo del diritto alla libertà personale, alla vita privata e familiare e alla libertà di riunione⁴¹. Il giudice, in sostanza, ha contestato l’impianto culturalista nelle strategie di tutela del diritto all’abitazione dei rom, o meglio la strumentalizzazione dell’argomento culturale in funzione deresponsabilizzante rispetto all’adozione di politiche efficaci di tutela dell’accesso ad un bene fondamentale quale l’abitazione, che riescano a tener conto delle specificità della condizione socio-culturale dei rom nella sua configurazione reale e non stereotipica. Richiamando la comunicazione informativa dell’UNAR (Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni razziali) alla Commissione europea sulla strategia nazionale di inclusione dei rom, dei sinti e dei camminanti⁴², nella sentenza si è sostenuta l’inidoneità della cosiddetta “campizzazione” rispetto

³⁹ Secondo il Comitato, « [...] persistendo nella sua pratica di mettere i rom e i sinti nei campi, il Governo ha fallito nel prendere in considerazione tutte le differenze rilevanti o di prendere misure adeguate per assicurarsi che essi abbiano accesso ai diritti e ai benefici collettivi che devono essere disponibili a tutti»; secondo il Comitato tra le misure che il Governo avrebbe dovuto mettere in campo al fine di migliorare le condizioni abitative di rom e sinti c’è anche l’«accesso ad abitazioni pubbliche», cfr. Comitato europeo per i diritti sociali, Decisione nel merito, *Centro europeo per i diritti dei rom v. Italia*, 7.12.2005, §§ 36 e 46.

⁴⁰ Cfr. European Committee of Social Rights, *Conclusions 2011 (ITALY)*, January 2012, pp. 39 e s.

⁴¹ Ord. Tribunale Roma, 8.8.2012, pp. 23-25.

⁴² Cfr. *Strategia*, cit.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

agli obiettivi della sicurezza e dell'integrazione delle comunità rom e si è dato conto dell'«ampio spettro di opzioni abitative alternative ai campi nomadi», peraltro già positivamente sperimentate in molte città italiane⁴³. Con ordinanza del 13 settembre 2012 la sez. feriale del Tribunale civile di Roma ha accolto il reclamo presentato dal Comune, annullando l'ordinanza di sospensione dell'assegnazione degli alloggi all'interno del "villaggio" La Barbuta in attesa della decisione definitiva della Seconda Sezione Ordinaria del Tribunale.

4. *Per un superamento del riduzionismo culturale nella tutela dei diritti dei rom: i casi Yordanova e M. and others.*

Con le due recenti sentenze *Yordanova and others v. Bulgaria*, 24.4.2012, e *M. and others v. Italy and Bulgaria*, 31.7.2012, la Corte è sembrata più attenta ai rischi di una considerazione semplicistica delle specificità culturali ai fini di una più effettiva tutela della minoranza rom.

Il caso *Yordanova*, come già anticipato, è relativo alla tutela del diritto all'abitazione e alla vita privata e familiare dei membri della comunità rom. Il ricorso si fondava sulla pretesa violazione degli artt. 3 (divieto di trattamenti inumani o degradanti) e 8 (rispetto della vita privata e familiare) Cedu e dell'art. 1 Prot. 1 (diritto alla proprietà), considerato isolatamente e in combinato disposto con gli artt. 13 (diritto a un rimedio effettivo) e 14 (divieto di discriminazioni) Cedu, in relazione all'ordine di sgombero dalle abitazioni situate in *Batalova Vodenitsa*, una sorta di "ghetto rom" della città di Sofia nel quale i 26 ricorrenti, cittadini bulgari di asserita origine rom, vivevano con le loro famiglie da decenni. L'indagine della Corte si è concentrata sulla conformità all'art. 8 Cedu dell'interferenza che si realizzerebbe con l'esecuzione dell'ordine di rimozione adottato dalle autorità di Sofia nel 2005 e successivamente sospeso⁴⁴. I giudici hanno accertato inizialmente che l'esecuzione del provvedimento avrebbe inciso sul diritto all'abitazione e sul diritto alla vita privata e familiare dei ricorrenti, sulla base di una lettura "sostanzialista" per la quale gli alloggi abusivamente occupati sono comunque considerati "case" e luoghi di svolgimento dei legami familiari e sociali ai sensi dell'art. 8 Cedu. Il secondo profilo è quello relativo alla legittimità dell'interferenza, che è risultata conforme al diritto nazionale e funzionale ad uno scopo legittimo, ovvero il recupero, da parte delle autorità pubbliche, di terreni occupati illegalmente in vista della riqualificazione dell'area, anche mediante vendita a privati. Il terzo passaggio, che ha poi condotto all'accertamento della violazione dell'art. 8, ha riguardato la conformità dell'interferenza ai parametri della "necessità in una società democratica". La Corte ha innanzitutto richiamato i principi generali in materia: se alle autorità nazionali è lasciato un margine di apprezzamento circa la rispondenza dell'interferenza ad un "bisogno sociale pressante" e la sua proporzionalità rispetto allo scopo legittimo perseguito, alla Corte rimane l'ultima

⁴³ Ord. Tribunale Roma, cit., p. 26. Tali soluzioni alternative sono, ad esempio, rappresentate dall'edilizia sociale in abitazioni ordinarie pubbliche, dal sostegno all'acquisto e all'affitto di abitazioni ordinarie private, dalle autocostruzioni accompagnate da progetti di inserimento sociale, dall'affitto di casolari/cascine di proprietà pubblica, dalle aree di sosta per gruppi itineranti e dalla regolarizzazione della presenza di roulotte in aree agricole di proprietà degli stessi membri dei gruppi minoritari.

⁴⁴ La stessa Corte Edu, l'8 luglio 2008, aveva intimato al Governo bulgaro di sospendere la rimozione dei ricorrenti dalle proprie abitazioni finché non fossero state fornite informazioni dettagliate sulle modalità con le quali assicurare una protezione sicura a eventuali soggetti deboli coinvolti, quali bambini, anziani o disabili.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

parola in merito alla rilevanza e all'importanza della compressione dei diritti protetti dalla Convenzione. È stato poi ricordato che il margine di apprezzamento è sicuramente ampio in relazione alle politiche economiche e sociali (quali quelle in ambito abitativo), ma che la perdita della propria abitazione realizza una forma estrema di interferenza rispetto ai diritti, fondamentali, sanciti dall'art. 8, con la conseguenza che il margine statale subisce un restringimento e lo Stato risulta sicuramente obbligato a rispettare le garanzie procedurali e gli obblighi di proporzionalità e ragionevolezza. Nell'applicazione di tali principi generali alla fattispecie concreta, i giudici hanno innanzitutto rilevato la sostanziale assenza di seri tentativi, da parte delle autorità, di predisporre soluzioni alternative allo sgombero al fine di evitare che i ricorrenti e le loro famiglie rimanessero privi di qualsiasi tipo di alloggio; in seconda battuta, è stata registrata la mancata dimostrazione da parte del Governo dell'urgenza di tornare in possesso dei terreni in funzione dei progetti di riqualificazione dell'area, che non risultano essere mai giunti alla fase dell'implementazione. Da ciò la Corte ha dedotto la violazione dell'art. 8 Cedu, sia con riferimento all'adozione dell'ordine di sgombero – fondato su una normativa interna che non richiede lo scrutinio di proporzionalità e adottato con una procedura che non ha offerto garanzie circa la verifica dei requisiti del “bisogno sociale pressante” e della proporzionalità – sia in relazione agli eventi e ai provvedimenti intercorsi successivamente.

Circa il ruolo dell'identità culturale e dello stile di vita tradizionale nella tutela del diritto all'abitazione e alla vita privata e familiare dei rom, la sentenza offre interessanti spunti di riflessione, a partire dalle considerazioni della Corte, in sede di scrutinio di proporzionalità, sui presupposti e i caratteri della “vita comunitaria” (§ 121). Pur sostenendo che l'ordine di sgombero dagli alloggi abusivamente occupati fosse in principio legittimo e che i ricorrenti non potessero rivendicare alcun titolo per rimanere nelle abitazioni alla luce del diritto nazionale, i giudici hanno esaltato l'importanza della durata dell'insediamento nel quartiere di *Batalova Vodenitsa*, a fronte dell'inattività e della sostanziale tolleranza da parte delle autorità pubbliche. La condivisione ultradecennale degli stessi spazi di vita nella comunità di *Batalova Vodenitsa* ha comportato la creazione di legami sociali e familiari favoriti dall'assenza di alternative abitative realistiche e dalla stessa riluttanza dei ricorrenti a trasferirsi altrove e a vedere così travolto il proprio spazio sociale ed affettivo; se la stabilità e la sicurezza di tali rapporti comunitari non sono assistite dal diritto interno, esse rappresentano non di meno un argomento rilevante per la Corte nella valutazione della proporzionalità delle misure adottate dalle autorità bulgare. Il “diritto allo stile di vita” non costituisce, nel caso *Yordanova*, il fulcro dell'argomentazione della Corte: è piuttosto il Governo a menzionarlo – sostenendo che i ricorrenti non sono in alcun modo titolati ad un trattamento privilegiato a causa dell'appartenenza etnica o dello stile di vita tradizionale – a sostegno del carattere “neutro” e non discriminatorio delle misure di contrasto all'occupazione abusiva delle abitazioni. La Corte, a tal proposito, ha contestato al Governo la contraddittorietà dell'argomento secondo il quale l'elaborazione di strategie specificamente tarate sulla situazione peculiare dei rom realizzerebbe una discriminazione ai danni della popolazione maggioritaria, a fronte dell'adozione, a livello statale, di piani e programmi per l'inclusione sociale dei rom come gruppo portatore di bisogni specifici. I rom, secondo la Corte, rappresentano una comunità “oggettivamente” emarginata e socialmente svantaggiata e nei loro confronti sono ipotizzabili, ex art. 14 Cedu, “azioni positive” di riequilibrio della condizione di disuguaglianza. Il fondamento della specificità socio-culturale, quindi, sembra essere individuata dalla Corte nella condizione di povertà ed emarginazione sociale in cui versano moltissime comunità rom in Bulgaria e in altri paesi europei; l'esplicita



contestazione alle autorità bulgare della mancata considerazione dei bisogni peculiari dei ricorrenti deve essere letta in questa prospettiva e in funzione di polemica con l' "argomento culturalista" a cui spesso i Governi ricorrono strumentalmente⁴⁵. Gli stessi ricorrenti, nelle loro osservazioni, hanno rifiutato la ricostruzione stereotipica e razzista della vita nel quartiere così come emergente dalle lamentele degli abitanti non rom e sostenuta dalle stesse autorità locali, in base alla quale il degrado, la sporcizia e la delinquenza che affliggono *Batalova Vodenitsa* sarebbero connaturate alla presenza rom e, quindi, di impossibile risoluzione se non con la loro rimozione dall'area. Secondo i ricorrenti la strategia sottesa all'operato delle autorità risulta in effetti di matrice "razzista", nella misura in cui alle conseguenze negative prodotte da comportamenti individuali si reagisce con misure collettive, quali l'espulsione dal quartiere di decine di famiglie, sulla base di uno slittamento dal piano della responsabilità individuale a quello delle colpe collettive che molto facilmente si carica di una stigmatizzazione etnico-razziale. Al Governo bulgaro che riproponeva il cliché dello "stile di vita rom" – esemplificato dall'abbandono della spazzatura in strada, dalla convivenza all'interno delle abitazioni con numerosi animali, dall'abitudine a stendere il bucato dalle finestre che affacciano sulla pubblica via o su spazi comuni, dai furti e dal comportamento aggressivo e disordinato, dalla tendenza all'uso e all'abuso di alcol e droghe (§ 93) – la Corte ha opposto una concezione del diritto all'abitazione che ne valorizza la dimensione di diritto sociale fondamentale. Il diritto all'abitazione dei rom, infatti, è innanzitutto un diritto a *non rimanere senz'atetto*, con la considerazione primaria della condizione di povertà e di bisogno rispetto ad altri profili pur significativi; come già osservato in *Chapman* (§ 99), dall'art. 8 Cedu non può certo derivarsi un "diritto alla casa" corrispondente ad un obbligo per lo Stato di garantire un'abitazione agli individui sotto la propria giurisdizione, ma indubbiamente situazioni di particolare vulnerabilità possono giustificare un'interpretazione dell'art. 8 in termini di obbligazione positiva a offrire riparo e protezione. In sostanza, quindi, la situazione "speciale" dei rom in quanto minoranza etnico-culturale è sicuramente tenuta in conto dalla Corte quale elemento che dovrebbe guidare lo Stato alla ricerca di soluzioni abitative efficaci poiché calibrate sulle peculiarità dei soggetti; ciò che risulta contestata è la strumentalizzazione di tale "specialità", largamente semplificata, come premessa per un sostanziale immobilismo delle istituzioni.

Con la sentenza *M. and others v. Italy and Bulgaria* la Corte ha affrontato un caso delicatissimo riguardante una minore rom di nazionalità bulgara, che, insieme ai genitori e alla cognata, ha lamentato la violazione, da parte dello Stato italiano e di quello bulgaro, degli artt. 3, 4 e 14 Cedu. I fatti all'origine della vicenda sono di particolare gravità. Secondo la versione dei ricorrenti, nel maggio 2003 la ragazza minore e i genitori si sarebbero recati in Italia dietro la promessa di lavoro fatta da un rom di nazionalità

⁴⁵ Già in *Connors*, come si è detto, la Corte aveva contestato al Governo britannico l'insufficienza degli argomenti a sostegno della legittimità dell'interferenza con i fondamentali diritti ex art. 8 Cedu. Il Regno Unito, infatti, aveva tentato di giustificare l'adozione di un procedimento sommario per l'espulsione delle famiglie rom dai campi nomadi gestiti dalle autorità locali ricorrendo all'argomento del "nomadismo": gli zingari avrebbero speciali bisogni connessi al loro stile di vita tradizionale "viaggiante", che richiederebbe un approccio più flessibile nella gestione dei campi attrezzati; inoltre, le espulsioni assistite da minori garanzie procedurali sarebbero risultate vitali al rapido allontanamento dei soggetti problematici con comportamenti anti-sociali, il che consentiva di scongiurare la fuga delle altre famiglie rom dall'area; infine, i costi di un procedimento giurisdizionale "ordinario" avrebbe comportato un aumento delle tariffe, a detrimento dell'intera popolazione rom che abitava nel campo (§ 87). I giudici hanno contestato punto per punto la difesa del Governo, sostenendo che gli sgomberi sommari non risultavano affatto funzionali al perseguimento degli obiettivi indicati dal Governo in termini di altrettanti benefici a favore della comunità rom (§§ 88-90).



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

serba, già residente in Italia, che li aveva assunti come domestici nella propria abitazione a Ghislarengo, in provincia di Vercelli; sei giorni dopo l'arrivo in Italia, i genitori della ragazza sarebbero stati picchiati e minacciati di morte, nonché costretti a tornare in Bulgaria lasciando la figlia in mano all'uomo di nazionalità serba e al nipote, intenzionato a sposare la giovane nonostante l'asserito rifiuto dei genitori. La minore, rimasta sola in Italia, sarebbe stata tenuta sotto continua sorveglianza dai due uomini, costretta a rubare, picchiata, minacciata di morte e ripetutamente stuprata⁴⁶. La settimana successiva la madre e la cognata della giovane ricorrente avevano fatto ritorno in Italia, denunciando alla polizia di Torino le minacce e le percosse subite e il sequestro della ragazza; circa venti giorni dopo la denuncia, un'operazione di polizia condotta presso l'abitazione degli aguzzini aveva consentito la liberazione della minore. In seguito, una volta tornati in Bulgaria, i ricorrenti avevano inviato numerose lettere ed e-mail alle autorità italiane, chiedendo spiegazioni circa la lentezza delle indagini e l'assenza di un procedimento penale contro i due uomini e lamentando di essere stati sottoposti a minacce, umiliazioni e maltrattamenti da parte della polizia durante la loro permanenza in Italia. I ricorrenti si erano rivolti anche alle autorità bulgare, chiedendo un supporto nella ricerca di informazioni presso il Governo italiano. I due Governi coinvolti hanno sostenuto davanti alla Corte una versione differente dei fatti. Secondo la versione italiana, le autorità avevano posto in essere tutti gli adempimenti necessari per dar corso alla denuncia presentata dalla madre della ricorrente. Un punto particolarmente significativo sottolineato dal Governo italiano è relativo alla perquisizione di polizia nella villa di Ghislarengo, durante la quale erano state rinvenute fotografie di ciò che appariva essere ragionevolmente una festa di matrimonio; il convincimento, da parte delle autorità, che la vicenda riguardasse un matrimonio e un accordo tra le due famiglie con relativa consegna di denaro al padre della sposa, e non un episodio di sequestro, ha portato il pubblico ministero di Vercelli a trasformare il procedimento penale contro ignoti per sequestro di persona in due procedimenti per false dichiarazioni e diffamazione contro madre e figlia, successivamente definiti, rispettivamente, con un'assoluzione e un'archiviazione. La versione del matrimonio consensuale è stata sostenuta altresì dal Governo bulgaro: la minore sarebbe andata in sposa al giovane di nazionalità serba dietro pagamento di 11.000 euro, regolarmente consegnati al padre della sposa alla presenza delle famiglie e di altri testimoni, come le foto in possesso dell'autorità giudiziaria italiana dimostrerebbero. I ricorrenti hanno chiesto alla Corte di pronunciarsi sulla violazione degli artt. 3 (con riferimento alla mancata adozione dei provvedimenti necessari per prevenire le violenze a danno della giovane rom da parte della famiglia serba attraverso una rapida liberazione e alla insufficienza delle indagini di polizia), 4 (con riferimento al divieto di schiavitù, servitù, lavoro forzato o obbligatorio) e 14 (divieto di discriminazioni basate sull'appartenenza etnico-razziale) Cedu. Dopo aver, totalmente o parzialmente, rigettato le obiezioni preliminari in merito all'abuso del diritto di petizione, al mancato esaurimento delle vie di ricorso interne e alla mancanza dello status di vittima⁴⁷, la

⁴⁶ A sostegno della loro ricostruzione dei fatti, i ricorrenti non hanno presentato alla Corte copia della denuncia alla polizia o documenti inerenti al procedimento penale successivamente instauratosi in Italia; secondo la difesa, infatti, ciò sarebbe stato reso impossibile dalla mancata collaborazione delle autorità italiane. Gli unici atti sottoposti all'attenzione della Corte sono due perizie mediche nelle quali si stabiliva che la giovane aveva effettivamente sofferto di disturbi da stress post-traumatico e che le lesioni fisiche riscontrate risultavano compatibili con le violenze descritte dalla ricorrente.

⁴⁷ La Corte, più precisamente, ha accolto le obiezioni relative alla mancanza dello status di vittima con riferimento al padre, alla madre e alla cognata della minore in ordine ai motivi di ricorso di cui agli artt. 3 e 4 Cedu, «poiché la



Corte è passata ad affrontare il merito della questione, giungendo ad accertare la violazione dell'art. 3 Cedu soltanto in relazione all'insufficienza delle indagini sulle violenze riportate dalla giovane rom e rigettando, in quanto manifestamente infondati, i motivi di ricorso di cui agli artt. 4 e 14 Cedu.

Un aspetto qualificante della vicenda, anche questa volta, ha riguardato l'utilizzo dell'argomento culturalista a sostegno di un approccio riduttivo nella tutela dei diritti fondamentali. In un passaggio rapido ma significativo, il Governo italiano ha affermato che le conclusioni a cui erano giunti sia il GIP che il Tribunale di Torino sui fatti oggetto del ricorso erano le stesse sostenute dal Governo, ovvero che «il problema era in massima parte dovuto ad un disaccordo economico relativo al contratto matrimoniale concluso», probabilmente a causa del trattamento ricevuto dalla giovane e da questa comunicato telefonicamente alla madre; a difesa di questa linea argomentativa il Governo ha ribadito che i matrimoni rom sono «caratteristici, come accettato dalla Corte in *Muñoz Diaz c. Spagna*» (§ 93). La posizione della Corte al proposito si è fondata innanzitutto sul richiamo dei principali profili della tutela garantita dall'art. 3 Cedu, «che racchiude uno dei valori fondamentali della società democratica» imponendo agli Stati un obbligo assoluto di adottare misure idonee ad impedire che le persone, e in particolare i minori e altri soggetti vulnerabili, siano sottoposte a torture o trattamenti inumani o degradanti, anche procurati da privati; dall'art. 3, in particolare, si ricava un obbligo per le autorità di realizzare indagini indipendenti, imparziali e soggette a controllo pubblico sulle accuse di maltrattamenti, qualora essi siano «discutibili» e sollevino un «ragionevole sospetto», agendo con diligenza e sollecitudine esemplari e assicurando le prove dei fatti (§ 100 e giurisprudenza ivi citata). Proprio in relazione alle indagini successive alla liberazione della minore, la Corte ha ritenuto l'operato delle autorità italiane manchevole e negligente, censurando in particolare l'assenza di una visita medica a fronte di denunce di violenze e stupro. Al paragrafo 105 la posizione della Corte in termini di rifiuto della strumentalizzazione delle pratiche culturali tradizionali in chiave di deresponsabilizzazione circa la tutela dei diritti fondamentali appare chiara: anche ammettendo che nel caso di specie si trattasse di matrimonio organizzato secondo la tradizione rom, dalle denunce risultava comunque che nel mese di soggiorno a Ghislarengo la giovane fosse stata picchiata e stuprata e gli Stati sono tenuti ad adottare misure di protezione nei confronti di gravi violazioni dell'integrità della persona anche da parte del marito (cfr. *Opuz v. Turkey*, 9.6.2009, §§ 160-176) o del partner, tanto più nel caso di una minore. Poiché dalle denunce dei ricorrenti erano emersi profili che, se accertati, avrebbero potuto integrare la fattispecie gravissima di tratta degli esseri umani, con la conseguente violazione dello stesso art. 3 Cedu, le autorità italiane erano tenute ad indagare a fondo sulla vicenda, «in quanto un possibile «matrimonio rom» non poteva essere utilizzato come motivazione per non indagare sulle circostanze» (§ 106)⁴⁸. L'importanza di tali

sofferenza morale subita dai suddetti non può aver raggiunto una dimensione ed un carattere distinti dalla sofferenza emotiva che può ritenersi inevitabile per i familiari delle vittime di gravi violazioni dei diritti umani» (§ 76). I tre familiari della giovane sono stati considerati «vittime» dalla Corte in relazione a specifici aspetti delle vicende lamentate con il ricorso (cfr. §§ 78-81).

⁴⁸ Nella sua opinione dissenziente il giudice Kalaydjieva ha contestato le conclusioni della Corte, sottolineando l'illogicità e l'incongruenza dell'operato degli inquirenti italiani e osservando che l'illegittimità del comportamento delle autorità abbia riguardato l'approccio globale rispetto alle denunce, con riferimento quindi alla stessa operazione di liberazione della minore e agli interrogatori dei ricorrenti immediatamente successivi. Secondo il giudice le autorità italiane non erano realmente convinte che si trattava di un «matrimonio rom» consensuale, il che comunque non poteva ragionevolmente giustificare il trattamento concretamente riservato alle accuse di maltrattamento, atti sessuali non consensuali, partecipazione forzata ad attività criminali, a meno che non si accetti l'idea che un matrimonio rom



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

affermazioni della Corte non risulta intaccata dalle considerazioni svolte in alcuni passaggi successivi, quando le circostanze del caso sono state valutate con riferimento alla presunta violazione dell'art. 4 Cedu. Da un lato, la peculiarità del matrimonio rom consistente nel pagamento di una somma di denaro al padre della sposa è stata considerata rilevante al fine di escludere che la fattispecie potesse essere inquadrata nell'ipotesi di tratta degli esseri umani e riduzione in schiavitù ai sensi dell'art. 4 Cedu⁴⁹; dall'altro, la Corte ha osservato che le risoluzioni dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa in merito alla condizione preoccupante delle donne rom nel contesto dei matrimoni forzati e precoci (ovvero concernenti almeno un coniuge al di sotto dei 18 anni) sono successive ai fatti in discussione e che i documenti internazionali in vigore all'epoca e lo stesso diritto nazionale italiano erano compatibili con il presunto matrimonio tra il giovane rom di nazionalità serba e la minore bulgara, del resto vicina alla soglia dei diciotto anni⁵⁰. Al di là della qualificazione giuridica dei fatti all'origine del ricorso in termini di "tratta" o "schiavitù", l'aspetto interessante della pronuncia, in linea con quanto sostenuto in precedenza, è la contestazione del "metodo" seguito dalle autorità inquirenti, ovvero di quel meccanismo riduzionista che porta ad adottare, nei casi riguardanti membri di minoranze culturali e/o religiose, un approccio stereotipizzante volto alla sostanziale semplificazione degli elementi costitutivi della vicenda in vista di una loro ascrizione acritica nel novero delle pratiche tradizionali e conseguente deresponsabilizzazione rispetto all'obiettivo della tutela dei diritti fondamentali della persona⁵¹.

(Novembre 2012)

costituisce un accordo da parte dei genitori per vendere una sposa "per qualsiasi scopo". Secondo Kalaydjieva le autorità italiane erano in realtà convinte che i ricorrenti avessero mentito sin dall'inizio: ciò spiegherebbe la riluttanza nell'organizzare la tempestiva liberazione della minore e il modo in cui la stessa e la madre sono state frettolosamente interrogate sotto minaccia dell'immediato avvio di un procedimento per false dichiarazioni.

⁴⁹ «La Corte ribadisce che il matrimonio possiede connotazioni sociali e culturali ben radicate, che possono differire molto da una società all'altra [...] si può ragionevolmente accettare che tale pagamento rappresenti un regalo da una famiglia all'altra, una tradizione comune a molte culture differenti nella società odierna» (§ 161).

⁵⁰ Cfr. §§ 165-166. La Corte si è riferita, in particolare, alle due Risoluzioni n. 1468 del 2005 sui matrimoni forzati e i matrimoni precoci e n. 1740 del 2010 sulla situazione dei Rom in Europa ed attività pertinenti del Consiglio d'Europa.

⁵¹ È importante sottolineare, in ogni caso, che il comportamento delle autorità italiane non integra, secondo la Corte, un'ipotesi di violazione del divieto di discriminazioni etnico-razziali ex art. 14 Cedu: dai documenti in possesso della Corte, infatti, non risulterebbe che le lacune delle indagini sulle denunce dei ricorrenti siano dipese da comportamenti discriminatori e razzisti (§ 178).



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Diritti e argomentazione della Corte EDU

- **-La dottrina del “margine di apprezzamento”**
- **-L'argomentazione comparativa**
- **- "Società Democratica" e interpretazione evolutiva**



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

- Sezione:** **Diritti e argomentazione della Corte EDU** - La dottrina del "margine d'apprezzamento"
- Titolo:** *Alle origini del margine d'apprezzamento, tra self restraint e inquadramento del pluralismo: il caso Handyside*
- Autore:** **GIORGIO REPETTO**
- Sentenza di riferimento:** Corte eur.dir.uomo, *Handyside v. United Kingdom* del 7 dicembre 1976 (n. ric. 5493/72)
- Parametro convenzionale:** Art. 10
- Parole chiave:** Libertà di stampa; protezione della morale; margine di apprezzamento

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha sviluppato, nel corso della sua attività giurisprudenziale, una serie molto elaborata di tecniche argomentative e decisionali. L'esatta comprensione di queste presuppone, in considerazione della specificità di questa giurisdizione, di tenere conto del modo in cui queste tecniche si sono evolute nel tempo. Agli esordi della sua attività, infatti, la giurisprudenza della Corte veniva ritenuta un esempio classico di giurisdizione internazionale, con la conseguenza che l'ottica nella quale i giudici inquadravano le fattispecie portate alla loro attenzione rifletteva la natura tradizionalmente internazionalistica della tutela dei diritti, nella quale gli Stati erano considerati detentori di un ambito di sovranità da limitare solamente nei casi di violazione manifesta dei diritti contenuti nella Convenzione.

Con riferimento all'impiego delle tecniche argomentative, l'esempio più evidente di questa impostazione era costituito dal richiamo all'art. 15 della CEDU al fine di escludere la responsabilità degli Stati aderenti per violazione dei diritti fondamentali "in caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione". A partire dal caso *Lawless*, la Corte ha dato un'interpretazione di questo articolo che consentiva agli Stati aderenti di addurre una situazione di conflitto o di pericolo a livello interno per sottrarsi al rispetto delle garanzie convenzionali. In base a questo orientamento, la Corte riteneva che gli Stati fossero gli unici soggetti in grado di valutare la sussistenza e la portata di queste situazioni di pericolo, poiché posti nella posizione migliore ("better placed") per valutare la necessità di sospendere il godimento dei diritti in questione.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Successivamente, dopo questi primi casi e anche dopo che la Corte – soprattutto nel caso *Irlanda c. Regno Unito* – aveva rivendicato per sé il compito di valutare la non implausibilità della valutazione effettuata dallo Stato *sub iudice*, i giudici di Strasburgo fecero della teoria del “better placement”, derivata dall’applicazione dell’art. 15 CEDU, un limite immanente a tutti i diritti contenuti nella Convenzione: gli Stati, cioè, potevano addurre particolari situazioni di instabilità o di incertezza sull’interpretazione e sulla portata di un certo diritto a livello interno per sostenere la necessità che, con riferimento alle fattispecie di volta in volta considerate, ad essi dovesse spettare un margine di apprezzamento nel valutare se, ed in che modo, dare tutela ad un diritto garantito dalla CEDU. Una simile applicazione della teoria del margine d’apprezzamento, che costituiva il prolungamento sul terreno degli altri diritti della visione internazionalistica propria dell’art. 15 CEDU, ebbe una prima applicazione nei casi, decisi sul finire degli anni '60, *linguistico belga* e *De Wilde, Ooms e Versyp*. In questi casi, benché non venisse direttamente in discussione l’art. 15 CEDU, la Corte di Strasburgo sostenne, ad esempio nel caso *linguistico belga* in tema di non discriminazione (art. 14 CEDU), che “la Corte non può non prendere in considerazione quelle particolarità giuridiche e di fatto che caratterizzano la vita della società all’interno dello stato che è tenuto a replicare alla misura oggetto di ricorso”, con la conseguenza che “le autorità nazionali rimangono libere di scegliere le misure che ritengono più appropriate in quelle materie che rientrano nell’ambito di applicazione della Convenzione”. Dopo simili affermazioni, che erano in piena continuità con la giurisprudenza precedente, la Corte precisò tuttavia che le misure asseritamente discriminatorie potevano essere ritenute compatibili con la Convenzione solamente se avevano una “giustificazione obiettiva e razionale” e, soprattutto, se risultavano proporzionali rispetto allo scopo perseguito. L’aggiunta di un simile inciso, peraltro nella prima pronuncia in cui la Corte si pronunciava su ricorso di un privato, al tempo stesso testimoniava l’ambiguità del modo in cui la Corte concepiva il suo ruolo – come garante di diritti dei singoli ma molto deferente nei confronti degli Stati – ma lasciava anche intravedere un controllo più stringente sulle decisioni degli Stati in tema di margine d’apprezzamento.

Le critiche rivolte alla Corte in quegli anni si appuntavano invariabilmente sull’assenza di un criterio univoco nel valutare l’essenzialità della responsabilità degli Stati. Il controllo esterno sulle valutazioni adottate dagli Stati, rivolto ad indagarne la non implausibilità, veniva infatti ritenuto troppo elastico per poter costituire un valido limite all’arbitrio degli Stati membri.

Il passo successivo è costituito dalla sentenza in commento, *Handyside c. Regno Unito*. In questa pronuncia, la Corte veniva chiamata a giudicare della violazione dell’art. 10 della CEDU (*Libertà di espressione*) ad opera delle autorità britanniche, che avevano impedito la diffusione in gran parte del territorio inglese di una pubblicazione rivolta ad un pubblico adolescenziale (*The Little Red*



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Schoolbook), contenente indicazioni su stili di vita ritenuti "alternativi", in particolar modo in materia sessuale. Ai motivi di ricorso del ricorrente, le autorità statali avevano replicato sostenendo che le misure di censura e di sequestro della pubblicazione in questione, fondate su alcune disposizioni dell'*Obscene Publications Act* del 1959, si giustificavano in quanto dirette – ai sensi del par. 2 del medesimo art. 10 della CEDU – alla protezione della morale, in particolare per gli aspetti legati "allo stadio particolarmente critico dell'età dello sviluppo". A queste argomentazioni la Corte replica ribadendo inizialmente come, in ossequio al principio di sussidiarietà, non possa spettare che allo stato di individuare una nozione di morale da tutelare e, in secondo luogo, di valutare se la misura in questione sia la più appropriata per la salvaguardia di tali finalità. Tale valutazione, nel caso di specie, risulta viepiù giustificata dal fatto che "in particolare, non è possibile trovare nel diritto interno dei vari stati contraenti una concezione europea uniforme di morale. Le posizioni adottate dai vari diritti interni sui presupposti della morale variano da un momento all'altro e da un luogo all'altro, specialmente nella nostra epoca che è caratterizzata da un'evoluzione rapida e intensa (*far-reaching*) delle opinioni in materia" (§ 48).

Sin qui, sembra che i giudici non abbiano detto nulla di più o di diverso da quanto espresso nelle sentenze citate in precedenza. È a partire da questa conclusione, invece, che la Corte prende lo spunto per approfondire i presupposti del suo giudizio e per elaborare nel dettaglio un test più preciso per valutare la sussistenza del margine d'apprezzamento, fondato sul giudizio comparativo. A differenza che nelle pronunce precedenti, infatti, viene riconosciuto che la valutazione sulla necessità di una misura limitativa di un diritto rispetto agli obiettivi da perseguire (nel caso di specie: censura e sequestro di un libro al fine di proteggere la morale) rientra sì nel margine d'apprezzamento lasciato allo stato, ma questo è solamente un primo stadio (*initial assesment*) del giudizio. Proprio perché essa non può limitarsi a giudicare la ragionevolezza e la buona fede dell'agire statale, dovendo guardare anche al merito delle ragioni fatte valere dal ricorrente (vale a dire, nel concreto di quel caso, al contenuto effettivo della pubblicazione censurata), ogni decisione adottata al livello interno deve essere assoggettata anche ad un secondo stadio di giudizio, in cui la Corte esercita un controllo particolarmente intenso sulla fondatezza e sulla necessità in concreto della misura restrittiva.

Dal contesto della pronuncia emerge quindi che, se il giudizio sulla proporzionalità delle misure statali è svolto dalla Corte tenendo presente una molteplicità di fattori (in primo luogo se queste rispondano ad un "bisogno sociale impellente"), quello sul fine perseguito non può fare a meno di guardare al consenso (o alla diversità di vedute) che si riscontra su una certa materia tra i paesi europei (c.d. *consensus standard*). Se su una certa materia, quindi, gli ordinamenti nazionali



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

adottano posizioni diversificate, una simile assenza di consenso europeo giustifica un margine d'apprezzamento più ampio per lo stato interessato.

La sentenza, quindi, appare sicuramente criticabile per l'esito cui è giunta: benché la Corte avesse stabilito che la libertà d'espressione vale non solo "per le informazioni o le idee accolte positivamente o considerate inoffensive o come oggetto di indifferenza, ma anche per quelle che offendono, disturbano o colpiscono lo Stato o qualsiasi settore della popolazione" (§ 49), essa ha ritenuto in definitiva non lesivo dell'art. 10 CEDU il comportamento delle autorità inglesi, perché coperto dal margine d'apprezzamento.

Se queste sono le perplessità nei confronti dell'approccio scelto dalla sentenza, è anche vero che questa pronuncia, segnando una cesura rispetto alle decisioni *linguistica belga* quanto all'inquadramento del controllo, segna l'avvio di un percorso destinato a svilupparsi di lì a breve, ad esempio nel caso *Sunday Times I* (vedilo nella sezione "Società democratica e interpretazione evolutiva"). Ponendo i fondamenti del c.d. *consensus standard*, infatti, la Corte si preserva la possibilità di discernere nel tempo una maggiore omogeneità delle diverse esperienze nazionali e di fondare su di essa un'intensificazione del suo controllo sulle decisioni delle autorità nazionali.

Precedenti giurisprudenziali

Lawless v. Ireland del 1° luglio 1961; *Belgian linguistic case* del 23 luglio 1968; *De Wilde, Ooms and Versyp* del 18 giugno 1971; *Golder* del 21 febbraio 1975; *Engel and Others* dell'8 giugno 1976

Riferimenti bibliografici

J. A. BRAUCH, *The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law*, in *Columbia Journal of European Law*, 11 (2004), pp. 113 ss.; E. BREMS, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1996, pp. 240 ss.; M. A. CASE, *Community Standards and the Margin of Appreciation*, in *Human Rights Law Journal*, 2004, pp. 10 ss.; G. LETSAS, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, OUP, Oxford, 2007; T. A. O'DONNELL, *The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Quarterly*, 1982, pp. 474 ss.

(11.02.2010)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

- Sezione:** Diritti e argomentazione della Corte EDU- L'argomentazione comparativa
- Titolo:** *L'argomentazione comparativa come chiave di giudizio: il caso Goodwin*
- Autore:** **GIORGIO REPETTO**
- Sentenza di riferimento:** Corte eur.dir.uomo, *Goodwin v. United Kingdom* dell'11 luglio 2002 (n. ric. 28957/95)
- Parametro convenzionale:** Art. 8, art. 12 e art. 14
- Parole chiave:** Transessualismo, identità sessuale, argomento comparativo, diritto di contrarre matrimonio, diritto al rispetto della vita privata e familiare

Nell'analisi delle tecniche di giudizio impiegate dalla Corte di Strasburgo, il ricorso all'argomentazione comparativa costituisce una tematica molto discussa. Come si può vedere in relazione al tema del margine d'apprezzamento (su cui si veda la relativa sezione per gli opportuni approfondimenti), la Corte si è servita del giudizio comparativo, nella veste di *consensus standard*, per valutare se, nella tutela di un certo diritto, le divergenze sussistenti a livello europeo non giustificassero la riserva agli Stati di un potere discrezionale nell'individuazione delle modalità di protezione delle garanzie contenute negli articoli della Convenzione. A partire dal caso *Handyside*, infatti, la Corte ha ritenuto che quegli articoli della Convenzione che indicano al proprio interno le ragioni che abilitano gli Stati a limitarne il godimento (artt. 8-11) debbano essere interpretati alla luce del contesto in cui sono chiamati ad operare, con la conseguenza che gli Stati aderenti possono tutelare uno stesso diritto in modo differenziato, senza che ciò crei automaticamente un contrasto con il dettato della Convenzione.

Dopo l'avvio della dottrina del *consensus standard*, l'attenzione degli studiosi si è concentrata su due aspetti particolarmente problematici dell'uso dell'argomentazione comparativa. Da un primo punto di vista, la giurisprudenza della Corte è stata criticata in ragione dell'assenza di un elaborato ragionamento comparativo. Il più delle volte, infatti, la Corte si limita a dichiarare apoditticamente che in una certa materia non esiste uniformità di disciplina a livello nazionale, o tutt'al più si limita ad effettuare degli accenni sommari solo ad alcune legislazioni, e da ciò fa discendere una riserva agli Stati nella disciplina di un certo diritto fondamentale. La mancanza di una diffusa trattazione

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

comparatistica non è però l'unica ragione di perplessità della dottrina prevalente. Alcuni autori ritengono alla radice sbagliata l'impostazione che fa dipendere l'interpretazione e la portata di un certo diritto dal modo in cui gli Stati nazionali lo disciplinano. La CEDU, secondo questi autori, dovrebbe avere una funzione contromaggioritaria, nel senso di imporsi sulle legislazioni nazionali anche se queste dovessero andare tutte nella stessa direzione, senza la possibilità di dare spazio ad ambiti di discrezionalità o a margini di apprezzamento. Dalla soluzione di questi problemi, come appare evidente, discendono visioni diverse del ruolo della CEDU e della giurisprudenza del suo giudice. Per i sostenitori dell'argomentazione comparativa, la CEDU non va intesa come un livello normativo gerarchicamente superiore, destinato ad imporsi sugli ordinamenti nazionali, ma come un sistema mirante a creare un ordine pubblico europeo dei diritti fondamentali, che deve tenere conto delle diverse sensibilità esistenti a livello nazionale (Kastanas). Per i critici di questo orientamento, invece, la CEDU incorpora anche il principio di legalità e dello stato di diritto, che vengono minacciati ogni volta che la Corte di Strasburgo cede ad interpretazioni che lasciano spazio al potere discrezionale degli Stati (Van Dijk e Van Hoof).

Al di là del modo corretto di rispondere a questi problemi, pare più utile indicare un filone giurisprudenziale come quello del riconoscimento del transessualismo, in cui l'evoluzione ed il mutamento di giurisprudenza sono stati determinati proprio dal diverso modo di impiegare l'argomentazione comparativa.

Le pronunce in questione riguardavano persone che, dopo essersi sottoposte ad un'operazione di mutamento di sesso, si sono rivolte alla Corte di Strasburgo per lamentare una violazione del diritto alla protezione della vita privata e familiare (tutelato dall'art. 8 CEDU), determinata dalla legislazione inglese. Quest'ultima, pur consentendo i trattamenti ormonali e le operazioni chirurgiche necessarie allo scopo e, anzi, affidandole al proprio servizio sanitario nazionale, ha per lungo tempo impedito a questi soggetti di vedersi pienamente riconosciuta la nuova identità, sia in relazione alla correzione degli atti dello stato civile a seguito dell'operazione, sia in relazione alla capacità di contrarre matrimonio con una persona del proprio sesso biologico (facendo valere per questo aspetto l'art. 12 CEDU). Le prime due richieste avanzate da soggetti transessuali su cui la Corte di Strasburgo si sia pronunciata nel merito sono quelle sfociate nelle decisioni *Rees* e *Cossey*: il rifiuto delle autorità inglesi di riconoscere a tutti gli effetti il mutamento di sesso e la possibilità di sposarsi è stato giudicato – in entrambe le occasioni – di per sé non in contrasto con i citati artt. 8 e 12 della Convenzione, considerato che un tale obbligo positivo di riconoscimento a carico dello stato non poteva essere desunto da una prassi uniforme vigente nei paesi europei. In queste prime pronunce, quindi, i giudici riconoscono che il trattamento che ricevono i transessuali nel Regno Unito non rappresenta un'eccezione tale – nel quadro delle diverse prassi nazionali – da obbligare la

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Corte ad intervenire sanzionando il comportamento nazionale. In una situazione di incertezza e di frammentazione normativa, scientifica e culturale, la Corte finisce per assumere una posizione che, da un lato, continua a considerare tale complessità come un insuperabile ostacolo cognitivo al proprio intervento ma che, dall'altro lato, pone dei limiti di ordine procedurale al margine d'apprezzamento statale: se l'estrema diversificazione delle pratiche nazionali registrabili in un certo momento impedisce l'elaborazione di uno standard di tutela, ciò non significa che, di fronte ad un'evoluzione delle coordinate normative, scientifiche e sociali, essa non possa tornare sui propri passi e sindacare – alla luce dei mutati presupposti – il comportamento statale ritenuto a quel punto minoritario.

Dopo la prima formulazione di questo principio nel caso *Rees* del 1986, tuttavia, nella sentenza *Cossey* del 1990 la Corte riposa apoditticamente sulla constatazione che l'evoluzione registrabile a partire da allora non è sufficiente a far emergere alcuna posizione univoca nell'area europea. Tale posizione è però duramente criticata dai giudici di minoranza, che invece cominciano a prendere in esame nel dettaglio i mutamenti legislativi intervenuti nel frattempo. Essi, inoltre, mettendo in luce un grado di consenso sempre maggiore nei confronti del riconoscimento di uno statuto giuridico della transessualità, sottolineano con forza l'incongruità della posizione assunta dalla maggioranza e la sua rinuncia a individuare già a partire da allora uno standard comune. Le pronunce successive, posto questo quadro di riferimento, si concentreranno quasi esclusivamente, seppur sulla base di motivazioni criticate in dottrina per la loro stringatezza, sulla valutazione delle evoluzioni a livello normativo e scientifico intervenute nel frattempo, giungendo costantemente alla conclusione che non vi fosse ancora un trattamento uniforme a livello europeo del fenomeno della transessualità tale da giustificare l'abbandono della dottrina sviluppata nel caso *Rees*. È solo nel 2002, con il caso *Goodwin*, che i giudici di Strasburgo mettono in atto le conseguenze lasciate solo intravedere nelle sentenze appena citate, giungendo a dichiarare contraria agli artt. 8 e 12 della Convenzione la legislazione inglese ritenuta fino a quel momento rientrante nel margine d'apprezzamento statale.

Quali sono le novità che, in tema di argomentazione comparativa, la Corte fa valere nel caso in questione per superare il proprio precedente orientamento? Alla convergenza di una serie di elementi dedotti da un'analisi comparata (il trend costante verso un maggiore riconoscimento negli ordinamenti europei, l'esperienza di paesi extraeuropei come Australia e Nuova Zelanda, i progressi compiuti nell'ordinamento comunitario), infatti, la Corte aggiunge un argomento che segna un arricchimento rispetto a quella concezione statica e/o meramente "algebraica" di un consenso europeo di cui si era avvalsa in precedenza. Ancora nel 2002, infatti, un approccio europeo comune in materia di transessualità sembra ancora di là da venire: tale assenza, tuttavia, "tra i quarantatré Stati contraenti non è affatto sorprendente, tenuto conto della diversità dei sistemi e delle tradizioni

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

giuridiche. Conformemente al principio di sussidiarietà, spetta infatti prima di tutto agli Stati contraenti decidere le misure necessarie per assicurare il riconoscimento dei diritti garantiti dalla Convenzione ... e, per risolvere nei loro ordinamenti giuridici interni i problemi concreti posti dal riconoscimento giuridico della condizione sessuale dei transessuali operati, gli Stati contraenti devono beneficiare di un ampio margine d'apprezzamento. La Corte attribuisce una minore importanza all'assenza di elementi espressivi di un consenso europeo quanto alla maniera di risolvere tali problemi giuridici e pratici, che all'esistenza di elementi chiari e incontestati che dimostrano una tendenza internazionale continua verso una maggiore accettazione sociale dei transessuali, ma anche verso il riconoscimento giuridico della nuova identità sessuale dei transessuali operati" (§ 85).

Questo caso segna una indubbia novità nel modo in cui la Corte di Strasburgo declina l'argomento comparativo perché dimostra la complessità e, al tempo stesso, l'articolazione delle motivazioni della Corte. Più che fare riferimento solamente al quadro normativo dei paesi europei, la Corte prende atto che l'ordinamento inglese non ha, nel corso di quasi vent'anni, adottato alcun rimedio ad una situazione che espone i transessuali ad una costante lesione della propria dignità. Per far valere questa contrarietà rispetto ai principi incardinati nella Convenzione, tuttavia, la Corte tiene conto di tre fattori. In primo luogo, fa riferimento all'evoluzione internazionale in tema di riconoscimento del transessualismo, che mostra un'evoluzione netta e marcata verso una maggiore tutela rispetto al passato. In secondo luogo, fa leva sulla contraddittorietà del comportamento delle autorità nazionali, che finanziano l'operazione di mutamento di sesso ma poi rifiutano di riconoscere la nuova identità sessuale. In terzo luogo, la Corte riconosce che il margine d'apprezzamento non può essere inteso solamente come uno strumento destinato a garantire le prerogative degli Stati in assenza di un consenso a livello europeo, ma trova un limite invalicabile in tutte quelle situazioni che investono aspetti intimi della propria vita privata, come l'identità sessuale.

Precedenti giurisprudenziali

Rees v. United Kingdom del 17 ottobre 1986; *Cossey v. the United Kingdom* del 27 settembre 1990; *Dudgeon v. the United Kingdom* del 22 ottobre 1981; *Mikulic v. Croatia* del 7 febbraio 2002; *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom* del 30 luglio 1998; *X., Y. and Z. v. the United Kingdom* del 22 aprile 1997

Riferimenti bibliografici

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

P. VAN DIJK e G.J.H. VAN HOOF, *Theory and Practice of the European Court of Human Rights*, 2. ed., Deventer, Kluwer, 1990; E. KASTANAS, *Unité et diversité: notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996 ; P. WACHSMANN e A. MARIENBURG-WACHSMANN, *La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de transsexualisme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2003, pp. 1157 ss.; G. REPETTO, *I diritti all'identità sessuale e il ruolo della morale pubblica*, in A. VESPAZIANI (a cura di), *Diritti fondamentali europei. Casi e problemi di diritto costituzionale comparato*, Torino, Giappichelli, 2009 ; M. LEVINET, *La revendication transsexuelle et la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1999, pp. 646 ss.

(11.02.2010)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Sezione: **Diritti e argomentazione della Corte EDU** - "Società democratica" e interpretazione evolutiva

Titolo: *La nozione di società democratica nel caso Sunday Times*

Autore: **GIORGIO REPETTO**

Sentenza di riferimento: Corte eur.dir.uomo, *Sunday Times (I) v. United Kingdom* del 26 aprile 1979 (n. ric. 6538/74)

Parametro convenzionale: Art. 10

Parole chiave: Libertà di espressione, società democratica, potere giudiziario

Nel ragionamento giuridico impiegato dalla Corte di Strasburgo, le diverse tecniche argomentative non vengono impiegate isolatamente le une dalle altre, costituendo al contrario l'una l'elemento necessario dell'altra. Dopo aver affrontato, in relazione ai casi *Handyside* e *Goodwin*, il tema del margine d'apprezzamento e dell'interpretazione comparativa, è giunto il momento di fare il punto sulla nozione di società democratica. Questa nozione, a differenza delle altre due, che costituiscono il frutto dell'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo e che hanno un fondamento solamente indiretto nel testo della CEDU, è positivamente disciplinata in una serie di articoli della CEDU. Essa, infatti, viene impiegata per indicare, nei secondi commi degli articoli da 8 a 11, il contesto ideale nel quale debbono operare i limiti ai diritti previsti dai primi commi; limiti associati alla necessità di proteggere beni e valori di diretto rilievo per gli stati aderenti, come la sicurezza, la morale pubblica, ecc. L'art. 10 CEDU, ad esempio, dopo aver provveduto nel primo comma ad affermare la tutela della libertà d'espressione, prevede al secondo comma: "L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, *in una società democratica*, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario". Il percorso che conduce i giudici europei a valutare il rispetto di questa formula vede quindi associati il ricorso alla teoria del margine d'apprezzamento e dell'argomentazione comparativa, poiché una simile valutazione



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

costituisce anche l'esito dell'analisi concernente il diffondersi del consenso, tra i paesi europei, sulla disciplina della materia di volta in volta in questione.

Sin dagli albori della propria giurisprudenza, la Corte di Strasburgo ha incontrato molte difficoltà a chiarire cosa dovesse intendersi per "società democratica". Non essendo percorribile la via di una definizione astratta, valida a priori, la Corte ha ritenuto – ad esempio nel caso *Handyside* – che per "necessità" dovesse intendersi non una generica relazione di causalità, ma un "bisogno sociale impellente" ("*pressing social need*") e che la società democratica dovesse associarsi a valori di "tolleranza, pluralismo e apertura di vedute" ("*tolerance, pluralism, broadmindedness*"). Dopo il caso *Handyside*, che ha costituito una prima significativa sistemazione del ricorso alla teoria del margine d'apprezzamento (si v. nella relativa sezione), la Corte di Strasburgo è tornata ad elaborare le proprie tecniche argomentative, con particolare riferimento alla nozione di società democratica, nel caso *Sunday Times (I)*. In quell'occasione, il direttore ed alcuni giornalisti del noto giornale inglese avevano chiamato in giudizio il Regno Unito, lamentando una violazione del citato art. 10 CEDU, poiché le corti inglesi (principalmente la *House of Lords*) avevano impedito loro di pubblicare una serie di articoli relativi al processo che si svolgeva nei confronti della casa farmaceutica responsabile di aver diffuso il noto farmaco Talidomide. Il divieto si giustificava, nel diritto interno, sulla base del fatto che la diffusione di notizie sulle conseguenze dannose del farmaco avrebbe pregiudicato un regolare svolgimento del processo dando luogo, se ignorato, al reato di *contempt of the court*. Per queste ragioni, il Regno Unito replicava ai motivi dei ricorrenti sostenendo che il divieto in questione era legittimo in quanto rivolto, ai sensi dell'art. 10 co. 2 della Convenzione, a "garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario" e che quindi l'adozione delle misure contestate dovevano ritenersi compatibili con il margine d'apprezzamento lasciato in materia agli stati.

Il Governo inglese aveva invitato i giudici a fare riferimento al caso *Handyside* per riscontrare, anche in quest'occasione, l'assenza di una nozione uniforme al livello europeo di "autorità del potere giudiziario". La sentenza precisa tuttavia che quanto affermato in relazione alla nozione di protezione della morale "non può dirsi per la nozione ben più oggettiva di 'autorità' del potere giudiziario. Il diritto interno e l'esperienza degli Stati contraenti rivelano in questa materia un grado particolarmente significativo di accordo (*a fairly substantial measure of common ground*). Quest'ultimo è riscontrabile in numerose disposizioni della Convenzione, compreso l'art. 6 [Diritto ad un processo equo], che non hanno equivalenti per quanto riguarda la morale. Di conseguenza, in questo settore, ad un controllo europeo più intenso corrisponde un grado minore di discrezionalità da parte dello stato" (§ 59). A prima vista, quindi, la Corte sembra avere optato per una soluzione che completa e integra quanto ancora di inesperto ed incompleto restava nella sentenza *Handyside*: se il campo della morale – in assenza di un consenso uniforme europeo – non può che essere affidato all'apprezzamento degli stati, l'area dei reati connessi all'amministrazione della giustizia



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

ricade nell'ambito di uno scrutinio più penetrante da parte della Corte, considerato che in questo settore è riscontrabile un grado di consenso più evidente nelle legislazioni e nelle prassi rilevanti nei diversi ordinamenti interni.

Sembra tuttavia, ad un'analisi più attenta, che non sia solamente questo il ruolo che rivestono il riferimento al diritto comparato e il consenso tra gli ordinamenti nazionali. Nella pronuncia, infatti, la Corte si è trovata a fare i conti con un istituto (il *contempt of the court*) che non trova eguali negli ordinamenti continentali, costituendo una peculiarità del sistema inglese: detto questo, non può che stupire l'affermazione della Corte per cui, in questa luce, vi è un largo consenso in materia di "autorità del potere giudiziario". Se nella tradizione giuridica inglese, infatti, il reato in questione costituisce uno dei mezzi privilegiati per garantire il regolare svolgimento dei processi, è sufficiente che esso sia sconosciuto ad altri sistemi nazionali per determinarne la contrarietà alla Convenzione? Così ragionando, la ricerca del consenso europeo andrebbe costantemente nella direzione dell'eliminazione delle diversità registrabili a livello nazionale e della creazione di uno spazio giuridico europeo il più uniforme possibile.

È ancora il testo della sentenza a dimostrare che non è questo l'approccio scelto dalla Corte: posti di fronte ad un vero e proprio problema di traduzione di una legislazione interna a livello europeo, i giudici di Strasburgo sottolineano infatti che l'assoluta unicità di una certa legislazione non rappresenta un motivo sufficiente perché questa sia ritenuta – solo per questo – non necessaria in una società democratica e quindi contraria alla Convenzione. Tale singolarità rispetto agli altri paesi europei, d'altra parte, non può rappresentare neanche un elemento irrilevante se è vero che l'istituto del *contempt*, anche a livello interno, era all'epoca oggetto di una serie di critiche e di progetti di riforma, puntualmente analizzati e presi in esame dalla sentenza.

Ciò porta a ritenere, quindi, che la constatazione di una convergenza delle esperienze nazionali in materia di reati collegati alla giurisdizione debba leggersi nel contesto più generale in cui la Corte colloca il bilanciamento tra le due pretese fatte valere: anche se allo Stato continua a spettare un margine d'apprezzamento in questa materia, questo non può che ridursi nel momento in cui viene in gioco la libertà d'espressione e il diritto ad essere informati, valori fondamentali alla base del quadro della Convenzione. Tutti questi elementi, in definitiva, portano a ritenere che l'argomento comparativo legato al *consensus standard* si leghi a tutta una serie di valutazioni svolte dai giudici al fine di individuare delle regole di giudizio valide nel caso di specie. Tali regole di giudizio pongono al centro dell'esame il significato del diritto tutelato dalla Convenzione (nel caso di specie la libertà di espressione), letto però non formalisticamente, ma nel quadro del rapporto tra la Convenzione come *testo* e gli ordinamenti nazionali come *contesto* in cui quest'ultima viene applicata. Anche se ragioni di ordine testuale, come visto, avrebbero dovuto condurre la Corte a ritenere giustificato il comportamento delle autorità nazionali, la sentenza sposta l'asse del proprio



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

giudizio sull'inequivocabile rilevanza del diritto-dovere di informare e di essere informati in un caso così tragico come quello del talidomide, consapevole che, su questa base, non possa che esservi un largo margine di consenso nei vari ordinamenti nazionali. Per questa ragione, sembra che il vero snodo della decisione, quanto alla comparazione tra ordinamenti e tradizioni statali, non stia tanto nella definizione di "autorità del potere giudiziario" quanto nel consenso tra gli stati europei sul ruolo privilegiato che deve avere la libertà d'espressione rispetto alla salvaguardia della regolarità dei processi.

Il modo in cui si legano il margine d'apprezzamento, l'argomentazione comparativa e la nozione di società democratica illustrano, nel caso *Sunday Times*, quanto la Corte abbia elaborato nel tempo una vera e propria teoria dell'interpretazione della Convenzione, che si fonda sull'esigenza di salvaguardare la portata garantistica dei diritti e, al tempo, stesso, di elaborare soluzioni interpretative che assicurino il pluralismo delle scelte e degli interessi tra i paesi firmatari. La nozione di società democratica, in particolare, costituisce l'intersezione di queste esigenze. Come si può ben vedere nel caso *Sunday Times*, la Corte rinuncia a dare un'applicazione dell'art. 10 che, benché letteralmente corretta, avrebbe portato a risultati in contrasto con lo spirito della Convenzione. E la chiave su cui fonda la diversa interpretazione della norma sta proprio nell'esaltazione della nozione di società democratica: se nel caso *Handyside*, infatti, la soluzione accolta dalla Corte era giustificata dal fatto che la nozione di morale non poteva dirsi uniforme a livello europeo, nel caso *Sunday Times* i giudici rilevano non solo, sulla base dell'analisi comparativa, il maggior grado di consenso sul tema dei reati contro la giurisdizione, ma, più in profondità, individuano nella tutela della libertà di espressione giornalistica uno dei valori di fondo su cui poggia quella "società democratica" presupposta dagli articoli della Convenzione.

Precedenti giurisprudenziali

Wemhoff del 27 giugno 1968; *Ringeisen* del 16 luglio 1971; *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen* del 7 dicembre 1976; *Handyside* del 7 dicembre 1976; *Ireland v. United Kingdom* del 18 gennaio 1978; *Klass and Others* del 6 September 1978

Riferimenti bibliografici

G. COHEN-JONATHAN, *Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 165 ss.; O. DE SCHUTTER, *Interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme: un essai en démolition*, in *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et diplomatiques*, 1992, pp. 83 ss.; V. FABRE-ALIBERT, *La notion de «société démocratique» dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Revue trimestrielle des droits de l'homme, 1998, pp. 465 ss.; P. T. VEGLERIS, *Valeur et signification de la clause «dans une société démocratique» dans la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Les droits de l'homme. Revue de Droit International et Comparé*, 1968, pp. 219 ss.

(11.02.2010)

diritti-cedu.unipg.it



Lo straniero e la CEDU

■ -Respingimento ed espulsione

- . Divieto di Tortura
- . Trattenimento
- . Difesa
- . Unità familiare

■ -Straniero soggiornante

- . Vita privata
- . Abitazione

■ -Identità culturale

- . Stile di vita
- . Velo islamico



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Sezione: **Lo straniero e la Cedu.** Respingimento ed espulsione – *Divieto di tortura*

Titolo: *I limiti all'espulsione dello straniero tra lotta al terrorismo e diritti fondamentali non derogabili*

Autore: **MARIA CHIARA LOCCHI**

Sentenza di riferimento: Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, Decisione del 28 febbraio 2008, *Saadi c. Italia* (ricorso n° 37201/06)

Parametro convenzionale: art. 3 Cedu

Parole chiave: Espulsione, divieto di tortura, terrorismo internazionale, sicurezza nazionale

1. La decisione *Saadi c. Italia* del 28 febbraio 2008 rappresenta un fondamentale riferimento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di protezione dell'art. 3 Cedu a fronte di misure di espulsione di stranieri per motivi di prevenzione del terrorismo internazionale. Nell'ambito di una giurisprudenza fortemente oscillante ed eterogenea negli esiti la Corte ha riaffermato e consolidato il carattere di previsione assoluta ed inderogabile dell'art. 3, negando fermamente qualsivoglia forma surrettizia di "fair balance" tra il divieto della tortura e di pene o trattamenti inumani o degradanti e la tutela di altri valori pur fondamentali – quali, come nel caso di specie, la sicurezza pubblica minacciata dal terrorismo internazionale. La nettezza dell'affermazione dell'"assolutezza" del divieto *ex art. 3* – che si declina nel divieto di espulsione verso un paese a rischio di maltrattamenti dalla norma stessa vietati – costituisce infatti il profilo qualificante di tale pronuncia, che ribadisce le linee argomentative già espresse in precedenza dalla Corte (soprattutto nel caso *Chahal c. Regno Unito*, sent. 15 novembre 1996) riaffermandone con forza – e stavolta all'unanimità – i principi qualificanti, anche, e soprattutto, in tempi di accentuato allarme terroristico.

2. Il ricorrente – cittadino tunisino residente a Milano dalla fine degli anni '90 e titolare all'epoca dei fatti di un permesso di soggiorno per motivi familiari – era stato arrestato e sottoposto



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

a custodia cautelare nell'ottobre 2002 per associazione con finalità di terrorismo e accusato, tra l'altro, di aver ricoperto ruoli organizzativi e dirigenziali in un'organizzazione terroristica di matrice islamica, elaborandone la dottrina ideologica e impartendo gli ordini necessari per realizzarne gli obiettivi. Nonostante numerosi elementi raccolti nel corso delle indagini e del dibattimento di primo grado avessero portato ad emersione i contatti del ricorrente con gruppi islamici integralisti, non era stato possibile provare l'esistenza e lo scopo di un'associazione terroristica, con conseguente condanna del ricorrente per associazione a delinquere, oltre che per falso e ricettazione, ma non per terrorismo internazionale; contestualmente alla sentenza della Corte d'assise di Milano – appellata sia dal ricorrente che dal pubblico ministero – il Tribunale militare di Tunisi condannava in contumacia il Sig. Saadi a vent'anni di reclusione per appartenenza ad un'organizzazione terroristica operante all'estero in tempo di pace e per incitamento al terrorismo. Nell'agosto 2006 il ricorrente – nel frattempo scarcerato – veniva raggiunto da un ordine di espulsione emesso dal Ministero dell'Interno ai sensi della l. 155/2005 (c.d. "Legge Pisanu", di conversione del d.l. 144/2005 recante misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale), in quanto ritenuto parte integrante ed attiva di una cellula terroristica di matrice islamica e quindi pericoloso per l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale. A seguito del rigetto della domanda di asilo politico fondata sul timore, una volta in Tunisia, di essere carcerato e torturato nonché sottoposto a rappresaglie di carattere politico e religioso, il sig. Saadi presentava infine ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione degli artt. 3, 6 e 8 della Convenzione, chiedendo inoltre la sospensione o l'annullamento del decreto di espulsione ai sensi dell'art. 39 del Regolamento della Corte; quest'ultima, valutate le informazioni fornite dall'Italia sulla possibilità per il sig. Saadi di ricorrere contro la sentenza emessa dal tribunale tunisino, chiedeva al Governo italiano di sospendere l'espulsione fino a nuovo ordine.

3. A fronte delle argomentazioni del ricorrente in ordine all'esistenza di un serio rischio di subire torture una volta detenuto in Tunisia – a sostegno della quale egli allegava al ricorso i rapporti di *Amnesty International*, di *Human Rights Watch* e del Dipartimento di Stato americano – il Governo italiano opponeva sostanzialmente due ordini di ragioni. In primo luogo si cercava di minimizzare la configurabilità di detto rischio, sottolineando, da un lato, l'eccessiva indeterminatezza delle prove addotte dal ricorrente, compresi i rapporti delle organizzazioni internazionali, e, dall'altro, l'adesione della Tunisia a numerosi strumenti internazionali in materia di protezione dei diritti dell'uomo, nonché ad accordi con l'Italia e con la stessa Unione europea, che dimostrerebbero una base comune di rispetto dei diritti fondamentali (par. 111); a tal proposito, inoltre, il Governo italiano si era premurato di richiedere delle assicurazioni diplomatiche alla Tunisia, che aveva garantito di applicare leggi nazionali improntate al divieto di tortura e maltrattamenti e alla tutela dei diritti di difesa dei detenuti. In secondo luogo il Governo faceva presente alla Corte la necessità di tener conto dell'ampiezza del pericolo rappresentato dal terrorismo internazionale, in relazione al quale si rendeva opportuno considerare non solo i rischi



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

legati all'espulsione, ma anche quelli che sarebbero sorti in caso di non espulsione (par. 114). Particolarmente interessanti e degne di nota sono infine le valutazioni espresse dal Governo del Regno Unito, intervenuto nel caso ai sensi dell'art. 36 c. 2 della Convenzione, con l'obiettivo di ottenere dalla Corte la revisione, o almeno il chiarimento, dell'orientamento "assolutista" già espresso nel caso *Chahal* in tema di divieto di espulsione in presenza di un rischio reale di tortura e pene o trattamenti inumani o degradanti. Secondo il Regno Unito, infatti, tale principio aveva creato seri problemi agli Stati contraenti nel loro impegno di contrasto del terrorismo internazionale, rendendo praticamente impossibili le espulsioni che pure si rivelavano – nella ricostruzione decisamente opinabile del Governo britannico – l'unico strumento efficace nei confronti di sospetti terroristi che non avessero (ancora) commesso reati: il mero sospetto, dunque – in assenza di condanne penali o di prove sufficienti o comunque utilizzabili, in quanto prodotte da fonti confidenziali o dai servizi segreti – costituirebbe un elemento in grado di prevalere, nell'ottica di un bilanciamento, sul divieto sancito dall'art. 3. Ciò che proponeva il Governo del Regno Unito, in effetti, era il superamento della rigidità della Corte nel caso *Chahal* attraverso l'introduzione della possibilità di un bilanciamento, nei casi riguardanti minacce derivanti dal terrorismo internazionale, tra il rischio di trattamenti vietati ai sensi dell'art. 3 e la minaccia costituita dall'espellendo alla sicurezza nazionale e allo stesso diritto alla vita di cui all'art. 2; un'ulteriore, e inquietante, elemento di "flessibilizzazione" del divieto *ex art. 3* era poi individuato nell'adattamento della prova del rischio di tortura alle considerazioni relative alla sicurezza nazionale, di modo che, a fronte di una minaccia seria e documentata dallo Stato convenuto, l'interessato avrebbe dovuto provare che "è più probabile che improbabile" la sua sottoposizione a trattamenti vietati dall'art. 3 (par. 122).

4. Nel richiamare i principi generali espressi dalla sua precedente giurisprudenza sulla questione – fondati sul riconoscimento del diritto degli Stati di controllare l'entrata, il soggiorno e l'allontanamento degli stranieri, sull'assenza nel sistema Cedu di un diritto all'asilo politico e sulla derivazione dall'art. 3 del divieto di espellere gli stranieri verso un paese nel quale rischiano di essere sottoposti a trattamenti vietati dalla norma stessa (par. 124-125) – la Corte dà modo di rilevare, da un lato, la fermezza con cui ha affermato fin da decisioni risalenti (es. *Irlanda c. Regno Unito*, sent. 8 gennaio 1978, § 163; *Chahal*, cit., § 79; *Selmouni c. Francia*, sent. 6 aprile 2000, § 95) il carattere "assoluto" e fondamentale del principio sancito dall'art. 3 anche in caso di pericolo pubblico che minacci la vita dello Stato e, dall'altro, la cautela con cui ha proceduto all'accertamento del rischio di violazione della stessa norma. Se rispetto al primo profilo, infatti, risultano ininfluenti i comportamenti delle persone coinvolte (*Chahal*, cit., § 79) e il tipo di reato di cui eventualmente l'espellendo sia ritenuto responsabile (*Indelicato c. Italia*, sent. 18 ottobre 2001, § 30 e *Ramirez Sanchez c. Francia*, sent. 4 luglio 2006, §§ 115-116), la considerazione del secondo aspetto impedisce di concludere nel senso di una tutela irragionevolmente ampia accordata dalla Corte agli stranieri colpiti da ordine di espulsione. Già nel caso *Chahal*, infatti, si affermava la



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

necessità di procedere alla valutazione della potenziale violazione dell'art. 3 attraverso il ricorso a criteri rigorosi per l'individuazione del rischio di trattamenti vietati, tenendo conto della situazione generale del paese e delle circostanze specifiche riguardanti l'interessato (*Vilvarajah e al. C. Regno Unito*, sent. 30 ottobre 1991, § 108 *in fine*). È dunque riconfermata la prudenza della Corte nella suddetta valutazione, da operarsi con le dovute distinzioni – tra la “semplice possibilità di maltrattamenti per motivi di congiuntura instabile” nel paese e il rischio reale di tortura e trattamenti vietati dall'art. 3, così come tra la dimostrazione di una situazione di rischio generalizzato e gli ulteriori, necessari, elementi di prova a sostegno di lamentele specifiche (par. 131) – e la necessaria attenzione nella considerazione, ad esempio, dell'effettiva appartenenza del ricorrente ad un gruppo esposto a pratiche di maltrattamenti, anch'essi da accertare con la massima serietà (par. 131-132).

Da quanto riportato risulta quindi congruente il rigetto da parte della Corte delle argomentazioni proposte dal Governo britannico, essendo impossibile qualsiasi bilanciamento tra il rischio di maltrattamenti, da una parte, e, dall'altra, i motivi invocati per l'espulsione e i comportamenti delle persone considerate nonché qualsiasi aggravamento del livello di prova del rischio di maltrattamenti in funzione della pericolosità dell'espellendo: è dunque riaffermato con forza il principio, netto nella sua semplicità, per cui affinché un'espulsione sia contraria all'art. 3 Cedu è necessario e sufficiente che il suddetto rischio sia “reale e fondato su motivi seri e accertati” (par. 140). Nell'applicare tali criteri di giudizio alla valutazione del ricorso presentato dal Sig. Saadi – considerando allarmante e degna della massima attenzione la situazione descritta dai rapporti delle organizzazioni internazionali di cui sopra e non risolutivi gli elementi di segno contrario prodotti dal Governo italiano – la Corte ritiene illegittima, perché contraria all'art. 3, l'eventuale esecuzione dell'espulsione.

Come già accennato, l'affermazione costante negli anni del carattere inderogabile e assoluto del divieto di tortura e pene o trattamenti inumani o degradanti di cui all'art. 3 Cedu non ha impedito alla Corte di “adattare” il principio di tutela della dignità umana, che l'art. 3 in ultima analisi sancisce, alle esigenze degli Stati in ordine al controllo dell'ingresso e del soggiorno dei migranti nel territorio nazionale. A dimostrazione di tale variabilità negli esiti concreti della giurisprudenza della Corte si tenga conto, ad esempio, della negazione della possibilità che la tutela di un caso singolo possa consentire una protezione “di massa” di casi analoghi senza la dovuta considerazione dell'interesse dello Stato (*Vilvarajah*, cit.; *Conka c. Belgio*, sent. 13 marzo 2001), dell'esclusione di qualsiasi valutazione dello stato di bisogno economico dai criteri alla luce dei quali accertare l'esistenza di “trattamenti inumani o degradanti”, dell'affermazione della legittimità dell'espulsione verso regioni “sicure” all'interno di un paese di per sé a rischio di tortura (*Chahal*, cit.; *S.S. c. Paesi Bassi*, 11 gennaio 2007). Appare evidente, dunque, come con la decisione nel caso *Saadi* la Corte abbia posto un punto fermo nella protezione dell'art. 3, in modo tanto più determinante se si considera – come la stessa Corte rileva nella sentenza – che l'emergenza legata alla minaccia



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

terroristica ha subito un'impressionante intensificazione a seguito degli attentati dell'11 settembre 2001, avviando su scala globale una fase di preoccupante compressione dei diritti e delle libertà fondamentali in nome della lotta al terrorismo e della difesa della sicurezza pubblica. Nell'opinione concorrente del giudice Myjer, alla quale ha aderito il giudice Zagrebelsky, l'importanza della pronuncia della Corte è rimarcata mirabilmente proprio in relazione alla tensione prodotta all'interno del sistema dei diritti fondamentali dalle misure repressive adottate in difesa della sicurezza pubblica: la tutela del diritto alla vita e alla sicurezza degli europei, nelle parole dei due giudici, non può essere garantita a qualsiasi prezzo, persino a rischio di intaccare gli stessi valori fondamentali che si vuole proteggere. La sentenza, dunque, sembra delineare una sorta di "modello europeo" di lotta al terrorismo, che trova nel divieto sancito all'art. 3 – dal quale si ricava un diritto di asilo *de facto* più ampio di quello previsto dalla Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato – un limite "assoluto" a garanzia dei diritti di tutti.

Precedenti

Soering c. Regno Unito, sentenza del 7 luglio 1989, serie A n° 161

Cruz Varas e altri c. Svezia, sentenza del 20 marzo 1991, serie A n° 201

Vilvarajah e altri c. Regno Unito, sentenza del 30 ottobre 1991, serie A n° 215

Chahal c. Regno Unito, sentenza del 15 novembre 1996, Rep. 1996-V, fasc. 22

Selmouni c. Francia, sentenza del 6 aprile 2000, n. 25803/94, ECHR 1999-V

Pronunce successive conformi

Ben Khemais c. Italia, sentenza del 24 febbraio 2009, n. 246/07 (Sect. 2), ECHR 2009

Abdelhedi c. Italia, sentenza del 24 marzo 2009, n. 2638/07 (Sect. 2)

Ben Salah c. Italia, sentenza del 24 marzo 2009, n. 38128/06 (Sect. 2)

Bouyahia c. Italia, sentenza del 24 marzo 2009, n. 46792/06 (Sect. 2)

Darraji c. Italia, sentenza del 24 marzo 2009, n. 11549/05 (Sect. 2)

Hamraoui c. Italia, sentenza del 24 marzo 2009, n. 16201/07 (Sect. 2)



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Profili di diritto interno

Corte costituzionale, sent. n. 432 del 10 dicembre 2007 (sulla legittimità costituzionale della mancata sospensione dell'impugnazione del provvedimento di espulsione per motivi di prevenzione del terrorismo prevista dalla l. 155/2005)

Trib. di Sorvegl. Nuoro, ord. del 16 dicembre 2008 (sostituzione con altra misura di sicurezza della misura dell'espulsione di uno straniero condannato per associazione finalizzata al terrorismo, non più praticabile in seguito a richiesta di sospensione dell'esecuzione da parte della Corte europea di Strasburgo ex art. 39 Cedu)

Riferimenti bibliografici

BASCHERINI G. *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Jovene, Napoli, 2007

CONCOLINO B., *Divieto di tortura e sicurezza nazionale: il no della Corte europea dei diritti dell'uomo al bilanciamento nei casi di espulsione di presunti terroristi*, in *DPCE* 2008-3, pp. 1109-1117.

NASCIMBENE B., *La Convenzione, la condizione dello straniero e la giurisprudenza*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *La Convenzione europea e i diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2002.

SILEONI S., *La CEDU e l'espulsione di immigrati stranieri: il caso Saadi c. Italia*, in *Quad. cost.* 3/2009, pp. 719-720.

7/01/2010



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Sezione: **Lo straniero e la CEDU** – Respingimento ed espulsione – *Divieto di tortura*

Titolo: *IL "MIGLIO VERDE": NOTE A PRIMA LETTURA ALLA SENTENZA
"HIRSI"*

Autore: **ANTONELLO CIERVO**

Sentenza di riferimento: Corte eur.Dir.Uomo, Decisione del 23. 02. 2012, *Hirsi e altri contro Italia*

Parametro convenzionale: Articoli 3, 13 CEDU; art. 4, protocollo addizionale n. 4

Parole chiave: Immigrazione, asilo politico, rifugiati, trattamenti inumani e degradanti, non discriminazione, divieto di espulsioni collettive, obbligo di *non-refoulement*

Nei primi giorni del mese di maggio del 2009, circa 200 persone salpano clandestinamente dalle coste libiche su tre imbarcazioni di fortuna per raggiungere le coste italiane. Tra di loro ci sono 11 cittadini somali e 13 eritrei che, in questo modo, cercano di raggiungere il territorio del nostro paese al fine di richiedere asilo. Il 6 maggio le imbarcazioni si trovano a circa 35 miglia marine a sud di Lampedusa, all'interno della zona marittima di ricerca e di salvataggio - la c. d. "zona di responsabilità SAR" di competenza maltese -, quando vengono raggiunte da tre ammiraglie della guardia di finanza che, intercettate le imbarcazioni, le riconducono al porto di Tripoli dopo aver fatto salire a bordo tutti i passeggeri, senza però porre in essere alcuna procedura di identificazione. Dopo dieci ore di navigazione, le ammiraglie giungono al porto di Tripoli dove costringono con la forza i migranti a scendere sulla banchina e, in questo modo, li affidano alle autorità di pubblica sicurezza libiche, così come stabilito dal trattato internazionale stipulato tra i due paesi il 29 dicembre del 2007. L'articolo 2 di questo accordo bilaterale, infatti, prevede che :



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

"L'Italie et la Grande Jamahiriya [la Repubblica popolare socialista della Libia] s'engagent à organiser des patrouilles maritimes à l'aide de six navires mis à disposition, à titre temporaire, par l'Italie. A bord des navires seront embarqués des équipages mixtes, formés de personnel libyen ainsi que d'agents de police italiens, aux fins de l'entraînement, de la formation et de l'assistance technique pour l'utilisation et la manutention des navires. Les opérations de contrôle, de recherche et de sauvetage seront conduites dans les lieux de départ et de transit des embarcations destinées au transport d'immigrés clandestins, tant dans les eaux territoriales libyennes que dans les eaux internationales, dans le respect des conventions internationales en vigueur et selon les modalités opérationnelles qui seront définies par les autorités compétentes des deux pays".

Al riguardo, bisogna ricordare che, successivamente alla ratifica del trattato bilaterale, il 4 febbraio del 2009 i due paesi avevano firmato anche un protocollo addizionale al testo dell'accordo, protocollo questo che specificava nel dettaglio le modalità di cooperazione tra Italia e Libia ai fini della lotta contro l'immigrazione clandestina nel Mediterraneo. Ai sensi del suddetto protocollo addizionale :

"Les deux pays s'engagent à organiser des patrouilles maritimes avec des équipages communs formés de personnel italien et de personnel libyen, équivalents en nombre, expérience et compétence. Les patrouilles opèrent dans les eaux libyennes et internationales sous la supervision de personnel libyen et avec la participation d'équipages italiens, et dans les eaux italiennes et internationales sous la supervision de personnel italien et avec la participation de personnel libyen. [...] Les deux pays s'engagent à rapatrier les immigrés clandestins et à conclure des accords avec les pays d'origine pour limiter le phénomène de l'immigration clandestine".

Gli 11 cittadini somali ed i 13 eritrei intercettati nelle acque internazionali e fatti ritornare sul territorio libico dalle forze dell'ordine italiane ricorrono alla Corte di Strasburgo, anche se due di loro, Mohamed Abukar Mohamed e Hasan Shariff Abbirahman, muoiono nelle carceri libiche per circostanze sconosciute anche ai loro difensori. I ricorrenti eccepiscono la violazione degli articoli 3 e 13 della CEDU, oltre che dell'articolo 4 del quarto protocollo alla Convenzione davanti alla *Grande Chambre*. Tuttavia la Corte di Strasburgo è chiamata a verificare, in via preliminare, se effettivamente la fattispecie *de quo* possa essere ricondotta nell'ambito della giurisdizione italiana, ai sensi dell'articolo 1 della Convenzione.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

I giudici, al paragrafo 81 della sentenza, rilevano come i fatti oggetto del giudizio si siano interamente svolti a bordo di navi italiane, il cui equipaggio era composto esclusivamente da militari italiani. Pertanto, ad avviso della Corte, *"... à partir du moment où ils sont montés à bord des navires des forces armées italiennes et jusqu'à leur remise aux autorités libyennes, les requérants se sont trouvés sous le contrôle continu et exclusif, tant de jure que de facto, des autorités italiennes. Aucune spéculation concernant la nature et le but de l'intervention des navires italiens en haute mer ne saurait conduire la Cour à une autre conclusion"*.

Per quanto concerne la violazione dell'articolo 3 della CEDU da parte dell'Italia, la Corte pur rilevando che gli Stati che si trovano alle frontiere esterne della UE hanno affrontato, soprattutto negli ultimi anni, delle difficoltà considerevoli nel gestire i flussi migratori e nell'accogliere le richieste di protezione internazionale dei richiedenti asilo - anche alla luce della recente crisi economica -, tuttavia afferma che il carattere assoluto della disposizione in questione, non esonera gli Stati membri del Consiglio d'Europa dal rispettare gli obblighi che discendono dalla suddetta norma. La Libia, del resto, non ha mai aderito alla Convenzione di Ginevra per il riconoscimento dello status giuridico dei rifugiati; inoltre, nel giugno del 2010, le autorità di Governo libiche hanno anche chiuso l'ufficio dell'UNHCR con sede a Tripoli.

Al riguardo, infatti, la Corte evidenzia - al paragrafo 125 della sentenza - , come *"... toutes les personnes entrées dans le pays par des moyens irréguliers étaient considérées comme des clandestins, sans distinction aucune entre les migrants irréguliers et les demandeurs d'asile. En conséquence, ces personnes étaient systématiquement arrêtées et détenues dans des conditions que les visiteurs extérieurs, telles les délégations du HCR, de Human Rights Watch, et d'Amnesty International, n'hésitent pas à qualifier d'inhumaines. [...] La Cour relève une fois encore que cette réalité était notoire et facile à vérifier à partir de sources multiples. Dès lors, elle estime qu'au moment d'éloigner les requérants, les autorités italiennes savaient ou devaient savoir que ceux-ci, en tant que migrants irréguliers, seraient exposés en Libye à des traitements contraires à la Convention et qu'ils ne pourraient accéder à aucune forme de protection dans ce pays"*.

In pratica, dando esecuzione all'accordo bilaterale stipulato con la Libia, l'Italia avrebbe violato il principio di *"non-refoulement"* nei confronti di coloro che, tra gli imbarcati, avrebbero potuto fare richiesta d'asilo, una volta giunti sul nostro territorio. Questi ultimi, invece, una volta soccorsi in



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

mare, ai fini in realtà di contrasto dell'immigrazione clandestina, sono stati condotti dalle autorità italiane sul territorio di un paese terzo in cui il principio di *"non-refoulement"* - che la Corte, tra l'altro, ricorda essere stato riconosciuto e garantito a livello europeo anche all'articolo 19 della Carta di Nizza -, viene sistematicamente violato.

Per questo motivo, i giudici di Strasburgo giungono alla conclusione che nel caso *de quo* *"... existait un risque réel pour les intéressés de subir en Libye des traitements contraires à l'article 3. [... L]a Cour estime qu'au moment de transférer les requérants vers la Libye, les autorités italiennes savaient ou devaient savoir qu'il n'existait pas de garanties suffisantes protégeant les intéressés du risque d'être renvoyés arbitrairement dans leurs pays d'origine, compte tenu notamment de l'absence d'une procédure d'asile et de l'impossibilité de faire reconnaître par les autorités libyennes le statut de réfugié octroyé par le HCR. [...] Elle rappelle encore une fois qu'il revenait aux autorités italiennes de s'enquérir de la manière dont les autorités libyennes s'acquittaient de leurs obligations internationales en matière de protection des réfugiés"*.

La Corte è chiamata altresì ad accertare la violazione dell'articolo 4 del quarto protocollo alla Convenzione, il quale stabilisce che *"Les expulsions collectives d'étrangers sont interdites"*. Nell'affare *Henning Becker c. Danemark* (n. 7011/75 del 3 ottobre 1975), i giudici di Strasburgo ebbero per la prima volta modo di dare una definizione del concetto giuridico di *"expulsion collective d'étrangers"*, definendola come *"... toute mesure de l'autorité compétente contraignant des étrangers, en tant que groupe, à quitter un pays sauf dans les cas où une telle mesure est prise à l'issue et sur la base d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des étrangers qui forment le groupe"*.

Tuttavia, in questo giudizio, la Corte è chiamata per la prima volta ad esaminare la questione dell'applicabilità dell'articolo 4, protocollo n. 4 della Convenzione al caso di un allontanamento di stranieri verso uno Stato terzo, effettuato al di fuori del territorio nazionale. In realtà, la questione dal punto di vista giuridico risulta essere di semplice soluzione, non soltanto perché la disposizione in oggetto – seguendo un'interpretazione di tipo letterale - non fa alcun riferimento al territorio nazionale, ma anche perché, alla luce di un'interpretazione teleologica del testo della norma, *"... le but de l'article 4 du Protocole n° 4 est d'éviter que les Etats puissent éloigner un certain nombre*



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

d'étrangers sans examiner leur situation personnelle et, par conséquent, sans leur permettre d'exposer leurs arguments s'opposant à la mesure prise par l'autorité compétente".

Poiché i giudici hanno già precedentemente rilevato la competenza della giurisdizione italiana ai sensi dell'articolo 1 della CEDU, allora risulta logico ritenere che *"... les éloignements d'étrangers effectués dans le cadre d'interceptions en haute mer par les autorités d'un Etat dans l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique, et qui ont pour effet d'empêcher les migrants de rejoindre les frontières de l'Etat, voire de les refouler vers un autre Etat, constituent un exercice de leur juridiction au sens de l'article 1 de la Convention, qui engage la responsabilité de l'Etat en question sur le terrain de l'article 4 du Protocole n° 4"*.

Per quanto riguarda, infine, la violazione dell'articolo 13 della Convenzione, letto in combinato disposto con gli articoli 3 e 4 del protocollo quarto alla CEDU, la Corte rileva che i ricorrenti che potevano richiedere asilo politico in Italia, non hanno avuto la possibilità di accedere ad alcuna procedura amministrativa, né tanto meno giudiziaria, finalizzata alla loro identificazione e a verificare la loro situazione personale, prima dell'espulsione/trasferimento verso le coste libiche. Al riguardo, i giudici di Strasburgo citando il loro importante precedente *M. S. S. contro Belgio e Grecia*, affermano che *"... le défaut d'information constitue un obstacle majeur à l'accès aux procédures d'asile. Elle réitère ici l'importance de garantir aux personnes concernées par une mesure d'éloignement, mesure dont les conséquences sont potentiellement irréversibles, le droit d'obtenir des informations suffisantes leur permettant d'avoir un accès effectif aux procédures et d'étayer leurs griefs"* (paragrafo 206). Pertanto i giudici di Strasburgo rilevano anche questa ulteriore violazione della CEDU.

A conclusione della nostra analisi, ci limitiamo a riportare alcuni commenti apparsi sulla carta stampata nei giorni successivi alla pubblicazione della sentenza. Ad avviso dell'ex Ministro dell'Interno, Roberto Maroni, quella della Corte di Strasburgo sarebbe *"una sentenza politica"* che metterebbe in serio pericolo il sistema di sicurezza nazionale e protezione nazionale. Maroni ha poi dichiarato di non essere affatto pentito degli accordi stipulati con la Libia sui respingimenti degli immigrati: *"Rifarei esattamente quello che ho fatto"* - ha dichiarato l'ex ministro in una conferenza stampa - *"salvando molte vite umane e garantendo la sicurezza dei cittadini"*.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Ben diverso invece è stato il commento rilasciato alle agenzie di stampa da Amnesty International: *"La sentenza di oggi è una pietra miliare perché rafforza e favorisce il rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali in Europa e pone fine alle misure extraterritoriali di controllo delle migrazioni che non contemplano l'identificazione delle persone che gli stati sono invece obbligati a proteggere. Il verdetto – ha poi proseguito il portavoce dell'associazione per i diritti umani - si pone come un argine di fronte alla disponibilità dell'Italia a cooperare con un governo che era conosciuto per la violazione sistematica dei diritti umani. Respingere migranti e richiedenti asilo in Libia, nonostante fossero ampiamente conosciuti i rischi cui sarebbero andati incontro, è stata una politica priva di scrupoli".*

Ad avviso di chi scrive, c'è poco da aggiungere a quanto la Corte di Strasburgo ha avuto modo di affermare in questa sua importante e bella sentenza: sarebbe superfluo ricordare al lettore che la Libia era, fino a pochi mesi fa, una delle peggiori dittature esistenti in Africa, se non addirittura nel mondo. Sarebbe del resto anche antipatico ricordare le proteste di quanti, attivisti e avvocati, in passato si erano opposti alla stipulazione prima e all'esecuzione dopo del famoso "accordo di amicizia" tra Italia e Libia, un accordo in contrasto con il diritto internazionale generalmente riconosciuto.

Infatti, come ha avuto modo di affermare l'UNHCR, in un suo parere consultivo sull'applicazione extraterritoriale degli obblighi di *non-refoulement* derivanti dalla Convenzione relativa allo status dei rifugiati del 1951, pubblicato nel gennaio del 2007, *"... il divieto di refoulement dei rifugiati, così come contenuto nell'art. 33 della Convenzione del 1951 e completato dagli obblighi di non-refoulement previsti dal diritto internazionale dei diritti umani [...] è una norma di diritto internazionale consuetudinario. Come tale esso è vincolante per tutti gli Stati, compresi quelli che non hanno aderito alla Convenzione del 1951 e/o al suo Protocollo del 1967"*.

Al riguardo l'UNHCR evidenziava come la pratica attuata dagli Stati non aderenti alla Convenzione di Ginevra di ospitare grandi numeri di rifugiati, spesso in situazioni di afflusso in massa - come, ad esempio, del Bangladesh, dell'India, del Pakistan e della Thailandia -, fosse una prova evidente del riconoscimento del principio di *non-refoulement* quale norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta. Ad avviso dell'UNHCR, infatti, *"... gli Stati hanno abbondantemente indicato di accettare il principio di non-refoulement come vincolante, come dimostrato - inter alia -*



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

in numerose istanze nelle quali gli Stati hanno risposto alle rappresentanze dell'UNHCR fornendo spiegazioni o giustificazioni di casi di effettivi o presunti refoulement, in tal modo confermando implicitamente l'accettazione del principio [di non-refoulement]".

Profili di diritto interno

Decreto legislativo n. 286/1998 e successive modificazioni, Testo Unico sull'immigrazione

Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951, legge n. 722 del 1954

Precedenti

Henning Becker c. Danemark (ric. n. 7011/75, sentenza del 03. 10. 1975)

M. S. S. c. Belgio e Grecia (ric. n. 30696/09, sentenza del 21. 01. 2011)

Riferimenti bibliografici

Gianluca Bascherini, *Immigrazione e diritti fondamentali: l'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, 2007;

Marco Benvenuti, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Padova, 2007;

Bruno Nascimbene (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004.

Bruno Nascimbene, *Il diritto d'asilo nel Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea*, in C. Favilli (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto d'asilo*, Padova, 2011, pp. 105 ss.

(28. 04. 2012)



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Sezione: **Lo straniero e la Cedu** – Respingimento ed espulsione – *Divieto di tortura*

Titolo: *IL SISTEMA ITALIANO DI ACCOGLIENZA E TUTELA DEI RICHIEDENTI
PROTEZIONE INTERNAZIONALE SOTTO LALENTE DEI GIUDICI DI
STRASBURGO. UNA BREVE ANALISI DI DUE RECENTI SENTENZE DELLA
CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO*

Autore: **ANTONELLO CIERVO**

Sentenza di riferimento: *Tarakhel contro Svizzera*, decisione del 4 novembre 2014, *Grande Chambre*, (ricorso n. 29217/12); *Sharifi e altri contro Italia e Grecia*, decisione del 21 ottobre 2014, II sezione (ricorso n. 16643/2009)

Parametro convenzionale: Articoli 2; 3; 13; 4, protocollo n. 4

Parole chiave: Immigrazione, asilo politico, trattamenti inumani e degradanti, divieto di espulsioni collettive, obbligo di *non-refoulement*

Nell'arco di poco meno di due settimane, tra la fine di ottobre e l'inizio del mese di novembre 2014, la Corte di Strasburgo, pur in diversa composizione, ha avuto modo di pronunciarsi sul sistema di accoglienza, oltre che sulle modalità con cui l'Italia recepisce le domande di richiesta di protezione internazionale. Si tratta, specificamente, della sentenza della seconda sezione della Corte EDU, datata 21 ottobre 2014, *Sharifi contro Italia e Grecia* (n. 16643/09) e dell'importante decisione della *Grande Chambre*, del successivo 4 novembre, *Tarakhel contro Svizzera* (n. 29217/12).

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Nel primo caso, l'Italia è stata condannata, insieme alla Grecia, per una prassi illegale di respingimento verso le coste elleniche di potenziali richiedenti asilo provenienti dall'Afghanistan; nel secondo caso, invece, pur non essendo formalmente convenuta in giudizio, la Corte ha dato una valutazione parzialmente negativa del sistema di protezione ed accoglienza italiano a tutela dei richiedenti asilo, in questo modo condannando la Svizzera che riteneva di dover trasferire nel nostro Paese, ai sensi del c. d. "Regolamento Dublino II", una famiglia di origine afghana, composta dal ricorrente, dalla moglie e dai loro sei figli, tutti minorenni.

Ma iniziamo ad analizzare nel merito le decisioni in oggetto, a partire da quella della II sezione, ossia dalla sentenza *Sharifi*: la causa riguardava la richiesta di 35 ricorrenti – 32 di origine afghana, 2 sudanesi ed un eritreo, alcuni dei quali, al momento in cui si verificavano i fatti, minorenni –, che avevano cercato di entrare in Italia via mare – tra il mese di gennaio 2008 e il febbraio del 2009, dopo essere transitati per la Grecia – e che erano stati respinti dalla polizia frontiera dei porti di Bari, Ancona e Venezia, sulla base di un accordo bilaterale stipulato dai governi italiano ed ellenico nel 1999. Bisogna rilevare, al riguardo, che la Corte di Strasburgo ha ritenuto di dover pronunciare la sentenza *Sharifi* soltanto a favore di quattro dei 35 ricorrenti originari, in quanto gli avvocati delle parti non erano stati in grado, nelle more del procedimento, di dimostrare di aver mantenuto i contatti con tutti gli attori costituitisi in giudizio.

Nel merito, i ricorrenti lamentavano la violazione degli artt. 2, 3 e 13 della CEDU, letti in combinato disposto tra di loro, nei confronti della Grecia, in quanto dichiaravano di non aver potuto accedere ad una procedura di richiesta di asilo effettiva, di non essere stati assistiti da un avvocato e neppure da un interprete d'ufficio, di essere stati accolti in strutture di accoglienza i cui standard qualitativi risultavano al di sotto di quelli internazionali e, infine, di essere stati sottoposti a maltrattamenti da parte della polizia greca.

Nei confronti dell'Italia, invece, i ricorrenti lamentavano la violazione degli artt. 2, 3, 13 e 34 della Convenzione, oltre che dell'art. 4 del quarto protocollo alla CEDU, perché la polizia del nostro Paese, avendo respinto i ricorrenti sul territorio ellenico senza consentire loro di accedere

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

alla procedura di riconoscimento della protezione internazionale, indirettamente avrebbe favorito il loro successivo respingimento in Afghanistan da parte delle autorità elleniche. In ogni caso, ad avviso della difesa dei ricorrenti, le modalità di respingimento, così come erano state documentate in atti, integravano senz'altro una violazione del divieto di espulsioni collettive, chiaramente sancito all'art. 4 del protocollo addizionale n. 4 della Convenzione.

Entrambi i rilievi sono stati accolti, seppur con delle precisazioni, da parte della Corte di Strasburgo la quale, rifacendosi ad un proprio precedente del 2011 – ossia la sentenza *M. S. S. contro Belgio e Grecia*, con cui aveva condannato gli Stati convenuti per violazione degli artt. 3 e 13 CEDU, in ragione di una prassi di respingimento simile a quella oggetto del presente giudizio –, osserva che ai sensi dell'art. 13 della Convenzione, per ricorso effettivo si intende un ricorso che deve “... être disponible en droit comme en pratique, en ce sens particulièrement que son exercice ne doit pas être entravé de manière injustifiée par les actes ou omissions des autorités de l'État défendeur (*I.M. c. France, précité, § 130, et les références qui y figurent*). *Au sujet des recours ouverts aux demandeurs d'asile en Grèce, la Cour a également réaffirmé que l'accessibilité « en pratique » d'un recours est déterminante pour évaluer son effectivité*” (così al §. 167 della sentenza *Sharifi*).

Pertanto, ad avviso della Corte, il mancato accesso dei ricorrenti ad una effettiva procedura amministrativo-giudiziaria di riconoscimento dello status di rifugiato politico sul territorio ellenico, in ragione anche del fatto che ciò avrebbe automaticamente determinato il respingimento dei ricorrenti nel loro Paese di origine (con il rischio, poi, per questi ultimi di essere sottoposti a trattamenti inumani e degradanti da parte delle autorità afgane che, nel frattempo, avrebbero potuto venire a conoscenza della domanda di protezione internazionale), integra una violazione degli artt. 3 e 13 della Convenzione, letti in combinato disposto tra di loro.

Con riferimento, invece, alla posizione dello Stato italiano, la Corte rileva una violazione dell'art. 4, protocollo n. 4 alla CEDU, in ragione dell'assoluta discrezionalità con cui le forze di polizia del nostro Paese hanno posto in essere i respingimenti dei ricorrenti, in quanto “*c'est*

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

seulement au bon vouloir de la police des frontières que les personnes sans papiers interceptées dans ces ports seraient mises en contact avec un interprète et des agents à même de leur fournir les informations minimales concernant le droit d'asile et la procédure pertinente; le plus souvent, elles seraient confiées immédiatement aux capitaines des ferry-boats en vue d'être reconduites en Grèce" (così al §. 215 della sentenza in commento).

Ma la Corte accerta anche una violazione dell'art. 3 CEDU da parte dell'Italia, alla luce sempre del proprio precedente *M. S. S. contro Belgio e Grecia*, rilevando che la situazione dei ricorrenti risulta anche peggiore rispetto a quella accertata nel precedente citato. Infatti, in *M. S. S.*, l'allora ricorrente aveva comunque potuto accedere ad una procedura amministrativa di valutazione della propria domanda di asilo da parte del Belgio, prima di essere respinto illegalmente in Grecia. Infine, la Corte ha rilevato, sempre nei confronti dell'Italia, una violazione degli artt. 13, 3 e 4 al protocollo n. 4 della CEDU, letti in combinato disposto tra di loro, in quanto le autorità di polizia del nostro Paese non hanno consentito ai ricorrenti quanto meno di inoltrare una domanda di richiesta di protezione internazionale, negando loro quindi l'accesso ad una procedura legale di accertamento del loro preteso status di rifugiato politico.

Passando poi ad analizzare la sentenza *Tarakhel contro Svizzera*, pubblicata il 4 novembre del 2014 – ossia esattamente a due settimane di distanza dal caso *Sharifi* –, si deve osservare come la *Grande Chambre* della Corte abbia accertato la violazione dell'art. 3 della CEDU da parte della Svizzera, la quale voleva trasferire in Italia una famiglia afghana composta dai due genitori e da ben sei figli minori, ai sensi del c. d. "Regolamento Dublino II".

Il "Regolamento Dublino II", infatti, recentemente modificato nel giugno 2013, nel presumere che tutti i Paesi UE debbano essere considerati "Paesi sicuri", prevedeva – e tuttora prevede – la c. d. "presa in carico" del richiedente asilo e dei suoi famigliari da parte dello Stato membro competente per la domanda di asilo. Infatti, se uno Stato membro presso cui è stata presentata una domanda di asilo – nel caso *de quo* la Svizzera –, ritiene che un altro Stato membro della UE sia competente a valutare tale domanda – in questo caso l'Italia –, esso può interpellare

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

tale Stato affinché prenda in carico la domanda, indicando gli elementi in fatto e in diritto da cui desume la sua competenza.

Se lo Stato interpellato accetta di prendere in carico il richiedente asilo e la sua famiglia, perché rileva di essere effettivamente lo Stato competente a valutare la domanda di asilo, lo Stato nel quale la domanda d'asilo è stata presentata successivamente, notifica al richiedente asilo una decisione motivata relativa all'inammissibilità della sua domanda in tale Stato membro, indicando l'obbligo di trasferimento del richiedente asilo verso lo Stato competente.

Questo è quanto avvenuto proprio nella fattispecie oggetto di giudizio: il Sig. Tarakhel, infatti, ha impugnato davanti alla Corte di Strasburgo la sentenza del Tribunale amministrativo federale elvetico che predisponava il trasferimento del ricorrente e della sua famiglia in Italia, in quanto tale trasferimento avrebbe violato l'art. 3 CEDU poiché, a suo avviso, il sistema di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale italiano soffre di "mancanze strutturali", tali da integrare un trattamento inumano e degradante ai danni della sua famiglia.

In effetti, i giudici di Strasburgo hanno valutato in maniera molto approfondita il sistema italiano di accoglienza e tutela dei richiedenti asilo, in particolare sotto tre diversi profili concernenti: a) la rapidità con cui le autorità amministrative interne valutano le domande di richiesta di protezione internazionale; b) la capacità di "posti-letto" nelle strutture di accoglienza predisposte dal Ministero dell'Interno, sulla base del numero di domande di protezione internazionale dei richiedenti asilo presenti sul territorio italiano; infine c) le condizioni di accoglienza e i rispettivi standard qualitativi nelle strutture di cui sopra, alla luce dei parametri internazionali.

La Corte, in effetti, non solo rileva che i tempi di valutazione delle domande dei richiedenti asilo in Italia vengono evase in tempi ragionevoli (cfr. §. 107), ma anche che gli standard qualitativi di accoglienza nei centri pubblici sono comunque elevati e, in ogni caso, certamente non



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

paragonabili a quelli della Grecia (cfr. §. 116 ss.) che era già stata dichiarata "Paese non sicuro" da Strasburgo.

Tuttavia, i giudici della *Grande Chambre* rilevano anche che "... *the methods used to calculate the number of asylum seekers without accommodation in Italy are disputed. Without entering into the debate as to the accuracy of the available figures, it is sufficient for the Court to note the glaring discrepancy between the number of asylum applications made in 2013, which according to the Italian Government totalled 14,184 by 15 June 2013 [...], and the number of places available in the facilities belonging to the SPRAR network (9,630 places), where – again according to the Italian Government – the applicants would be accommodated*" (così al §. 110 della sentenza *Tarakhel*).

Pertanto, ad avviso della *Grande Chambre*, sussiste una violazione dell'art. 3 CEDU, in quanto non risulta che il Governo svizzero – e neppure quello italiano – abbiano fornito dati diversi da quelli ufficiali, utilizzati dalla Corte in sede istruttoria della causa. Se ne deve desumere, pertanto, secondo i giudici di Strasburgo, che attualmente nel nostro Paese il numero di "posti-letto" disponibili nei centri di accoglienza per richiedenti asilo sia sensibilmente inferiore al numero di domande effettivamente inoltrate dagli stranieri presenti sul territorio.

Del resto, poiché le autorità italiane non hanno fornito garanzie specifiche di accoglienza alle autorità elvetiche a tutela della famiglia del ricorrente, né hanno precisato le effettive modalità di soggiorno e di accoglienza dei ricorrenti, nel trasferire questi ultimi in Italia, di fatto la Svizzera si assume il ragionevole rischio di far subire al Sig. *Tarakhel*, a sua moglie ed ai suoi sei figli minorenni, un trattamento inumano e degradante, in violazione dell'art. 3 della Convenzione.

A conclusione della nostra analisi, è forse opportuno svolgere una serie di considerazioni, in particolare alla luce degli argomenti utilizzati dalla Corte di Strasburgo in queste sue importanti sentenze. Senza dubbio, nel caso *Sharifi*, i giudici hanno dato seguito ad una loro precedente, in questo modo consolidando in maniera significativa la propria giurisprudenza sul punto. La

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

valutazione dell'accordo inter-governativo tra Italia e Grecia, in materia di cooperazione sui respingimenti degli stranieri extra-comunitari nell'ambito delle acque territoriali adriatiche, infatti, risultava assolutamente derogatoria degli stessi principi europei in materia.

Diversa valutazione, invece, deve essere data della sentenza *Tarakhel*, anche in ragione del fatto che questa pronuncia è stata presa dalla *Grande Chambre* e ha registrato un'importante opinione dissenziente dei giudici Casadevall, Berro-Lefèvre e Jäderblom. In questo caso, infatti, la Corte di Strasburgo ha dato una valutazione del sistema italiano di accoglienza dei richiedenti asilo, senza che il nostro Paese fosse convenuto in giudizio. Tale valutazione, pur essendo funzionale alla condanna delle autorità elvetiche, per violazione dell'art. 3 CEDU, in qualche modo deve essere letta come una sorta di pre-avviso nei confronti dell'Italia che, a questo punto, rischia di vedersi condannata dalla Corte – così come era avvenuto per la Grecia nel novembre 2009, con la sentenza *S. D. –*, in quanto “Paese non sicuro”, incapace cioè di garantire effettivamente gli standard internazionali di tutela dei richiedenti protezione internazionale presenti sul suo territorio.

Sebbene la Corte più volte ribadisca, nelle proprie motivazioni, che la situazione italiana non sia neppure comparabile con quella della Grecia, tuttavia, la valutazione posta in essere dalla *Grande Chambre* resta un precedente importante che potrà essere utilizzato in futuro, proprio per giungere più facilmente ad una condanna del nostro Paese. In questa ottica, quindi, sembra condivisibile l'argomento fatto valere dai giudici di minoranza, nella loro opinione dissenziente, quando rilevano che per stabilire una violazione dell'art. 3 CEDU da parte della Svizzera, non è sufficiente stabilire che “*a significant number of asylum seekers are left without accommodation or accommodated in facilities without sufficient privacy, or even in insalubrious or violent conditions. It has to be assessed whether the applicants' individual circumstances should have led the Swiss authorities to conclude that there was a real risk of ill-treatment by the Italian authorities if the applicants were sent back to Italy*” (così a pag. 54 del testo inglese della sentenza *Tarakhel*).

In conclusione, quindi, una valutazione soltanto quantitativa degli standard di accoglienza interni italiani, tra l'altro a fronte di una valutazione d'insieme del sistema di accoglienza che non

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

presenterebbe nessuna carenza strutturale – come del resto ribadito anche dalla maggioranza dei giudici della *Grande Chambre* –, non può essere sufficiente da sola a dichiarare la violazione dell'art. 3 CEDU, nei confronti di uno Stato che, tra l'altro, esegue un trasferimento – e non un'espulsione o un respingimento – di un richiedente asilo sulla base di una normativa internazionale.

Si consideri, infatti, che la Svizzera, pur non facendo parte dell'Unione Europea, ha comunque ritenuto di dover ratificare il “Regolamento Dublino II”, recependo con esso anche il principio comunitario che stabilisce una presunzione assoluta di tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo, da parte di tutti i suoi Stati membri, inclusa quindi anche l'Italia.

Profili di diritto interno

- Regolamento CE n. 343/2003, c. d. “Regolamento Dublino II”, per la determinazione dello Stato membro della UE competente a valutare la domanda di protezione internazionale di cittadini stranieri extra-comunitari; testo recentemente modificato dal Regolamento n. 604/2013, c. d. “Regolamento Dublino III”.
- Direttiva n. 33/2013, c. d. “Direttiva Accoglienza”, recante norme per l'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, rifiuta attualmente nel Decreto legislativo n. 140/2005.

Precedenti

M. S. S. c. Belgique et Grèce, Grande Chambre, n. 30696/2009, decisione del 21 gennaio 2011;

Hirsi Jamaa et autres c. Italie, Grande Chambre, n. 27765/2009, decisione del 23 febbraio 2012;

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Singh et autres c. Belgique, sez. II, n. 33210/2011, decisione del 2 ottobre 2012;

Mohammed Hussain et autres c. Pays-bas et Italie, sez. III, n. 27725/2010, decisione del 2 aprile 2013.

Riferimenti bibliografici

G. Bascherini, *Immigrazione e Diritti fondamentali: l'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, Jovene, 2007;

M. Benvenuti, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Padova, Cedam, 2007;

M. Benvenuti (a cura di), *La protezione internazionale degli stranieri in Italia. Uno studio integrato sull'applicazione dei decreti di recepimento delle direttive europee sull'accoglienza, sulle qualifiche e sulle procedure*, Napoli, Jovene, 2011;

A. Ciervo, *La tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo in Europa: dal sistema europeo multilivello all'asylum shopping*, in *Rivista critica di diritto privato*, n. 1/2013, pp. 139-147.

(02. 12. 2014)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Sezione: **Lo straniero e la Cedu.** Respingimento ed espulsione – *Trattenimento*

Titolo: *La salvaguardia della libertà personale dello straniero e il divieto di restrizioni arbitrarie come limite al potere dello Stato di impedire l'ingresso illegale nel territorio*

Autore: **MARIA CHIARA LOCCHI**

Sentenza di riferimento: Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, Decisione del 29 gennaio 2008, *Saadi c. Regno Unito* (ricorso n° 13229/03)

Parametro convenzionale: art. 5 par. 1 lett. f) Cedu

Parole chiave: Richiesta di asilo, centro di trattenimento per migranti, proporzionalità

1. Con questa pronuncia la Corte europea dei diritti dell'uomo si occupa per la prima volta della legittimità della detenzione di uno straniero – nel caso di specie, un richiedente asilo – al fine di impedire un suo ingresso illegale nel territorio nazionale. Se, da un lato, la Corte richiama la sua giurisprudenza in tema di legittimità della detenzione in vista dell'espulsione di immigrati già soggiornanti, affermando che anche nel caso dell'ingresso la verifica della non arbitrarietà e della proporzionalità della misura detentiva debba rispondere ai medesimi parametri di rigore, dall'altro lato le esigenze legate al controllo dell'immigrazione e dell'afflusso di rifugiati nel Regno Unito sembrano condizionare in senso restrittivo il percorso argomentativo dei giudici, a partire dalla discutibile equiparazione tra richiedenti asilo e altre tipologie di migranti potenziali.

2. Il ricorrente, il Sig. Saadi, è un cittadino iracheno che nel 2000 atterrava all'aeroporto di Heathrow con un volo proveniente dalla Regione autonoma del Kurdistan in Iraq, dove aveva prestato servizio come medico e a tale titolo aveva curato ed aiutato a mettersi in salvo tre militanti del Partito Comunista iracheno dei Lavoratori; giunto all'aeroporto britannico, immediatamente il Sig. Saadi chiedeva asilo. L'Ufficio immigrazione autorizzava temporaneamente il ricorrente a soggiornare presso un hotel di sua scelta e a tornare in aeroporto il giorno successivo per il disbrigo delle procedure relative alla domanda di asilo, non essendo possibile il suo trattenimento presso il centro di detenzione di Oakington; tale centro, inizialmente creato per l'identificazione degli



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

stranieri raggiunti da un ordine di espulsione, era stato successivamente utilizzato anche per il trattenimento di quei richiedenti asilo la cui domanda si presumeva potesse essere vagliata in breve tempo. Nei tre giorni successivi il Sig. Saadi risultava destinatario dello stesso provvedimento di "temporary admission" da parte delle pubbliche autorità, finché non veniva trasferito nel suddetto Centro di Oakington e lì informato dei motivi e delle condizioni previsti dalla legge britannica per la detenzione dei richiedenti asilo. Poiché il formulario standard consegnato al Sig. Saadi configurava il trattenimento nel centro come extrema ratio, giustificato da rischi quali la fuga del richiedente – non essendo citato, tra le eventuali motivazioni, il disbrigo rapido delle procedure di richiesta dell'asilo – il ricorrente impugnava il provvedimento di trattenimento per violazione delle leggi britanniche e dell'art. 5 par. 1 e 2 della Cedu. Dopo una detenzione di sette giorni il Sig. Saadi veniva rilasciato e autorizzato a soggiornare temporaneamente in attesa della decisione sulla domanda di asilo, che veniva definitivamente accolta nel gennaio 2003.

3. Con il caso Saadi c. Regno Unito la Corte di Strasburgo, per la prima volta, si trova a verificare la conformità della privazione della libertà personale dello straniero alla prima parte dell'art. 5 par. 1 lett. f), che subordina la legittimità di tale privazione, oltre che al rispetto della procedura prevista dalla legge, al perseguimento dell'obiettivo di impedire l'ingresso illegale nel territorio; fino a quel momento, infatti, la Corte si era pronunciata sulla conformità della detenzione rispetto agli altri profili della norma citata e, in particolare, alla seconda parte del par. 1 lett. f) relativa ai trattenimenti in vista dell'espulsione o dell'extradizione dello straniero (cfr. Amuur c. Francia, 25.06.1996; Chahal c. Regno Unito, 15.11.1996; Shamsa c. Polonia, 27.11.2003; Zeciri c. Italia, 4.08.2005; Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio, 12.10.2006; Nasrulloev c. Russia, 11.10.2007; Riad e Idiab c. Belgio, 24.01.2008). Nel 2005 la Quarta Sezione della Corte si era già pronunciata sul ricorso del Sig. Saadi (Saadi c. Regno Unito, 11.09.2006), ritenendo che nella materia in esame il principio cardine sia l'«innegabile potere dello stato di controllare l'ingresso e il soggiorno degli stranieri nel territorio» e che la posizione dei migranti "potenziali", ai quali sono associati i richiedenti asilo, è a tale riguardo assai diversa da quella degli stranieri già regolarmente soggiornanti nel territorio: mentre nei confronti dei primi può essere autorizzata la detenzione solo a seguito di un «ragionevole bilanciamento» tra gli interessi della società e la libertà del singolo, i primi, pur di fatto presenti nel territorio, non sono ancora "autorizzati" ad esserlo e dunque, rispetto alla loro detenzione, lo Stato è tenuto a garantire che essa sia parte integrante della procedura di autorizzazione all'ingresso o di esame della richiesta di asilo e non sia arbitraria. Nel caso di specie i giudici non avevano ritenuto il trattenimento del ricorrente lesivo dell'art. 5 par. 1 lett. f) poiché conforme a entrambi i requisiti citati.

Nel procedimento davanti alla Grande Camera il Governo britannico difendeva la misura del trattenimento del Sig. Saadi come legittima e non arbitraria, sostenendo che dai precedenti della



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Corte (in particolare, dal caso *Chahal*, cit.) si potesse escludere che lo stato fosse autorizzato a disporre la detenzione di uno straniero non ancora entrato legalmente nel territorio solo nel caso in cui essa fosse ragionevolmente “necessaria”, ad esempio ad evitare il rischio della commissione di reati o di fuga. Il ricorrente, d'altra parte, richiamava la necessità di un preciso nesso causale tra la detenzione e il rischio di ingresso non autorizzato, argomentando – in senso opposto a quanto sostenuto dal Governo britannico – che dai precedenti della Corte dovesse concludersi nel senso della distinzione tra stranieri pericolosi per la sicurezza nazionale e stranieri che «[non] hanno commesso reati ma ... che, spesso temendo per le loro vite, sono fuggiti dai propri paesi di origine» (cfr. la decisione *Amuur c. Francia*, cit., § 43, nella quale per la prima volta la Corte ha accertato l'avvenuta violazione dell'art. 5 par. 1 lett. f sulla base della non proporzionalità tra il motivo del trattenimento di stranieri nella zona internazionale di un aeroporto e luogo, durata e condizioni del trattenimento stesso). Nei confronti del ricorrente, rientrando nella seconda delle categorie citate, la detenzione appariva dunque arbitraria e sproporzionata, considerato che altre vie erano praticabili e più opportune (l'“autorizzazione temporanea”, in effetti disposta prima del trasferimento nel centro di detenzione, o la permanenza in un centro di accoglienza). In qualità di terzi intervenienti presentavano le loro osservazioni l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati e tre organizzazioni non governative (l'AIRE, l'ECRE e Liberty): mentre l'Alto Commissariato lamentava l'illegittima equiparazione – sul piano della qualificazione giuridica dell'ingresso e del soggiorno e, quindi, della valutazione dell'arbitrarietà e della proporzionalità della detenzione – tra richiedenti asilo e “migranti ordinari”, ricordando alla Corte come la Cedu andasse interpretata in armonia con gli altri strumenti del diritto internazionale dei rifugiati e umanitario, le tre ONG insistevano sul fatto che si trattava della prima decisione della Grande Camera in merito alla prima parte dell'art. 5 par. 1 lett. f e che, quindi, i giudici avrebbero dovuto cogliere l'occasione per subordinare la legittimità del trattenimento di un richiedente asilo al rischio reale e concreto di un ingresso illegale e al test di necessità e di proporzionalità.

4. Nell'affrontare la questione prospettata la Corte procede per gradi.

I giudici, innanzitutto, si propongono di chiarire l'esatta portata dell'inciso contenuto nell'art. 5 par. 1 lett. f prima parte – “per impedire di penetrare irregolarmente nel territorio” – attraverso una lettura sistematica della norma che ne valorizzi la posizione fondamentale nell'ambito del “sistema Cedu”. La possibilità per gli Stati di trattenere i migranti potenziali (richiedenti asilo o ad altro titolo in attesa di autorizzazione all'ingresso) è considerata un corollario del principio cardine sempre richiamato dalla Corte in tema di diritti degli stranieri e controllo dell'immigrazione, ovvero il potere sovrano dello Stato di decidere sull'ingresso e il soggiorno nel territorio; che tale detenzione, anche nel caso di richiedenti asilo, sia di per sé compatibile con l'art. 5 par. 1 lett. f è una considerazione fatta dalla Corte già nella prima occasione in cui si è ritenuta violata la norma in questione (caso *Amuur*, cit.). Aderendo alla posizione già espressa dalle corti inglesi che si erano



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

pronunciate sulla legittimità della detenzione del Sig. Saadi e dalla Quarta Sezione della Corte EDU, la Grande Camera sostiene che, finché uno Stato non abbia autorizzato l'ingresso di uno straniero nel territorio, quell'ingresso debba considerarsi "non autorizzato" e quindi debba ritenersi legittima la detenzione disposta al fine di impedirlo. L'opposta tesi, secondo la quale la legittimità della detenzione andrebbe subordinata al rischio che lo straniero si sottragga ai controlli, comprimerebbe eccessivamente la portata dell'articolo e sarebbe incongruente con le stesse previsioni del diritto internazionale.

Il secondo passaggio del ragionamento dei giudici consiste nel precisare la nozione di "arbitrarietà" nel contesto dell'art. 5 par.1 lett. f, che ha come scopo generale la salvaguardia della libertà personale e il divieto di restrizioni arbitrarie. La non arbitrarietà è ricondotta innanzitutto alla "legalità" – intesa come conformità del provvedimento di detenzione al diritto interno dello Stato – anche se non si esaurisce in essa, ben potendo risultare arbitraria la detenzione ordinata nei termini della legge nazionale. Ulteriori requisiti del comportamento dello Stato, ricavabili dalla giurisprudenza della Corte, fanno riferimento all'assenza di mala fede o di inganno da parte delle pubbliche autorità; alla conformità tra l'ordine di detenzione e l'esecuzione della stessa allo scopo che l'art. 5 par. 1 lett. f pone a fondamento delle restrizioni; all'esistenza di un nesso tra tale scopo e luogo e condizioni della detenzione. In ordine all'applicazione a questa materia del principio di proporzionalità, la Corte richiama i suoi precedenti in tema di legittimità dell'espulsione di stranieri già soggiornanti (in particolare, caso Chahal, cit.), ribadendo, da un lato, che, nella misura in cui la detenzione sia ordinata ed eseguita "in vista dell'espulsione", non è richiesto che essa sia anche ragionevolmente "necessaria" al raggiungimento di altri interessi fondamentali dello Stato e che, dall'altro lato, la proporzionalità della detenzione si traduce nella ragionevolezza della sua durata, legata all'espletamento, "diligente", delle procedure previste dalla legge per l'esecuzione dell'espulsione.

Una volta ricostruito il significato di "arbitrarietà" in relazione alla detenzione di stranieri ai sensi dell'art. 5 par. 1 lett. f, la Corte statuisce che l'ipotesi prevista dalla prima parte della norma ricade pienamente entro tale ricostruzione, non essendo legittima una differenziazione nello scrutinio di proporzionalità tra la detenzione di stranieri già soggiornanti in vista dell'espulsione e quella disposta per impedire l'ingresso non autorizzato nel territorio. In questo secondo caso, dunque, la detenzione sarà legittima se: è disposta in buona fede dalle autorità competenti; è strettamente connessa allo scopo indicato dalla norma Cedu; viene eseguita in un luogo e in condizioni appropriate, tenuto conto che gli stranieri trattenuti non sono criminali ma persone in fuga dal proprio paese; si protrae per il tempo ragionevolmente richiesto dall'espletamento delle procedure di autorizzazione all'ingresso.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Nell'applicare tali requisiti al caso del Sig. Saadi la Corte conclude che la detenzione a cui il ricorrente è stato sottoposto non solo sia legale ma sia anche non arbitraria e quindi conforme alla prima parte dell'art. 5 par. 1 lett. f. I giudici, d'altro canto, hanno ritenuto che sia stato violato il secondo paragrafo dell'art. 5, che garantisce alla persona in stato di arresto il diritto ad essere tempestivamente informata, in una lingua comprensibile, delle ragioni dell'arresto e delle accuse mosse.

La presente decisione della Corte si presta a valutazioni contrastanti. Chiamati a pronunciarsi per la prima volta sull'arbitrarietà del trattenimento di stranieri non ancora soggiornanti nel territorio – tradizionalmente considerati più esposti e meno garantiti rispetto al potere sovrano dello Stato sul territorio – i giudici fissano un paletto decisivo all'esercizio, da parte delle pubbliche autorità, delle prerogative sovrane in tema di ingresso e soggiorno degli stranieri: il divieto di detenzioni arbitrarie deve considerarsi operante allo stesso modo nei confronti dei potenziali migranti economici e richiedenti asilo in attesa di entrare nel paese e degli stranieri già soggiornanti colpiti da un provvedimento di espulsione o estradizione (§ 73); nei confronti dei primi, dunque, non è pensabile una tutela affievolita o un test differenziato di proporzionalità della misura restrittiva della libertà personale. Certo, affermato questo importante principio, la Corte rimarca che – ai fini della non violazione della prima parte dell'art. 5 par. 1 lett. f – è necessario e sufficiente che la detenzione sia strumentale a prevenire l'ingresso non autorizzato dello straniero nel territorio, rifiutandosi quelle ricostruzioni che circoscrivono il ricorso alla misura detentiva solo nei casi estremi di rischio di fuga dello straniero. Il rigido automatismo della Corte – secondo la quale l'ingresso è da considerarsi "non autorizzato" finché lo Stato non lo autorizzi espressamente a seguito di un'apposita procedura amministrativa – risulta discutibile soprattutto in relazione ai richiedenti asilo: l'equiparazione di questi ultimi con le altre categorie di migranti costituisce il profilo maggiormente controverso della decisione, sul quale si concentra, in effetti, l'opinione dei sei giudici dissenzienti (cfr. Joint partly dissenting opinion of Judges Rozakis, Tulkens, Kovler, Hajiyev, Spielman and Hirvelä). Questi ultimi contestano l'applicazione del suddetto automatismo alla situazione dei richiedenti asilo, informata al principio – ricavabile dal diritto internazionale (es. art. 12 Patto ONU sui diritti civili e politici e giurisprudenza del Comitato per i Diritti umani) – secondo il quale «i richiedenti asilo che hanno presentato un'istanza di protezione internazionale si trovano ipso facto legalmente nel territorio di uno Stato»; lo stesso diritto comunitario (cfr. art. 18 Dir. 2005/85/CE sul riconoscimento e la revoca dello status di rifugiato) contiene il divieto di trattenimento del richiedente asilo al solo fine dell'esame più efficace della sua domanda.

Precedenti

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Amuur c. Francia, 25.06.1996, ric. n. 19776/92

Chahal c. Regno Unito, 15.11.1996, ric. n. 22414/93

Shamsa c. Polonia, 27.11.2003, ric. n. 45355/99, 45357/99

Zeciri c. Italia, 4.08.2005, ric. n. 55764/00

Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga c. Belgio, 12.10.2006, ric. n. 13178/03

Nasrullojev c. Russia, 11.10.2007, ric. n. 656/06

Riad e Idiab c. Belgio, 24.01.2008, ric. n. 29787/03, 29810/03

Profili di diritto interno

Corte costituzionale, sent. n. 105 del 22 marzo 2001 (il trattenimento dello straniero presso i centri di permanenza temporanea e assistenza è misura incidente sulla libertà personale, che non può essere adottata al di fuori delle garanzie dell'articolo 13 della Costituzione)

Riferimenti bibliografici

HUGHES J. – LIEBAUT F., *Detention of Asylum Seekers in Europe: Analysis and Perspectives*, Kluwer Law, The Hague, 1998

CORNELISSE G., *Human Rights for Immigration Detainees in Strasbourg: Limited Sovereignty or a Limited Discourse*, in *Eur. J. Mig. L.*, 6/2004

16/02/2010



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

- Sezione:** Lo straniero e la CEDU – Respingimento ed espulsione - *Trattenimento*
- Titolo:** *Espulsione amministrativa dei migranti irregolari: i rilievi della Corte di Lussemburgo a margine del caso El Dridi*
- Autore:** DANIELA VITIELLO
- Sentenza di riferimento:** Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza del 28.04.2011 (in causa C-61/11 PPU) *Hassen El Dridi alias Soufi Karim*
- Parametro normativo:** **Unione europea:** art. 6 Trattato sull'Unione europea; art. 276 Trattato sul funzionamento dell'Unione europea; art. 79, n. 2, lett. c TFUE (*ex* art. 63, n. 1, par. 3, lett. b TCE); artt. 15 e 16 della Direttiva 2008/115/CE del Parlamento e del Consiglio del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure applicabili negli Stati membri al rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (GU L 348, p. 98).
Italia: art. 14, co. 5-ter del Decreto legislativo del 25 luglio 1998, n. 286, Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (Supplemento ordinario alla GURI n. 191 del 18 agosto 1998), come modificato dalla Legge del 15 luglio 2009, n. 94, recante disposizioni in materia di sicurezza pubblica (Supplemento ordinario alla GURI n. 170 del 24 luglio 2009).
- Parole chiave:** Circolazione delle persone; rimpatrio; immigrazione clandestina; ingresso e soggiorno; reato di inottemperanza del clandestino; ordine di allontanamento dal territorio dello Stato; principio dell'effetto utile e dell'effetto diretto; rispetto dei diritti fondamentali nell'UE.

1. Il 28 aprile 2011 la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha reso un'importante sentenza in tema di presupposti, modalità e limiti del trattenimento del clandestino nel territorio dello Stato membro durante la procedura di rimpatrio ai sensi della Direttiva 2008/115/CE (cd. "direttiva rimpatri", adottata dal Parlamento e dal Consiglio sulla base giuridica dell'art. 63, n. 1, par. 3, lett. b TCE, in seguito al Trattato di Lisbona diventato art. 79, n. 2, lett. c TFUE). Con questa sentenza, la Prima Sezione della Corte di Giustizia si è inserita nel percorso inaugurato dalla Grande Camera con la decisione del caso *Kadzoev*, ribadendo, in tempi di vivace dibattito sul fenomeno migratorio, la volontà dei giudici di Lussemburgo di esercitare la funzione di interpretazione autentica del diritto dell'Unione, loro riconosciuta dall'art. 19 Trattato sull'Unione europea (TUE), per garantire

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

il rispetto degli obblighi derivanti in capo agli Stati dalle norme relative allo *Spazio di libertà, sicurezza e giustizia* (Titolo V, Parte III del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea).

La Corte ha statuito in merito a una domanda di pronuncia pregiudiziale avanzata ex art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) dalla Corte d'Appello di Trento nel caso *Hassen El Dridi*. Il dubbio interpretativo del giudice italiano era sorto a seguito del mancato recepimento della direttiva rimpatri da parte dell'Italia, nonostante il termine per la trasposizione della stessa nell'ordinamento degli Stati membri fosse scaduto in data 24 dicembre 2010 (art. 20). Il giudice remittente doveva decidere in merito a un procedimento penale a carico del sig. El Dridi, cittadino algerino, entrato e soggiornante in Italia in modo irregolare e nei cui confronti era stato emanato nel 2010 un ordine di allontanamento, in applicazione di un precedente decreto di espulsione del 2004. Il sig. El Dridi aveva ingiustificatamente violato l'ordine di allontanamento e tale l'inottemperanza era stata sanzionata dal Tribunale di Trento con la condanna alla pena di un anno di reclusione ai sensi dell'art. 14, co. 5-ter, del D. lgs. del 25 luglio 1998, n. 286, Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (TU immigrazione), come novellato dalla Legge del 15 luglio 2009, n. 94, recante *Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*. La Corte d'Appello di Trento, investita dell'impugnazione contro la sentenza di condanna, aveva chiesto alla Corte di Giustizia di valutare se gli articoli 15 e 16 della direttiva inattuata impedissero nondimeno a uno Stato parte dell'UE di sanzionare penalmente la mera violazione di un passaggio intermedio della procedura amministrativa di rimpatrio e di punire con la reclusione l'atteggiamento non cooperativo dell'interessato in ordine all'espletamento della procedura stessa. La Corte di Lussemburgo ha risposto positivamente in data 17 febbraio 2011, attivando anche il procedimento pregiudiziale di urgenza, previsto dall'art. 267, n. 4, TFUE per le questioni sottoposte alla suddetta Corte concernenti lo *Spazio di libertà, sicurezza e giustizia* e riguardanti persone in stato di privazione della libertà personale.

2. La sentenza si apre con la disamina del contesto normativo di riferimento dato dalla direttiva rimpatri. Il cuore della procedura di rimpatrio è contenuto negli artt. 7 e 8 della direttiva: il primo statuisce regola del rimpatrio volontario entro «*un periodo congruo di durata compresa tra sette e trenta giorni*» e confina le ipotesi di privazione o riduzione di tale periodo a uno sparuto numero di casi eccezionali (art. 7, n. 4); il secondo consente agli Stati di adottare «*tutte le misure necessarie per eseguire la decisione di rimpatrio*» allorché si verificano le condizioni previste dall'art. 7, n. 4 o quando il destinatario abbia lasciato scadere inutilmente i termini per il rimpatrio volontario. Si fa notare che detta direttiva non enuncia esaustivamente le misure che possono essere adottate in esecuzione di una decisione di rimpatrio, ma, per un verso, ribadisce che esse devono risultare proporzionali, non eccedere un uso ragionevole della forza e rispettare i diritti fondamentali, mentre, per altro verso, disciplina in dettaglio quella tra le misure coercitive che maggiormente limita il diritto alla libertà garantito dall'art. 6 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (la Carta di Nizza): il trattenimento del clandestino ai fini dell'allontanamento. L'art. 15 della direttiva

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

confina l'adozione di una siffatta misura ai casi in cui sussista un rischio di fuga o di ostacolo alla preparazione del rimpatrio da parte del destinatario e prevede la sottoposizione della misura di trattenimento al riesame a intervalli regolari. Quanto alla durata del trattenimento, esso può protrarsi solo per il tempo strettamente necessario al perfezionamento della procedura di allontanamento e non può in ogni caso durare più di sei mesi, fatta salva l'estensione per altri dodici mesi in casi eccezionali. Quanto, poi, alle condizioni del trattenimento, l'art. 16 prevede che esso avvenga in appositi centri di permanenza temporanea e, solo qualora ciò non sia possibile, in istituti penitenziari, avendo però cura di mantenere separati i cittadini in attesa di rimpatrio dai detenuti comuni. Ne consegue, come notato dall'Avvocato Generale Ján Mazák, che il legislatore europeo si è sforzato di distinguere il trattenimento ai fini dell'allontanamento dalla detenzione in base a un procedimento penale (par. 35 della presa di posizione dell'Avvocato Generale Ján Mazák, resa alla Corte di Giustizia UE in data 01.05.2011).

Quanto alla normativa italiana di recepimento, la Corte di Giustizia si sofferma, in particolare, sull'esame degli artt. 13 e 14 del TU immigrazione. L'art. 13 delinea i caratteri della procedura di espulsione amministrativa vigente nell'ordinamento giuridico italiano per gli stranieri il cui soggiorno è irregolare. Essa è disposta tramite decreto prefettizio in caso di ingresso o permanenza irregolare dello straniero nel territorio dello Stato, salvo che tale condotta dipenda da forza maggiore. La modalità ordinaria di esecuzione del decreto di espulsione, indicata dal comma 4, è l'accompagnamento coattivo dello straniero alla frontiera a mezzo della forza pubblica. L'art. 14, rubricato «Esecuzione dell'espulsione», statuisce al comma 1 che il trattenimento, presso un Centro di identificazione ed espulsione (CIE), è disposto dal questore quando non sia possibile procedere all'immediata esecuzione dell'ordine di allontanamento mediante accompagnamento alla frontiera o respingimento, in ragione di esigenze di soccorso dello straniero, di accertamenti supplementari sulla sua identità, di acquisizione della documentazione di viaggio o in caso di indisponibilità di un vettore. Il comma 5-bis dello stesso articolo prevede che, in caso di impossibilità di trattenimento dello straniero presso un centro di permanenza temporanea o di mancata esecuzione dell'espulsione entro il termine di sei mesi di permanenza nello stesso, il questore notifichi allo straniero un ordine di allontanamento dal territorio dello Stato entro cinque giorni. Le conseguenze penali della sua trasgressione sono specificate al comma successivo, 5-ter, in base al quale «[l]o straniero che senza giustificato motivo si trattiene nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine impartito dal questore ai sensi del comma 5-bis, è punito con la reclusione da uno a quattro anni», cui segue, «in ogni caso», l'adozione di un secondo provvedimento di espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica. La durata della sanzione penale detentiva prevista per la violazione dell'ordine di allontanamento varia a seconda della situazione personale del destinatario, in particolare riducendosi a un minimo di sei mesi nel caso in cui la violazione amministrativa sia determinata dalla scadenza dei termini per il rinnovo del permesso di soggiorno (art. 14, co. 5-ter, secondo periodo) ed estendendosi fino a un massimo di 5 anni in caso di reiterazione dell'inosservanza della seconda intimazione a lasciare il territorio dello Stato (art. 14, co. 5-quater, primo periodo).

diritti-cedu.unipg.it



3. Ultimata la disamina del *corpus* normativo di riferimento, la Corte di Giustizia analizza l'art. 14, co. 5-ter TU immigrazione alla luce dei principi di proporzionalità, adeguatezza e ragionevolezza della pena, ma soprattutto del principio di leale cooperazione, di cui all'art. 4, n. 3 TUE, declinato ai fini del conseguimento dell'effetto utile del diritto dell'Unione. Per stabilire la coerenza della procedura di espulsione amministrativa italiana con la procedura di rimpatrio europea, la Corte si richiama all'obiettivo della direttiva 2008/115, sottolineando come dal titolo, dall'art. 1 e dall'impianto complessivo della direttiva rimpatri emerge con chiarezza la volontà del legislatore UE di istituire una politica europea di rimpatrio, basata su «*norme e procedure comuni*» e sul rispetto dei diritti fondamentali e della dignità della persona umana. Dalla natura stringente degli obblighi derivanti in capo agli Stati dal regime normativo comune discende l'inderogabilità *in peius* delle sue disposizioni, peraltro espressamente riconosciuta nell'art. 4, n. 3 della direttiva, che consente agli Stati di introdurre o mantenere disposizioni più favorevoli alle persone cui si applica, purché con essa compatibili (parr. 31-33). Inoltre, dalla gradualità delle misure, anche coercitive, adottabili prima e possibilmente il luogo del trattenimento, come ad esempio l'obbligo di dimora *ex art. 7, n. 3* del testo europeo, emerge una successione di fasi della procedura di rimpatrio che non può essere stravolta dagli Stati mediante la previsione di un automatismo espulsivo. Da tale successione si evince in modo inconfutabile il *favor* del legislatore europeo per il rimpatrio volontario, tant'è che, pur prevedendo l'ipotesi del rimpatrio coattivo, la direttiva la configura come eccezione alla regola ed *extrema ratio*, contornata da tutta una serie di garanzie per l'individuo. (parr. 34-39). L'attenzione della Corte di Giustizia si focalizza in particolare sulla misura coercitiva più lesiva della libertà personale che la direttiva consente nell'ambito di una procedura di allontanamento coattivo, ossia sul trattenimento dell'individuo in funzione dell'espulsione, disciplinato dagli artt. 15 e 16 della stessa (par. 40). La Corte deduce dalla gradazione delle misure esecutive della decisione di rimpatrio e dal costante richiamo al principio di proporzionalità che la *ratio* di una così dettagliata regolamentazione del ricorso alla misura del trattenimento sia quella di «*assicurare il rispetto dei diritti fondamentali dei cittadini interessati dei Paesi terzi*» (par. 42). Inoltre, la Corte di Lussemburgo fa riferimento al risalente caso *Kadzoev* del 2009, alla consolidata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, recentemente confermata nel caso *Saadi c. Regno Unito* del 2008 e all'ottavo dei *Venti orientamenti sul rimpatrio forzato* adottati nel 2005 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (vedi il par. 56 della decisione), per concludere che la fissazione di un termine di durata massima inderogabile del trattenimento è volta a «*limitare la privazione della libertà dei cittadini di Paesi terzi in situazione di allontanamento coattivo*» al tempo strettamente necessario per raggiungere lo scopo del rimpatrio e che «*il trattenimento ai fini dell'allontanamento deve essere quanto più breve possibile*» (par. 43). Da tali riflessioni la Corte deduce importanti conseguenze circa la compatibilità della disciplina penale italiana con la direttiva 2008/115/CE. In prima battuta, la Corte rileva che l'oggetto del procedimento *a quo* rientra nell'ambito applicativo della normativa europea in esame *ratione personae*, dopo aver preliminarmente neutralizzato le potenziali conseguenze della mancata trasposizione della direttiva nell'ordinamento italiano. Difatti, in ossequio alla propria consolidata giurisprudenza (*ex plurimis*, parr. 46-48 della sentenza *Marshall* del 1986), la Corte riconosce l'effetto diretto verticale alle



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

disposizioni contenute nella direttiva e, *a fortiori*, agli artt. 15 e 16. Questi ultimi, in quanto norme precise, sufficientemente incondizionate e idonee a creare diritti in capo ai singoli, sono invocabili direttamente dinanzi ai giudici nazionali anche in assenza di un atto interno di recepimento.

I giudici di Lussemburgo, inoltre, sgomberano il campo dall'ipotesi sollevata del governo italiano di utilizzare la facoltà concessa agli Stati dall'art. 2, n. 2, lett. b per non applicare la direttiva al caso *sub iudice*, richiamandosi alle considerazioni in proposito svolte dall'Avvocato Generale ai parr. 22-28 della sua presa di posizione. L'art. 2, n. 2, lett. b conferisce agli Stati la facoltà di non applicare la direttiva nel caso in cui la procedura di rimpatrio costituisca una sanzione penale o conseguenza di una sanzione penale, o ancora in caso di estradizione. Ora, ad avviso dell'Avvocato Mazák, l'insussistenza dei presupposti per l'attivazione di tale deroga discende, in generale, dalla mancata trasposizione della direttiva nell'ordinamento giuridico interno, che impedisce all'Italia di beneficiare del diritto concesso dalla norma inattuata (par. 28), e in particolare, dalla constatazione che «*il procedimento penale in cui il sig. El Dridi è coinvolto e che può concludersi con la pena della reclusione da uno a quattro anni non è la causa dell'obbligo di rimpatrio, ma al contrario la conseguenza della mancata esecuzione di detto obbligo*» (par. 26). Seguendo l'impostazione dell'Avvocato Generale, la Corte si pone, in realtà, sulla stessa lunghezza d'onda della difesa orale svolta in favore della parte privata durante l'udienza del 30 marzo 2011, dove si sostiene che «*nel sistema della direttiva, lo straniero irregolare non è considerato un "criminale" per il semplice fatto di evitare od ostacolare l'esecuzione del rimpatrio*» (punto 5).

In secondo luogo, la Corte osserva che «*la procedura di allontanamento prevista dalla normativa italiana in discussione nel procedimento principale differisce notevolmente da quella stabilita da detta direttiva*» (par. 50), sia in ordine alla previsione di un congruo termine per consentire ai cittadini stranieri il rimpatrio volontario, che manca nella normativa italiana, sia in relazione alle misure coercitive, anche penali, che gli Stati membri possono adottare per «*dissuadere tali cittadini dal soggiornare illegalmente nel territorio di detti Stati*» (parr. 51-52). In merito al secondo *volet*, va sottolineato che la Corte di Giustizia riconosce *apertis verbis* la facoltà degli Stati di sanzionare penalmente la permanenza del clandestino nel territorio dello Stato mediante misure diverse da quelle previste dall'art. 8, n. 4 della direttiva (e quindi nel caso di specie dall'accompagnamento coattivo alla frontiera previsto dall'art. 13, co. 4 del TU immigrazione) quando queste ultime non abbiano consentito il rimpatrio (par. 52), rispondendo così negativamente al primo dei due quesiti pregiudiziali avanzati dai giudici di appello di Trento. Tuttavia, controbatte anche alla tesi dell'Avvocatura dello Stato italiano, in base alla quale lo Stato godrebbe di totale discrezionalità nella determinazione delle norme incriminatrici nazionali, in virtù dell'autorizzazione all'adozione di «*tutte le misure necessarie*» a scopo dissuasivo del soggiorno irregolare, contenuta all'art. 8, n. 1. La Corte afferma che, ai sensi dell'art. 4, n. 3 TUE, la competenza principale degli Stati in materia penale non li esime dall'obbligo di cooperazione alla realizzazione degli obiettivi perseguiti da una normativa dell'Unione e di astensione da qualsiasi misura interna, anche penale, che rischi di privare tale normativa del suo effetto utile (parr. 55-56). Ora, come si è detto, la normativa italiana prevede la regola dell'automatismo espulsivo e il trattenimento in un CIE come passaggio necessario in caso di impossibilità di procedere all'accompagnamento coattivo alla frontiera;



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

qualora anche la detenzione amministrativa in un CIE si renda impraticabile, l'ordine questorile di allontanamento entro cinque giorni, termine peraltro inferiore al minimo di una settimana previsto dalla normativa UE per il rimpatrio volontario; e infine, la reclusione fino a quattro anni in caso di ingiustificata inottemperanza all'ordine di allontanamento, pena estendibile fino a cinque anni in caso di reiterazione della violazione. È, dunque, la compressione della libertà personale dello straniero il tratto precipuo della normativa interna, in un *continuum* tra detenzione amministrativa e reclusione in carcere, contrario ai principi di proporzionalità e di efficacia dei mezzi impiegati per il perseguimento del fine.

4. La Corte di Giustizia conclude che gli Stati membri non possono introdurre, *«al fine di ovviare all'insuccesso delle misure coercitive adottate per procedere all'allontanamento coattivo conformemente all'art. 8, n. 4, di detta direttiva, una pena detentiva, come quella prevista all'art. 14, comma 5-ter, del decreto legislativo n. 286/1998, solo perché un cittadino di un Paese terzo, dopo che gli è stato notificato un ordine di lasciare il territorio di uno Stato membro e che il termine impartito con tale ordine è scaduto, permane in maniera irregolare nel territorio nazionale»*. Infatti, ad avviso della Corte, che qui fa proprie le valutazioni svolte dalla Commissione e dall'Avvocato Generale Mazák, una siffatta pena, ritardando l'esecuzione della misura di rimpatrio, rischierebbe di compromettere *«obiettivamente, anche se solo temporaneamente»* la realizzazione dell'effetto utile perseguito dalla direttiva, ossia l'instaurazione di una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare (parr. 58-59 sentenza e par. 42 presa di posizione dell'Avvocato Generale). La Corte conclude, quindi, che la Direttiva rimpatri *«deve essere interpretata nel senso che osta ad una normativa di uno Stato membro, come quella in discussione nel procedimento principale, che preveda l'irrogazione della pena della reclusione al cittadino di un Paese terzo il cui soggiorno sia irregolare per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare entro un determinato termine il territorio di tale Stato, permane in detto territorio senza giustificato motivo»*. Ne consegue che il giudice del rinvio, *«incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni del diritto dell'Unione e di assicurarne la piena efficacia»*, dovrà *«disapplicare ogni disposizione del decreto legislativo n. 286/1998 contraria al risultato della direttiva 2008/115, segnatamente l'art. 14, comma 5-ter, di tale decreto legislativo»*, in ossequio alla consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia, a partire dal caso *Simmenthal*. Nel fare ciò, precisa la Corte, il giudice remittente dovrà *«tenere debito conto del principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite, il quale fa parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri»* (parr. 60-61). La Corte sanziona, dunque, il concreto contenuto afflittivo della misura prevista dalla normativa italiana per la violazione dell'ordine di allontanamento, in quanto sproporzionato e disfunzionale al fine del rimpatrio. La configurazione della norma italiana non è, peraltro, casuale, ma risponde a una finalità diversa dal rimpatrio, espressamente enunciata dall'Avvocatura dello Stato italiano nelle sue obiezioni, ossia a una precisa *voluntas* sanzionatoria, mirante a irrobustire il rispetto delle decisioni delle pubbliche autorità. Inoltre, ad avviso del governo italiano, l'assenza di identità tra la condotta individuale di ostacolo al rimpatrio, che



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

costituisce il presupposto del trattenimento fino a diciotto mesi *ex art.* 15 della direttiva, e di inottemperanza all'ordine di allontanamento *ex art.* 14, co. 5-*ter* del TU immigrazione, che rappresenta la premessa per la reclusione fino a quattro anni, discenderebbe *de facto* dalla rilevanza selettiva della clausola "senza giustificato motivo" che presiede all'irrogazione della sanzione penale. Ora, indipendentemente dalla fondatezza giuridica di quest'ultima affermazione, va rilevato che la Corte di Giustizia non sanziona l'uso simbolico della norma penale per criminalizzare mere condotte o condizioni personali, in assenza di fatti materiali lesivi di beni meritevoli di tutela penale; anzi, fa espressamente salva, al par. 60 del *decisum*, la generica potestà sanzionatoria penale dello Stato quale strumento di presidio dell'effettività della misura di allontanamento, seppur subordinandola ai vincoli derivanti dalla direttiva. Ne consegue che, diversamente da quanto insipientemente affermato dai *media*, la sentenza della Corte non destituisce di fondamento giuridico il reato di immigrazione clandestina, previsto all'art. 10-*bis* del TU immigrazione e configurato come contravvenzione per l'ingresso o la permanenza irregolare nel territorio dello Stato, per il quale è prevista esclusivamente un'ammenda, ossia una sanzione pecuniaria da 5.000 a 10.000 euro, e non la detenzione. Cionondimeno, l'ultima parola sull'argomento sarà la Corte stessa a pronunciarla, nel momento in cui deciderà, ad esempio, circa l'ordinanza di remissione del giudice di pace di Mestre del 16 marzo 2011. Rispetto all'esigenza di garantire un certo margine di discrezionalità agli Stati in merito alla scelta degli strumenti delle politiche migratorie, la posizione della Corte appare, dunque, quanto meno più liberale di quella espressa dall'Avvocato Generale al par. 43 della sua presa di posizione, in cui questi sostiene che non solo la reclusione, ma qualsiasi sanzione penale prevista negli ordinamenti interni in caso di inottemperanza dell'ordine di espulsione sarebbe contraria alla direttiva rimpatri. Il *modus operandi* della Corte è sintomatico della sua tendenza a intervenire nella misura strettamente necessaria a realizzare l'effetto utile della normativa dell'UE e il rispetto dei diritti umani. La Corte di Giustizia ben esprime, con questa sentenza, l'esigenza di un delicato contemperamento tra due interessi antitetici, ma egualmente bisognosi di tutela: quello al contrasto dell'immigrazione clandestina, tutelato in forma indiretta attraverso il riavvicinamento delle legislazioni nazionali degli Stati membri, e quello al rispetto dei diritti fondamentali dello straniero, diritti che non possono essergli negati in conseguenza della mera irregolarità del suo *status* amministrativo. Questi sono i due nodi fondamentali attorno ai quali i giudici di Lussemburgo strutturano la sentenza *El Dridi*, offrendo un giudizio al contempo pacato e garantista che, attraverso la censura delle disfunzionalità legate alla sanzione penale prevista dall'art. 14, co. 5-*ter*, rispetto all'obiettivo dell'allontanamento dello straniero, garantisce, pur senza profusioni enfatiche, la tutela i diritti fondamentali dei migranti irregolari, in particolar modo della libertà personale. Ancora una volta, dunque, la Corte di Giustizia dell'Unione trova il modo per rivendicare, nelle fasi più critiche del processo di integrazione europea, il proprio ruolo di custode dell'uniforme applicazione del diritto dell'Unione, ma soprattutto di promotrice di uno sviluppo pretorio dello stesso, grazie allo strumento ermeneutico dell'effetto utile, che, nel caso di specie, ha permesso ai giudici di Lussemburgo di dar voce al silenzio della direttiva rimpatri in merito all'ammissibilità e ai limiti della potestà sanzionatoria penale dello Stato per indurre lo straniero al rispetto della procedura di rimpatrio.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Giurisprudenza citata:

Corte di Giustizia CE, causa C-26/62, *Van Gend & Loos - Amministrazione olandese delle imposte*, 5 febbraio 1963

Corte di Giustizia CE, causa C-106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Simmenthal SpA*, 9 marzo 1978

Corte di Giustizia CE, causa C-152/84, *M.H. Marshall c. Southampton e S.W.H.A. Health Authority*, 26 febbraio 1986

Corte di Giustizia CE, cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02, *Berlusconi, Adelchi, Dell'Utri et alia*, 3 maggio 2005

Corte di Giustizia UE, causa C-357/09 PPU, *Kadzoev*, 30 novembre 2009

Corte EDU, ricorso n. 13229/03, *Saadi c. Regno Unito*, sentenza del 29 gennaio 2008

Riferimenti bibliografici:

Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, *Venti orientamenti sul rimpatrio forzato*, (CM(2005)40), 4 maggio 2005;

A. PUGIOTTO, «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, relazione al Convegno nazionale dell'Associazione Italiana Costituzionalisti "Lo statuto costituzionale del non cittadino", Cagliari, 16-17 ottobre 2009;

F. VIGANÒ, L. MASERA, *Addio articolo 14. Considerazioni sulla sentenza della Corte di giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4 maggio 2011;

F. ZORZI GIUSTINIANI, *Direttiva rimpatri e politica comunitaria in materia di immigrazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 3/2009, pp. 671-675.

(26 maggio 2011)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Sezione: **Lo straniero e la Cedu.** Respingimento ed espulsione – *Difesa*

Titolo: *La controversa divaricazione tra garanzie del giusto processo e tutela del diritto di difesa dello straniero di fronte all'espulsione nella Cedu*

Autore: **MARIA CHIARA LOCCHI**

Sentenza di riferimento: Corte europea dei diritti dell'uomo, Terza sezione - Decisione dell'8 giugno 2006, *Lupsa c. Romania* (ricorso n°10337/04)

Parametro convenzionale: art. 8 Cedu; art. 1 Prot. n. 7

Parole chiave: Espulsione; sicurezza nazionale; diritto di difesa; concetti autonomi

1. La sentenza in commento si inserisce a pieno titolo nell'orientamento giurisprudenziale elaborato dalla Corte Edu in tema di tutela delle garanzie giurisdizionali nei confronti dello straniero colpito da un ordine di espulsione: se la Corte ha sempre escluso la riconducibilità delle ipotesi di difesa dal provvedimento di espulsione – e dalle misure restrittive ad essa collegate – al principio del giusto processo sancito all'art. 6 Cedu, sono stati individuati ulteriori strumenti di tutela nell'art. 13 Cedu, necessariamente collegato alla violazione di un diritto sostanziale protetto dalla Convenzione, e nell'art. 1 Prot. n. 7, specificamente dedicato alle garanzie procedurali nel procedimento di espulsione ma riferito ai soli stranieri regolarmente presenti sul territorio. Il caso *Lupsa*, in particolare, affronta la questione dei limiti al potere degli Stati di allontanare uno straniero indesiderato perché sospettato di coinvolgimento in attività pericolose per la sicurezza nazionale; anche in questo caso le autorità statali sono tenute al rispetto del diritto fondamentale dello straniero alla revisione dell'ordine di espulsione da parte di un'autorità terza e imparziale, innanzi alla quale sia garantito il contraddittorio e minime garanzie di difesa, ricavabile dall'art. 1 Prot. 7 e dall'art. 8 Cedu.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

2. Il ricorrente, Dorjel Lupsa, è un cittadino serbo trasferitosi nel 1989 in Romania, dove ha vissuto per quattordici anni fondando e gestendo un'azienda di torrefazione e vendita di caffè e convivendo con una donna rumena dalla quale ha avuto un figlio nel 2002. Il 7 agosto 2003 il Sig. Lupsa è stato prelevato dalla propria abitazione ed espulso dalla Romania – con divieto di reingresso per i successivi dieci anni – senza aver ricevuto alcuna contestazione circa la non desiderabilità del suo soggiorno in territorio rumeno. A seguito del ricorso da parte dell'avvocato di Lupsa contro l'Autorità per gli stranieri e il Procuratore generale presso la Corte d'Appello di Bucarest, il 18 agosto 2003 si è svolta la prima, e unica, udienza davanti alla Corte d'Appello, dalla quale è emerso che l'ordine di espulsione risaliva al maggio dello stesso anno ed era stato disposto dal Procuratore generale sulla base di una richiesta dei servizi di *intelligence* rumeni; questi ultimi, ai sensi dell'Ordinanza governativa d'emergenza n. 194 del 2002, avevano segnalato il ricorrente come "persona indesiderata", in quanto coinvolta in "attività capaci di mettere a rischio la sicurezza nazionale". La Corte d'Appello – dopo aver respinto le richieste di rinvio dell'udienza avanzate dall'avvocato del ricorrente al fine di comunicare con quest'ultimo e organizzare un'efficace difesa – ha deciso nel merito bocciando il ricorso, valutando legittimo e proporzionato l'ordine di espulsione.

3. Il ricorso del Sig. Lupsa innanzi alla Corte Edu si fondava sulla pretesa violazione, da parte dell'ordine di espulsione e del divieto di reingresso in Romania, di alcuni diritti e libertà fondamentali sanciti dalla Cedu, quali il diritto all'unità familiare e alla vita privata (art. 8 Cedu), le garanzie procedurali in caso di espulsione (art. 1 Prot. n. 7), il diritto di difesa (artt. 6 § 1 e 13 Cedu); quest'ultimo profilo, in particolare, era sollevato dal ricorrente con riferimento all'andamento del procedimento di fronte alla Corte d'Appello e all'impossibilità di appellare la decisione conclusiva, qualificata come "definitiva" dalla stessa Ordinanza d'emergenza del 2002.

La Corte ha accolto il ricorso in relazione alla violazione degli artt. 8 Cedu e 1 Prot. n. 7.

Rispetto al primo punto, il ragionamento dei giudici si è incentrato sull'avvenuta "interferenza", ad opera del Governo rumeno nell'esercizio del suo potere di espulsione, rispetto alla vita privata e familiare del ricorrente in Romania; la Corte, in questi casi, deve considerare se tale interferenza sia o meno "giustificata" alla luce dell'art. 8 par. 2 e, quindi, se sia "prevista dalla legge", motivata da uno o più scopi indicati nella disposizione ("sicurezza nazionale", "pubblica sicurezza", "benessere economico del paese", "difesa dell'ordine e prevenzione dei reati", "protezione della salute o della morale", "protezione dei diritti e delle libertà altrui") e "necessaria in una società democratica". In contrasto con la posizione del Governo rumeno – che rivendicava il rispetto, da parte dell'ordine di espulsione, degli imperativi contenuti nell'art. 8 par. 2 e, in particolare, della necessità di tutelare la "sicurezza nazionale" – la Corte Edu si è concentrata sull'aspetto della "conformità alla legge", che non può considerarsi esaurito nella mera individuazione della base legale del provvedimento,



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

comportando uno scrutinio sulla "qualità" della legge nazionale; tale legge deve risultare "accessibile" e formulata con sufficiente precisione da consentire la "previsione" delle possibili conseguenze giuridiche per le persone coinvolte. È proprio il profilo della "prevedibilità", secondo la Corte Edu, ad essere illegittimamente carente: pur ammettendo che la disciplina dell'espulsione motivata dal pericolo per la sicurezza nazionale sia necessariamente caratterizzata da una maggiore difficoltà di predeterminazione dei casi e delle circostanze che possono giustificare il provvedimento restrittivo, rimane fermo per gli Stati l'obbligo di garantire strumenti di difesa dalle interferenze arbitrarie delle pubbliche autorità rispetto ai diritti sanciti dalla Convenzione. È la stessa *rule of law* – principio fondante di quella società democratica che la Cedu si propone di assicurare – ad escludere la configurazione del potere in senso assoluto e a richiedere la predisposizione di "procedure per uno scrutinio effettivo da parte dei giudici" (par. 34); anche il soggetto ritenuto pericoloso per la sicurezza nazionale, dunque, deve poter contestare la legittimità del provvedimento restrittivo facendo valere il proprio punto di vista innanzi ad un'autorità indipendente e imparziale, che assicuri il contraddittorio e sia competente a valutare tutti gli aspetti in fatto e in diritto (cfr., in questo senso, *Al Nashif c. Bulgaria*, 20.6.2002, par. 123-124). Ritenendo che, nel caso di specie, il Sig. Lumsa non abbia goduto del minimo di protezione richiesta contro il rischio di abusi delle autorità, la Corte ha concluso nel senso della violazione dell'art. 8 Cedu con specifico riferimento alle qualità della "legge" in base alla quale l'espulsione è stata disposta, senza la necessità di proseguire l'indagine circa i profili degli "scopi legittimi" e della "necessarietà in una società democratica".

Riguardo alla violazione delle garanzie specificamente previste in caso di espulsione dall'art. 1 Prot. n. 7, la Corte ha rilevato come – pur rientrando il motivo dell'espulsione del ricorrente tra quelli previsti dal par. 2 come ipotesi in grado di restringere le tutele sancite al par. 1 – il ricorrente fosse in ogni caso titolato a godere di tali garanzie pure in seguito all'esecuzione dell'espulsione. La prima garanzia menzionata dall'art. 1 par. 1 Prot. n. 7, in particolare, fa riferimento proprio alla "conformità alla legge" del provvedimento di espulsione, rispetto alla quale la Corte ha riproposto la ricostruzione già prospettata in relazione all'illegittimità dell'Ordinanza di emergenza n. 194 del 2002 ai sensi dell'art. 8 Cedu: pur costituendo detto atto normativo la "base legale" del provvedimento di espulsione, esso risulta carente dal punto di vista degli strumenti di difesa dai possibili arbitri delle autorità pubbliche. Sono state, inoltre, violate le altre garanzie previste dall'art. 1 Prot. 7, con riferimento all'effettiva possibilità per lo straniero espulso di far valere le proprie ragioni e fare esaminare il proprio caso innanzi all'autorità competente.

4. La Corte, d'altra parte, ha rigettato il motivo di ricorso rappresentato dalla pretesa violazione degli artt. 6 (diritto ad un giusto processo) e 13 (diritto ad un rimedio effettivo davanti ad un'autorità nazionale) della Cedu.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

I giudici di Strasburgo hanno ribadito la loro posizione circa la non applicabilità del diritto di difesa di cui all'art. 6 ai casi di espulsione di stranieri: la norma, infatti – pur non differenziando tra cittadini e stranieri quanto al profilo soggettivo – si riferisce espressamente alle “controversie sui diritti e doveri di carattere civile” e alle “accuse penali”, alle quali i procedimenti di espulsione, quasi sempre amministrativi, non potrebbero essere ricondotti. Rimane impregiudicata per lo straniero la protezione garantita dall'art. 6 – in condizione di parità con i cittadini – al di fuori dei casi di espulsione (cfr. *Biba c. Grecia*, 26.9.2000); è stato altresì affermato il principio secondo cui la mancata garanzia del diritto a un giusto processo – tale da realizzare un “diniego flagrante di giustizia” – nel paese nel quale lo straniero è estradato è idonea a provocare una lesione dell'art. 6 Cedu (cfr. *Soering c. Regno Unito*, 19.1.1989; *Drozd e Janousek c. Francia e Spagna*, 8.3.1991; *M.A.R. c. Regno Unito*, 16.1.1997). In tema di inapplicabilità delle garanzie del giusto processo ai procedimenti di espulsione la pronuncia *Maaouia c. Francia* del 5.10.2000 risulta di grande rilevanza: per la prima volta la Commissione ha ritenuto ammissibile il ricorso di uno straniero destinatario di un ordine di espulsione e di una condanna penale con conseguente divieto di reingresso nel territorio nazionale per violazione dell'art. 6 Cedu, con riferimento all'irragionevole lunghezza del procedimento di contestazione delle misure restrittive. La Corte si è però pronunciata a favore della non riconducibilità dei procedimenti di espulsione ai casi previsti dall'art. 6, incentrandosi, da un lato, sull'orientamento consolidato dalla Commissione negli anni precedenti nel senso dell'inammissibilità dei ricorsi dello stesso tipo per violazione dell'art. 6 (es. *X, Y, Z, V and W c. Regno Unito*, 15.12.1967; *V. P. c. Regno Unito*, 9.11.1987; *Agee c. Regno Unito*, 17.12.1976; *Farmakopoulos c. Belgio*, 27.3.1992; *V. P. c. Regno Unito*, 9.11.1987) e, dall'altro, sulla ricostruzione della specifica volontà degli Stati contraenti, i quali, nel prevedere un'apposita disposizione dedicata alle garanzie di fronte all'espulsione (l'art. 1 Prot. 7), avrebbero inteso escludere l'applicabilità dell'art. 6. In relazione a quest'ultimo aspetto, a sostegno della propria argomentazione, la Corte ha richiamato la Relazione esplicativa al Protocollo 7, conferendole un problematico carattere “autoritativo” rispetto all'interpretazione della disposizione.

L'approdo interpretativo della Corte, in realtà, si presta a molteplici critiche: nell'ambito di cui si discute, in effetti, la Corte è sembrata abbandonare l'approccio tradizionalmente garantista nell'intendere espressioni come “diritti e obblighi civili” o “accuse penali” in quanto “concetti autonomi”, ovvero rimessi all'autonoma determinazione dei giudici di Strasburgo nella definizione della sfera di operatività delle proprie regole. In altri contesti, infatti, la formula “diritti e obblighi civili” contenuta nell'art. 6 Cedu è stata interpretata dalla Corte in modo estensivo, ricomprendendovi tipologie di procedimenti che gli Stati interessati non qualificavano giuridicamente come “civili” (ad es. *Bentham c. Paesi Bassi*, 23.10.1985; *Feldbrugge c. Paesi Bassi*, 27.07.1987; *Francesco Lombardo c. Italia*, 12.02.2002); il giudice Loucaides, nella sua *dissenting opinion* al caso *Maaouia*, ha contestato sul punto l'impostazione della Corte, ritenendo che l'attributo “civile”, riferito ad una controversia giurisdizionale, debba essere inteso come “non



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

penale", in vista della garanzia di una "giusta amministrazione della giustizia" a favore di tutti coloro che rivendichino dei diritti, facciano valere delle obbligazioni giuridiche o si propongano di ottenere una pronuncia giurisdizionale sul proprio caso. Lo stesso può osservarsi per il concetto di "accusa penale", che la Corte ha negato potersi ricollegare al divieto di reingresso nel territorio disposto a carico del Sig. Maaouia, in quanto tale provvedimento – pur essendo stato disposto nell'ambito di un procedimento penale – si configurava come sanzione amministrativa; eppure, in ambiti diversi, la qualificazione giuridica dello Stato aveva rappresentato un mero "punto di partenza" verso una ricostruzione autonoma della Corte, che ha puntato ad applicare le garanzie del giusto processo *ex art. 6* in presenza di qualsivoglia privazione della libertà che fosse "apprezzabilmente restrittiva" (es. *Ringeisen c. Austria*, 16.7.1971 e *Engel e al. c. Paesi Bassi*, 8.6.1976).

Il richiamo del solo art. 1 Prot. 7 quale fondamento normativo delle garanzie processuali a fronte di un provvedimento di espulsione rischia di essere insufficiente e, per alcuni profili, discriminatorio: al di là del minor grado di tutela apprestata rispetto all'art. 6 Cedu, infatti, la suddetta norma si riferisce espressamente al solo "straniero regolarmente residente nel territorio dello Stato", escludendo coloro che sono colpiti da un ordine di espulsione in quanto irregolarmente soggiornanti; un ulteriore elemento preoccupante riguarda la mancata ratifica del Protocollo 7 da parte di importanti paesi europei di immigrazione, quali Belgio, Germania, Paesi Bassi, Regno Unito. Le garanzie sancite dall'art. 1 par. 1, inoltre, non sono incondizionate, come rilevato dalla stessa Corte nel caso *Lupsa* con riferimento alle ipotesi previste al par. 2 della norma: in caso di pericolo per l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale, infatti, i diritti accordati dal par. 1 non impediscono l'immediata esecutività dell'espulsione (cfr., nello stesso senso, *Kaya c. Romania*, 12.10.2006; *C.G. e al. c. Bulgaria*, 24.04.2008).

Per quanto riguarda la pretesa violazione dell'art. 13 – che è volto a garantire un "rimedio nazionale effettivo" a tutela di un diritto sancito dalla Cedu – i giudici del caso *Lupsa* hanno rigettato il ricorso rilevando come nessuna disposizione della Convenzione attribuisca il diritto a diversi gradi di giudizio, salvo che per i procedimenti penali. Nell'impossibilità di invocare, in tema di espulsioni, le garanzie del giusto processo *ex art. 6*, l'art. 13 costituisce peraltro un importante presidio a tutela del diritto di difesa degli stranieri colpiti da un ordine di espulsione, pur essendo tale norma limitata dal necessario collegamento con la violazione di un diritto sostanziale protetto dalla Cedu, ad es. dagli artt. 2, 3 e 8 (cfr. *Chahal c. Regno Unito*, 15.11.1996; *Jabari c. Turchia*, 11.7.2000; *Çonka c. Belgio*, 5.2.2002; *Al-Nashif c. Bulgaria*, 20.6.2002). L'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato è nel senso di considerare "effettivo" un rimedio nazionale quando esso sia apprestato da un'istituzione, anche non giurisdizionale, in grado di garantire giuridicamente e praticamente il diritto dello straniero; sia "adeguato", ovvero organizzato in modo tale da consentire a tale autorità nazionale di affrontare il ricorso nel merito ed assicurare una



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

protezione appropriata; sia attivabile direttamente dallo straniero interessato dal provvedimento di espulsione (cfr. *Conka c. Belgio*).

La sottrazione, operata dalla Corte di Strasburgo, delle fondamentali tutele connesse al diritto ad un giusto processo *ex art. 6* nei riguardi degli stranieri interessati da un procedimento di espulsione costituisce indubbiamente un approdo interpretativo preoccupante e criticabile, suscettibile di comprimere gravemente il fondamentale diritto di difesa degli stranieri di fronte alla manifestazione più eclatante del potere dello Stato sul territorio, quello di disporre unilateralmente l'allontanamento di persone inserite, magari da anni, nella società d'accoglienza. A fronte di tale *vulnus*, d'altra parte, è indubitabile che la Corte sia ricorsa a strumenti alternativi di protezione giurisdizionale, anche se più deboli e limitati, come gli artt. 13 Cedu e 1 Prot. n. 7; lo stesso art. 8 Cedu è stato interpretato – anche nel caso *Lupsa*, con riferimento al requisito della “conformità alla legge” – in modo tale da valorizzarne tutte le potenzialità di fondamentale garanzia contro gli abusi delle autorità incaricate delle espulsioni.

Precedenti

Maaouia c. Francia del 5.10.2000

Al Nashif c. Bulgaria, 20.6.2002

Pronunce successive conformi

Kaya c. Romania, 12.10.2006

C.G. e al. c. Bulgaria, 24.04.2008

Profili di diritto interno

Corte costituzionale, sent. 105/2001 (il giudice competente a convalidare il provvedimento di trattenimento dello straniero nel centro di permanenza temporanea è altresì competente a convalidare il provvedimento di accompagnamento coattivo alla frontiera, in quanto anche quest'ultimo rientra nell'ambito di applicazione della riserva di giurisdizione *ex art. 13 Cost.*)

Corte costituzionale, sent. 222/2004 (l'allontanamento coattivo dello straniero senza che il giudice abbia potuto pronunciarsi sul provvedimento restrittivo della sua libertà personale è incostituzionale perché viola gli artt. 13 e 24 Cost.)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Corte costituzionale, sent. 254/2007 (lo straniero, ammesso al patrocinio a spese dello Stato, che non conosce la lingua italiana ha diritto a nominare un proprio interprete, in ragione della garanzia costituzionale del diritto di difesa nonché nel diritto al giusto processo, ex artt. 24 e 111 Cost.)

Corte costituzionale, sent. 278/2008 (in applicazione del diritto di difesa e del principio di ragionevolezza, lo straniero, la cui identità sia stata accertata, può presentare ricorso diretto avverso il decreto di espulsione per mezzo del servizio postale)

Riferimenti bibliografici

Bryan I.-Langford P., *Impediments to the Expulsion of Non-Nationals: Substance and Coherence in Procedural Protection under the European Convention on Human Rights*, in *Nor. J. Int. L.*, 79/2010

Lambert H., *The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2006

A.Liguori, *Garanzie procedurali e rispetto della vita familiare in una importante sentenza della Corte di Strasburgo*, in *Giur. it.*, 2003

Puéchavy M., *Le renvoi des étrangers à l'épreuve de la Convention des droits de l'homme*, in P. Lambert-C. Pettiti (éd), *Les mesures relatives aux étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2003

2/05/2011



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

- Sezione:** Lo straniero e la CEDU – Respingimento ed espulsione
- Titolo:** **NON-REFOULEMENT E “SITUAZIONI GENERALI DI VIOLENZA DI SUFFICIENTE INTENSITÀ” NEL LUOGO DI DESTINAZIONE:
LA SENTENZA K.A.B. V. SWEDEN**
- Autore:** ROSSANA PALLADINO
- Sentenza di riferimento:** Corte eur. Dir. Uomo, Decisione del 5 settembre 2013, (ricorso n° 886/11), *K.A.B. v. Sweden*
- Parametro convenzionale:** Articoli 2, 3 CEDU
- Parole chiave:** *Non-refoulement*; asilo; situazioni generali di violenza.

1. Con la sentenza *K.A.B. v. Sweden*, la Corte di Strasburgo si pronuncia sull'applicazione del principio di *non-refoulement* nell'ipotesi in cui il luogo di destinazione, nella specie Mogadiscio, capitale della Somalia, sia interessato da situazioni generali di violenza. Nel giungere ad una valutazione difforme rispetto a quella precedentemente resa nella pronuncia *Sufi and Elmi v. the United Kingdom* del 2011, ove la Corte aveva ritenuto che “chiunque” si fosse trovato a Mogadiscio avrebbe corso il rischio reale di subire trattamenti contrari all'articolo 3 della CEDU, la sentenza relativa al caso *K.A.B.* lascia emergere le difficoltà nel valutare il carattere della “sufficiente intensità” delle situazioni generali di violenza alla base dell'applicazione del principio di *non-refoulement* indipendentemente dalla valutazione della situazione “personale” di pericolo.

Il ricorrente è un cittadino somalo, originario di Mogadiscio, entrato in Svezia il 18 aprile 2009 e richiedente asilo il 24 aprile 2009. Nei gradi di giudizio interno, la richiesta di asilo del Sig. K.A.B. non ha trovato accoglimento, cosicché egli ha proposto ricorso innanzi la Corte europea dei diritti



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

dell'uomo, lamentando che il respingimento dalla Svezia l'avrebbe esposto ad un rischio concreto di essere soggetto a trattamenti contrari agli articoli 2 e 3 della Convenzione.

Come è noto, l'articolo 2 della CEDU sancisce il diritto alla vita, mentre l'articolo 3 pone il divieto di tortura e di sottoposizione a pene o trattamenti inumani e degradanti. Invocando tale doppio parametro convenzionale, innanzi alla Corte EDU il ricorrente ribadisce la posizione già nei giudizi nazionali, ossia l'impossibilità di ritornare a Mogadiscio – la sua ultima città di residenza e di cui dichiara di essere originario – per via dei conflitti armati, facendo, in particolare, leva sulla condizione di insicurezza e violenza così come, peraltro, rappresentata dall'Agenzia delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR) nelle *Eligibility Guidelines for Somalia* del 5 maggio 2010. Inoltre, il ricorrente contesta anche la soluzione alternativa delle autorità locali svedesi che vogliono espellerlo verso Somaliland, una zona della Somalia ritenuta meno pericolosa di Mogadiscio. In particolare, egli si appella alle suddette *Guidelines*, dalle quali emerge che Somaliland non accetta i somali che non originano da questa specifica area e, pertanto, egli sarebbe stato sottoposto al rischio di essere detenuto e conseguentemente deportato verso la zona del sud o del centro della Somalia, ossia le aree interessate dai conflitti armati. In conclusione, alla luce della situazione esposta, il sig. K.A.B. sostiene che anche l'espulsione verso l'area di Somaliland configurerebbe una violazione del principio di *non-refoulement* che, come è noto, proibisce agli Stati il trasferimento di un individuo in un Paese dove possa correre un rischio reale di persecuzione o di grave violazione dei diritti umani.

Il Governo, dal suo canto, si è allineato alla posizione del *Migration Board* svedese che aveva trattato la questione in Svezia, ritenendo legittima l'emissione di un ordine di espulsione verso Somaliland. In particolare, il Governo ha basato la sua posizione sulla precedente giurisprudenza della Corte EDU – nella specie, richiamando le pronunce *F.H. v. Sweden* (ricorso n. 32621/06, § 90, 20 gennaio 2009) e *NA. v. the United Kingdom* (ricorso n. 25904/07, § 115, 17 luglio 2008) – dalla quale emerge che non sussiste una generale necessità di protezione per tutti i cittadini somali, ma piuttosto la protezione va esercitata sulla base delle situazioni individuali.

Inoltre, il Governo svedese riporta una serie di elementi dai quali intende far emergere la contraddittorietà di alcune dichiarazioni del ricorrente nel senso di ridurre la sua credibilità, in particolare a riguardo del posto in cui egli effettivamente viveva prima di arrivare in Svezia,



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

seppure sembra pacifico che egli abbia vissuto per lungo tempo nel sud della Somalia e a Mogadiscio.

Il Governo sostiene che egli ben potrebbe vivere in Somaliland, dove, dalle informazioni reperite, avrebbe dei familiari. Inoltre, il Governo richiama le osservazioni della *Migration Court of Appel* svedese, che si era pronunciata sul caso con sentenza del 24 febbraio 2011, secondo la quale non vi sarebbe pericolo in Somaliland, specie per quelle persone che appartengono o hanno comunque legami con quell'area.

2. Riassunte le opposte posizioni delle parti coinvolte in giudizio, la Corte EDU passa ad esaminare i profili giuridici del caso, al fine di verificare la sussistenza o meno della violazione degli articoli 2 e 3 CEDU da parte del Governo svedese.

In particolare, è noto che, nell'espellere uno straniero dal proprio territorio, uno Stato contraente la CEDU debba rispettare l'articolo 3 del testo convenzionale, essendo responsabile che lo straniero non corra nessun rischio reale di persecuzione o di grave violazione dei diritti umani. Pertanto, la Corte passa a verificare lo stato attuale di sicurezza nella zona di destinazione.

Dapprima, il ragionamento della Corte riguarda l'area del Somaliland, area verso la quale le autorità svedesi intendono espellere il Sig. K.A.B. Tale scelta, alternativa al rimpatrio a Mogadiscio, ossia il paese dal quale il ricorrente proviene, sarebbe di per sé compatibile con l'articolo 3 della CEDU, pur nel rispetto di alcune garanzie. *In primis*, la possibilità per il ricorrente di recarsi fino alla area in questione, di accedervi e di insediarsi.

Orbene, la valutazione della Corte poggia sulle *Guidelines* dell'UNHCR già citate, dalle quali si evince che i cittadini somali non ricevono accoglienza in Somaliland a meno che non siano nati in tale area o non abbiano forti legami con i principali clan della regione. In assenza di tali condizioni, l'UNHCR ritiene che essi siano soggetti ad un "*perpetual threat of eviction*" (par. 47 e 48 delle *Guidelines* e par. 82 della pronuncia in commento). Considerato che il ricorrente appartiene ad un clan di minoranza (*Sheikal*) non affiliato al clan degli *Isaaq*, la Corte EDU giunge sul punto a conclusioni diametralmente opposte a quelle sostenute dal Governo svedese, non ritenendo sufficiente nemmeno la considerazione – peraltro non del tutto accertata – della possibile presenza di familiari del ricorrente in Somaliland.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

A questo punto, la Corte EDU si concentra sulla verifica dello stato di sicurezza a Mogadiscio, valutando la sussistenza di una situazione di violenza e di pericolo generalizzata che, pur prescindendo dalla situazione individuale, sia in grado di incidere sulla posizione del ricorrente. In tale ragionamento, la Corte dichiaratamente fa applicazione dei criteri precedentemente elaborati nella pronuncia *Sufi and Elmi v. the United Kingdom* del 28 giugno 2011.

Se la regola generale vuole che, per l'applicazione del principio di *non-refoulement*, il rischio in caso di rientro debba essere "reale" – ossia prevedibile conseguenza del trasferimento – e "personale" – ossia debba riguardare personalmente l'individuo che richiede la protezione –, con riferimento alla situazione somala, nel 2011, la Corte ritenne che le violenze a Mogadiscio erano di un'intensità tale che "*anyone in the city would be at real risk of treatment contrary to Article 3 of the Convention*" (sentenza *Sufi and Elmi*, paragrafo 250).

Lo stato di conflittualità e di violenza determinava, dunque, nell'ottica della Corte di Strasburgo, una presunzione generalizzata di insicurezza per chiunque si trovasse nella capitale somala, che consentiva di superare la prova della "personalità" e di ritenere a priori che ogni individuo andasse in contro al rischio reale di trattamenti contrari all'articolo 3 della CEDU.

In particolare, nella pronuncia relativa al caso *Sufi and Elmi*, la Corte EDU aveva ritenuto che la situazione a Mogadiscio rappresentasse un caso estremo di violenza generalizzata, facendo riferimento a quattro criteri: i bombardamenti indiscriminati e le offensive militari portate avanti da tutte le parti in causa; l'inaccettabile numero di civili morti; il numero di persone sfollate; la natura estesa ed imprevedibile del conflitto (sentenza *Sufi and Elmi*, par. 248).

In tal senso, la Corte di Strasburgo si allineava all'analogo approccio adottato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nella sentenza *Elgafaji* del 17 febbraio 2009. In particolare, in quest'ultima pronuncia, la Corte di giustizia aveva interpretato l'articolo 15, lett. c) della "direttiva qualifiche" (direttiva 2004/83/CE) nel senso che la protezione sussidiaria possa essere riconosciuta qualora il grado di violenza indiscriminata che caratterizza il conflitto armato in corso "raggiunga un livello così elevato che sussistono fondati motivi di ritenere che un civile rientrato nel paese in questione (...) correrebbe, per la sua presenza (...), un rischio effettivo di subire la minaccia grave di cui all'articolo 15, lett. c) della Direttiva" (paragrafo 34 della sentenza *Elgafaji* citata).

Si osserva che tale valutazione è stata più di recente ribadita dalla Grande Camera della Corte EDU nella pronuncia relativa al noto caso [*Hirsi Jama and Others v. Italy*](#) (del 23 febbraio 2012), dove,



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

invero, la Corte si limita ad affermare che le informazioni in suo possesso mostrano “prima facie *that the situation in Somalia (...) posed and continues to pose widespread serious problems of in security*” (paragrafo 151 della pronuncia citata).

Il 5 settembre 2013, nel decidere la questione relativa al caso *K.A.B.* in commento, la Corte giunge ad opposte conclusioni, ritenendo esclusa la violazione del principio di *non-refoulement* ricollegato all'articolo 3 della CEDU.

3. La differente conclusione cui perviene la Corte va letta alla luce dei criteri che essa stessa ha elaborato nella propria giurisprudenza. Rileva, in primo luogo, che l'approccio consistente nella valutazione generale che prescindendo dalla situazione personale del ricorrente possa essere utilizzato solo in “casi estremi di violenza generalizzata”, dove c'è un rischio concreto di trattamenti inumani e degradanti semplicemente per il fatto che un individuo si trovi in quel posto. Dunque, deve trattarsi di circostanze di violenza generalizzata caratterizzate dall'elemento dell'“eccezionalità” (sul punto, si vedano le pronunce *N.A. v. the United Kingdom*, par. 115 e *Sufi and Elmi*, par. 218, citate).

Nel verificare la situazione “attuale” del paese di destinazione, ossia lo stato dei fatti al momento in cui è adottata la decisione relative al caso *K.A.B.*, la Corte di Strasburgo, come si è detto, perviene a conclusioni differenti rispetto al precedente *Sufi and Elmi* citato. La Corte, infatti, adduce tutta una serie di elementi atti a comprovare il rafforzamento di uno stato di sicurezza ed il conseguente affievolimento delle violenze a Mogadiscio a partire dalla fine del 2011. Nonostante i momenti di violenza non siano del tutto cessati, la Corte verifica che “*there have been improvements for the ordinary citizens and a certain normalisation of the daily life in the city*” (par. 88 della sentenza), dando un peso determinante soprattutto alla circostanza che al-Shabaab ha perso controllo nella città.

Dall'analisi della pronuncia *K.A.B.* può evincersi che non vi sia un mutamento nel ragionamento giuridico adottato nel precedente caso *Sufi and Elmi*. Piuttosto, può dirsi che vi sia una differente valutazione della situazione di violenza a Mogadiscio. A questo punto, potrebbe chiedersi quale è il livello di violenza minimo sopra il quale si può ritenere che vi sia una situazione di rischio generalizzata tale da far scattare un meccanismo “eccezionale” di presunzione nella violazione dell'articolo 3 CEDU, considerato che la Corte stessa dichiara di essere cosciente che la situazione



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

diritti umani e sicurezza a Mogadiscio è *"serious and fragile and in many ways unpredictable"* (par. 91 della pronuncia in commento).

Tale elemento, ossia la valutazione del "sufficiente livello di intensità" dal quale è deducibile il rischio reale di trattamenti contrari all'articolo 3 CEDU, è rimesso al giudizio della Corte di Strasburgo, la quale fa riferimento a tutta una serie di fonti reperibili; esso rappresenta il *discrimen* su cui poggiano le differenti conclusioni della Corte rispetto alla precedente sentenza del 2011, che lascia un margine di incertezza nella valutazione prospettica di ricorsi analoghi, dove la Corte potrà arrivare di volta in volta a conclusioni differenti nel valutare la sussistenza dei *"most extreme cases of general violence"* (*N.A. v. the United Kingdom*, par. 115).

In sostanza, è la valutazione dell'estrema situazione di violenza generale che può creare problemi in questioni come quella decisa dalla Corte.

Non a caso, il Giudice della Corte Power-Forde, al quale si è associato il Giudice Zupančič, ha presentato una *Dissenting Opinion*, nella quale sono evidenziati, per l'appunto, problemi circa la valutazione dell'attuale situazione somala, così come risultante dalla sentenza *K.A.B.* In particolare, è sottolineata la necessità che tale valutazione sia uniformata a criteri di estrema "rigorosità", così come richiesto dalla stessa giurisprudenza CEDU (in particolare, si veda la pronuncia *Chahal v. United Kingdom* del 15 novembre 1996, paragrafo 96), specie in considerazione del carattere di assolutezza che connota il divieto di tortura e di sottoposizione a pene o trattamenti inumani e degradanti di cui all'articolo 3 della CEDU.

Pur concordando sulla generale diminuzione del livello di violenza a Mogadiscio, la *Dissenting Opinion* pone l'accento sui fattori di rischio ancora esistenti, quale la presenza di Al-Shabaab nella città e la perpetrazione di attacchi diretti anche a normali cittadini, come risulta dai dati forniti da *Human Rights Watch* nel *World Report* del 2013. Tra l'altro, l'Opinione dissenziente fa anche riferimento al rapporto dell'UNHCR conseguente alla visita dell'Alto Commissario a Mogadiscio, del 9 luglio 2013, dal quale risultano sussistenti, per la maggioranza dei somali, le condizioni per la richiesta di asilo.

Un ulteriore elemento di rilievo è rappresentato dalla non completa applicazione dei criteri precedentemente elaborati nella pronuncia *Sufi and Elmi* che, come già detto *supra*, facevano riferimento ai bombardamenti indiscriminati e le offensive militari portate avanti da tutte le parti in causa; l'inaccettabile numero di civili morti; il numero di persone sfollate; la natura estesa ed



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

imprevedibile del conflitto. In particolare, nella pronuncia relativa al caso *K.A.B.*, la Corte EDU non approfondisce l'aspetto del "numero delle persone sfollate" quale indicatore del reale pericolo di rischio per "chiunque" si trovi a Mogadiscio, laddove da alcune fonti delle Nazioni Unite, riportate nella *Dissenting Opinion*, esse risultano essere in aumento rispetto al 2011.

Concludendo, la *Dissenting Opinion* prospetta una differente valutazione delle violenze e degli attentati che continuano ad essere perpetrati nella capitale somala, evidenziando – come, per l'appunto, si è detto in precedenza – la difficoltà ad ancorare a criteri e parametri del tutto oggettivi la valutazione della "sufficiente intensità" delle violenze generalizzate tale da far "scattare" l'applicazione "automatica" dell'articolo 3 CEDU. Inoltre, da essa emerge la necessità di una valutazione particolarmente "rigorosa" che quanto meno faccia applicazione di *tutti* i criteri che risultano elaborati dalla stessa Corte EDU nella sua precedente giurisprudenza.

Precedenti

Sufi and Elmi v. the United Kingdom (ricorsi n. 8319/07 e 11449/07, sentenza del 28 giugno 2011)

N.A. v. the United Kingdom (ricorso n. 25904/07, sentenza del 17 luglio 2008)

Riferimenti bibliografici

A. CIERVO, *Il "miglio verde": note a prima lettura alla sentenza "Hirsi"*, in https://diritti-cedu.unipg.it/index.php?option=com_content&view=article&id=137%3Ail-miglio-verde-note-a-prima-lettura-alla-sentenza-hirsi&catid=41%3Adivieto-di-tortura&Itemid=84&lang=it, 28.04.2012

A. ESPOSITO, *Articolo 3. Proibizione della tortura*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 49 ss.

M. N. FORNARI, *L'art. 3 della Convenzione europea sui diritti umani*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, Milano, 2006, p. 352 ss.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

E. PARISCIANI, *Migranti in fuga da situazioni di conflitto e violenza indiscriminata e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: Riflessioni a margine della sentenza K.A.B. contro Svezia (5 settembre 2013)*, SIDIBlog, 6 novembre 2013, <http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=533>

P. PUSTORINO, *Articolo 3, Proibizione della tortura*, in S. BARTOLE, P. SE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 63 ss.

(10.12.2013)



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Sezione: **Lo straniero e la Cedu.** Respingimento ed espulsione – *Unità familiare*

Titolo: *L'espulsione di stranieri condannati penalmente: il difficile bilanciamento tra l'interesse dello Stato alla difesa dell'ordine pubblico e il diritto dello straniero all'unità familiare*

Autore: **MARIA CHIARA LOCCHI**

Sentenza di riferimento: Corte europea dei diritti dell'uomo, Quarta Sezione. Decisione del 24 novembre 2009, *Omojudi c. Regno Unito* (ricorso n° 1820/08)

Parametro convenzionale: art. 8 Cedu

Parole chiave: Espulsione, condanna penale, soggiornante di lungo periodo, unità familiare

1. Con la sentenza nel caso *Omojudi c. Regno Unito* la Corte europea di Strasburgo ha aggiunto un importante tassello alla sua copiosa, e oscillante, giurisprudenza in tema di protezione dell'unità familiare dello straniero nel caso di espulsione a seguito di condanna penale. Dichiarando illegittimo l'ordine di espulsione disposto dal Governo britannico nei confronti di un cittadino nigeriano residente di lungo periodo nel Regno Unito – lì sposato da ventisei anni e con tre figli tutti nati in territorio britannico – che aveva subito diverse condanne penali, i giudici europei hanno ritenuto sproporzionata la misura dell'espulsione, fondata sul legittimo interesse dello Stato alla prevenzione della criminalità e alla tutela dell'ordine pubblico, rispetto al fondamentale diritto del ricorrente all'unità familiare.

2. La causa è originata dal ricorso del sig. Omojudi, cittadino nigeriano residente nel Regno Unito dall'età di ventidue anni e lì raggiunto dalla moglie della stessa nazionalità, con la quale il ricorrente ha avuto tre figli, tutti cittadini britannici, di cui due minorenni all'epoca del ricorso e uno, il maggiore, già padre di una bambina di due anni. A seguito di due ordini di espulsione per scadenza del titolo di soggiorno, entrambi appellati senza successo, nel 1989 il ricorrente veniva condannato per furto e associazione a delinquere finalizzata alla truffa a quattro anni di carcere. Nel 2000, insieme alla moglie, egli chiedeva al Governo britannico il rilascio di un'autorizzazione al soggiorno illimitato nell'ambito di una sanatoria della condizione di irregolarità degli immigrati



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

privi di permesso di soggiorno; tale autorizzazione era concessa ad entrambi nel 2005. Nel 2006 il ricorrente era di nuovo condannato a quindici mesi di carcere per molestie sessuali, per essersi reso colpevole, nello svolgimento della sua attività di *housing officer*, di *avances* sessuali non gradite nei confronti di una donna; nel marzo 2007 il Ministero degli Interni ordinava l'espulsione del sig. Omojudi per motivi di prevenzione del disordine e del crimine e protezione della salute e della morale pubbliche, interessi fondamentali considerati dal giudice d'appello meritevoli di prevalere sul diritto del ricorrente all'unità familiare; a seguito del rigetto della richiesta di *judicial review* del provvedimento di allontanamento, il sig. Omojudi veniva espulso verso la Nigeria nell'aprile 2008.

3. Le argomentazioni del sig. Omojudi a sostegno del suo ricorso si basavano, da un lato, sulla solidità del nucleo familiare e della convivenza dei coniugi tra loro e con i figli e, dall'altro, sull'impossibilità di un trasferimento della famiglia in Nigeria a seguito del ricorrente, essendo i figli adolescenti cittadini britannici educati nel Regno Unito e la moglie responsabile del mantenimento e della cura dei figli e della nipote di due anni. Riguardo alla condanna per molestie sessuali – l'unica posta alla base dell'ordine di espulsione – il ricorrente ne rilevava l'insufficienza a fondare tale misura restrittiva, sottolineando la buona condotta tenuta in carcere e il rispetto della legge nei periodi intercorsi tra i due episodi delittuosi del 1989 e del 2005. In considerazione di tali elementi, dunque, si contestava che la misura dell'espulsione fosse necessaria in una società democratica.

Il Governo britannico, per parte sua, insisteva sulla legittimità dell'espulsione, di per sé lesiva dell'unità familiare del ricorrente, in quanto proporzionale al perseguimento del fine legittimo della prevenzione del crimine. A tal fine si poneva l'accento sulla storia criminale del ricorrente, che aveva dimostrato negli anni più volte disprezzo per le leggi inglesi e, con la condanna del 2006, era stato registrato come *sex offender* e considerato un soggetto mediamente pericoloso per la comunità. Il Governo, inoltre, tendeva a svuotare di significato la lunga residenza del ricorrente nel Regno Unito – mostrando come, essendo arrivato già in età adulta, fosse stato due volte detenuto e per la maggior parte del tempo avesse soggiornato irregolarmente nel territorio – valorizzando invece i legami suoi e della moglie con la Nigeria, sostenendo che non fosse affatto impossibile o particolarmente difficile il reinserimento in quel paese.

4. Nella sua giurisprudenza in tema di protezione dell'unità familiare a fronte di provvedimenti inerenti il controllo dell'immigrazione la Corte ha sempre sostenuto la non deducibilità dall'art. 8 Cedu di un diritto assoluto dello straniero a non essere espulso; in alcune circostanze, tuttavia, l'espulsione di uno straniero può dar luogo ad una lesione del suo diritto ex art. 8 (cfr., per la prima decisione in tal senso, *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, 28.5.1985; in seguito, *Moustaquim c. Belgio*, 18.2.1991; *Beldjoudi c. Francia*, 26.3.1992; *Boultif c. Svizzera*, 2.9.2001; *Amrollahi c. Danimarca*, 11.7.2002; *Yilmaz c. Germania*, 17.4.2003; *Keles c. Germania*,



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

27.10.2005). L'affermazione di tale possibilità, viste le ripercussioni in senso fortemente limitante sulle politiche statali di regolamentazione dell'immigrazione, ha obbligato la Corte a elaborare una serie di criteri e parametri particolarmente elastici al fine di bilanciare la tutela del diritto sancito al primo comma dell'art. 8 e gli altri interessi pure fondamentali indicati al c. 2. La giurisprudenza che ne è seguita si caratterizza per l'approccio spiccatamente casistico e per la forte oscillazione delle decisioni negli orientamenti e negli esiti, considerando la difficoltà e l'estrema variabilità della valutazione di proporzionalità del provvedimento di espulsione, e quindi della lesione del diritto all'unità familiare che ne deriva, rispetto all'interesse pubblico da tutelare, in particolar modo nei casi di difesa dell'ordine pubblico e prevenzione del crimine in presenza di stranieri colpevoli di reati. Dopo una prima fase di relativa apertura nella tutela del diritto all'unità familiare dello straniero espulso a fronte di condanne penali anche significative, dalla metà degli anni novanta è possibile rilevare un inasprimento nell'orientamento seguito dalla Corte a proposito della ponderazione dei due criteri chiave di giudizio – condotta antisociale e/o criminale dello straniero e attacco sociale e affettivo dello stesso nel territorio – a favore della prima e a danno del secondo, arrivando a ritenere legittime le espulsioni di stranieri residenti di lungo periodo e persino di seconda generazione (cfr. *Boughanemi c. Francia*, 24.4.1996; *Bouchelkia c. Francia*, 27.1.1997; *Boujaïdi c. Francia*, 26.10.1997; *Dalia c. Francia*, 19.2.1998; *Baghli c. Francia*, 30.11.1999).

5. In vista della risoluzione di tali questioni la Corte ha elaborato una sorta di “percorso a tappe” volto ad accertare, ai sensi dell'art. 8 c. 1, l'esistenza di una “famiglia” e di una “vita familiare” da tutelare nonché dell'”interferenza” con tale diritto operata dal provvedimento di espulsione; l'accertamento dell'avvenuta violazione, tuttavia, pur se necessario, non è ancora elemento sufficiente ai fini della dichiarazione di illegittimità dell'espulsione, dovendosi passare a considerare i profili indicati nel secondo comma dell'art. 8, ovvero l'adozione del provvedimento statale “in conformità della legge”, il “perseguimento di uno scopo legittimo” e la “necessarietà in una società democratica”. La predisposizione di tale percorso ha avuto nella decisione *Boultif* (cit., § 48) un momento decisivo, essendosi con essa fissati i criteri rilevanti nella valutazione dell'illegittimità dell'espulsione ai sensi dell'art. 8 Cedu, con riferimento alla sua “necessarietà in una società democratica” e alla “proporzionalità al fine legittimo perseguito”, essendo questi ultimi i profili più di frequente interessati dalle dichiarazioni di violazione dell'art. 8 Cedu. I “criteri *Boultif*”, in sostanza, corrispondono ad altrettanti indicatori, da un lato, della condotta antisociale dello straniero – avendo riguardo alla natura e alla serietà del reato commesso dal ricorrente, al tempo intercorso dalla commissione del reato e alla condotta del ricorrente durante detto periodo – e, dall'altro, del radicamento personale e sociale suo e della sua famiglia nella comunità di residenza – come si evince dalla considerazione della durata del soggiorno del ricorrente nello Stato che ha ordinato l'espulsione, della nazionalità delle diverse persone coinvolte, della situazione familiare del ricorrente, in riferimento ad es. alla durata del matrimonio e ad altri fattori espressivi



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

dell'effettività della vita familiare della coppia, dell'eventualità che il coniuge fosse a conoscenza della commissione del reato al momento dell'inizio della relazione di coppia, della presenza di figli e della loro età, nonché della serietà delle difficoltà che il coniuge rimasto solo incontrerebbe a seguito dell'espulsione. In aggiunta a detti criteri la Corte ha esplicitato nel caso *Üner* due ulteriori parametri considerati "impliciti" in quelli già fissati nel caso *Boultif*, ovvero l'interesse e il benessere dei figli, anche alla luce della serietà delle difficoltà che essi incontrerebbero a seguito dell'espulsione del genitore, e la solidità dei legami sociali, culturali e familiari con il paese ospitante e con quello di destinazione.

Nel valutare il ricorso del sig. Omojudi la Corte ha dunque seguito il percorso concettuale appena descritto, chiedendosi innanzitutto se c'è effettivamente stata interferenza con il diritto del ricorrente al rispetto della sua vita familiare e privata; la conclusione, secondo i giudici, è senza dubbio positiva con riferimento al legame tra il ricorrente, da un lato, e la moglie e i due figli più piccoli, dall'altro. È interessante notare come la Corte ribadisca la necessità di valutare caso per caso l'opportunità di inquadrare la lesione dell'art. 8 nell'ambito della vita familiare o della vita privata, considerando che con quest'ultima espressione ci si vuole riferire alla totalità dei legami sociali intercorrenti tra i migranti residenti e la comunità nella quale essi vivono (cfr. *Maslov c. Austria*, 22.3.2007). Nel caso di specie la Corte ha ritenuto che vi sia stata lesione di entrambi gli aspetti del diritto sancito all'art. 8 Cedu.

Il passaggio successivo nel ragionamento della Corte consiste nel verificare che la lesione, oggettivamente intervenuta, sia stata disposta alle condizioni e per gli scopi indicati nel secondo comma dell'art. 8, nel qual caso non si tratterebbe di misura illegittima ai sensi della Convenzione. Per quanto riguarda la "conformità alla legge", non c'è dubbio che l'espulsione sia stata disposta dal Governo britannico legittimamente, ai sensi dell'*Immigration Act* del 1971 (e succ. mod.); non è nemmeno in discussione l'esistenza di uno "scopo legittimo", consistente nella prevenzione del disordine e dei crimini.

Il profilo decisivo nella valutazione dell'illegittimità della misura lesiva, dunque, è quello della "necessarietà in una società democratica". Da questo punto di vista la Corte ha considerato, innanzitutto, che i reati più gravi commessi dal ricorrente – in ogni caso avulsi da qualsivoglia contesto di tossicodipendenza e violenza sessuale – risalgono al 1989 e al 2005 e che nei sedici anni intercorrenti tra i due episodi criminosi la sua condotta è stata sostanzialmente corretta e, in secondo luogo, che il Ministero degli Interni britannico ha ritenuto di rilasciare l'autorizzazione al soggiorno illimitato a favore del ricorrente nel 2005, a cioè quando egli era stato già condannato per delitti relativamente gravi (furto e associazione a delinquere finalizzata alla truffa nel 1989). Secondo i giudici, dunque, la valutazione della necessità e proporzionalità dell'espulsione va condotta in riferimento alla condanna intervenuta nel 2006 per abusi sessuali, ovvero in seguito al rilascio



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

dell'autorizzazione al soggiorno illimitato: tale episodio per la Corte non sarebbe qualificabile come una manifestazione di aggressione sessuale tra le più gravi, mentre è stata fortemente valorizzata la solidità dei legami familiari del ricorrente nel Regno Unito, a fronte delle oggettive difficoltà che la famiglia incontrerebbe in Nigeria. In considerazione delle specifiche circostanze del caso, dunque – con particolare riferimento alla forza dei legami familiari del ricorrente con il Regno Unito, la durata della sua residenza nel paese e le difficoltà che i figli più piccoli incontrerebbero a seguito di un trasferimento in Nigeria – la Corte ha ritenuto che l'espulsione del sig. Omojudi non sia proporzionata al fine legittimo perseguito e violi dunque l'art. 8 Cedu.

Precedenti conformi

Moustaquim c. Belgio, 18.2.1991, ric. n. 12313/86

Beldjoudi c. Francia, 26.3.1992, ric. n. 12083/86

Nasri c. Francia, 13.7.1995, ric. n. 19465/92

Boultif c. Svizzera, 2.8.2001, ric. n. 54273/00

Amrollahi c. Danimarca, 11.7.2002, ric. n. 56811/00

Keles c. Germania, 27.10.2005, ric. n. 32231/02

Maslov c. Austria, 22.3.2007, ric. n. 1638/03

Precedenti difformi

Boughanemi c. Francia, 24.4.1996, ric. n. 22070/93

Bouchelkia c. Francia, 27.1.1997, ric. n. 23078/93

Boujaïdi c. Francia, 26.10.1997, ric. n. 25613/94

Dalia c. Francia, 19.2.1998, ric. n. 26102/95

Baghli c. Francia, 30.11.1999, ric. n. 34374/97

Üner v. Netherlands, 18.10.2006, ric. n. 46410/99



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Profili di diritto interno

Cass. pen., sez. I, sent. 12 giugno 2007, n. 34562 (sulla non applicabilità all'espulsione a titolo di misura di sicurezza dei divieti di espulsione previsti dall'art. 19 c. 2 T.U. 286/98, trattandosi di misura che può essere disposta anche nei confronti di straniero regolarmente soggiornante e anche se convivente con familiare italiano, poiché si tratta di straniero che ha commesso un delitto che ne rivela una particolare attitudine a delinquere e così ha violato il dovere di astenersi dal commettere delitti provocando la reazione dell'ordinamento giuridico).

Riferimenti bibliografici

SUDRE F. (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2002

FRONTMAN-CAIN S., *Boultif v. Switzerland: The ECHR Fails to Provide Precise Criteria for Resolving Article 8 Deportation Cases*, in *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.*, 25/2002

BRYAN I. - LANGFORD P., *Impediments to the Expulsion of Non-Nationals: Substance and Coherence in Procedural Protection under the European Convention on Human Rights*, in *Nor. J. Int. L.*, 79/2010

13/01/2010



Maria Chiara Locchi

Alcune considerazioni su limiti e ambiguità del riconoscimento giuridico delle differenze culturali a partire dalla giurisprudenza sui rom della Corte europea dei diritti dell'uomo

1. SOMMARIO: 1. La giurisprudenza della Corte Edu sui rom. – 2. L'identità culturale dei rom: i casi *Chapman e Muñoz Diaz*. – 3. Limiti e ambiguità del riconoscimento giuridico delle specificità culturali. – 4. Per un superamento del riduzionismo culturale nella tutela dei diritti dei rom: i casi *Yordanova e M. and others*.

2. *La giurisprudenza della Corte Edu sui rom.*

La "giurisprudenza rom" della Corte Edu si presta a rappresentare una prospettiva significativa di osservazione e rilevazione delle possibili ambiguità del riconoscimento giuridico delle specificità culturali dei gruppi minoritari. L'inquadramento giuridico della materia relativa alla condizione dei membri delle minoranze rom è senz'altro un'operazione complessa, che non si intende affrontare in questa sede e che necessita di essere condotta alla luce di numerosi strumenti normativi di diritto internazionale, comunitario e interno¹: i pilastri sui quali poggia la tutela giuridica dei rom, da parte della stessa Corte di Strasburgo, possono in ogni caso essere individuati nei principi del "pluralismo", della "protezione delle minoranze" e dell'"uguaglianza e divieto di discriminazioni"².

Le diverse problematiche legate alla condizione peculiare della minoranza rom in Europa³ sono state affrontate dalla Corte Edu sotto la lente di molteplici disposizioni della Convenzione, tra cui spiccano, in particolare, gli artt. 8 e 14 Cedu.

L'art. 8, in particolare, è stato declinato dalla Corte in una pluralità di profili rilevanti, anche in combinato disposto con altre norme della Convenzione: dal diritto al rispetto della vita privata in relazione ad affermazioni razziste contenute in pubblicazioni finanziate con fondi pubblici⁴ al divieto di trattamenti inumani e degradanti in connessione al diritto alla salute riproduttiva delle donne rom sterilizzate contro la loro volontà⁵, dal diritto alla vita privata e familiare e all'abitazione con riferimento alla distruzione di

¹ Una ricostruzione della cornice normativa, internazionale e interna, in materia di inclusione sociale delle minoranze rom si trova nella *Strategia nazionale d'inclusione dei rom, dei sinti e dei camminanti – Attuazione comunicazione Commissione europea n. 173/2011*, a cura dell'UNAR (Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni Razziali), 28.02.2012, p. 5 e ss.

² Cfr. C. PICHERAL, *Pluralisme et droits des minorités dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, in M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruxelles 2010, p. 295 e ss.

³ Secondo i dati statistici prodotti dal Consiglio d'Europa (*Roma and Travellers Division*), nel 2009 i membri delle minoranze rom in Europa erano stimabili in circa 11.256.900 unità.

⁴ *Aksu v. Turkey*, 15.3.2012, nella quale la Corte ha escluso la violazione degli artt. 8 e 14 Cedu, specificando che, trattandosi di un diritto civile, l'onere della prova circa l'effetto o l'intento discriminatorio ricadeva sul ricorrente.

⁵ *V. C. v. Slovakia*, 8.11.2011 e *N. B. v. Slovakia*, 12.6.2012, con le quali la Corte ha accertato la violazione degli artt. 3 e 8 Cedu.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

proprietà e villaggi rom⁶ alla specifica dimensione del “diritto allo stile di vita tradizionale”. A quest’ultimo proposito vengono in rilievo i noti casi originati da ricorsi di membri della comunità rom obbligati a lasciare la terra, di proprietà, nella quale stazionavano con la propria roulotte. Con la sentenza *Buckley v. United Kingdom*, 25.9.1996, e ancora di più con il successivo caso *Chapman*, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi su consistenza e limiti di un “diritto allo stile di vita tradizionale” dei rom, coincidente con la presunta attitudine al viaggio e al nomadismo, concludendo nel senso della non violazione dell’art. 8 Cedu da parte delle autorità responsabili dell’ordine di rimozione. Mentre in *Buckley* la Corte ha considerato il caso concreto della ricorrente nella sua dimensione individuale – non pronunciandosi sulla pretesa interferenza con il diritto allo stile di vita da parte del provvedimento di sgombero, considerato compatibile con il margine di apprezzamento statale e “necessario in una società democratica” – con *Chapman* (cfr. *infra*) l’elaborazione di una linea argomentativa che tenga conto delle peculiarità culturali dei rom quale gruppo sociale svantaggiato è indubbiamente approdata ad uno stadio più avanzato. La sentenza *Connors v. United Kingdom*, 27.5.2004, si inserisce in questo filone giurisprudenziale sul diritto all’abitazione dei rom, pur affrontando una fattispecie differente: in questo caso, infatti, il ricorrente lamentava la violazione delle garanzie procedurali a tutela del proprio diritto di contestare i fatti posti a fondamento dell’ordine di sgombero dal sito, di proprietà del Comune, abitato dalla comunità rom. Pur riguardando profili procedurali⁷, la Corte ha ripreso le argomentazioni già avanzate in *Buckley* e *Chapman*, ricostruendo seriamente il contesto sociale di riferimento e osservando che dalla posizione vulnerabile della minoranza rom discende un’obbligazione positiva per lo Stato a una speciale considerazione dei bisogni e alla facilitazione dello “stile di vita zingaro”. Al di là delle considerazioni sulla difficoltà per i rom di condurre una vita conforme ai propri convincimenti culturali tradizionali, la Corte è giunta all’accertamento della violazione dell’art. 8 ad opera dell’ordine di sgombero, valutato una misura sproporzionata non giustificata da un bisogno sociale pressante. Il caso *Yordanova* (cfr. *infra*) è assimilabile a *Connors*, pur non ricollegandosi l’accertata violazione dell’art. 8 ai soli profili procedurali: l’ordine di sgombero dalle abitazioni abusivamente occupate dai ricorrenti all’interno di un campo rom di proprietà dello Stato bulgaro è stato anch’esso considerato non conforme ai parametri della “necessità in una società democratica” e la Corte ha rimarcato l’obbligo dello Stato di considerare le specificità socio-culturali dei rom come gruppo svantaggiato.

La Corte si è spesso pronunciata anche sul divieto di discriminazioni etnico-razziali *ex art. 14* Cedu, in connessione ad altri diritti e libertà protetti dalla Convenzione. Con riferimento al diritto alla vita di cui all’art. 2 Cedu e al divieto di trattamenti inumani o degradanti *ex art. 3* Cedu, ad esempio, possono essere richiamati i casi relativi ad episodi di violenza a danno di membri della minoranza rom e all’accertamento dell’operato delle autorità in termini di accuratezza delle indagini volte a far emergere la possibile matrice razzista: il *leading case* in materia è rappresentato da *Nachova and others v. Bulgaria*, originato dal ricorso

⁶ In questi casi alla violazione dell’art. 8 sono solitamente affiancati anche l’accertamento della violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti *ex art. 3* Cedu e la valutazione della manchevolezza delle indagini delle autorità sui fatti: es. *Moldovan and others v. Romania*, 12.7.2005, nella quale la Corte ha concluso per la violazione degli artt. 3, 8 e 6 par. 1 (lentezza del procedimento), da solo e in combinato disposto con l’art. 14 Cedu. Cfr. anche il caso *Koky and others v. Slovakia*, 12.6.2012.

⁷ La dottrina ha peraltro sottolineato come la predilezione della Corte per gli aspetti procedurali – funzionali, in certe circostanze, a decidere il caso senza dover approfondire le implicazioni dell’appartenenza etno-culturale dei ricorrenti – possa contribuire a una forma di responsabilizzazione degli Stati verso le minoranze, cfr. C. PICHERAL, *op. cit.*, p. 310.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

di 4 cittadini bulgari di origine rom in relazione all'uccisione di due parenti, ragazzi ventunenni arruolati nell'esercito, da parte di un militare durante un'operazione di arresto⁸. Nel 2004 la Prima Sezione della Corte aveva, per la prima volta, riconosciuto la violazione del divieto di discriminazione razziale nei confronti di appartenenti alla minoranza rom, attraverso un'inversione dell'onere della prova in base alla quale sono le autorità dello Stato – nello specifico, il militare che aveva ucciso i due giovani e le forze inquirenti che avevano condotto le indagini – a dover dimostrare l'assenza della motivazione razziale a fondamento del loro comportamento illegittimo o lacunoso⁹. L'anno successivo la Grande Camera ha ribaltato l'orientamento, dichiarando la violazione dell'art. 14 in combinato disposto con l'art. 2 in relazione al mancato accertamento, da parte delle autorità inquirenti, della discriminazione razziale negli eventi che avevano condotto alla morte dei due giovani, ma rigettando l'ipotesi della matrice razzista degli omicidi in quanto essa non sarebbe stata provata "al di là di ogni ragionevole dubbio"¹⁰.

In connessione all'art. 2 Prot. 1 (diritto all'educazione inteso come diritto di accesso agli istituti scolastici e diritto a ottenere, conformemente alle regole in vigore in ciascuno Stato, il riconoscimento ufficiale degli studi compiuti), l'art. 14 Cedu è stato invocato in una serie di casi riguardanti il diritto all'educazione dei minori rom con riferimento alla segregazione nelle scuole, realizzata, ad esempio, attraverso l'istituzione di classi speciali con programmi semplificati e di classi preparatorie *ad hoc* poste fuori dall'edificio scolastico¹¹. Nella giurisprudenza sulla segregazione scolastica la Corte ha approfondito la nozione di "discriminazione razziale indiretta", anche alla luce di altri documenti internazionali e degli stessi dati statistici, che confermano l'esistenza di una forte tendenza a prassi segregative dei bambini rom in Europa: nonostante gli atti o i comportamenti delle istituzioni scolastiche non sembrano direttamente volti a penalizzare gli studenti rom, si produce nei fatti un effetto discriminatorio "strutturale", ovvero

⁸ Per casi simili a *Nachova* cfr. *Bekos and Koutropoulos v. Greece*, 13.12.2005; *Cobzaru v. Romania*, 26.7.2007; *Angelova and Iliev v. Bulgaria*, 26.7.2007; *Petropoulou-Tsakiris v. Greece*, 6.12.2007; *Stoica v. Romania*, 4.3.2008.

⁹ *Nachova and others v. Bulgaria*, 26.2.2004. Il *revirement* giurisprudenziale è stato nel segno dell'abbassamento dello standard di prova dell'intento razzista, che è passato dalla formula dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" al test della "dimostrazione convincente". A favore della necessità del superamento della rigida posizione della Corte sul punto si era espresso anche il giudice Bonello nella sua nota opinione dissenziente alla sentenza *Anguelova v. Bulgaria*, 13.6.2002, nella quale la Corte aveva dovuto concludere che le accuse di discriminazione mosse dalla ricorrente (madre di un diciassettenne rom morto a seguito delle violenze perpetrate da poliziotti durante un arresto) erano sì basate su argomenti seri, ma non riuscivano a dimostrare la matrice razzista "oltre ogni ragionevole dubbio", con conseguente esclusione della violazione dell'art. 14 Cedu.

¹⁰ *Nachova and others v. Bulgaria*, 6.7.2005. La Corte ha inoltre riaffermato che spetta ai ricorrenti, e non allo Stato, provare la matrice razzista di un atto violento, anche se nei casi in cui gli eventi ricadono totalmente, o in larga parte, nell'ambito dell'esclusiva cognizione delle autorità (es. morte di una persona sotto il controllo o la custodia delle autorità), l'onere della prova circa le cause e le motivazioni della morte può essere considerato a carico delle autorità stesse (§ 157). La decisione della Grande Camera nel caso *Nachova* è stata amaramente definita una "falsa promessa" da M.-B. DEMBOUR, *Who Believes in Human Rights? Reflections on the European Convention*, Cambridge 2006, p. 133 e ss.

¹¹ *D. H. and others v. the Czech Republic*, 13.11.2007; *Sampanis and others v. Greece*, 5.6.2008; *Oršuš and others v. Croatia*, 16.3.2010. Su questa importante giurisprudenza cfr. F. STAIANO, *Diritto dei minori rom all'istruzione in condizioni di non discriminazione: il caso Oršuš e altri c. Croazia*, in *Diritto Immigrazione Cittadinanza*, 1, 2011, p. 93 e ss.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

“istituzionale”¹². Secondo alcuni la violazione delle norme Cedu è stata ricollegata dalla Corte, più che all'accertamento di una discriminazione “indiretta”, ad un vero e proprio tentativo di “dissimulazione” dell'intento discriminatorio, nella misura in cui il provvedimento all'apparenza neutro sarebbe stato in realtà ideato e/o applicato allo scopo di produrre una disparità di trattamento¹³. L'importanza cruciale della sfera educativa e dell'accesso ai servizi è dimostrata dall'inversione dell'onere probatorio – essendo lo Stato a dover dimostrare che l'inserimento dei bambini rom in classi separate, eventualmente previste per disabili mentali, è giustificato da ragioni oggettive non collegate all'origine etnica – e dalla valutazione particolarmente severa del margine di apprezzamento statale¹⁴.

Il divieto di discriminazioni *ex art. 14 Cedu* è stato altresì richiamato in connessione con l'art. 1 Prot. 1 (protezione della proprietà) nel noto caso *Muñoz Diaz v. Spain*, riguardante il diritto alla pensione di reversibilità nel contesto di un matrimonio rom (cfr. *infra*).

La giurisprudenza della Corte Edu sui rom è caratterizzata da una spiccata eterogeneità, corrispondente alla variabilità della tipologia dei diritti interessati: in generale, qualora si tratti di comportamenti violenti delle forze di polizia o di mancato rispetto delle garanzie in materia di detenzione ed espulsione dal territorio, i giudici sembrano adottare un approccio elastico e volontarista, fedele all'idea che la Convenzione miri a garantire dei diritti “concreti” ed “effettivi”; nel caso dei ricorsi riguardanti trattamenti discriminatori nella tutela del diritto all'abitazione, in termini di tradizionale stile di vita viaggiante, i diritti che la Corte è stata in grado di riconoscere sono invece sembrati puramente “teorici o illusori”¹⁵. Negli ultimi anni, del resto, soprattutto dopo la sentenza *D. H. and others*, c'è chi ha voluto scorgere nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo una vera e propria “rivoluzione dei diritti dei rom”, nella forma del frequente accoglimento dei ricorsi presentati per violazione dell'art. 14 Cedu¹⁶.

Dal riferimento, per quanto sintetico, ai principali casi affrontati dalla Corte nell'ambito della “giurisprudenza rom”, emergono con una certa chiarezza i tratti distintivi della condizione attuale delle minoranze rom in Europa¹⁷, la cui storia secolare è stata attraversata da persecuzioni di massa, violenze e

¹² Cfr. S. BALDIN, *Le minoranze rom fra esclusione sociale e debole riconoscimento giuridico. Uno studio di diritto pubblico europeo e comparato*, Bologna 2012, p. 93-96. Per la prima volta nella giurisprudenza della Corte Edu, la violazione della Convenzione procede espressamente dalla situazione del “gruppo”, la cui diretta presa in conto è legata al recepimento della nozione di discriminazione “indiretta”, cfr. C. PICHERAL, *op. cit.*, p. 304.

¹³ D. STRAZZARI, *C'è un giudice a Strasburgo! La Corte europea dei diritti dell'uomo e la tutela contro la discriminazione degli appartenenti all'etnia rom*, in S. BALDIN, M. ZAGO (a cura di), *Il mosaico rom. Specificità culturali e governance multilivello*, Milano 2011, p. 199 e ss., che specifica come nelle discriminazioni “indirette” tale intento discriminatorio non sia presupposto.

¹⁴ Cfr. *D. H. and others v. the Czech Republic*, cit., §§ 194-195, 206-207.

¹⁵ Cfr. J. RINGELHEIM, *La Cour européenne des droits de l'homme face à la question tsigane. Une protection inachevée*, in A. SIMONI (a cura di), *Stato di diritto e identità rom*, Torino 2005, p. 58.

¹⁶ Cfr. S. CHABRA, *Rights at the Margin*, in *World Outlook*, Summer 2011, p. 63 e ss., che ha mutuato l'idea della “rivoluzione dei diritti” di Charles R. Epp (*The Rights Revolution. Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago 1998), secondo il quale una “rivoluzione dei diritti” è costituita dai tre elementi, interrelati, dell'attenzione dei giudici ai diritti, del supporto giudiziale ai diritti e dell'implementazione dei diritti.

¹⁷ È impossibile in questa sede dar conto della complessità della stessa operazione di qualificazione e distinzione dei diversi gruppi etnici e culturali riferibili alla “galassia rom”; su questi aspetti cfr. L. PIASERE, *I rom d'Europa. Una storia moderna*, Roma-Bari 2009.



discriminazioni perpetrate da agenti istituzionali e non istituzionali¹⁸. L'anti-ziganismo, come è noto, non è un fenomeno nuovo, sebbene la sua attuale configurazione nell'Europa contemporanea sia associata a fenomeni e trasformazioni caratterizzanti la storia del continente europeo nel secondo dopoguerra, quali la caduta dell'Unione Sovietica, il consolidamento delle democrazie liberali e dei principi economici neoliberali nell'Unione Europea e il connesso processo di pauperizzazione a cui molte comunità rom sono sottoposte. Le situazioni di degrado sociale e isolamento culturale che caratterizzano la vita di molti rom nei paesi europei – e che sono spesso l'anticamera di gravissimi episodi di violenza e odio razziale – sono oggi documentate dai numerosi *report* di organismi internazionali¹⁹ e da un'importante letteratura scientifica, anche in ambito giuridico²⁰.

In questo contesto di precarietà e vera e propria esclusione sociale il ricorso dei membri della minoranza rom alla Corte di Strasburgo, così come ad altri tribunali internazionali, è idoneo a rappresentare un importante strumento di emancipazione. Le condizioni che hanno reso possibile ai rom l'accesso alla *strategic litigation* – intesa come utilizzo strategico del contenzioso giudiziario in casi emblematici e attentamente selezionati al fine di ottenere determinati risultati giuridici, trasformazioni sociali o maggiore consapevolezza dell'opinione pubblica su un certo tema – sono state individuate, in particolare, nel supporto fornito dalle diverse organizzazioni per i diritti dei rom (es. il già citato ERRC, la rumena NEKI e la spagnola UR), nell'apporto qualificato di avvocati esperti in diritto umanitario e nel contributo economico di svariate fondazioni private internazionali²¹. Gli effetti a lungo termine delle sentenze dei vari organismi internazionali, d'altra parte, sono condizionati dall'ampiezza e dall'efficacia delle misure di esecuzione e implementazione adottate dallo Stato²², anche se l'impatto emancipatorio della giurisprudenza sui diritti delle minoranze oppresse non deve essere sottovalutato in termini di visibilità delle problematiche nel dibattito politico nazionale e messa in moto di un percorso virtuoso di ricerca di nuove soluzioni nella gestione di situazioni critiche²³. Più in generale, la *strategic litigation* può risultare uno strumento prezioso di trasformazione delle categorie concettuali e giuridiche con le quali si affrontano nel discorso pubblico le

¹⁸ Cfr. N. SIGONA, N. TREHAN, *The (re)Criminalization of Roma Communities in a Neoliberal Europe*, in S. PALIDDA (ed.) *Racial Criminalization of Migrants in the 21st Century*, Farnham 2011, p. 119 e ss.

¹⁹ Ad es. l'ERRC (*European Roma Rights Centre*), la Sezione dell'OSCE (*Organization for Security and Co-operation in Europe*) dedicata ai Rom e ai Sinti, l'ECRI (*European Commission against Racism and Intolerance*) e il MG-S-ROM (*Committee of Experts on Roma and Travellers*) presso il Consiglio d'Europa.

²⁰ Limitando i riferimenti ad alcuni testi recenti in lingua italiana, cfr. G. BEZZECCHI, M. PAGANI, T. VITALE (a cura di), *I rom e l'azione pubblica*, Milano 2008; L. PIASERE, *op. cit.*; R. CHERCHI, G. LOY (a cura di), *Rom e Sinti in Italia. Tra stereotipi e diritti negati*, Roma 2009; P. BONETTI, A. SIMONI, T. VITALE (a cura di), *La condizione giuridica di rom e sinti in Italia*, Milano 2011; S. BALDIN, M. ZAGO (a cura di), *op. cit.*; S. BALDIN, *op. cit.*

²¹ Cfr. S. CHABRA, *op. cit.*, p. 67 e ss. e N. TREHAN, *In the name of the Roma? The role of private foundations and NGOs*, in W. GUY (ed.), *Between Past and Future: The Roma of Central and Eastern Europe*, Hatfield 2002. Sulle potenzialità del contenzioso strategico in Italia cfr. J. A. GOLDSTON, C. HERMANIN, *Corte europea e cause pilota: una finestra d'opportunità per combattere la discriminazione dei rom in Italia?*, in P. BONETTI, A. SIMONI, T. VITALE (a cura di), *op. cit.*, p. 316 e ss.

²² Cfr. R. RĂDESCU, *A Top-Down Approach to Roma Discrimination. International Litigation as a solution for Human Rights Redress against Violations*, in *Sphere of Politics*, 168, 2012, che analizza le ricadute nel contesto politico e giuridico romeno di alcune decisioni della Corte Edu sulla condizione dei rom, e il numero del *Roma Rights Quarterly* dedicato all'implementazione delle sentenze della Corte Edu, n. 1 del 2010.

²³ Cfr. L. CLEMENTS, *Strasbourg Cases and Their Long Term Impact*, in *Roma Rights Quarterly*, 2-3, 2006, p. 93-94.



molteplici questioni connesse all'identità e alla diversità culturale e alle ricadute in termini di esclusione sociale e discriminazione, a partire dallo sforzo di auto-definizione sostenuto dagli stessi ricorrenti nella ricostruzione del caso concreto e nella rappresentazione della propria fisionomia socio-culturale²⁴.

2. *L'identità culturale dei rom: i casi Chapman e Muñoz Diaz*

Nella "giurisprudenza rom" della Corte di Strasburgo il profilo del "diritto allo stile di vita tradizionale" merita indubbiamente una particolare attenzione: la considerazione delle specificità legate all'appartenenza culturale e/o religiosa minoritaria costituisce infatti un aspetto decisivo ai fini di una tutela effettiva dei diritti e delle libertà fondamentali.

In relazione alla condizione giuridica dei membri della comunità rom, la decisione *Chapman v. The United Kingdom*, 18.1.2001²⁵, ha indubbiamente inaugurato un importante orientamento giurisprudenziale volto alla valorizzazione delle specificità culturali nella protezione dei diritti e delle libertà fondamentali delle minoranze. Il caso riguardava una donna rom di nazionalità britannica che aveva acquistato nel 1985 un appezzamento di terra sul quale stazionare il proprio caravan, in assenza però di una specifica autorizzazione; a fronte del rifiuto di tale autorizzazione, così come della possibilità di costruirvi un bungalow, da parte delle autorità, la ricorrente aveva lamentato presso la Corte Edu la violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8), del divieto di discriminazioni (art. 14), del diritto al pacifico godimento della proprietà (art. 1 Prot. 1) e del diritto ad un rimedio giurisdizionale effettivo contro le decisioni delle autorità (art. 6). La Corte ha sviluppato un'interessante argomentazione a sostegno della tutela dello stile di vita tradizionale del gruppo culturale di appartenenza della ricorrente: rispetto al precedente di *Buckley* è stata indubbiamente considerata la dimensione collettiva della condizione della minoranza rom come gruppo sociale svantaggiato, esaltando il carattere "identitario" della pratica "culturale" della vita in caravan come espressione della antica tradizione del viaggio tipica della comunità rom. Seguendo tale argomentazione, la Corte ha dichiarato che le misure incidenti sullo stazionamento dei caravan non si ripercuotono solamente sul diritto al rispetto del domicilio, ma intaccano anche il diritto a conservare la propria "identità zingara" e a condurre una vita privata e familiare ad essa conforme (§ 72). Un passaggio particolarmente significativo della decisione è nell'individuazione di un'obbligazione positiva, a carico dello Stato, di calibrare l'applicazione della legge in modo tale da tener conto delle specificità delle minoranze che conducono uno "stile di vita zingaro"; l'obbligo di facilitare lo stile di vita tradizionale – sia nel contesto normativo che in quello giurisdizionale – è ricollegato dai giudici alla posizione particolarmente vulnerabile dei rom come gruppo sociale (§ 96). La considerazione di tali profili non viene giustificata alla luce del solo interesse dei gruppi, ma altresì della necessaria salvaguardia della diversità culturale come valore dell'intera collettività (§ 93). La Corte è giunta a riconoscere espressamente la limitazione del margine di apprezzamento statale per via di un consenso emergente tra gli Stati europei in ordine alla protezione dei bisogni speciali delle minoranze, anche se da ciò non deriva un obbligo positivo di predisporre una politica sociale generale a favore dei rom, ad esempio garantendo un numero sufficiente di alloggi e strutture nei

²⁴ D. FARGET, *Defining Roma Identity in the European Court of Human Rights*, in *International Journal of Minority and Group Rights*, 19, 2012, p. 305-308.

²⁵ Il caso Chapman è stato deciso insieme ai casi *Beard, Coster, Jane Smith e Lee* contro il Regno Unito, 18.01.2001.



campi nomadi; il ruolo della Corte è tuttavia decisivo nel vigilare sul corretto bilanciamento tra gli interessi dell'intera popolazione e quelli del gruppo minoritario. L'enunciazione di tali importanti principi, d'altra parte, non ha condotto all'accettazione dei motivi di ricorso indicati dalla Sig.ra Chapman, con la conseguenza che la decisione si è esposta a numerose critiche di incongruenza e reticenza²⁶. Sebbene si fosse prodotta un'interferenza con il diritto al rispetto della vita privata e familiare della ricorrente, infatti, le misure adottate dalle autorità britanniche sono state considerate legittime in quanto poste in essere allo scopo, legittimo, di proteggere i "diritti degli altri" mediante la preservazione dell'ambiente.

Con la decisione *Muñoz Diaz v. Spain*, 8.12.2009, la Corte è tornata sui limiti alla tutela delle specificità culturali della minoranza rom, questa volta in relazione al divieto di discriminazioni (art. 14) in connessione con la protezione della proprietà (art. 1 Prot. 1) e con il diritto al matrimonio (art. 12). Il caso è stato originato dal ricorso di una cittadina spagnola appartenente alla comunità rom, la quale nel 1971 aveva sposato, con rito rom, un uomo anch'egli membro del medesimo gruppo minoritario; nel corso del matrimonio, durato fino alla morte del marito nel 2000, la coppia aveva avuto 6 figli e il riconoscimento da parte delle autorità spagnole dello *status* di "famiglia numerosa". A seguito della negazione, da parte dell'Istituto nazionale di sicurezza sociale, della pensione di reversibilità a favore del coniuge superstite sulla base della mancata registrazione del matrimonio nel registro civile, la Sig.ra Muñoz Diaz si era rivolta alle autorità giurisdizionali nazionali: se nel 2002 il giudice del lavoro le aveva riconosciuto il diritto alla pensione, l'Alta Corte di giustizia di Madrid aveva in seguito annullato la sentenza facendo valere l'assenza di effetti civili del matrimonio consuetudinario celebrato dalla ricorrente. Nel 2007 lo stesso Tribunale costituzionale aveva rigettato l'*amparo* della ricorrente argomentando nel senso della possibilità per chiunque di accedere al matrimonio civile senza considerazione dell'appartenenza etnica e motivando altresì la necessità di limitare le pensioni di reversibilità alla luce della scarsità delle risorse economiche²⁷. In relazione al combinato disposto art. 14 Cedu-art. 1 Prot. 1 la Corte ha convenuto con la ricorrente che lo Stato spagnolo ha mostrato di considerare quella dei Sig.ri Muñoz Diaz una "famiglia" a tutti gli effetti,

²⁶ L'obbligazione positiva che la Corte stessa ha rilevato in astratto a carico degli Stati non è sembrata correttamente "calata" nella decisione del caso di specie; tale obbligo, infatti, dovrebbe comportare l'impegno dei poteri pubblici ad assicurare ai membri della comunità rom che cercano di vivere secondo le loro tradizioni la possibilità ragionevole di trovare un luogo dove abitare, di proprietà pubblica o di loro proprietà, cfr. J. RINGELHEIM, *op. cit.*, p. 80. Francesco Cerrone sottolinea il «netto misconoscimento della strategia argomentativa della difesa della ricorrente» da parte dei giudici, che hanno negato che nel caso di specie si trattasse della protezione dello stile di vita tradizionale itinerante, dal momento che la ricorrente aveva vissuto in modo stanziale per alcuni periodi, e hanno ridimensionato l'interferenza costituita dall'assenza di spazi adeguati nel sito carovaniero della zona rimarcando come altrove, in Inghilterra, fosse comunque garantita la possibilità agli zingari di condurre una vita itinerante, cfr. F. CERRONE, *Introduzione a I diritti all'identità e le minoranze*, in S. P. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle corti europee*, Padova 2007, p. 325-326. Le stesse critiche sono mosse nell'opinione dissenziente dei giudici Pastor Ridruejo, Bonello, Tulkens, Strážnická, Lorenzen, Fischbach e Casadevall (§ 9).

²⁷ TCF sent. 69/2007, 16.4.2007. Cfr, peraltro, l'opinione espressa dal giudice Jorge Rodríguez-Zapata Pérez nel suo *voto particular*: il giudice ha contestato la ricostruzione della Corte, ritenendo che la protezione delle minoranze etniche abbia una rilevanza costituzionale che non è stata adeguatamente considerata e che deve essere assicurata anche attraverso «medidas de discriminación positiva a favor de la minoría desfavorecida». Secondo Rodríguez-Zapata Pérez, infatti, non basta la "scrupolosa neutralità" di una norma di fronte alla situazione, oggettivamente differente, di una persona appartenente ad una minoranza etnica che, in buona fede e senza che siano intervenuti fattori in grado di creare tensioni rispetto all'ordine pubblico costituzionale, chiede il riconoscimento di alcuni effetti del suo matrimonio consuetudinario, espressione del suo diritto all'identità culturale.



corrispondendo nel tempo diversi benefici sociali ai membri del nucleo familiare. I giudici hanno dato grande peso al profilo dell'appartenenza culturale, osservando che la pretesa che la ricorrente si sposasse nel 1971 con il rito canonico, il solo disponibile all'epoca, avrebbe comportato una lesione della sua libertà di religione, e richiamando il consenso emergente tra gli Stati europei in ordine alla protezione dei bisogni speciali delle minoranze (§ 61-62, dove si citano i precedenti di *Buckley*, *Chapman* e *Connors*). Avendo la ricorrente sviluppato nel corso del tempo una legittima aspettativa ad essere considerata a tutti gli effetti quale "coniuge" del Sig. Muñoz Diaz, il rifiuto della pensione di reversibilità è considerato dalla Corte una misura sproporzionata. I giudici non hanno invece accolto il profilo della discriminazione relativa al diritto al matrimonio: dal 1981 l'ordinamento giuridico spagnolo prevede l'istituto del matrimonio civile, a cui tutti possono accedere senza distinzioni di razza, religione e appartenenza culturale; gli effetti civili prodotti dalla celebrazione di alcune forme di matrimonio religioso (cattolico, protestante, islamico ed ebraico) sono stabiliti sulla base di intese tra lo Stato e le confessioni religiose e l'esclusione del matrimonio rom non costituisce, in questo senso, una discriminazione ai sensi dell'art. 14 Cedu. Il caso *Muñoz Diaz* ha quindi riproposto l'argomentazione già espressa nelle sentenze sullo stile di vita tradizionale in connessione al diritto all'abitazione: l'appartenenza di un soggetto ad un gruppo etnico o culturale minoritario può incidere sulle modalità di applicazione delle leggi (§ 61)²⁸.

3. *Limiti e ambiguità del riconoscimento giuridico delle specificità culturali*

La considerazione dei bisogni specifici dei membri di minoranze culturali e religiose in sede di elaborazione legislativa e/o applicazione giudiziale della regola giuridica, se rappresenta una dimensione ormai imprescindibile del diritto nelle società multiculturali contemporanee, comporta altresì il rischio di ambiguità e distorsioni.

Dal punto di vista teorico il pericolo principale risiede nel ricorso a stereotipi semplificanti e fuorvianti in relazione alla concezione dell'"identità" dei soggetti appartenenti a gruppi culturali e/o religiosi minoritari. Le elaborazioni giuridiche, normative e giurisprudenziali, intorno ai rom, sotto questo aspetto, risultano esemplificative di tale tendenza al riduzionismo e all'essentialismo culturale, con il riferimento spesso acritico a ricostruzioni superficiali e scarsamente documentate delle origini e dei tratti qualificanti, in termini di criteri di affiliazione e caratteristiche socio-culturali, della comunità rom²⁹. La nozione di

²⁸ Contro questa conclusione si è espresso il giudice Myjer nella sua *dissenting opinion*, ritenendo inopportuno il richiamo della giurisprudenza sul diritto all'abitazione in relazione a questioni riguardanti prestazioni di assistenza e sicurezza sociale e osservando che la violazione del combinato disposto art. 14 Cedu-art. 1 Prot. 1 sarebbe venuta in essere nel solo caso, non verificatosi, di rifiuto dei benefici sociali ai figli della coppia o alla ricorrente nella sua qualità di madre di "famiglia numerosa".

²⁹ L'approssimazione del "test culturale" di fatto applicato in Italia da alcuni giudici penali, in assenza di una teorizzazione costituzionale sulla rilevanza giuridica dell'appartenenza culturale, ha condotto in alcuni casi ad un'interpretazione distorta, se non propriamente errata, delle peculiarità culturali alla base del trattamento giuridico differenziato. Il riferimento d'obbligo è alla nota sent. 44516/2008, Cassazione VI sez. penale, che ha ricondotto la pratica del *manghel* (la richiesta di elemosina) alla "cultura rom", annullando una precedente condanna per il reato di riduzione in schiavitù a carico di una donna rom che mendicava con i due figli; la decisione è stata contestata da esponenti delle stesse comunità rom, che hanno evidenziato come la diffusione della mendicizia fosse da ricondurre alla



“identità” culturale è ormai oggetto di un’ampia letteratura sociologica e antropologica volta a ridimensionarne, se non a contestarne, le pretese di assolutezza³⁰: se la costruzione di una specifica identità culturale del gruppo sociale è indubbiamente un processo irrinunciabile e prioritario – direttamente connesso all’incompletezza biologica dell’uomo, che tenta di sottrarsi tanto al mutamento continuo e magmatico (le “alterazioni”) quanto alla rete di connessioni e potenzialità (l’“alterità”)³¹ – è altrettanto decisivo guardare all’identità come a un processo fluido e in continua evoluzione. Da questa prospettiva, la tendenza diffusa a declinare l’identità culturale in termini di “tradizione” – come reazione tanto alla progressiva omologazione tra paesi e culture quanto alla percezione dell’irriducibile diversità degli *altri* da noi – produce una serie di cortocircuiti teorici e di rischi per la convivenza in contesti pluralistici. Il frequente ricorso alla metafora delle “radici” nel discorso pubblico sull’identità, ad esempio, deve necessariamente essere indagato in quanto “dispositivo di autorità”, in forza del quale, «una volta “radicati” in una certa tradizione, scegliere autonomamente la propria identità culturale diventa impossibile», con la conseguente negazione di quel «diritto naturale di scegliersi una cultura» spettante a ogni essere umano³². Una concezione rigida dell’identità, sbilanciata sulla tradizione, finisce inoltre per non intercettare le peculiarità, in termini di fisionomia multipla e ibridata, di quei soggetti che sono *sia* “interni” (es. immigrati lungo-residenti, figli di immigrati nati nel paese di immigrazione, cittadini) *sia* “altri” sul piano etno-culturale e religioso (es. rom o musulmani)³³.

In relazione alle prime decisioni della Corte Edu in tema di protezione dello stile di vita tradizionale (*Buckley, Chapman e Connors*), ad esempio, le argomentazioni dei giudici europei sono apparse, da un lato, mutevoli e influenzate dai discorsi degli altri soggetti coinvolti nel caso (gli stessi ricorrenti e lo Stato resistente) e, dall’altro, fondate su una concezione paternalistica che vede i rom come una “comunità” omogenea e necessariamente vulnerabile, costantemente alla ricerca di esenzioni dall’ordinamento giuridico generale e caratterizzata da uno “stile di vita” immancabilmente riconnesso al nomadismo e alla vita nelle roulotte³⁴. Il ricorso a stereotipi nel riconoscimento di un diritto alla protezione dell’identità culturale produce incongruenze logiche e rischia di neutralizzare la stessa carica emancipativa dell’orientamento giurisprudenziale inaugurato dalla Corte: da un lato, infatti, la rigida associazione tra “stile di vita zingaro” e “nomadismo” sembra in contrasto con la rivendicazione, da parte dei ricorrenti, del diritto a stabilirsi in uno

precarità economica, sottolineando il carattere controverso del *manghel* all’interno dei gruppi rom, cfr. I. RUGGIU, *La diversità come bene pubblico tra Europa e Stati costituzionali*, in R. CHERCHI, G. LOY (a cura di), *op. cit.*, p. 104 e ss.

³⁰ Cfr., tra gli altri, C. GEERTZ, *Interpretazione di culture*, Bologna 1987; G. BAUMANN, *L’enigma multiculturale. Stati, etnie, religioni*, Bologna 2003; A. SEN, *Identità e violenza*, Roma-Bari 2008.

³¹ Cfr. F. REMOTTI, *Contro l’identità*, Roma-Bari 2007, p. 104.

³² Cfr. M. BETTINI, *Contro le radici. Tradizione, identità, memoria*, Bologna 2011, p. 6-10 e 28-29.

³³ I profili della eterogeneità e della complessità sono quelli maggiormente misconosciuti nelle ricostruzioni delle origini e della composizione della comunità rom da parte dei principali soggetti politico-istituzionali, sociali e giuridici, cfr., tra gli altri, I. HANCOCK, *Mind the doors! The contribution of linguistics*, in D. LE BAS, T. ACTON (eds.), *All Change! Romani studies through Romani eyes*, Hartfield, 2010, p. 17 e ss.

³⁴ Cfr. D. FARGET, *op. cit.*, p. 296 e ss. Secondo Ilenia Ruggiu «l’idea di cultura che ha la Corte si rivela, in un certo senso, museale, patrimoniale, cosale, perché non considera le diverse combinazioni ed evoluzioni delle culture, che possono darsi anche a seguito di scelte e opzioni individuali», cfr. I. RUGGIU, *Test e argomenti culturali nella giurisprudenza italiana e comparata*, in *Quad. cost.*, 3, 2010, p. 542.



specifico terreno³⁵; dall'altro lato, l'adozione di un paradigma monolitico ed essenzialista nelle risposte giurisprudenziali alle problematiche della comunità rom ha, di fatto, effetti escludenti nei confronti della maggioranza dei membri della comunità, che non necessariamente si riconoscono nell'"identità culturale" sulla quale quelle risposte sono calibrate.

La sovrapposizione tra "stile di vita tradizionale rom" e "nomadismo" si presta altresì a strumentalizzazioni da parte delle autorità pubbliche, tenute quanto meno alla garanzia degli *standard* minimi di protezione del diritto all'abitazione. A tal proposito la vicenda del campo nomadi in località La Barbuta, alla periferia sud-orientale di Roma, è indicativa di quella «politica del riconoscimento trasformatrice di marginalità»³⁶ a cui si sta accennando, e che non interessa certo le sole istituzioni politiche italiane nei confronti dei rom. L'allestimento del "villaggio della solidarietà" La Barbuta è stato deciso nell'ambito del Piano Nomadi, con il quale il Comune di Roma aveva disposto la chiusura dei campi esistenti, autorizzati o abusivi, e il trasferimento degli abitanti in strutture ufficiali indicate dallo stesso Comune³⁷. A difesa della decisione di continuare ad affrontare la tutela delle esigenze abitative dei rom attraverso i "campi nomadi", l'istituzione comunale ha utilizzato l'argomento culturalista dello "zingaro che vuole vivere all'aria aperta" e che non accetterebbe di abitare in una casa anche se il Comune avesse intenzione di offrirgliela³⁸, riproducendo quella concezione stereotipica dell'"identità rom" che pervade la legislazione regionale e i provvedimenti adottati dagli enti locali in Italia. La vicenda del villaggio "Nuova

³⁵ Nel caso *Connors* l'approccio della Corte è risultato più complesso e approfondito: anche se il "viaggio" è ancora presentato come il tratto qualificante dell'identità culturale della comunità rom, i giudici si sono sforzati di articolare una visione dei "rom occidentali contemporanei", il cui stile di vita è improntato ad una originale compenetrazione tra stanzialità e nomadismo (cfr., in particolare, § 93). Nonostante questo approccio rinnovato, del resto, la Corte ha, sorprendentemente, continuato a riferirsi alla tradizione nomadica per giustificare la decisione.

³⁶ Cfr. E. MARCHI, *Pluralismo giuridico e rom tra politiche discriminatorie e riconoscimento delle diversità culturali*, in www.altrodiritto.unifi.it.

³⁷ Cfr. il D.P.C.M. 21.5.2008, con cui il Governo ha dichiarato lo stato di emergenza in relazione agli "insediamenti di comunità nomadi" nel territorio delle regioni Campania, Lazio e Lombardia; al decreto erano poi seguiti tre ordinanze del Presidente del Consiglio a carattere attuativo del Decreto, delle "linee guida" del Ministero dell'Interno per l'attuazione delle ordinanze e dei Regolamenti adottati dai Commissari straordinari già nominati con le ordinanze. Per alcune considerazioni critiche sulla normativa "anti-zigana" adottata dalle istituzioni italiane a partire dal 2008, cfr. A. SIMONI, *I decreti "emergenza nomadi": il nuovo volto di un vecchio problema*, in *Diritto Immigrazione Cittadinanza*, 3-4, 2008, p. 45 e ss. e ID., *Appunti per una "lettura romana" del "pacchetto sicurezza"*, in *Diritto Immigrazione Cittadinanza*, 4, 2009, p. 217 e ss. Con sent. 24.6.2009 il TAR Lazio, sez. I, aveva annullato alcune disposizioni delle ordinanze; sull'appello avverso la sentenza del TAR si è pronunciato il Consiglio Di Stato, sez. IV, con sent. 16.11.2011, sostenendo l'illegittimità del D.P.C.M. del 2008, delle ordinanze e di tutti gli atti ministeriali collegati, per difetto dei presupposti di fatto in grado di giustificare il ricorso a mezzi e poteri straordinari. I giudici, in particolare, hanno contestato l'apoditticità del nesso tra la presenza di campi nomadi e l'"eccezionale" turbativa dell'ordine e della sicurezza pubblica alla base degli atti posti in essere dall'Amministrazione, che ha mostrato di trarre conseguenze "di sistema" a partire da isolati episodi di criminalità e di ritenere necessario il ricorso a poteri straordinari senza una sufficiente valutazione delle reali possibilità di soluzioni "ordinarie".

³⁸ Cfr. le dichiarazioni del Vicesindaco del Comune di Roma, Sveva Belviso, riportate nella *Lettera alle autorità incaricate dell'attuazione del Piano Nomadi di Roma* dell'Associazione 21 luglio del 15 novembre 2011. Il Vicesindaco ha ulteriormente chiarito la posizione del Comune: «Case popolari ai rom? Se le possono scordare [...] Non c'è alcuna intenzione di creare corsie preferenziali per dare case ai rom, discriminando i cittadini italiani nelle liste. Quindi: una soluzione alternativa ai campi nomadi non esiste», cfr. *Case popolari ai nomadi? Belviso: "Se le scordino"*, in *La Repubblica*, 11 settembre 2012.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Barbuta” ha avuto conseguenze giudiziarie particolarmente significative, tutt’ora in corso. Nel febbraio e nel giugno 2012 l’Associazione 21 luglio e l’ASGI (Associazione Studi Giuridici sull’Immigrazione) hanno avanzato, rispettivamente, un’azione civile contro la discriminazione – chiedendo che fosse riconosciuto il carattere discriminatorio del comportamento del Comune di Roma con riferimento alla prosecuzione dei lavori di ultimazione e assegnazione degli “alloggi” nel campo – e la sospensione cautelare di tali provvedimenti. Con un’importante ordinanza, dell’8 agosto 2012, il Tribunale di Roma ha accertato il carattere discriminatorio delle misure poste in essere dal Comune di Roma, disponendo la sospensione delle procedure di assegnazione degli alloggi fino alla definizione del procedimento sommario di cognizione. Il giudice ha ricostruito il complesso sistema normativo a tutela del divieto di discriminazioni razziali, con particolare riferimento al diritto all’abitazione, articolato sui livelli nazionale (artt. 2, 3, 10 c. 2 Cost., art. 43 T.U. 286/1998 e art. 2 D.Lgs. 215/2003), comunitario (Dir. 200/43/CE) e internazionale (art. 14 CEDU, art. 31 Carta sociale europea, Convenzione internazionale sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale). Nella sentenza, in particolare, si richiama la decisione del Comitato europeo per i diritti sociali del 7.12.2005, con la quale è stata accertata la violazione, da parte dell’Italia, dell’art. 31 della Carta con riferimento alla valenza discriminatoria della soluzione consistente nel collocare le comunità rom e sinti nei campi³⁹; la non conformità all’art. 31 della Carta sociale delle politiche adottate dallo Stato italiano nei confronti di rom e sinti è stata ulteriormente ribadita dal Comitato nel 2011⁴⁰. Il carattere discriminatorio delle attività di assegnazione degli alloggi realizzate dal Comune di Roma è stato ricollegato dal Tribunale alla considerazione che l’accesso agli alloggi del campo in località la Barbuta è stato prospettato dalle istituzioni ai soli rom, con l’esclusione degli «individui presenti sul territorio del Comune di Roma non appartenenti a tali comunità, e pur essi in situazioni di grave disagio abitativo e sociale», e con l’effetto di imporre ai rom una condizione di vita più svantaggiosa per il fatto di collocarli «in maniera potenzialmente stabile» in «un’area periferica, per sua natura estranea ad una pianificazione urbanistica con funzione abitativa»; lo stesso codice comportamentale imposto agli abitanti del nuovo villaggio, inoltre, è apparso lesivo del diritto alla libertà personale, alla vita privata e familiare e alla libertà di riunione⁴¹. Il giudice, in sostanza, ha contestato l’impianto culturalista nelle strategie di tutela del diritto all’abitazione dei rom, o meglio la strumentalizzazione dell’argomento culturale in funzione deresponsabilizzante rispetto all’adozione di politiche efficaci di tutela dell’accesso ad un bene fondamentale quale l’abitazione, che riescano a tener conto delle specificità della condizione socio-culturale dei rom nella sua configurazione reale e non stereotipica. Richiamando la comunicazione informativa dell’UNAR (Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni razziali) alla Commissione europea sulla strategia nazionale di inclusione dei rom, dei sinti e dei camminanti⁴², nella sentenza si è sostenuta l’inidoneità della cosiddetta “campizzazione” rispetto

³⁹ Secondo il Comitato, « [...] persistendo nella sua pratica di mettere i rom e i sinti nei campi, il Governo ha fallito nel prendere in considerazione tutte le differenze rilevanti o di prendere misure adeguate per assicurarsi che essi abbiano accesso ai diritti e ai benefici collettivi che devono essere disponibili a tutti»; secondo il Comitato tra le misure che il Governo avrebbe dovuto mettere in campo al fine di migliorare le condizioni abitative di rom e sinti c’è anche l’«accesso ad abitazioni pubbliche», cfr. Comitato europeo per i diritti sociali, Decisione nel merito, *Centro europeo per i diritti dei rom v. Italia*, 7.12.2005, §§ 36 e 46.

⁴⁰ Cfr. European Committee of Social Rights, *Conclusions 2011 (ITALY)*, January 2012, pp. 39 e s.

⁴¹ Ord. Tribunale Roma, 8.8.2012, pp. 23-25.

⁴² Cfr. *Strategia*, cit.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

agli obiettivi della sicurezza e dell'integrazione delle comunità rom e si è dato conto dell'«ampio spettro di opzioni abitative alternative ai campi nomadi», peraltro già positivamente sperimentate in molte città italiane⁴³. Con ordinanza del 13 settembre 2012 la sez. feriale del Tribunale civile di Roma ha accolto il reclamo presentato dal Comune, annullando l'ordinanza di sospensione dell'assegnazione degli alloggi all'interno del "villaggio" La Barbuta in attesa della decisione definitiva della Seconda Sezione Ordinaria del Tribunale.

4. *Per un superamento del riduzionismo culturale nella tutela dei diritti dei rom: i casi Yordanova e M. and others.*

Con le due recenti sentenze *Yordanova and others v. Bulgaria*, 24.4.2012, e *M. and others v. Italy and Bulgaria*, 31.7.2012, la Corte è sembrata più attenta ai rischi di una considerazione semplicistica delle specificità culturali ai fini di una più effettiva tutela della minoranza rom.

Il caso *Yordanova*, come già anticipato, è relativo alla tutela del diritto all'abitazione e alla vita privata e familiare dei membri della comunità rom. Il ricorso si fondava sulla pretesa violazione degli artt. 3 (divieto di trattamenti inumani o degradanti) e 8 (rispetto della vita privata e familiare) Cedu e dell'art. 1 Prot. 1 (diritto alla proprietà), considerato isolatamente e in combinato disposto con gli artt. 13 (diritto a un rimedio effettivo) e 14 (divieto di discriminazioni) Cedu, in relazione all'ordine di sgombero dalle abitazioni situate in *Batalova Vodenitsa*, una sorta di "ghetto rom" della città di Sofia nel quale i 26 ricorrenti, cittadini bulgari di asserita origine rom, vivevano con le loro famiglie da decenni. L'indagine della Corte si è concentrata sulla conformità all'art. 8 Cedu dell'interferenza che si realizzerebbe con l'esecuzione dell'ordine di rimozione adottato dalle autorità di Sofia nel 2005 e successivamente sospeso⁴⁴. I giudici hanno accertato inizialmente che l'esecuzione del provvedimento avrebbe inciso sul diritto all'abitazione e sul diritto alla vita privata e familiare dei ricorrenti, sulla base di una lettura "sostanzialista" per la quale gli alloggi abusivamente occupati sono comunque considerati "case" e luoghi di svolgimento dei legami familiari e sociali ai sensi dell'art. 8 Cedu. Il secondo profilo è quello relativo alla legittimità dell'interferenza, che è risultata conforme al diritto nazionale e funzionale ad uno scopo legittimo, ovvero il recupero, da parte delle autorità pubbliche, di terreni occupati illegalmente in vista della riqualificazione dell'area, anche mediante vendita a privati. Il terzo passaggio, che ha poi condotto all'accertamento della violazione dell'art. 8, ha riguardato la conformità dell'interferenza ai parametri della "necessità in una società democratica". La Corte ha innanzitutto richiamato i principi generali in materia: se alle autorità nazionali è lasciato un margine di apprezzamento circa la rispondenza dell'interferenza ad un "bisogno sociale pressante" e la sua proporzionalità rispetto allo scopo legittimo perseguito, alla Corte rimane l'ultima

⁴³ Ord. Tribunale Roma, cit., p. 26. Tali soluzioni alternative sono, ad esempio, rappresentate dall'edilizia sociale in abitazioni ordinarie pubbliche, dal sostegno all'acquisto e all'affitto di abitazioni ordinarie private, dalle autocostruzioni accompagnate da progetti di inserimento sociale, dall'affitto di casolari/cascine di proprietà pubblica, dalle aree di sosta per gruppi itineranti e dalla regolarizzazione della presenza di roulotte in aree agricole di proprietà degli stessi membri dei gruppi minoritari.

⁴⁴ La stessa Corte Edu, l'8 luglio 2008, aveva intimato al Governo bulgaro di sospendere la rimozione dei ricorrenti dalle proprie abitazioni finché non fossero state fornite informazioni dettagliate sulle modalità con le quali assicurare una protezione sicura a eventuali soggetti deboli coinvolti, quali bambini, anziani o disabili.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

parola in merito alla rilevanza e all'importanza della compressione dei diritti protetti dalla Convenzione. È stato poi ricordato che il margine di apprezzamento è sicuramente ampio in relazione alle politiche economiche e sociali (quali quelle in ambito abitativo), ma che la perdita della propria abitazione realizza una forma estrema di interferenza rispetto ai diritti, fondamentali, sanciti dall'art. 8, con la conseguenza che il margine statale subisce un restringimento e lo Stato risulta sicuramente obbligato a rispettare le garanzie procedurali e gli obblighi di proporzionalità e ragionevolezza. Nell'applicazione di tali principi generali alla fattispecie concreta, i giudici hanno innanzitutto rilevato la sostanziale assenza di seri tentativi, da parte delle autorità, di predisporre soluzioni alternative allo sgombero al fine di evitare che i ricorrenti e le loro famiglie rimanessero privi di qualsiasi tipo di alloggio; in seconda battuta, è stata registrata la mancata dimostrazione da parte del Governo dell'urgenza di tornare in possesso dei terreni in funzione dei progetti di riqualificazione dell'area, che non risultano essere mai giunti alla fase dell'implementazione. Da ciò la Corte ha dedotto la violazione dell'art. 8 Cedu, sia con riferimento all'adozione dell'ordine di sgombero – fondato su una normativa interna che non richiede lo scrutinio di proporzionalità e adottato con una procedura che non ha offerto garanzie circa la verifica dei requisiti del “bisogno sociale pressante” e della proporzionalità – sia in relazione agli eventi e ai provvedimenti intercorsi successivamente.

Circa il ruolo dell'identità culturale e dello stile di vita tradizionale nella tutela del diritto all'abitazione e alla vita privata e familiare dei rom, la sentenza offre interessanti spunti di riflessione, a partire dalle considerazioni della Corte, in sede di scrutinio di proporzionalità, sui presupposti e i caratteri della “vita comunitaria” (§ 121). Pur sostenendo che l'ordine di sgombero dagli alloggi abusivamente occupati fosse in principio legittimo e che i ricorrenti non potessero rivendicare alcun titolo per rimanere nelle abitazioni alla luce del diritto nazionale, i giudici hanno esaltato l'importanza della durata dell'insediamento nel quartiere di *Batalova Vodenitsa*, a fronte dell'inattività e della sostanziale tolleranza da parte delle autorità pubbliche. La condivisione ultradecennale degli stessi spazi di vita nella comunità di *Batalova Vodenitsa* ha comportato la creazione di legami sociali e familiari favoriti dall'assenza di alternative abitative realistiche e dalla stessa riluttanza dei ricorrenti a trasferirsi altrove e a vedere così travolto il proprio spazio sociale ed affettivo; se la stabilità e la sicurezza di tali rapporti comunitari non sono assistite dal diritto interno, esse rappresentano non di meno un argomento rilevante per la Corte nella valutazione della proporzionalità delle misure adottate dalle autorità bulgare. Il “diritto allo stile di vita” non costituisce, nel caso *Yordanova*, il fulcro dell'argomentazione della Corte: è piuttosto il Governo a menzionarlo – sostenendo che i ricorrenti non sono in alcun modo titolati ad un trattamento privilegiato a causa dell'appartenenza etnica o dello stile di vita tradizionale – a sostegno del carattere “neutro” e non discriminatorio delle misure di contrasto all'occupazione abusiva delle abitazioni. La Corte, a tal proposito, ha contestato al Governo la contraddittorietà dell'argomento secondo il quale l'elaborazione di strategie specificamente tarate sulla situazione peculiare dei rom realizzerebbe una discriminazione ai danni della popolazione maggioritaria, a fronte dell'adozione, a livello statale, di piani e programmi per l'inclusione sociale dei rom come gruppo portatore di bisogni specifici. I rom, secondo la Corte, rappresentano una comunità “oggettivamente” emarginata e socialmente svantaggiata e nei loro confronti sono ipotizzabili, ex art. 14 Cedu, “azioni positive” di riequilibrio della condizione di disuguaglianza. Il fondamento della specificità socio-culturale, quindi, sembra essere individuata dalla Corte nella condizione di povertà ed emarginazione sociale in cui versano moltissime comunità rom in Bulgaria e in altri paesi europei; l'esplicita



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

contestazione alle autorità bulgare della mancata considerazione dei bisogni peculiari dei ricorrenti deve essere letta in questa prospettiva e in funzione di polemica con l' "argomento culturalista" a cui spesso i Governi ricorrono strumentalmente⁴⁵. Gli stessi ricorrenti, nelle loro osservazioni, hanno rifiutato la ricostruzione stereotipica e razzista della vita nel quartiere così come emergente dalle lamentele degli abitanti non rom e sostenuta dalle stesse autorità locali, in base alla quale il degrado, la sporcizia e la delinquenza che affliggono *Batalova Vodenitsa* sarebbero connaturate alla presenza rom e, quindi, di impossibile risoluzione se non con la loro rimozione dall'area. Secondo i ricorrenti la strategia sottesa all'operato delle autorità risulta in effetti di matrice "razzista", nella misura in cui alle conseguenze negative prodotte da comportamenti individuali si reagisce con misure collettive, quali l'espulsione dal quartiere di decine di famiglie, sulla base di uno slittamento dal piano della responsabilità individuale a quello delle colpe collettive che molto facilmente si carica di una stigmatizzazione etnico-razziale. Al Governo bulgaro che riproponeva il cliché dello "stile di vita rom" – esemplificato dall'abbandono della spazzatura in strada, dalla convivenza all'interno delle abitazioni con numerosi animali, dall'abitudine a stendere il bucato dalle finestre che affacciano sulla pubblica via o su spazi comuni, dai furti e dal comportamento aggressivo e disordinato, dalla tendenza all'uso e all'abuso di alcol e droghe (§ 93) – la Corte ha opposto una concezione del diritto all'abitazione che ne valorizza la dimensione di diritto sociale fondamentale. Il diritto all'abitazione dei rom, infatti, è innanzitutto un diritto a *non rimanere senz'atetto*, con la considerazione primaria della condizione di povertà e di bisogno rispetto ad altri profili pur significativi; come già osservato in *Chapman* (§ 99), dall'art. 8 Cedu non può certo derivarsi un "diritto alla casa" corrispondente ad un obbligo per lo Stato di garantire un'abitazione agli individui sotto la propria giurisdizione, ma indubbiamente situazioni di particolare vulnerabilità possono giustificare un'interpretazione dell'art. 8 in termini di obbligazione positiva a offrire riparo e protezione. In sostanza, quindi, la situazione "speciale" dei rom in quanto minoranza etnico-culturale è sicuramente tenuta in conto dalla Corte quale elemento che dovrebbe guidare lo Stato alla ricerca di soluzioni abitative efficaci poiché calibrate sulle peculiarità dei soggetti; ciò che risulta contestata è la strumentalizzazione di tale "specialità", largamente semplificata, come premessa per un sostanziale immobilismo delle istituzioni.

Con la sentenza *M. and others v. Italy and Bulgaria* la Corte ha affrontato un caso delicatissimo riguardante una minore rom di nazionalità bulgara, che, insieme ai genitori e alla cognata, ha lamentato la violazione, da parte dello Stato italiano e di quello bulgaro, degli artt. 3, 4 e 14 Cedu. I fatti all'origine della vicenda sono di particolare gravità. Secondo la versione dei ricorrenti, nel maggio 2003 la ragazza minore e i genitori si sarebbero recati in Italia dietro la promessa di lavoro fatta da un rom di nazionalità

⁴⁵ Già in *Connors*, come si è detto, la Corte aveva contestato al Governo britannico l'insufficienza degli argomenti a sostegno della legittimità dell'interferenza con i fondamentali diritti ex art. 8 Cedu. Il Regno Unito, infatti, aveva tentato di giustificare l'adozione di un procedimento sommario per l'espulsione delle famiglie rom dai campi nomadi gestiti dalle autorità locali ricorrendo all'argomento del "nomadismo": gli zingari avrebbero speciali bisogni connessi al loro stile di vita tradizionale "viaggiante", che richiederebbe un approccio più flessibile nella gestione dei campi attrezzati; inoltre, le espulsioni assistite da minori garanzie procedurali sarebbero risultate vitali al rapido allontanamento dei soggetti problematici con comportamenti anti-sociali, il che consentiva di scongiurare la fuga delle altre famiglie rom dall'area; infine, i costi di un procedimento giurisdizionale "ordinario" avrebbe comportato un aumento delle tariffe, a detrimento dell'intera popolazione rom che abitava nel campo (§ 87). I giudici hanno contestato punto per punto la difesa del Governo, sostenendo che gli sgomberi sommari non risultavano affatto funzionali al perseguimento degli obiettivi indicati dal Governo in termini di altrettanti benefici a favore della comunità rom (§§ 88-90).



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

serba, già residente in Italia, che li aveva assunti come domestici nella propria abitazione a Ghislarengo, in provincia di Vercelli; sei giorni dopo l'arrivo in Italia, i genitori della ragazza sarebbero stati picchiati e minacciati di morte, nonché costretti a tornare in Bulgaria lasciando la figlia in mano all'uomo di nazionalità serba e al nipote, intenzionato a sposare la giovane nonostante l'asserito rifiuto dei genitori. La minore, rimasta sola in Italia, sarebbe stata tenuta sotto continua sorveglianza dai due uomini, costretta a rubare, picchiata, minacciata di morte e ripetutamente stuprata⁴⁶. La settimana successiva la madre e la cognata della giovane ricorrente avevano fatto ritorno in Italia, denunciando alla polizia di Torino le minacce e le percosse subite e il sequestro della ragazza; circa venti giorni dopo la denuncia, un'operazione di polizia condotta presso l'abitazione degli aguzzini aveva consentito la liberazione della minore. In seguito, una volta tornati in Bulgaria, i ricorrenti avevano inviato numerose lettere ed e-mail alle autorità italiane, chiedendo spiegazioni circa la lentezza delle indagini e l'assenza di un procedimento penale contro i due uomini e lamentando di essere stati sottoposti a minacce, umiliazioni e maltrattamenti da parte della polizia durante la loro permanenza in Italia. I ricorrenti si erano rivolti anche alle autorità bulgare, chiedendo un supporto nella ricerca di informazioni presso il Governo italiano. I due Governi coinvolti hanno sostenuto davanti alla Corte una versione differente dei fatti. Secondo la versione italiana, le autorità avevano posto in essere tutti gli adempimenti necessari per dar corso alla denuncia presentata dalla madre della ricorrente. Un punto particolarmente significativo sottolineato dal Governo italiano è relativo alla perquisizione di polizia nella villa di Ghislarengo, durante la quale erano state rinvenute fotografie di ciò che appariva essere ragionevolmente una festa di matrimonio; il convincimento, da parte delle autorità, che la vicenda riguardasse un matrimonio e un accordo tra le due famiglie con relativa consegna di denaro al padre della sposa, e non un episodio di sequestro, ha portato il pubblico ministero di Vercelli a trasformare il procedimento penale contro ignoti per sequestro di persona in due procedimenti per false dichiarazioni e diffamazione contro madre e figlia, successivamente definiti, rispettivamente, con un'assoluzione e un'archiviazione. La versione del matrimonio consensuale è stata sostenuta altresì dal Governo bulgaro: la minore sarebbe andata in sposa al giovane di nazionalità serba dietro pagamento di 11.000 euro, regolarmente consegnati al padre della sposa alla presenza delle famiglie e di altri testimoni, come le foto in possesso dell'autorità giudiziaria italiana dimostrerebbero. I ricorrenti hanno chiesto alla Corte di pronunciarsi sulla violazione degli artt. 3 (con riferimento alla mancata adozione dei provvedimenti necessari per prevenire le violenze a danno della giovane rom da parte della famiglia serba attraverso una rapida liberazione e alla insufficienza delle indagini di polizia), 4 (con riferimento al divieto di schiavitù, servitù, lavoro forzato o obbligatorio) e 14 (divieto di discriminazioni basate sull'appartenenza etnico-razziale) Cedu. Dopo aver, totalmente o parzialmente, rigettato le obiezioni preliminari in merito all'abuso del diritto di petizione, al mancato esaurimento delle vie di ricorso interne e alla mancanza dello status di vittima⁴⁷, la

⁴⁶ A sostegno della loro ricostruzione dei fatti, i ricorrenti non hanno presentato alla Corte copia della denuncia alla polizia o documenti inerenti al procedimento penale successivamente instauratosi in Italia; secondo la difesa, infatti, ciò sarebbe stato reso impossibile dalla mancata collaborazione delle autorità italiane. Gli unici atti sottoposti all'attenzione della Corte sono due perizie mediche nelle quali si stabiliva che la giovane aveva effettivamente sofferto di disturbi da stress post-traumatico e che le lesioni fisiche riscontrate risultavano compatibili con le violenze descritte dalla ricorrente.

⁴⁷ La Corte, più precisamente, ha accolto le obiezioni relative alla mancanza dello status di vittima con riferimento al padre, alla madre e alla cognata della minore in ordine ai motivi di ricorso di cui agli artt. 3 e 4 Cedu, «poiché la



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Corte è passata ad affrontare il merito della questione, giungendo ad accertare la violazione dell'art. 3 Cedu soltanto in relazione all'insufficienza delle indagini sulle violenze riportate dalla giovane rom e rigettando, in quanto manifestamente infondati, i motivi di ricorso di cui agli artt. 4 e 14 Cedu.

Un aspetto qualificante della vicenda, anche questa volta, ha riguardato l'utilizzo dell'argomento culturalista a sostegno di un approccio riduttivo nella tutela dei diritti fondamentali. In un passaggio rapido ma significativo, il Governo italiano ha affermato che le conclusioni a cui erano giunti sia il GIP che il Tribunale di Torino sui fatti oggetto del ricorso erano le stesse sostenute dal Governo, ovvero che «il problema era in massima parte dovuto ad un disaccordo economico relativo al contratto matrimoniale concluso», probabilmente a causa del trattamento ricevuto dalla giovane e da questa comunicato telefonicamente alla madre; a difesa di questa linea argomentativa il Governo ha ribadito che i matrimoni rom sono «caratteristici, come accettato dalla Corte in *Muñoz Diaz c. Spagna*» (§ 93). La posizione della Corte al proposito si è fondata innanzitutto sul richiamo dei principali profili della tutela garantita dall'art. 3 Cedu, «che racchiude uno dei valori fondamentali della società democratica» imponendo agli Stati un obbligo assoluto di adottare misure idonee ad impedire che le persone, e in particolare i minori e altri soggetti vulnerabili, siano sottoposte a torture o trattamenti inumani o degradanti, anche procurati da privati; dall'art. 3, in particolare, si ricava un obbligo per le autorità di realizzare indagini indipendenti, imparziali e soggette a controllo pubblico sulle accuse di maltrattamenti, qualora essi siano «discutibili» e sollevino un «ragionevole sospetto», agendo con diligenza e sollecitudine esemplari e assicurando le prove dei fatti (§ 100 e giurisprudenza ivi citata). Proprio in relazione alle indagini successive alla liberazione della minore, la Corte ha ritenuto l'operato delle autorità italiane manchevole e negligente, censurando in particolare l'assenza di una visita medica a fronte di denunce di violenze e stupro. Al paragrafo 105 la posizione della Corte in termini di rifiuto della strumentalizzazione delle pratiche culturali tradizionali in chiave di deresponsabilizzazione circa la tutela dei diritti fondamentali appare chiara: anche ammettendo che nel caso di specie si trattasse di matrimonio organizzato secondo la tradizione rom, dalle denunce risultava comunque che nel mese di soggiorno a Ghislarengo la giovane fosse stata picchiata e stuprata e gli Stati sono tenuti ad adottare misure di protezione nei confronti di gravi violazioni dell'integrità della persona anche da parte del marito (cfr. *Opuz v. Turkey*, 9.6.2009, §§ 160-176) o del partner, tanto più nel caso di una minore. Poiché dalle denunce dei ricorrenti erano emersi profili che, se accertati, avrebbero potuto integrare la fattispecie gravissima di tratta degli esseri umani, con la conseguente violazione dello stesso art. 3 Cedu, le autorità italiane erano tenute ad indagare a fondo sulla vicenda, «in quanto un possibile «matrimonio rom» non poteva essere utilizzato come motivazione per non indagare sulle circostanze» (§ 106)⁴⁸. L'importanza di tali

sofferenza morale subita dai suddetti non può aver raggiunto una dimensione ed un carattere distinti dalla sofferenza emotiva che può ritenersi inevitabile per i familiari delle vittime di gravi violazioni dei diritti umani» (§ 76). I tre familiari della giovane sono stati considerati «vittime» dalla Corte in relazione a specifici aspetti delle vicende lamentate con il ricorso (cfr. §§ 78-81).

⁴⁸ Nella sua opinione dissenziente il giudice Kalaydjieva ha contestato le conclusioni della Corte, sottolineando l'illogicità e l'incongruenza dell'operato degli inquirenti italiani e osservando che l'illegittimità del comportamento delle autorità abbia riguardato l'approccio globale rispetto alle denunce, con riferimento quindi alla stessa operazione di liberazione della minore e agli interrogatori dei ricorrenti immediatamente successivi. Secondo il giudice le autorità italiane non erano realmente convinte che si trattava di un «matrimonio rom» consensuale, il che comunque non poteva ragionevolmente giustificare il trattamento concretamente riservato alle accuse di maltrattamento, atti sessuali non consensuali, partecipazione forzata ad attività criminali, a meno che non si accetti l'idea che un matrimonio rom



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

affermazioni della Corte non risulta intaccata dalle considerazioni svolte in alcuni passaggi successivi, quando le circostanze del caso sono state valutate con riferimento alla presunta violazione dell'art. 4 Cedu. Da un lato, la peculiarità del matrimonio rom consistente nel pagamento di una somma di denaro al padre della sposa è stata considerata rilevante al fine di escludere che la fattispecie potesse essere inquadrata nell'ipotesi di tratta degli esseri umani e riduzione in schiavitù ai sensi dell'art. 4 Cedu⁴⁹; dall'altro, la Corte ha osservato che le risoluzioni dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa in merito alla condizione preoccupante delle donne rom nel contesto dei matrimoni forzati e precoci (ovvero concernenti almeno un coniuge al di sotto dei 18 anni) sono successive ai fatti in discussione e che i documenti internazionali in vigore all'epoca e lo stesso diritto nazionale italiano erano compatibili con il presunto matrimonio tra il giovane rom di nazionalità serba e la minore bulgara, del resto vicina alla soglia dei diciotto anni⁵⁰. Al di là della qualificazione giuridica dei fatti all'origine del ricorso in termini di "tratta" o "schiavitù", l'aspetto interessante della pronuncia, in linea con quanto sostenuto in precedenza, è la contestazione del "metodo" seguito dalle autorità inquirenti, ovvero di quel meccanismo riduzionista che porta ad adottare, nei casi riguardanti membri di minoranze culturali e/o religiose, un approccio stereotipizzante volto alla sostanziale semplificazione degli elementi costitutivi della vicenda in vista di una loro ascrizione acritica nel novero delle pratiche tradizionali e conseguente deresponsabilizzazione rispetto all'obiettivo della tutela dei diritti fondamentali della persona⁵¹.

(Novembre 2012)

costituisce un accordo da parte dei genitori per vendere una sposa "per qualsiasi scopo". Secondo Kalaydjieva le autorità italiane erano in realtà convinte che i ricorrenti avessero mentito sin dall'inizio: ciò spiegherebbe la riluttanza nell'organizzare la tempestiva liberazione della minore e il modo in cui la stessa e la madre sono state frettolosamente interrogate sotto minaccia dell'immediato avvio di un procedimento per false dichiarazioni.

⁴⁹ «La Corte ribadisce che il matrimonio possiede connotazioni sociali e culturali ben radicate, che possono differire molto da una società all'altra [...] si può ragionevolmente accettare che tale pagamento rappresenti un regalo da una famiglia all'altra, una tradizione comune a molte culture differenti nella società odierna» (§ 161).

⁵⁰ Cfr. §§ 165-166. La Corte si è riferita, in particolare, alle due Risoluzioni n. 1468 del 2005 sui matrimoni forzati e i matrimoni precoci e n. 1740 del 2010 sulla situazione dei Rom in Europa ed attività pertinenti del Consiglio d'Europa.

⁵¹ È importante sottolineare, in ogni caso, che il comportamento delle autorità italiane non integra, secondo la Corte, un'ipotesi di violazione del divieto di discriminazioni etnico-razziali ex art. 14 Cedu: dai documenti in possesso della Corte, infatti, non risulterebbe che le lacune delle indagini sulle denunce dei ricorrenti siano dipese da comportamenti discriminatori e razzisti (§ 178).



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Proprietà privata



-Espropriazioni



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Sezione:	Proprietà - Espropriazioni
Titolo:	<i>Il principio di legalità riemerge dalle ceneri della acquisizione coattiva rectius espropriazione indiretta.</i>
Autore:	SERENELLA PIERONI
Sentenza di riferimento:	Corte Costituzionale, 8 ottobre 2010, n. 293; Consiglio di Stato, Sez. V, 13 ottobre 2010, n. 7472
Parametro convenzionale:	art. 1, Prot. 1 CEDU
Parole chiave:	Espropriazione; occupazione acquisitiva; espropriazione indiretta; acquisizione coattiva sanante

La Corte Costituzionale, con la sentenza 8 ottobre 2010, n. 293, ha posto (momentaneamente) fine alle interpretazioni giurisprudenziali che si sono incessantemente susseguite in merito alla applicazione dell'art. 43 del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 321 (T.U. delle disposizioni legislative in materia di espropriazione per pubblica utilità), il quale recava la disciplina della acquisizione coattiva del bene da parte della p.a. a seguito di illecita occupazione e 'modificazione' del medesimo per la realizzazione di un'opera pubblica, non consentendo al privato di ottenere la restituzione del bene, ma solo il risarcimento del danno.

I giudizi di legittimità costituzionale -in riferimento agli articoli 3, 24, 42, 76, 97, 113 e 117, primo comma, della Costituzione- sono stati promossi dal Tribunale amministrativo regionale della Campania con tre ordinanze di identico tenore, ove si lamenta, *in primis*, che l'atto acquisitivo previsto dalla disposizione impugnata violerebbe gli artt. 3, 24, 42, 97 e 117, Cost., in quanto finalizzato a 'sanare' un'attività posta in essere dalla pubblica amministrazione *contra jus*, determinando la perdita della proprietà e rimuovendo l'illecito aquiliano. In particolare, la norma impugnata non sarebbe stata conforme ai principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come interpretati dalla Corte di Strasburgo, che ha ritenuto in contrasto con l'art. 1, Prot. 1, la prassi della cosiddetta 'espropriazione indiretta'; violando peraltro anche l'art. 6 (F) del Trattato di Maastricht (modificato dal Trattato di Amsterdam), in base al quale "l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

dell'uomo e delle libertà fondamentali, [...] in quanto principi generali del diritto comunitario" (sulla efficacia delle norme CEDU nell'ordinamento interno si veda la scheda nel sito).

I giudici rimettenti, infine, hanno ritenuto che l'art. 43 impugnato avrebbe recato un *vulnus* anche all'art. 76, Cost., in quanto sarebbe stato emanato in violazione dei criteri della legge-delega 8 marzo 1999, n. 50. La pregiudizialità logico-giuridica delle censure riferite all'art. 76 Cost., che investono il corretto esercizio della funzione legislativa, ha precluso alla Corte la disamina di ogni questione in ordine al contenuto precettivo della norma in esame, ma siffatta circostanza 'formale' non toglie alla pronuncia il suo peculiare spessore, in quanto è riuscita a far breccia in una delle roccaforti più 'armate' della espropriazione per pubblica utilità, appunto, l'occupazione acquisitiva... mascherata da acquisizione coattiva 'sanante'. La pronuncia, anche in virtù di un importante *obiter dictum* in essa contenuto, induce, dunque, ad una riflessione sull'istituto, in vista di un nuovo intervento del legislatore.

Esigenze di chiarezza impongono di ripercorre, in estrema sintesi, lo sviluppo (normativo e giurisprudenziale) dell'istituto *de quo*, collocato nel procedimento volto alla espropriazione per pubblica utilità, il quale, *ab origine*, presupponeva il provvedimento dichiarativo della pubblica utilità dell'opera e la fissazione dei termini per la realizzazione della medesima, con ulteriore e connessa disciplina dei casi di indifferibilità ed urgenza. In un'ottica evidentemente acceleratoria il legislatore aveva, poi, unificato le predette fasi con la legge n. 865 del 1971, disponendo che l'approvazione dei progetti delle opere da parte degli organi competenti costituiva, altresì, dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza delle opere pubbliche, la quale legittimava, in via eccezionale, l'occupazione dei terreni interessati da parte della p.a. prima della emanazione del provvedimento ablatorio.

Si è, tuttavia, assistito ad una evoluzione 'patologica' del procedimento espropriativo in misura progrediente, in quanto, in sede applicativa, la pubblica amministrazione ha fatto largo uso di occupazioni *sine titulo*, tanto da far diventare regola l'eccezione. Siffatto radicale mutamento ha ricevuto l'avallo della giurisprudenza di legittimità che, per salvare le numerose opere pubbliche così realizzate, ha elaborato l'istituto dell' "occupazione appropriativa o acquisitiva", in cui si riscontrava un vizio del procedimento espropriativo a causa della sua mancata conclusione con un formale atto ablativo, distinguendolo, in seguito, da quello della "occupazione usurpativa" ove si verificava la trasformazione del fondo di proprietà privata in assenza di dichiarazione di pubblica utilità.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

In buona sostanza la Suprema Corte (Sezioni Unite 26 febbraio 1983, n. 1464 e Sezioni Unite 10 giugno 1988, n. 3940), con la "occupazione acquisitiva" sovvertendo il principio civilistico dell'accessione di cui agli artt. 935 ss. cod. civ. (*superficies solo cedit*) inventò l'istituto della c.d. accessione invertita, in forza del quale l'irreversibile trasformazione del fondo occupato in vista della realizzazione dell'opera a seguito di una valida dichiarazione di pubblica utilità, comportava l'acquisto a titolo originario della proprietà del suolo da parte della pubblica amministrazione e la contestuale estinzione del diritto di proprietà del privato, il quale, perciò, avrebbe potuto chiedere solo il risarcimento del danno e non già la restituzione del fondo.

Si versava, invece nel caso della "occupazione usurpativa", ove si fosse riscontrata la mancanza, originaria o sopravvenuta, della dichiarazione di pubblica utilità, con la conseguenza che tale fattispecie non determinava l'effetto acquisitivo a favore della pubblica amministrazione.

L'applicazione del richiamato principio di creazione esclusivamente giurisprudenziale indubbiamente rappresentava un consistente *vulnus* ai principi affermati dalla nostra Costituzione e dall'ordinamento internazionale, tanto che, nella evoluzione dell'istituto, particolarmente risolutivi si sono rivelati proprio gli interventi della Corte di Strasburgo.

In particolare, la valutazione negativa della Corte Europea dei diritti dell'Uomo sulla conformità dell'occupazione acquisitiva al principio di legalità sancito dall'art. 1 del Protocollo n. 1 della CEDU ebbe origine con le sentenze del 30 maggio 2000 (note, rispettivamente, come Soc. Belvedere alberghiera e Carbonara-Ventura), con cui la Corte, tra l'altro, mosse delle forti critiche all'istituto de quo, affermando che una condotta illegittima o illecita della p.a. non poteva produrre in capo alla medesima l'acquisto di un diritto. Più precisamente, nell'analisi argomentativa della Corte EDU, si è sottolineato negativamente come l'effetto dell'acquisto a titolo originario che si produceva con l'occupazione appropriativa, derivasse da un comportamento illecito della p.a., in quanto "non previsto da legge chiara, precisa e dagli effetti prevedibili", tanto che, paradossalmente, era stata la creazione giurisprudenziale a dover supplire alla carenza normativa in materia (In proposito, sotto il profilo risarcitorio, vedansi le schede presenti nel sito).

Le sollecitazioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo – che ricevettero l'avallo della giurisprudenza e della dottrina interne - risultarono determinanti per l'intervento del legislatore che, in buona sostanza, ha 'riscritto' l'istituto con la disposizione *sub iudice*: l'art. 43 del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, recante il Testo unico sulle espropriazioni per pubblica utilità. La norma, intitolata "Utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico", è stata sinteticamente rinominata come disciplina della "acquisizione coattiva sanante" in

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

quanto - prima dell'odierno intervento della Corte Costituzionale - consentiva alla p.a. l'emanazione di un provvedimento di acquisizione del bene per eliminare la situazione di illegalità cagionata dalla occupazione *sine titulo*. Infatti, qualora l'opera fosse stata realizzata in assenza di un valido decreto di esproprio, veniva riconosciuto alla p.a. il potere di acquisire l'area al proprio patrimonio indisponibile, mentre all'interessato residuava il solo diritto di conseguire il risarcimento del danno senza poter richiedere la restituzione del bene (salvo il sindacato in sede giurisdizionale del provvedimento di acquisizione).

La delibera di acquisizione delle aree, per consolidata giurisprudenza, perseguiva, dunque, una finalità di 'sanatoria' di situazioni prive di procedure legittime di esproprio, senza che rilevasse la causa della illegittimità del comportamento, che poteva conseguire sia all'assenza di una dichiarazione di pubblica utilità che all'annullamento di essa oppure poteva essere determinata da altre cause, risultando in proposito rilevante il solo fatto che l'interesse pubblico non avrebbe potuto essere soddisfatto se non con il mantenimento della situazione ablativa.

Veniva così introdotto nel sistema un istituto che, in forza di un atto normativo, legittimava l'acquisizione dell'area privata attraverso un atto emesso *ab externo* del procedimento espropriativo.

E' noto quale fosse la *ratio* dell'istituto, più volte esplicitata dal giudice amministrativo, avendo lo stesso Consiglio di Stato affermato che l'art. 43 è stato emesso dal legislatore delegato per "consentire alla amministrazione di adeguare la situazione di fatto a quella di diritto quando il bene sia stato modificato per scopi di interesse pubblico (fermo restando il diritto del proprietario di ottenere il risarcimento del danno), così evitando ulteriori sentenze di condanna da parte della CEDU" (Cons. St., sez. IV, 21 maggio 2007, n. 2582). L'istituto dell'occupazione acquisitiva veniva, dunque, eliminato dall'ordinamento giuridico nazionale riconoscendosi, in armonia con i principi espressi dalla corte EDU, che "l'ordinamento italiano non consente che una amministrazione, mediante un proprio illecito e in assenza di un atto ablatorio, acquisti a titolo originario la proprietà di un'area altrui sulla quale sia stata realizzata un'opera pubblica o di interesse pubblico (anche se prevista in una dichiarazione di pubblica utilità)" (Cons. St., sez. IV, 16 novembre 2007, n. 5830).

Ciò nonostante, la disciplina della acquisizione coattiva contenuta nell'art. 43 cit., presentava molti elementi di criticità evidenziati dalla dottrina e già posti *sub iudice*.

Al di là del rispetto del principio di legalità inteso in senso formale, l'articolo 43, invero, non sembrava soddisfare pienamente le indicazioni imposte dalla corte di Strasburgo, dalla CEDU e

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

dalla costituzione anche a tutela del diritto di proprietà. Infatti, da un lato, il testo unico sulle espropriazioni disciplina un rigido iter preordinato alla emanazione dell'atto ablatorio e dall'altro l'art. 43 consentiva di acquisire il bene anche nelle ipotesi in cui tale procedura fosse stata violata o totalmente omessa, così trasformando il rispetto del procedimento tipizzato dalla legge in una mera facoltà della amministrazione (F. BUONOMO, *La tutela della proprietà dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2005).

Trattasi di un esito in evidente contrasto con quanto affermato dalla Corte di Strasburgo circa la compatibilità con il Protocollo n.1 delle sole ipotesi ablativo già prefigurate dall'ordinamento e disciplinate con procedimento tipizzato, sì da rendere chiaro e certo *ex ante* l'effetto espropriativo e le relative conseguenze patrimoniali.

Nè chiari e prevedibili apparivano i presupposti per la adozione del provvedimento di acquisizione coattiva, tanto da aver dato luogo ad applicazioni giurisprudenziali contraddittorie, poichè secondo la lettera della norma presupposto dell'acquisizione era che il bene fosse stato semplicemente "modificato", mentre nella costruzione pretoria dell'occupazione appropriativa si richiedeva una "irreversibile trasformazione" del fondo, vera clausola di sbarramento per l'applicazione dell'accessione invertita in presenza di modifiche non irreparabili del bene occupato. Una siffatta imprecisione del legislatore aveva nuovamente richiesto l'intervento della giurisprudenza che aveva tentato di leggere con la lente del vecchio parametro della irreversibile trasformazione il nuovo presupposto della modificazione (Cons. St., Sez. V, 24 gennaio 2007, n. 250). Nondimeno, alcuni giudici di primo grado avevano attribuito rilevanza all'uso da parte del legislatore del termine "modificato", che evidentemente implica una attività sul bene meno invasiva nei suoi esiti rispetto a quella che consegue alla irreversibile trasformazione del medesimo. La necessità di un intervento chiarificatore della giurisprudenza è evidente indice della genericità della norma, in palese contrasto così con il principio di legalità, il quale richiede norme estremamente chiare e precise quando il potere autoritativo della pubblica amministrazione incide su diritti tutelati costituzionalmente.

Ed ancora, l'atto di acquisizione *ex art. 43* presupponeva una valutazione degli interessi in conflitto da condurre con particolare rigore, poichè, 'assorbendo', in un certo senso, sia la dichiarazione di pubblica utilità che il decreto di esproprio, doveva trovare la sua giustificazione nella particolare rilevanza dell'interesse pubblico adeguatamente comparato con quello del privato, esigenza ritenuta imprescindibile dal Consiglio di Stato (parere n. 4 del 2001) dopo la reintroduzione dell'istituto dell'occupazione d'urgenza operata dal d.lgs. n. 302 del 2002. Di contro, nell'art. 43 del t.u. è stato ravvisato un contrasto con la tutela sostanziale del diritto di proprietà *ex art. 42 Cost.*, in quanto nella norma de qua si aveva una valutazione a posteriori sull'opportunità di utilizzo e di



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

conseguente acquisizione dei suoli che faceva assumere all'interesse pubblico una valenza più letterale che sostanziale, essendo difficile ipotizzare che, a fronte dell'asservimento dell'immobile alla pubblica utilità (anche solo in via di fatto), possa sussistere un interesse privato in grado di prevalere (F. GOGGIAMANI, *Limiti scritti e non scritti all'art. 43 del Testo unico 327 del 2001*, in *Foro amm. - T.A.R.* 2005, 1679-1681).

In effetti, il rimedio provvedimentale postumo di cui all'art. 43, rappresentava una sorta di "legalizzazione dell'illegale" (V. S. BENINI, *L'occupazione appropriativa è proprio da epurare?*, cit., 2597), ma predisporre una norma scritta sulla disciplina della appropriazione illegittima dei suoli privati non poteva essere sufficiente a scriminare la condotta della p.a. In questo senso, invero, si erano espresse le Sezioni unite della Corte di Cassazione secondo cui l'istituto di cui all'art. 43 del testo unico "nel precludere la restituzione di un suolo occupato in assoluta via di fatto" poteva mal conciliarsi con i principi sanciti dalla Corte europea in ordine al rispetto del diritto di cui all'articolo 1, Prot. n. 1 CEDU (Cass. civ., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26732, nonché Cass. civ., sez. I, 28 luglio 2008, n. 20543).

Non senza considerare che il giudice amministrativo ha ritenuto possibile per la p.a. emettere un provvedimento di acquisizione sanante anche a seguito di una sentenza passata in giudicato che ordinava, invece, la restituzione del bene. Sembra questo, il massimo delle aberrazioni applicative dell'art. 43, ma è quanto avvenuto anche con recentissimo arresto del Consiglio di Stato il quale non fatto che ribadire la conformità della norma ai principi costituzionali ed ai parametri imposti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo sulla scorta dei principi della CEDU, non ravvisando nell'art. 43 alcuna espropriazione indiretta (Cons. St., Sez. V, 13 ottobre 2010, n. 7472, ma decisa nella camera di consiglio del giorno 15 giugno 2010, e, quindi, prima della pubblicazione della declaratoria di incostituzionalità pronunciata da Corte Cost. 4 - 8 ottobre 2010, n. 293. Cfr. nello stesso senso anche Cons. St., Sez. IV, 19 febbraio 2010, n. 997). I giudici di Palazzo Spada, nella stringata parte motivazionale del recente arresto, con una petizione di principio di tutta evidenza, affermano l'asserita conformità dell'art. 43 in quanto l'acquisto del bene avviene in virtù di un provvedimento previsto dalla legge e, soprattutto, con efficacia *ex nunc*, sicché sono rispettate le esigenze di chiarezza dell'ordinamento e di preminenza del diritto (*sic!*); il provvedimento è sindacabile e l'esercizio della discrezionalità è circondato da particolari cautele di cui va verificato il rispetto in sede giurisdizionale; è in ogni caso assicurato il risarcimento del danno....

Invero, è mancata una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo che affrontasse esplicitamente il problema della compatibilità dell'istituto dell'acquisizione sanante con i principi



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

sanciti dall'articolo 1, Prot. n.1 della Convenzione, ma recenti decisioni della Corte EDU sanzionano, in *obiter dictum*, la recezione per via normativa del meccanismo dell'occupazione acquisitiva tramite la disciplina contenuta nell'art. 43 del testo unico sull'espropriazione. Ricorda la Corte *"que l'article 1 du Protocole n° 1 exige, avant tout et surtout, qu'une ingérence de l'autorité publique dans la jouissance du droit au respect des biens soit légale. La prééminence du droit, l'un des principes fondamentaux d'une société démocratique, est inhérente à l'ensemble des articles de la Convention ... Le principe de légalité signifie l'existence de normes de droit interne suffisamment accessibles, précises et prévisibles ... La Cour reste convaincue que l'existence, en tant que telle, d'une base légale ne suffit pas à satisfaire au principe de légalité et estime utile de se pencher sur la question de la qualité de la loi. La Cour prend note de l'évolution jurisprudentielle qui a conduit à l'élaboration du principe de l'expropriation indirecte. Elle relève également que ce principe a été transposé dans des textes de loi, tels que la loi n° 458 de 1988, et, tout dernièrement, dans le Répertoire des dispositions en matière d'expropriation. Ceci étant, la Cour ne perd pas de vue les applications contradictoires relevées dans l'historique de la jurisprudence, et note également des contradictions entre la jurisprudence et les textes de loi susmentionnés. Ce point de vue a d'ailleurs été adopté par le Conseil d'Etat ... qui, dans son arrêt n° 2 de 2005 rendu en séance plénière, a reconnu que le principe jurisprudentiel de l'expropriation indirecte n'a jamais donné lieu à une réglementation stable, complète et prévisible. En outre, la Cour constate que, dans tous les cas, l'expropriation indirecte vise à entériner une situation de fait découlant des illégalités commises par l'administration, tend à régler les conséquences pour le particulier et l'administration, et permet à cette dernière de tirer bénéfice de son comportement illégal. Que ce soit en vertu d'un principe jurisprudentiel ou d'un texte de loi comme l'article 43 du Répertoire, l'expropriation indirecte ne saurait donc constituer une alternative à une expropriation en bonne et due forme (voir, sur ce point également, la position du Conseil d'Etat..."* (Corte EDU, sez. III, Sciarrotta c. Italia, 12 gennaio 2006).

In questo contesto va ricordato altresì come la risoluzione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ResDH82007)3 del 14 febbraio 2007 (Violazioni sistematiche da parte dell'Italia del diritto di proprietà con l'espedito delle 'espropriazioni indirette'), anche sulla base delle informazioni fornite dal Governo italiano (per vero tra auspici e promesse...), abbia comunque riconosciuto il valore di "rottura" dell'acquisizione sanante nei confronti della prassi delle espropriazioni indirette, sollecitando una rigorosa applicazione giurisprudenziale dell'istituto quale emersa dalle prime pronunce dei giudici amministrativi ed incoraggiando le autorità italiane "a proseguire i loro sforzi e ad adottare rapidamente tutte le misure necessarie addizionali al fine di rimediare in maniera definitiva alla pratica della «espropriazione indiretta» e di assicurare che



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

qualsiasi occupazione di terreni da parte dell'amministrazione sia conforme al principio di legalità, quale è codificato dalla Convenzione".

Quanto frustrate possano essere state le aspettative della Corte e del Consiglio è vicenda ormai nota, tanto che la dottrina (F.G. SCOCA, *Modalità di espropriazione e "rispetto" dei beni (immobili) privati*, in *Dir. amm.*, 2006, 319 ss.) aveva da tempo auspicato un intervento chiarificatore della Corte costituzionale in ordine alla compatibilità dell'istituto dell'acquisizione sanante con la CEDU e con gli orientamenti della Corte europea, la quale in virtù del principio di legalità ha sempre richiesto rigorosamente che l'espropriazione dei privati da parte dell'amministrazione, non solo risponda a esigenze di interesse pubblico, ma costituisca il risultato di un giusto e corretto procedimento e, soprattutto, non sia la conseguenza diretta ed immediata di un comportamento illecito dell'amministrazione.

Ed in questo senso si è espressa, *per incidens*, anche la Corte costituzionale con la sentenza in commento ove, richiamando la giurisprudenza della Corte di Strasburgo (causa Sciarrotta) sopra ricordata, afferma che "non è affatto sicuro che la mera trasposizione in legge di un istituto, in astratto suscettibile di perpetuare le stesse negative conseguenze dell'espropriazione indiretta, sia sufficiente di per sé a risolvere il grave *vulnus* al principio di legalità".

La dichiarata incostituzionalità dell'art. 43, da un lato, costituisce indubbiamente la risposta alle esigenze di certezza e di giustizia sopra rappresentate, dall'altro, l'eccesso di delega rilevato dalla Corte quale motivo fondante della declaratoria, non dà piena soddisfazione dei molteplici profili di incostituzionalità già evidenziati e ribaditi dal giudice remittente. Ciò nondimeno, non va trascurato il corredo motivazionale della decisione in cui la Consulta, come si è appena visto, non ha mancato di palesare il suo disfavore nei confronti della 'acquisizione coattiva sanante', sottolineandone gli ulteriori elementi di criticità ritenuti non risolti (contrariamente a quanto affermato dal Consiglio di Stato anche nella recentissima sentenza n. 7472 del 2010...).

Difatti, secondo la Corte, l'art. 43 non può costituire la 'giuridicizzazione' degli orientamenti giurisprudenziali consolidatisi in materia di occupazione illegittima, in quanto la disciplina della 'acquisizione coattiva sanante' eccede sotto più profili gli istituti della occupazione appropriativa e della occupazione usurpativa, così come delineati da quegli orientamenti. *In primis*, l'art. 43 ha assimilato le due figure, operando una unificazione della disciplina che legittima l'estensione del potere della pubblica amministrazione di acquisire la proprietà dei beni trasformati o anche semplicemente 'modificati' dal suo intervento, anche attraverso la possibilità di chiedere al giudice amministrativo di disporre la condanna al risarcimento dei danni, con esclusione della restituzione

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

del bene senza limiti di tempo. Possibilità, questa, che viene ancor più a sottolineare la inconciliabilità della disciplina contenuta nell'articolo 43 con i principi di tutela della proprietà e della protezione dei diritti fondamentali garantiti dall'art 1 del Protocollo n. 1 CEDU.

In secondo luogo, la norma ha previsto la possibilità di acquisire in via coattiva anche le servitù, "rispetto alle quali la giurisprudenza aveva escluso l'applicabilità della cosiddetta occupazione appropriativa, trattandosi di fattispecie non riferibile all'acquisto di un diritto reale *in re aliena*, difettando la non emendabile trasformazione del suolo in una componente essenziale dell'opera pubblica". In buona sostanza secondo la Corte, "quella prefigurata costituisce soltanto una delle molteplici soluzioni possibili", esprimendo i propri dubbi circa la idoneità della norma a garantire il rispetto dei principi della CEDU, in quanto comunque consente alla p.a. l'acquisto connesso esclusivamente a fatti occupatori, laddove il legislatore avrebbe non solo potuto disciplinare in modi diversi la materia, ma anche espungere del tutto siffatta possibilità di acquisto come avviene in altri ordinamenti europei.

Nell'attesa dell'ormai imprescindibile intervento del legislatore, l'eliminazione dell'istituto della acquisizione coattiva 'sanante' da parte della Corte costituzionale costituisce un'importante occasione per riflettere (anche alla luce della decisione del Consiglio di Stato sopra richiamata) su come la generale applicazione della disciplina dell'articolo 43 del testo unico, nonostante l'evidente intento di assicurare una tutela effettiva del privato di fronte ad ipotesi di occupazione *sine titulo* da parte della p.a., alla fine abbia vanificato la più importante esigenza di assicurare la legalità sostanziale dell'azione amministrativa nelle procedure di espropriazione per pubblica utilità. Ciò tanto più ove si consideri come, diversamente da quanto auspicato ed assicurato dal governo italiano alla commissione di giustizia, l'acquisizione coattiva, da strumento eccezionale in quanto volto a sanare la situazione patologica dell'utilizzazione *sine titulo* di un bene privato per realizzare un'opera pubblica, era divenuta nella prassi la modalità istituzionalizzata –in quanto più rapida– attraverso cui conseguire l'espropriazione per pubblica utilità, con evidente pregiudizio per lo svolgimento del procedimento espropriativo nel rispetto del principio di legalità e conseguente lesione delle garanzie contemplate dalla nostra costituzione, previste dal legislatore nazionale nel t.u. sugli espropri ed imposte livello sovranazionale dalla CEDU e dalla stessa giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo. Non dimentichiamo che secondo il Governo (Risoluzione Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ResDH82007)³ del 14 febbraio 2007, All.I), il procedimento previsto dall'articolo 43 avrebbe potuto soddisfare i principi della Convenzione, a condizione di essere interpretato secondo le linee seguenti: «1. L'applicazione e l'interpretazione dell'articolo 43 del Testo Unico devono essere chiare, coerenti e prevedibili, in modo da inquadrare il potere discrezionale dell'autorità nazionale nella materia e così da essere rispondenti alla « qualità

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

della legge » richiesta dalla Convenzione; 2. Il procedimento previsto dall'art. 43 non costituisce un'alternativa al procedimento ordinario di esproprio in buona e dovuta forma e, di conseguenza, non ha un'applicazione generalizzata ma costituisce una misura eccezionale, utilizzata unicamente in caso di pubblico interesse particolarmente importante; 3. L'acquisizione formale deve essere stabilita in un termine sufficientemente rapido e soltanto dalle autorità pubbliche amministrative competenti; 4. In mancanza dell'acquisizione prevista dall'articolo 43, la restituzione deve essere assicurata in tempi rapidi; 5. Deve essere escluso qualsiasi carattere automatico di acquisizione del bene da parte dell'amministrazione a causa della realizzazione di un'opera pubblica o di una trasformazione; 6. Il procedimento deve, nei limiti del possibile, essere applicato a tutti i casi di occupazione illegittima, anche se si sono verificati prima dell'entrata in vigore del Testo Unico».

Per tutte queste considerazioni, qualunque soluzione il legislatore intenda adottare - non essendo neanche ipotizzabile una reviviscenza della 'vecchia' occupazione appropriativa, di matrice giurisprudenziale - dovranno essere eliminati gli elementi di criticità più sopra evidenziati e che non sono stati rimossi in sede applicativa (nonostante i buoni auspici del governo), con una disciplina chiara e prevedibile, tale da non richiedere i 'suggerimenti interpretativi' di alcuno.

Riferimenti bibliografici essenziali

S. BENINI, *L'occupazione appropriativa è proprio da epurare?*, in *Foro it.*, 2002, I, 259 ss.

F. BUONOMO, *La tutela della proprietà dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2005

V. CARBONE, *Occupazione appropriativa: l'intervento dirompente della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Corr. giur.*, 2001, 466 ss.

R. CONTI, *Occupazione acquisitiva. Tutela della proprietà e dei diritti umani*, Milano, 2006

R. DAMONTE, *La Corte di Strasburgo "condanna" l'accessione invertita*, in *Riv. giur. edil.*, 2000, I, 792 ss.

R. INVERNIZZI, *Accessione invertita e CEDU: punti di vista*, in *Riv. giur. edil.*, 2000, I, 595

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

F. PATRONI GRIFFI, *Prime impressioni a margine della sentenza della Corte Costituzionale n. 293 del 2020, in tema di espropriazione indiretta*, in *www.federalismi.it*

M. PONTICELLI, *L'accessione invertita viola la convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giornale dir. amm.* 2001, 146 ss.

F.G. SCOCA, *Modalità di espropriazione e "rispetto" dei bei (immobili) privati*, in *Dir. Amm.*, 2006, 319 ss.

(5.11.2010)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Sezione: Proprietà - Espropriazioni

Titolo: *Il caso Scordino: l'inizio di un nuovo dialogo tra le Corti in materia espropriativa.*

Autore: ANNALISA GIUSTI

Sentenza di riferimento: Corte eur.dir.uomo, Causa Scordino Contro Italia – Grande Chambre, 29 marzo 2006 (ricorso n. 36813/1997), Causa Scordino Contro Italia – Prima sezione, 29 luglio 2004

Parametro convenzionale: art. 6 e I Protocollo allegato

Parole chiave: Espropriazione; indennità di esproprio.

Il gruppo di pronunce in analisi che, sinteticamente, si riassume come « caso Scordino », rappresenta un momento fondamentale nell'esame della giurisprudenza CEDU in materia di espropriazione sia per i principi affermati, sia per la loro successiva incidenza sulla giurisprudenza interna, a partire da quella costituzionale. Le decisioni sul caso Scordino, infatti, insieme alle sentenze della Corte Costituzionale n. 348 e 349 del 2007, oltre ad essere espressione – non secondaria - di un nuovo dialogo fra le Corti, si pongono quali momenti essenziali nella articolata vicenda italiana, sia giurisprudenziale che legislativa, relativa al regime delle espropriazioni.

Il caso Scordino trae le mosse dalla controversia civilistica azionata dal ricorrente, il sig. Scordino, per l'appunto, e proseguita dai suoi eredi; nelle decisioni in commento, nello specifico, si affiancano questioni attinenti la ragionevole durata del processo e profili, invece, strettamente legati alla materia espropriativa. A questi ultimi, in particolare, si intende dare rilievo in questa sede.

La complessità della vicenda suggerisce di compiere, innanzitutto, un sintetico riferimento ai fatti di causa. Il sig. Scordino, contestando l'ammontare dell'indennità fissata dal comune di Reggio Calabria per l'espropriazione di un fondo di sua proprietà, nel 1990, adiva la competente Corte d'appello per chiederne la rideterminazione sulla base del valore di mercato. *Medio tempore* era infatti intervenuta la sentenza della Corte Costituzionale n. 223 del 1983 che, sancendo l'incostituzionalità della legge n. 385 del 1980, aveva determinato la reviviscenza, ai fini del computo dell'indennità di espropriazione, della legge n. 2359 del 1865 .

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Nel corso del giudizio entrava però in vigore la legge n. 359 del 1992 che, all'art. 5 bis, nel fissare nuovi criteri di calcolo dell'indennità di esproprio, ne sanciva altresì l'applicabilità ai procedimenti in corso. Di tali parametri, di conseguenza, faceva applicazione la Corte d'Appello con la sentenza del 7 luglio 1996.

Con ricorso avanti alla Corte di Strasburgo, gli eredi Scordino lamentavano sia la violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1 (protezione della proprietà) sia dell'articolo 6, par. 1, CEDU, (diritto a un equo processo, sotto il profilo della ragionevole durata del procedimento). Con sentenza del 29 luglio 2004, la Prima Sezione della Corte di Strasburgo, per il profilo attinente il diritto di proprietà, censurava l'avvenuta violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1. Più nello specifico, l'indennizzo ricevuto dai ricorrenti veniva giudicato non ragionevolmente rapportabile al valore della proprietà espropriata; la somma corrisposta agli eredi Scordino, infatti, tradiva quel principio che, in tema di proprietà, esige un necessario bilanciamento ed un corrispondente equilibrio fra le esigenze di carattere generale e gli imperativi di salvaguardia dei diritti fondamentali del proprietario.

La pronuncia sul ricorso n. 36813/1997 veniva emessa dalla Grande Chambre a seguito dell'istanza di rinvio formulata dal Governo italiano. Tralasciando gli aspetti della decisione inerenti la ragionevole durata del processo, l'attenzione va a quella parte della sentenza inerente i profili del diritto di proprietà. Tornando al già richiamato equilibrio fra il diritto del privato al rispetto dei propri beni e l'obiettivo dello Stato di realizzare fini di utilità sociale, la Corte se, da un lato, ha riconosciuto l'ampio margine di discrezionalità degli Stati nella valutazione dei mezzi per raggiungerlo, dall'altro ha rivendicato il proprio ruolo di controllo della compatibilità delle soluzioni da questi concretamente adottate.

Siffatta compatibilità, seguendo il ragionamento della Corte, deve essere valutata distinguendo fra due diverse tipologie di espropriazioni o, più correttamente, fra due distinti obiettivi di utilità sociale cui possono essere preordinati i procedimenti espropriativi. Esistono, infatti, «obiettivi di riforma economica o sociale o di mutamento del contesto politico istituzionale» e «obiettivi di utilità sociale» che non si inseriscono in una prospettiva di ampia riforma e che si realizzano attraverso «espropriazioni isolate». Solo nel primo caso il giusto equilibrio fra diritti del proprietario ed interesse pubblico può essere realizzato corrispondendo un'indennità inferiore al valore venale, con una soluzione dunque che non violi l'art. 1 Prot. 1.

Non è questa però l'ipotesi del caso Scordino, in cui non ricorrono, per l'appunto, quelle esigenze di riforma politica - economica o sociale che, in altre circostanze (sentenza 21 febbraio 1986 nel caso James e altri c. Regno Unito, serie A n. 98, par. 37, che riprende parzialmente i termini dell'analisi

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

che la Corte ha sviluppato nella sentenza 23 settembre 1982 nel caso Sporrang e Lönnroth c. Svezia, serie A n. 52, par. 61; v. anche la sentenza 9 dicembre 1994 nel caso I Santi Monasteri c. Grecia, serie A n. 301-A, par. 56; la sentenza nel caso Iatridis c. Grecia, GC, par. 55 e la sentenza nel caso Beyeler c. Italia, GC, par. 106) avevano indotto la Corte a ritenere non sussistente alcuna violazione.

Non vi è, di conseguenza, nessuno scopo legittimo di «pubblica utilità» che possa giustificare un indennizzo inferiore al valore venale; anzi, si è di fronte ad una sproporzionata ingerenza dello Stato sul diritto del singolo alla protezione dei propri beni, stigmatizzata quale «violazione strutturale e sistematica dell'art. 1 del Primo Protocollo della Corte Europea dei diritti dell'Uomo».

La Corte, dunque, non postula la necessaria corrispondenza dell'indennità di esproprio al valore di mercato del bene ma indica, piuttosto, le coordinate che consentano al legislatore interno di garantire un'indennità che sia in ragionevole rapporto con il bene.

Alla sentenza Scordino ha fatto eco tanto la giurisprudenza quanto la legislazione interna.

La Corte Costituzionale, con la decisione n.348 del 2007, sulla base del meccanismo delle c.d. norme interposte, ha sancito l'illegittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 117 Cost, della allora vigente norma in materia di indennizzo delle aree edificabili. Rinviandosi, sul punto, alla scheda presente in questa directory, sia sufficiente in questa sede ricordare il principio enunciato dalla Consulta, secondo cui «l'art. 5-bis ribadito nell'art. 37 del T.U. espropriazioni, che prevede un'indennità oscillante, nella pratica, tra il 50 ed il 30 per cento del valore di mercato del bene – non supera il controllo di costituzionalità in rapporto al «ragionevole legame» con il valore venale, prescritto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e coerente, del resto, con il «serio ristoro» richiesto dalla giurisprudenza consolidata di questa Corte.(...) Il legittimo sacrificio che può essere imposto in nome dell'interesse pubblico non può giungere sino alla pratica vanificazione dell'oggetto del diritto di proprietà».

Nel recepire le censure della Consulta, infine, la finanziaria 2008 (L.244/2007) ha così riscritto l'art.37 del t.u. sulle espropriazioni che oggi prevede che « l'indennità di espropriazione di un'area edificabile è determinata nella misura pari al valore venale del bene. Quando l'espropriazione è finalizzata ad attuare interventi di riforma economico-sociale, l'indennità è ridotta del 25 per cento. Nei casi in cui è stato concluso l'accordo di cessione, o quando esso non è stato concluso per fatto non imputabile all'espropriato ovvero perché a questi è stata offerta un'indennità provvisoria che, attualizzata, risulta inferiore agli otto decimi in quella determinata in via definitiva, l'indennità è aumentata del 10 per cento».

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Sezione: Proprietà - Espropriazioni

Titolo: *L'incidenza della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sulla determinazione dell'indennità di esproprio.*

Autore: ANNALISA GIUSTI

Sentenza di riferimento: Corte Costituzionale , 24 ottobre 2007, n. 348

Parametro convenzionale: art. 6 e I Protocollo allegato

Parole chiave: Espropriazione; indennità di esproprio.

Con la sentenza 348 del 24 ottobre 2007, la Corte Costituzionale è tornata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 5 bis , comma 1 e 2, del decreto-legge n. 333 del 1992 (convertito, con modificazioni, dalla legge n. 359 del 1992, introdotto dall'art. 3, comma 65, della legge n. 662 del 1996, Decreto Legge 333 del 1992), disciplinante i criteri per la determinazione dell'indennità di esproprio.

Con tre distinte ordinanze, una del 29 maggio 2006 e due del 19 ottobre 2006, la Corte di cassazione sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 5-bis del decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333 (Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica), convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1992, n. 359, per violazione dell'art. 111, primo e secondo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), nonché dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione al citato art. 6 CEDU ed all'art. 1 del primo Protocollo della Convenzione stessa. La norma, nello specifico, veniva censurata nella parte in cui, ai fini della determinazione dell'indennità di espropriazione dei suoli edificabili, prevedeva il criterio di calcolo fondato sulla media tra il valore dei beni e il reddito dominicale rivalutato, disponendone altresì l'applicazione ai giudizi in corso alla data dell'entrata in vigore della legge n. 359 del 1992.

Le ordinanze di rimessione alla Consulta, a loro volta, traevano origine da vicende giudiziarie distinte - tre autonomi giudizi di opposizione all'indennità di stima – connotate, però, dalla rilevanza della medesima *quaestio iuris*. Più nello specifico, avanti alle competenti Corti

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Territoriali, si sosteneva che, dichiarati costituzionalmente illegittimi (Corte Cost., sent. 5/980 e 223/983) i criteri di quantificazione dell'indennità di esproprio previsti dalla legge 29 luglio 1980, n. 385, avrebbero dovuto trovare nuovamente applicazione quelli indicati dall' art. 39, della l. 2359 del 1865, di sicuro più favorevoli in quanto riferiti al valore venale del bene. La questione veniva però decisa dalle Corti di merito adite sulla base del sopravvenuto art. 5 bis del Decreto Legge 333/1992 (conv. con modificazioni nella L. 359/1992.), applicabile, per espressa disposizione del medesimo art. 5, comma 6, in tutti i casi in cui non fossero stati ancora determinati, in via definitiva, il prezzo, l'entità dell'indennizzo e/o del risarcimento del danno, alla data di entrata in vigore della legge di conversione .

Due, nello specifico, sono i profili che emergono dalla pronuncia della Corte. Da un lato, la sentenza si segnala per la «riconsiderazione» della posizione e del ruolo delle norme della CEDU, compiuta «allo scopo di verificare, alla luce della nuova disposizione costituzionale (l'art. 117 n.d.r.), la loro incidenza sull'ordinamento giuridico italiano». Dall'altro, per il profilo che in questa sede maggiormente interessa, la pronuncia assurge a vero e proprio *leading case* per la consequenziale statuizione circa la rilevanza delle norme CEDU in ordine ai criteri di determinazione dell'indennità di esproprio.

Seguendo, sinteticamente, le statuizioni della Corte, il nuovo art.117 avrebbe «costituzionalizzato» gli obblighi internazionali, sì come determinati dalle norme pattizie, consentendo, per questa via, il vaglio di costituzionalità. Le norme CEDU, pur di rango subordinato alla Costituzione, si porrebbero ad un livello intermedio fra questa e le leggi ordinarie, secondo il modello c.d. delle norme interposte; l'art. 117 co.1, si realizzerebbe dunque un rinvio mobile alla norma convenzionale, dando così concretezza a quel generico richiamo agli «obblighi internazionali» di cui al medesimo art. 117.

Sulla base di tali premesse, la Consulta ha così proceduto alla verifica della legittimità costituzionale del sistema di quantificazione dell'indennità di esproprio individuato dall' art. 5-bis del decreto-legge n. 333 del 1992, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 359 del 1992.

Richiamando la «lunga evoluzione giurisprudenziale» della Corte EDU e, in particolare, la sentenza 29 marzo 2006, pronunciata dalla Grande Chambre nella causa Scordino contro Italia, la Consulta ha escluso la legittimità costituzionale dell'art. 5 bis del D.L. 333/1992 (ed in via derivata anche dell'art. 37 del T.U. sugli espropri, D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327), stante l'inidoneità del criterio di calcolo ivi previsto ad assicurare un «serio ristoro» al privato espropriato.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Ricorda infatti la Corte Costituzionale come la Grande Chambre, con la decisione del 29 marzo 2006, nella causa Scordino contro Italia, abbia fissato alcuni principi generali:

« a) un atto della autorità pubblica, che incide sul diritto di proprietà, deve realizzare un giusto equilibrio tra le esigenze dell'interesse generale e gli imperativi della salvaguardia dei diritti fondamentali degli individui (punto 93); b) nel controllare il rispetto di questo equilibrio, la Corte riconosce allo Stato «un ampio margine di apprezzamento», tanto per scegliere le modalità di attuazione, quanto per giudicare se le loro conseguenze trovano legittimazione, nell'interesse generale, dalla necessità di raggiungere l'obiettivo della legge che sta alla base dell'espropriazione (punto 94); c) l'indennizzo non è legittimo, se non consiste in una somma che si ponga «in rapporto ragionevole con il valore del bene»; se da una parte la mancanza totale di indennizzo è giustificabile solo in circostanze eccezionali, dall'altra non è sempre garantita dalla CEDU una riparazione integrale (punto 95); d) in caso di «espropriazione isolata», pur se a fini di pubblica utilità, solo una riparazione integrale può essere considerata in rapporto ragionevole con il valore del bene (punto 96); e) «obiettivi legittimi di utilità pubblica, come quelli perseguiti da misure di riforma economica o di giustizia sociale possono giustificare un indennizzo inferiore al valore di mercato effettivo» (punto 97).

Nel caso in esame, poiché i criteri di calcolo dell'indennità di espropriazione previsti dalla legge italiana avrebbero portato alla corresponsione, in tutti i casi, di una somma largamente inferiore al valore di mercato (o venale), la Corte europea dichiarava l'obbligo per l'Italia di porre fine a siffatta violazione sistematica e strutturale dell'art. 1 del primo Protocollo della CEDU, anche allo scopo di evitare ulteriori condanne dello Stato in un numero rilevante di controversie seriali pendenti davanti alla Corte medesima.

Per stabilire se, ed in quale misura, la suddetta pronuncia della Corte europea incida nell'ordinamento giuridico italiano, la Consulta ha esaminato il criterio di calcolo dell'indennità di espropriazione previsto dalla norma censurata, concludendo che la stessa «non supera il controllo di costituzionalità in rapporto al «ragionevole legame» con il valore venale, prescritto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e coerente, del resto, con il «serio ristoro» richiesto dalla giurisprudenza consolidata della stessa Corte interna». L'indennità *sub iudice* è infatti inferiore alla soglia minima accettabile di riparazione dovuta ai proprietari espropriati; a ciò si aggiunge, fra l'altro, che la ridotta somma, pur ad essi spettante, sarebbe stata ulteriormente falciata dall'imposizione fiscale, attestata su valori di circa il 20 per cento. In definitiva, quel legittimo sacrificio che può essere imposto in nome dell'interesse pubblico non può giungere sino alla pratica vanificazione dell'oggetto del diritto di proprietà.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Seguendo le argomentazioni della Corte, dunque, il ristoro è «serio» anche quando non sia necessariamente parametrato al valore venale del bene; ad escludere, infatti, l'equivalenza fra indennità di espropriazione e valore venale sta la «funzione sociale» riconosciuta alla proprietà dall'art. 42 Cost e il richiamo, ex art. 2 Cost, di tutti i cittadini all'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale. Tuttavia, con riferimento alla norma censurata, «un'indennità «congrua, seria ed adeguata» [...] non può adottare il valore di mercato del bene come mero punto di partenza per calcoli successivi che si avvalgono di elementi del tutto sganciati da tale dato, concepiti in modo tale da lasciare alle spalle la valutazione iniziale, per attingere risultati marcatamente lontani da essa».

Sull'incidenza nella legislazione italiana di siffatti principi, si rinvia alla scheda presente in questa directory dedicata alla sentenza della Corte Costituzionale n. 349 del 24 ottobre 2007.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Sezione: Proprietà- Espropriazioni

Titolo: *I profili patrimoniali della c.d. occupazione acquisitiva nel dialogo fra Corte Europea dei diritti dell'uomo e la Corte Costituzionale.*

Autore: ANNALISA GIUSTI

Sentenza di riferimento: Corte Costituzionale, sentenza 24 ottobre 2007, n.349

Parametro convenzionale: art. 6 e I Protocollo allegato

Parole chiave: Espropriazione; indennità di esproprio; occupazione acquisitiva.

Il dialogo fra le Corti caratterizzante la materia espropriativa trova nella pronuncia della Corte Costituzionale del 24 ottobre 2007, n. 349 uno dei suoi momenti più significativi. La sentenza in commento, nello specifico, affronta il tema della compatibilità fra le norme convenzionali (e la correlata giurisprudenza Cedu) ed il fenomeno, tutto italiano, della occupazione acquisitiva e dei corrispondenti criteri di ristoro per il proprietario «espropriato».

La questione, sollevata con distinte ordinanze sia dalla Corte di cassazione sia dalla Corte d'appello di Palermo, investe l'art. 5-bis, comma 7-bis, del decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333 (Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica) – convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1992, n. 359 –, comma aggiunto dall'art. 3, comma 65, della legge 23 dicembre 1996, n. 662 (Misure di razionalizzazione della finanza pubblica), secondo cui: «in caso di occupazioni illegittime di suoli per causa di pubblica utilità, intervenute anteriormente al 30 settembre 1996, si applicano, per la liquidazione del danno, i criteri di determinazione dell'indennità di cui al comma 1, con esclusione della riduzione del 40 per cento. In tal caso l'importo del risarcimento è altresì aumentato del 10 per cento. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche ai procedimenti in corso non definiti con sentenza passata in giudicato».

Seguendo le ordinanze di rimessione, per il profilo che qui interessa, la norma si porrebbe in contrasto con l'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ed all'art. 1 del I Protocollo

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

addizionale. Estendendo, infatti, il proprio abito di applicazione ai giudizi in corso, anche per il profilo attinente la riparazione del danno da occupazione illegittima, violerebbe sia l'art. 6 della Convenzione sia l'art. 1 del Protocollo, così come interpretati dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo.

Ancora una volta, dunque, a fungere da filtro è l'articolo 117 della Costituzione ed il sistema delle c.d. norme interposte su cui, per i profili strettamente inerenti le fattispecie allo studio, si è avuto modo di soffermarsi nella scheda dedicata alla sentenza della Corte Costituzionale n. 348 del 2007.

L'attenzione si sposta sugli aspetti relativi l'occupazione acquisitiva ed alla ricognizione dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale compiuta dai giudici della Consulta. L'esame della pronuncia diviene così strumento per la comprensione del fenomeno - estremamente condizionante lo studio della materia espropriativa - attraverso una ricostruzione diacronica in cui la giurisprudenza CEDU rappresenta uno snodo fondamentale.

L'istituto della c.d. «accessione invertita» o «occupazione appropriativa» trova il suo primigenio fondamento nella legge 25 giugno 1865, n. 2359 («Espropriazioni per causa di utilità pubblica») che disciplinava, rispettivamente, l'occupazione temporanea (artt. 64 e 70) – senza prevedere alcun trasferimento di proprietà - e l'occupazione d'urgenza (artt. 71 e 73), inizialmente collegata ai casi contingenti di calamità naturali e poi generalizzata ai casi di occupazione per l'espletamento di lavori dichiarati urgenti dal Consiglio superiore dei lavori pubblici.

Nella prassi, l'istituto dell'occupazione d'urgenza era divenuto un passaggio normale della procedura espropriativa; sovente, l'opera pubblica veniva realizzata sul fondo occupato in via di urgenza, sulla base di una previa dichiarazione di pubblica utilità, senza far seguire alcun valido provvedimento espropriativo. Da qui, per l'appunto, la nascita dell'istituto della c.d. «accessione invertita» o «occupazione appropriativa», consacrato dalla decisione della Corte di cassazione, sezioni unite, n. 1464 del 1983 e più volte confermata anche negli anni successivi. A giudizio dei giudici della nomofilachia, in tali casi, si sarebbe stati di fronte ad un acquisto a titolo originario del bene da parte della pubblica amministrazione, vista la sua trasformazione irreversibile. Richiamando l'esigenza di bilanciamento di interessi, pur presente nella disciplina codicistica dell'accessione, le Sezioni Unite giudicavano prevalenti quelli della p.a. La realizzazione di un'opera di interesse pubblico, l'impossibilità di far coesistere la proprietà del bene realizzato con una diversa proprietà del fondo, portavano dunque a giustificare anche un'occupazione compiuta al di fuori di un rituale procedimento espropriativo.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Il ristoro patrimoniale per il proprietario «espropriato» non sarebbe stato calcolato sulla base dei criteri previsti per l'indennità di esproprio; a questi sarebbe infatti spettata una somma quale risarcimento del danno da illecito, equivalente almeno al valore reale del bene, con prescrizione quinquennale dal momento della trasformazione irreversibile dell'immobile.

Vero è che, sul fronte delle ricadute patrimoniali, nel tempo, si sono registrati diversi interventi legislativi, su cui la stessa Corte Costituzionale è stata più volte chiamata a pronunciarsi. Anche la decisione in commento, del resto, non si occupa *tout court* dell'occupazione acquisitiva ma ne prende in esame il solo profilo patrimoniale, sulla scorta di quanto statuito dalla Corte Europea con il noto caso Scordino (sul punto, si rinvia alla scheda presente in questa directroy).

Con la legge 27 ottobre 1988, n. 458, all'art. 3 - sia pure con riferimento ad una specifica tipologia di opere pubbliche - l'istituto dell'occupazione acquisitiva - fino ad allora di esclusiva matrice giurisprudenziale - riceveva una prima base normativa, fissando il diritto del titolare del bene al risarcimento integrale del danno subito.

Investita della questione di legittimità costituzionale della norma, in riferimento all'art. 42 Cost., secondo e terzo comma, la Corte confermava la correttezza della soluzione legislativa (sentenza n. 384 del 1990), censurando la disposizione solo nella parte in cui non estendeva il proprio ambito di applicazione a quelle ipotesi in cui un provvedimento amministrativo fosse del tutto assente. La connotazione illecita della vicenda (sentenza n. 188 del 1995) rendeva invece indenne da un giudizio di illegittimità costituzionale il riconoscimento al titolare del bene del diritto al risarcimento integrale del danno (sentenza 486 del 1991).

Con la successiva legge 28 dicembre 1995, n. 549, all'art. 5-bis, il legislatore italiano parificava il ristoro per il danno derivante da occupazione acquisitiva e l' indennizzo espropriativo. Tale soluzione veniva però censurata dalla Corte con la sentenza n. 369 del 1996, in quanto ritenuta lesiva dell'art. 3 Cost. «Mentre la misura dell'indennizzo - obbligazione *ex lege* per atto legittimo - costituisce il punto di equilibrio tra interesse pubblico alla realizzazione dell'opera e interesse del privato alla conservazione del bene, la misura del risarcimento - obbligazione *ex delicto* - deve realizzare il diverso equilibrio tra l'interesse pubblico al mantenimento dell'opera già realizzata e la reazione dell'ordinamento a tutela della legalità violata per effetto della manipolazione-distruzione illecita del bene privato». Di conseguenza, «sotto il profilo della ragionevolezza intrinseca (ex art. 3 Costituzione)», poiché nella occupazione appropriativa l'interesse pubblico è già essenzialmente soddisfatto dalla non restituibilità del bene e dalla conservazione dell'opera pubblica, la parificazione del quantum risarcitorio alla misura dell'indennità sarebbe stato «un di più» che



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

avrebbe sbilanciato eccessivamente il contemperamento tra i contrapposti interessi, pubblico e privato, in eccessivo favore del primo.

Riassumendo: l'accessione invertita, secondo quanto desumibile dalla già citata giurisprudenza, realizza un modo di acquisto della proprietà giustificato da un bilanciamento fra l'interesse pubblico (correlato alla conservazione dell'opera) e l'interesse privato (relativo alla riparazione del pregiudizio sofferto dal proprietario), costituzionalmente corretto in quanto concreta manifestazione della funzione sociale della proprietà. In simili ipotesi, però, in cui l'interesse pubblico è già essenzialmente soddisfatto dalla non restituibilità del bene e dalla conservazione dell'opera pubblica, la misura della liquidazione del danno non può prescindere dalla adeguatezza della tutela risarcitoria. Ed una misura adeguata, seguendo le indicazioni derivanti dalla giurisprudenza di legittimità, sarebbe stato il pagamento di una somma pari al valore venale del bene, con la rivalutazione per l'eventuale diminuzione del potere di acquisto della moneta fino al giorno della liquidazione.

E' in questo contesto normativo e giurisprudenziale che interveniva l'art. 3, comma 65, della legge n. 662 del 1996, introducendo nell'art. 5-bis del decreto-legge n. 333 del 1992, il comma 7-bis, secondo cui in caso di occupazione illegittima di suoli per causa di pubblica utilità, intervenute anteriormente al 30 settembre 1996, per la liquidazione del danno, sarebbero stati applicabili i criteri di determinazione dell'indennità di cui al comma 1» (quella, cioè, prevista per l'espropriazione dei suoli edificatori: semisomma tra valore di mercato e reddito catastale rivalutato, decurtata del 40 per cento), con esclusione di tale riduzione e con la precisazione che «in tal caso l'importo del risarcimento è altresì aumentato del 10 per cento».

A tale disposizione, per l'appunto, fa riferimento la decisione della Corte Costituzionale in commento in questa specifica sede. A dire il vero, nel 1999, con la sentenza n. 148, i giudici della Consulta erano stati già chiamati a pronunciarsi sul possibile contrasto fra gli articoli 3 e 42 della Costituzione ed i profili patrimoniali correlati all'occupazione acquisitiva; la questione, però, si come proposta, veniva dichiarata infondata, non rivenendosi nella Costituzione alcun fondamento alla regola della integralità della riparazione del danno e della sua equivalenza al pregiudizio cagionato.

Con la pronuncia del 2007, invece, la Corte, sull'onda della giurisprudenza comunitaria, è tornata sull'occupazione acquisitiva, soffermandosi, nello specifico, sulle sue ricadute in termini patrimoniali, stante il limite delle ordinanze di rimessione.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Ancora una volta, la soluzione del caso concreto passa attraverso la ricerca del giusto equilibrio fra le esigenze dell'interesse generale e gli imperativi della salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo emersi non solo nel caso Scordino, ma anche nella giurisprudenza della Corte europea dedicata, più nello specifico, alla disciplina dell'occupazione acquisitiva (Sporrong e Lönnroth c. Svezia del 23 settembre 1982, punto 69). La Corte europea ha infatti ritenuto che la liquidazione del danno per l'occupazione acquisitiva, stabilita in misura superiore a quella prevista per l'indennità di espropriazione - ma in una percentuale non apprezzabilmente significativa - non permette di escludere la violazione del diritto di proprietà, così come garantito dalla norma convenzionale (tra le molte, I Sezione, sentenza 23 febbraio 2006, Immobiliare Cerro s.a.s.; IV sezione, sentenza 17 maggio 2005, Scordino; IV Sezione, sentenza 17 maggio 2006, Pasculli).

La violazione della norma convenzionale è dunque esclusa allorché il ristoro al titolare del bene si ponga in un «rapporto ragionevole con il valore del bene espropriato».

Ed è da questo principio che «riparte» la Corte Costituzionale, per il tramite dell'art. 117 Cost., per arrivare a sancire l'illegittimità dell'art. 5-bis, comma 7-bis, del decreto-legge n. 333 del 1992, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 359 del 1992, introdotto dall'art. 3, comma 65, della legge n. 662 del 1996, al cui interno non è previsto, per l'ipotesi dell'occupazione acquisitiva, il ristoro integrale del danno, corrispondente al valore di mercato del bene occupato.

Si è detto, ripercorrendo l'iter argomentativo della Corte, come la decisione, pur ricostruendo con sistematicità l'istituto, si soffermi sul solo profilo patrimoniale, lasciando irrisolti alcuni nodi di diritto interno circa le sorti dell'occupazione acquisitiva. Per questi profili, anche in relazione alle scelte compiute dal legislatore interno sotto l'influenza della giurisprudenza CEDU, si rinvia alle schede dedicate.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Libertà di pensiero, coscienza e religione

- -Libertà religiosa individuale
- -Libertà religiosa collettiva



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Sezione: **Libertà di pensiero coscienza e religione**-Libertà religiosa individuale

Titolo: *Violazione del diritto all'istruzione e garanzia della libertà di pensiero, coscienza e religione: quale enforcement per la sentenza Lautsi c. Italia?*

Autore: **PIETRO CUOMO – GIULIA MANTOVANI**

Sentenza di Riferimento: Corte europea dei diritti dell'uomo, *Lautsi c. Italia* ricorso n. 30814/06

Parametro: art.2, Prot. n.1 e art. 9

Parole chiave: Istruzione pubblica, libertà religiosa, simboli religiosi, crocifisso, efficacia della sentenza

La Corte Europea dei diritti dell'Uomo (Corte EDU) si è recentemente pronunciata sul caso *Lautsi c. Italia*, nel quale veniva sollevata una questione di legittimità con riguardo ad alcune norme italiane (artt. 159 e 190 del d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297 del r.d. 26 aprile 1928, n. 1297 e dell'art. 118 del r.d. 30 aprile 1924, n. 965 e dell'art. 676 del predetto d.lgs. n. 297 del 1994) che permettono l'esposizione di simboli religiosi confessionali (nel caso, crocifissi) in edifici scolastici pubblici.

La controversia ebbe origine quando, nell'aprile 2002, la signora Lautsi, di origini finlandesi, chiese nel corso di una riunione scolastica la rimozione dei crocifissi dalle aule della scuola di Abano Terme frequentata dai suoi figli di otto e tredici anni, ritenendo che tale esposizione fosse in contrasto con il principio di laicità dello Stato, come peraltro già precedentemente affermato dalla Corte Costituzionale italiana (Cass. pen. Sez. IV, Sent. del 01 marzo 2000, n. 4273) in relazione all'esposizione di crocifissi nei seggi elettorali. Il Consiglio d'istituto negò la rimozione e contro tale decisione la signora ricorse al TAR del Veneto. Nel corso del giudizio, il TAR, alla luce del principio di laicità dello Stato e, comunque, degli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione, sollevò questione di legittimità costituzionale in relazione alle norme regolamentari che consentono l'esposizione del crocifisso nelle aule. La Corte costituzionale dichiarò l'inammissibilità del ricorso a causa della natura regolamentare delle fonti impugnate, pertanto escluse dalla sua competenza (Corte Cost., Ord. del 15 dicembre 2004, n. 389).



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Fu allora il TAR a pronunciarsi nel marzo 2005 (TAR Veneto, Sent. del 17 marzo 2005, n. 1110), respingendo il ricorso della signora Lautsi. Secondo il TAR, infatti, il crocifisso esposto nelle aule scolastiche non aveva in quella sede valenza religiosa, ma stava a rappresentare la storia e la cultura italiana e la sua affissione non era pertanto in contrasto con il principio di laicità dello Stato garantito dalla Costituzione. Contro tale decisione, la signora Lautsi presentò ricorso al Consiglio di Stato ma anche qui non ottenne soddisfazione (Cons. Stato, Sez. VI, Sent. del 13 febbraio 2006, n. 556). Il Consiglio aderì, infatti, alla tesi avallata dal TAR Veneto secondo la quale il crocifisso era divenuto un simbolo laico dei valori contenuti nella Costituzione italiana ed in particolare della convivenza civile. Contro tale ultima pronuncia la signora Lautsi fece ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

La Corte procedette all'analisi del caso facendo riferimento in primo luogo all'art. 2 Prot. 1 (Diritto all'Istruzione) della CEDU, il quale sancisce il diritto all'istruzione ed il dovere dello Stato di rispettare il ruolo educativo dei genitori, in particolar modo per quel che riguarda i loro orientamenti filosofici e religiosi. In combinato disposto con tale articolo, la Corte considerò gli artt. 8, 9, 10 CEDU che riconoscono, nell'ordine, il diritto al rispetto della vita privata e familiare, il diritto alla libertà di pensiero, coscienza e religione ed il diritto alla libertà di espressione. Alla luce di tali principi, la Corte interpretò l'art. 2 Prot. 1 nel senso dell'imposizione di un obbligo a carico dello Stato, non solo di fornire un'istruzione alla sua popolazione, ma di farlo nel rispetto del ruolo educativo dei genitori e della loro appartenenza culturale o religiosa. Di più, l'istruzione fornita non solo doveva essere il più possibile oggettiva, critica e pluralista, ma l'art. 2 Prot. 1 inseriva addirittura un limite negativo all'azione statale, nelle parole della Corte *"(l'article) lui interdit de poursuivre un but d'endoctrinement qui puisse être considéré comme ne respectant pas les convictions religieuses et philosophiques des parents. Là se place la limite à ne pas dépasser"*. Proprio tale limite deriva dall'applicazione del principio generale contenuto nell'art. 9 che protegge non solo la libertà di credere in una data religione, ma anche di non crederci.

Applicando tali considerazioni generali al caso di specie, la Corte EDU individuò nella presenza di un crocifisso nelle aule scolastiche un tentativo dello Stato italiano di esercitare pressioni sulle scelte religiose degli alunni, in contrasto con il loro diritto alla libertà religiosa. Secondo la Corte, infatti, il crocifisso era un simbolo chiaramente identificabile come religioso dagli studenti di ogni età e la sua esposizione nelle classi poteva influenzarne le scelte, soprattutto in età formativa. Tale interpretazione venne contestata dal Governo italiano durante il procedimento, sulla base della teoria della c.d. "pluralità di significati" che sarebbero stati riferibili al crocifisso, fra i quali quello religioso non sarebbe stato, nel caso specifico, prevalente. Questo approccio, accolto dal Consiglio di Stato nella sua decisione, venne respinto dalla Corte la quale, pur ammettendo la possibilità di riferire più significati al crocifisso, stabilì che *"la signification religieuse (était) prédominante"*.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Per tali motivi, la Corte constatò la violazione dell'art. 2 Prot.1 CEDU in combinato disposto con l'art. 9 CEDU e, su tale base, riconobbe alla signora Lautsi il diritto ad un'"equa soddisfazione" ex art. 41 CEDU per una somma pari ad Euro 5.000,00. A tale decisione si oppose il Governo italiano ed è recente la notizia dell'accoglimento di tale ricorso da parte della Corte EDU. La questione rimane pertanto ancora aperta e bisognerà attendere la decisione della Corte, nella sua composizione di Grande Camera, per un giudizio definitivo sulla questione.

Alla luce dei fatti esposti, sembra importante soffermarsi in primo luogo sul tema dell'efficacia giuridica delle sentenze della Corte EDU che anche in questo caso assume un rilievo non trascurabile, e secondariamente sul ruolo che la Corte riveste nell'attualizzare ed applicare i principi giuridici contenuti nella CEDU.

Per quanto riguarda il primo aspetto, ovvero l'efficacia giuridica delle sentenze emesse dalla Corte EDU, l'elemento normativo di riferimento è l'art. 41 CEDU. Tale articolo consente alla Corte di concedere alla parte lesa un'"equa soddisfazione" nel caso in cui il diritto interno dello Stato che ha violato la Convenzione non permetta, se non in modo imperfetto, di rimuovere le conseguenze della violazione. Anche tale condanna non è però altro che un ulteriore richiamo al più generale dovere dello Stato contravvenente di conformarsi alle sentenze definitive della Corte (*ex art. 46, c. 1, CEDU*) attraverso l'eliminazione degli effetti della violazione e l'adozione delle misure necessarie affinché tale violazione non si ripeta. La condanna all'"equa soddisfazione" si limita, infatti, ad indicare agli Stati contravvenenti il modo con cui completare l'eliminazione delle conseguenze della violazione nel caso in cui non fosse possibile a ciò provvedere attraverso la semplice modifica o cancellazione delle norme interne. Non è, pertanto, possibile ravvisare anche in tale art. 41 nessuna attribuzione di un valore costitutivo alle sentenze della Corte EDU, che rimangono quindi dichiarative. Esse non hanno quindi alcun effetto di rimozione diretta delle conseguenze della violazione, ivi compresa la riapertura dei processi definiti in applicazione delle norme che abbiano violato la CEDU (si veda a riguardo Corte Cost., Sent. del 30 aprile 2008, n. 129 dove si respinge la possibilità di riaprire un processo penale a seguito della pronuncia della Corte EDU che dichiara contrarie alla Convenzione le norme sulle quali si è fondata la decisione del Giudice interno).

Pertanto, l'efficacia reale delle sentenze della Corte dipende esclusivamente dalle azioni che gli Stati adotteranno autonomamente per conformarsi alle sue decisioni. Per monitorare tali attività e per creare un luogo in cui fosse almeno possibile imputare agli Stati la responsabilità politica della mancata conformazione alle sentenze della Corte EDU, il secondo comma dell'art. 46 della Convenzione prevede che le sentenze definitive vengano trasmesse al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa affinché questi ne sorveglino l'esecuzione. Seppur non vincolante, tale misura fa sì che gli Stati siano sottoposti ad un monitoraggio continuo in relazione all'*enforcement* delle



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

sentenze della Corte e che in relazione al loro operato possano essere ritenuti responsabili dai rappresentanti degli altri Stati firmatari della Convenzione.

Ancora non è possibile valutare lo stato dell'*enforcement* della sentenza in esame, poiché essa, oggetto di ricorso davanti alla Grande Camera, non è ancora definitiva. Certo è che, nel caso venisse confermata la decisione della seconda sezione della Corte, la sua attuazione non sarà facile, per il tema culturalmente sensibile affrontato.

Come anticipato, infatti, la Corte affronta, nella sentenza in esame, un problema normativo che ha chiari risvolti sociali, ovvero l'applicazione di principi consolidati dell'ordinamento italiano, ed europeo, in un contesto profondamente mutato rispetto a quello in cui tali principi vennero riconosciuti e codificati. La controversia qui analizzata sembra, infatti, sorgere in primo luogo da una differente sensibilità nei confronti di certi simboli originata dall'appartenenza a diverse culture di provenienza ed alla necessità di convivere in un medesimo spazio. Ciò che sembra particolarmente interessante dal punto di vista giuridico, è come tale diversa sensibilità si manifesti anche nelle decisioni degli organi giurisdizionali nazionali e come questo possa influire sull'applicazione di principi cardine dell'ordinamento. Sembra, infatti, estremamente difficile che qualcuno, oggi, contesti gli artt. 2 e 8 della Costituzione che stabiliscono il principio di laicità dello Stato e il diritto alla libertà religiosa, ma la loro applicazione pratica può riservare sorprese nel momento in cui il sentire comune diventa sempre meno comune, appunto, e sempre più sfaccettato, in quanto multiculturale. Così, simboli oggettivamente riferibili ad una confessione religiosa, come il crocifisso per il cattolicesimo, assumono significati diversi in relazione alla provenienza culturale di chi li guarda. Per chi viene da Paesi in cui vi è una forte tradizione laica nell'esercizio del potere pubblico, per ragioni non da ultimo storiche, come la Finlandia, Stato di appartenenza della ricorrente, l'esposizione di simboli cattolici in un luogo pubblico può risultare come una impropria commistione fra sfera religiosa e sfera statale (quindi laica, come riconosciuto dall'art. 7 Cost. italiana). Per chi è invece immerso da tempo nel substrato culturale italiano, lo stesso crocifisso si ricopre di significati diversi ed ulteriori rispetto a quello religioso, solo condivisi con la religione cattolica, ma perfettamente riferibili alla convivenza civile, come, nelle parole del consiglio di Stato sono quelli di *"tolleranza, di rispetto reciproco, di valorizzazione della persona, di affermazione dei suoi diritti, di riguardo alla sua libertà, di autonomia della coscienza morale nei confronti dell'autorità, di solidarietà umana, di rifiuto di ogni discriminazione"*.

L'incontro dei due opposti modi descritti di leggere uno stesso simbolo pone allora un problema di interpretazione dei principi astratti di laicità dello Stato e di libertà religiosa contenuti, rispettivamente, negli artt. 7 e 8 della Costituzione e ripresi dagli artt. 2 e 9 CEDU. Laddove a



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

livello interno, come avvenuto nel caso in esame, non sia possibile affrontare il problema interpretativo anche per limiti di ammissibilità, il ruolo della Corte EDU risulta estremamente importante.

Peraltro, la sua composizione ancora più ampia rispetto a quella dell'UE (la Corte è, infatti, formata da rappresentanti dei 47 Stati appartenenti al Consiglio d'Europa, in cui sono inclusi i 27 Paesi facenti parte dell'UE) le permette di svolgere un ruolo interpretativo di natura evolutiva grazie alla sua composizione e di agevolare quel processo di integrazione culturale che è essenziale per una riorganizzazione pacifica della struttura sociale degli Stati firmatari ed europei in particolare.

A tale riguardo, la natura meramente dichiarativa delle sentenze della Corte EDU rimane un handicap rilevante ai fini del rapido adattamento dell'ordinamento interno degli Stati alle interpretazioni fornite dalla Corte.

Nonostante la forza delle pronunce della Corte rimanga penalizzata sul versante dell'*enforcement* dalla mancanza di valore dispositivo delle sue sentenze, in casi come quello in commento, pare evidente come i giudici di Strasburgo svolgano un importante lavoro di attualizzazione dei principi della Corte EDU e come tale opera permetta di affrontare in maniera oggettiva problemi che a livello nazionale rischierebbero di ricevere attenzione inadeguata.

Pertanto, la CEDU e la sua interpretazione ad opera della Corte europea dei diritti dell'uomo si confermano come uno strumento utile per garantire ai cittadini non solo il rispetto dei loro diritti, ma anche una corretta interpretazione dinamica ed imparziale di essi, soprattutto in momenti di instabilità e frammentazione culturale come quello attuale, o quanto meno come uno strumento particolarmente efficace per promuovere la discussione in relazione a tali temi. Al di là del merito delle decisioni, e di come il giudizio si chiuderà definitivamente, sembra quindi importante rimarcare come la prospettiva della Corte sia da considerare sempre con interesse proprio in ragione della sua posizione privilegiata poiché innatamente multiculturale, fattore che si ritiene avrà sempre più valore in futuro. Accanto a ciò, rimane vero come a seguito della decisione definitiva sul caso, resterà importante che lo Stato italiano assicuri l'*enforcement* delle decisioni della Corte EDU, pur con i tempi necessari, affinché l'opera di attualizzazione del diritto da questa realizzata non resti lettera morta.

Precedenti

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Corte eur. dir. uomo: *Folgero ed altri c. Norvegia* (ricorso n° 15472/02); *Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen c. Danimarca* (Sent. 7 dicembre 1976, serie A no 23); *Campbell e Cosans c. Regno Unito* (Sent. 25 febbraio 1982, serie A no 48); Commissione Europea: *Karaduman c. Turchia* (Decisione del 3 maggio 1993) (in tema di applicabilità dell'Art. 2 Prot. 1 CEDU).

Corte eur. dir. uomo: *Young, James e Webster c. Regno Unito* (Sent. 13 agosto 1981, serie A no 44.); *Folgero ed altri c. Norvegia* (ricorso n° 15472/02) (in tema di applicabilità dell'Art. 9 CEDU).

Profili di diritto interno

Cass. pen. Sez. IV, Sent. del 01 marzo 2000, n. 4273; TAR Veneto, Sent. del 17 marzo 2005, n. 1110; Cons. Stato, Sez. VI, Sent. del 13 febbraio 2006, n. 556 (in tema di esposizione di simboli religiosi in luoghi pubblici).

Corte Cost., Sent. del 30 aprile 2008, n. 129 (in tema di efficacia sentenze Corte EDU).

Riferimenti bibliografici

Bernardi A., *Artt. 2 e 9*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole - B. Conforti - G. Raimondi, Padova, 2001;

Botta R., *Paradossi semiologici ovvero della "laicità" del crocifisso*, in *Corriere Giur.*, 2006, 6, 843 ss;

Pirrone P., *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea per i diritti umani*, Milano, 2004,

Ronchetti L., *I due volti dell'Europa: il principio di non discriminazione tra libertà e uguaglianza. A proposito delle sentenze Maruko e Rüffert della Corte di giustizia*, in *Giur. It.*, 2009, 3;

(29 marzo 2010)



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Sezione: **Libertà di pensiero, coscienza e religione.** Libertà religiosa individuale.

Titolo: *Il velo islamico nei luoghi educativi, la Turchia e le sfide della laicità.*

Autore: **SILVIA ANGELETTI**

Sentenza di Riferimento: Corte europea dei diritti umani (Grande Camera), Decisione del 10 novembre 2005, *Leyla Şahin c. Turchia* (ricorso n. 44774 / 98).

Parametro convenzionale: art. 9; art. 2 Protocollo n. 1

Parole chiave: Abbigliamento religioso; simboli religiosi; università; società democratica; diritto all'educazione

Gli aspetti problematici, che segnano il rapporto tra l'ordinamento giuridico statale e la libertà di religione nella complessa realtà turca, si rivelano un costante banco di prova anche per le decisioni della Corte europea dei diritti umani.

La *sfida* cui i giudici di Strasburgo sono chiamati, nei casi nei quali è coinvolta la Turchia, è quella di contemperare due esigenze almeno in parte contrapposte.

Da un lato, vi è la necessità del governo turco di mantenere in vita un modello di Stato democratico, laico, secolarizzato nelle sue istituzioni e pluralista, pur muovendosi entro i confini di un territorio la cui consistenza religiosa vede una stragrande maggioranza di musulmani e nel quale le spinte verso un ritorno alla legge coranica come diritto comune del Paese sono tuttora presenti e forti (lo ha dimostrato, alcuni anni fa, il caso del "partito islamico della prosperità", *Refha Partisi v. Turkey*, ricorso n. 41340/98).

In questa difficile, a volte conflittuale situazione, la Corte europea non può mostrarsi insensibile alle ragioni del governo. Basti ricordare, al riguardo, che tra gli obiettivi stessi del Consiglio d'Europa vi è la valorizzazione dei principi democratici negli ordinamenti nazionali europei; inoltre, non va trascurato il ruolo della Corte di Strasburgo nella complessa vicenda dell'ingresso della Turchia



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

nell'Unione Europea, ingresso in parte condizionato anche dalla dimostrazione, da parte delle istituzioni turche, di rispettare i fondamentali parametri di garanzia dei diritti umani sanciti dalla Convenzione di Roma.

Con altrettanta attenzione, però, i giudici europei sono chiamati ad offrire risposte efficaci e coerenti alla domanda di tutela dei cittadini che desiderano esercitare liberamente il proprio credo religioso, manifestandolo nello spazio pubblico senza discriminazioni.

Una delle forme in cui tale esigenza si esprime - talmente controversa nel dibattito a livello sovranazionale da divenire una sorta di simbolo politico dello scontro tra due diverse visioni della laicità - è quella che riguarda il rispetto della prescrizione religiosa (ma sul punto il consenso non è unanime) che impone l'uso del velo alle donne. [...]

La libera manifestazione della propria fede, attraverso atti e comportamenti che rivestono un carattere sociale (e, dunque, un interesse giuridico), è parte integrante della libertà religiosa secondo il dettato dell'art. 9 CEDU. Tuttavia, la Corte europea ha avuto modo di specificare che non ogni atto religiosamente motivato è coperto dalle garanzie della Convenzione.

In materia di abbigliamento religioso, ad esempio, la posizione dei giudici di Strasburgo ha subito una evoluzione, passando dal mancato riconoscimento dell'adozione di un simbolo religioso, quale il velo islamico, come espressione della libertà garantita all'art. 9 (*Dahlab v. Switzerland*, ricorso n. 42393/98), alla considerazione del medesimo comportamento come aspetto rientrante nella disposizione in questione (*L. Şahin v. Turkey*), con importanti conseguenze in ordine alla valutazione circa la liceità delle misure restrittive assunte dai Paesi membri.

Facendo largo uso del margine di discrezionalità riservato agli Stati, e ricorrendo alle ipotesi legittime di limitazione, previste al secondo § dell'art. 9, il governo turco ha interpretato il proprio atteggiamento restrittivo in tema di abbigliamento religioso, e la conseguente ingerenza nell'esercizio della libertà di religione dei cittadini, come un tentativo di arginare la probabile diffusione di pratiche tendenti ad un ritorno alla vincolatività della legge religiosa.

Il timore delle autorità è che l'uso generalizzato di alcune regole di matrice islamica possa avere il duplice effetto negativo di minare il tessuto collettivo, determinando pressioni psicologiche sulla componente sociale più secolarizzata e fedele al dettato laico, e di mettere a rischio l'equilibrio politico – istituzionale del Paese.

Nell'intento di sostenere il governo turco in questa difficile opera di mediazione, anche la Corte ricorre ampiamente al criterio del margine di discrezionalità riservato allo Stato.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

L'esito di questo percorso sembra condurre i giudici europei a condividere un modello di laicità fortemente ancorato alla lezione francese, in cui l'enfasi cade sulle esigenze (collettive) di neutralità dello spazio pubblico, più che su quelle (individuali) di libertà nella manifestazione dei comportamenti religiosamente orientati.

Il caso *Şahin* appare ai nostri occhi come un esempio efficace di questa complessa e difficile ricerca di mediazione tra interessi contrapposti, rivelando, in alcuni passaggi argomentativi della Corte, anche i rischi e le debolezze connessi a un tale impervio tentativo di bilanciamento.

Leyla Şahin, studentessa dell'Università di Istanbul, presenta ricorso giurisdizionale contro le deliberazioni assunte dall'Istituto in materia di abbigliamento. Le regole dell'Università impongono il divieto per le studentesse di indossare il velo islamico negli spazi comuni e durante i corsi, allo scopo - secondo il provvedimento - di salvaguardare il diritto di tutti gli studenti di frequentare l'Università in un clima di uguaglianza e armonia, al riparo dalle pressioni psicologiche che l'uso di simboli religiosamente qualificati può suscitare.

Di fronte al reiterato rifiuto della studentessa, praticante musulmana, di togliersi il velo, le autorità amministrative reagiscono sospendendola dai corsi, e la ragazza decide di proseguire altrove i suoi studi. Esperiti senza successo i ricorsi interni, la giovane si rivolge alla Corte di Strasburgo, ottenendo una doppia decisione, prima in sede camerale (decisione del 29 giugno 2004) poi in sede di Grande Camera.

Davanti ai giudici europei, la ricorrente fa valere la violazione, tra gli altri, dell'articolo 9 CEDU e dell'art. 2 del primo Protocollo, sostenendo che lo Stato turco, impedendole di indossare il velo in un luogo pubblico, ha leso il suo diritto a manifestare il proprio credo religioso e, contemporaneamente, ad accedere all'istruzione in condizioni di parità con gli altri studenti.

Le argomentazioni della Corte partono, come si è visto, dall'affermazione che il divieto di utilizzare il velo islamico negli spazi pubblici costituisce una forma di ingerenza dello Stato nella libertà religiosa dei cittadini. Premesso ciò, resta da chiarire se di interferenza indebita si tratti o se sussistono le condizioni per richiamare il secondo § dell'art. 9, nel quale sono previste le condizioni che legittimano una restrizione all'esercizio del diritto di libertà religiosa, da parte delle pubbliche autorità. In linea con quanto deciso nella sentenza della Camera, i giudici europei ritengono che, nel caso di specie, lo Stato turco abbia agito sulla base di una previsione normativa chiara e conoscibile, adottando una misura proporzionale, rispondente alle necessità di uno Stato democratico e tesa a garantire il rispetto dei diritti altrui e l'ordine pubblico.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

A differenza di quanto aveva ritenuto di fare la Camera, la Grande Camera, nel formulare la sua valutazione nel merito della vicenda, ha distinto i due problemi dell'esercizio della libertà religiosa (art. 9) e dell'accesso all'istruzione senza discriminazioni (art. 2 del primo Protocollo).

Le conclusioni, tuttavia, non divergono. A giudizio della Corte di Strasburgo, non vi è stata violazione dell'art. 9 né, per le stesse ragioni, del diritto di accesso all'istruzione garantito all'art. 2 del Protocollo n. 1.

Uno sguardo agli argomenti che sorreggono la decisione in esame ci riporta immediatamente ad altri casi affrontati dalla Corte e riguardanti la Turchia: in ognuno di essi, come sopra accennato, elemento centrale di valutazione è la necessità di salvaguardare il carattere democratico e laico (*secular*) dell'ordinamento turco. Nel caso *Şahin*, come nel caso *Refah Partisi*, sottoposto dall'omonimo partito turco, il governo difende le sue scelte poggiandole sulla tutela della laicità dell'ordinamento, unico baluardo contro il ritorno alla legge religiosa islamica e come tale strumento di difesa dell'ordinamento democratico.

Stando alle osservazioni del governo turco nel caso *Şahin*, la laicità delle istituzioni trova espressione nella neutralità delle stesse e dello spazio pubblico, nel rispetto del pluralismo, della tolleranza, dell'armonia sociale, valori dei quali lo Stato deve farsi garante, impedendo forme di intolleranza, discriminazione e pressioni sociali che stigmatizzano il credente e il non credente, suscitando tensioni nella comunità.

Riguardato da questo punto di vista, il velo islamico rappresenta, sempre secondo il governo, un chiaro esempio di come certe forme di espressione religiosa siano in grado di mettere in pericolo la convivenza sociale.

Muovendo dalla considerazione che non esiste un unico modello europeo di relazioni tra Stato e comunità religiose e che, su questo terreno, i fattori storici, tradizionali e culturali giocano un ruolo di primo piano nelle scelte dei singoli ordinamenti, la Corte europea finisce per aderire alle argomentazioni del governo turco e per giudicarne legittima la restrizione in vista della necessità di salvaguardare un interesse collettivo.

In una società democratica nella quale coesistono più comunità religiose, osservano i giudici, può essere necessario porre dei limiti alla libera manifestazione religiosa, con l'obiettivo di conciliare gli interessi dei vari gruppi con il rispetto per ogni convinzione.

Il ruolo dello Stato, prosegue la Corte, è quello di farsi organizzatore neutrale e imparziale dell'esercizio di tutte le religioni, assicurando che vi sia tra di esse reciproca tolleranza. Le



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

peculiarità delle singole situazioni nazionali e, nel caso di specie, delle differenti regolamentazioni nell'uso dei simboli religiosi, inducono il giudice europeo a riconoscere ad ogni ordinamento statale un ampio margine di discrezionalità nell'applicazione dei principi richiamati.

Negli argomenti espressi dai giudici di Strasburgo, qui sinteticamente richiamati, è facile intravedere motivazioni di carattere politico (l'obiettivo, come si è detto, è quello di sostenere il governo turco nel difficile processo di consolidamento di un ordinamento democratico e secolarizzato), che tuttavia non nascondono alcuni punti di criticità, evidenziati con lucidità e chiarezza argomentativa nella *Dissenting Opinion* del giudice Tulkens.

In primo luogo, si fa osservare come i giudici europei sono venuti meno al loro ruolo di "supervisore" del comportamento dello Stato; ruolo che essi devono conservare anche qualora sia stato fatto valere il margine statale di discrezionalità (par. 3 *Dissenting Opinion*).

In particolare, le valutazioni della Corte avrebbero dovuto tenere in maggior conto il fatto che, lungi da quella difformità di regime giuridico che è stata adombrata, esiste invero una uniformità di atteggiamenti da parte degli Stati membri sulla questione del velo.

Nessun Paese, secondo le parole del giudice, pone divieti all'uso del velo islamico all'interno delle istituzioni universitarie, nelle quali si presuppone che vi sia un confronto tra persone adulte e perciò non condizionabili alla stregua degli alunni minorenni delle scuole.

Accogliendo per vere le dichiarazioni della studentessa, inoltre, sembra chiaramente evidente che il suo intento, indossando il velo, fosse solo quello di rispondere ad un precetto religioso, senza con questo mettere in discussione il principio di laicità né assumere comportamenti tendenti verso un pericoloso estremismo (a riprova di ciò, nessuna sanzione disciplinare per atti o parole di tenore fondamentalista le sono stati addebitati dalle autorità universitarie).

Non tutte le donne che indossano il velo islamico devono essere associate all'estremismo religioso, prosegue il giudice, pertanto occorre una seria valutazione caso per caso mentre non può bastare un generico richiamo alla necessità di combattere l'estremismo religioso per legittimare la restrizione di un'espressione confessionale.

Se l'argomento del discernimento del caso concreto – per accertare la sussistenza o meno del requisito della "necessità in uno Stato democratico" – appare difficilmente trascurabile, altrettanto ci



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

sembra di poter dire in merito alla riflessione del giudice Tulkens sull'altra questione affrontata dalla Corte: il rispetto del principio di uguaglianza di genere.

Sul punto, la sentenza *Şahin* riprende integralmente le affermazioni già espresse nel caso *Dahlab v. Switzerland*. Per i giudici europei, l'uso del velo islamico è un simbolo imposto alle donne da un precetto religioso, difficilmente conciliabile con il principio dell'uguaglianza dei sessi e con i valori della tolleranza, del rispetto reciproco e della non discriminazione.

Ad avviso del giudice dissenziente, tali considerazioni, oltre ad andare ben oltre il ruolo riservato alla Corte, implicando valutazioni sui contenuti di una religione, delineano in modo arbitrario l'orizzonte dei significati che la persona può voler attribuire al velo.

L'esito di questo metodo è quello di impedire - ad una donna che abbia volontariamente scelto di farlo - di poter rispondere ad un proprio convincimento personale, violando la sua libertà di manifestazione religiosa e, nel caso di specie, anche il suo diritto ad avere accesso al sistema dell'istruzione senza discriminazioni. In definitiva, proprio quegli stessi principi di tolleranza che si vogliono a fondamento di norme restrittive (come quella che bandisce il velo dai luoghi di educazione) si rivelano fattori di esclusione e non già di inclusione e di costruzione di un ambiente di apertura culturale e di dialogo (par. 19 *Dissenting Opinion*).

Precedenti: Corte europea dei diritti umani, *Karaduman v. Turkey*, (ricorso n. 16278/90); *Dahlab v. Switzerland*, (ricorso n. 42393/98).

Riferimenti bibliografici:

Gilbert H., *Redefining Manifestation of Belief in Leyla Sahin v. Turkey*, «European Human Right Law Review», 3, 2006.

Mc Goldrick D., *Human Rights and Religion: the Islamic Headscarf Debate in Europe*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2006, 140 ss.

Marshall J., *Freedom of Religious Expression and Gender Equality: Sahin v. Turkey*, «The Modern Law Review», 2006.

(13.01.2010)



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

- Sezione:** **Libertà di pensiero, coscienza e religione** - *Libertà religiosa individuale.*
- Titolo:** *Esposizione di simboli e libertà religiosa: il caso del crocifisso nelle aule scolastiche*
- Autore:** **MARCO CANONICO**
- Sentenza di riferimento:** Corte eur.dir.uomo, Decisione del 3 novembre 2009, *Lautsi c. Italia* (ricorso n. 30814/06)
- Parametro convenzionale:** art. 9; art. 2 Protocollo n. 1; art. 14
- Parole chiave:** Simboli religiosi; crocifisso; sentimento religioso; libertà di educazione; pluralismo; laicità

In tema di libertà religiosa negli ultimi anni ha suscitato particolare interesse la questione dei simboli che denotano l'appartenenza di singoli o gruppi ad una determinata confessione ovvero, quando esposti per disposizione delle pubbliche autorità, possono indicare il favore delle istituzioni nei riguardi di una certa religione.

Il problema richiede attenzione in quanto, se da un lato appare logico e doveroso riconoscere a chiunque il diritto di comportarsi secondo i dettami della propria coscienza, e dunque consentire in linea generale di indossare gli abiti o gli accessori o i simboli che il soggetto preferisce e ritiene utili e confacenti alle proprie esigenze, d'altro lato ci si preoccupa di rispettare e tutelare anche la libertà di coloro che, entrando in contatto con i primi, possono essere per certi versi costretti a subire, o quanto meno tollerare, le scelte e manifestazioni simboliche e rituali altrui, senza contare le eventuali legittime limitazioni che potrebbero comunque rendersi necessarie, ad esempio per motivi di salvaguardia dell'ordine pubblico, come nell'ipotesi in cui si vietasse un vestiario dalle caratteristiche tali da rendere la persona irricognoscibile.

Le accennate questioni si sono agitate in epoca recente, sotto vari profili, in diverse realtà statali, tanto da indurre ad esempio la Francia, pur considerata modello di laicità, ad introdurre una discutibile legge che vieta alle persone l'esposizione di simboli religiosi evidenti. Ma anche in altri Paesi si sono presentate problematiche analoghe, attinenti soprattutto alle difficoltà derivanti

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

dall'utilizzo in pubblico del velo islamico e fattispecie similari, che già in passato hanno richiesto l'intervento della Corte europea dei diritti umani (*Dahlab v. Switzerland*, n. 42393/98, 15.2.01; *Leyla Sahin v. Turkey*, n. 44774/93, 10.11.05).

Un aspetto particolare della questione è tuttavia rappresentato dall'esposizione di simboli religiosi in luoghi pubblici o aperti al pubblico ad opera delle istituzioni. Il caso più emblematico è quello del crocifisso, che le normative di alcuni Paesi prevedono sia esposto nelle aule scolastiche e in generale negli uffici pubblici.

La situazione riguarda anche l'Italia, ove è disposta la presenza del crocifisso nelle aule scolastiche, oltre che nelle aule di giustizia e nei seggi elettorali. Tale obbligatoria presenza di un simbolo religioso ha fatto discutere in dottrina, sul presupposto che essa potrebbe contrastare con il principio di laicità dello Stato.

Si tratta di un principio che secondo la Corte Costituzionale italiana, a partire dalla sentenza 11.4.89 n. 203 e nella giurisprudenza successiva (sentt. 25.5.90 n. 259, 14.1.91 n. 13, 27.4.93 n. 195, 1.12.93 n. 421, 5.5.95 n. 149, 8.10.96 n. 334, 14.11.97 n. 329, 20.11.2000 n. 508, 27.9.01 n. 329, 9.7.02 n. 327, 29.4.05 n. 168), è rinvenibile in via interpretativa dalle disposizioni contenute negli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Carta fondamentale, costituendo addirittura a parere della Consulta un principio supremo dell'ordinamento costituzionale, ovvero *"uno dei profili della forma di Stato delineata nella Carta costituzionale della Repubblica"*. Secondo il Giudice delle leggi il principio di laicità *"implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia delle libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale"* (Sent. n. 203/89). Più in particolare per la Corte Costituzionale detto principio *"comporta equidistanza e imparzialità della legislazione rispetto a tutte le confessioni religiose"* (Sent. n. 329/97), e ciò *"senza che assumano rilevanza alcuna il dato quantitativo dell'adesione più o meno diffusa a questa o a quella confessione religiosa... e la maggiore o minore ampiezza delle reazioni sociali che possono seguire alla violazione dei diritti di una o di un'altra di esse... imponendosi la pari protezione della coscienza di ciascuna persona che si riconosce in una fede quale che sia la confessione di appartenenza"* (Sent. n. 508/2000). In dottrina non c'è tuttavia unanimità di consensi sulla riferita interpretazione del dettato costituzionale elaborata dalla Consulta e sull'effettiva esistenza di un precetto costituzionale in tema di laicità dello Stato, ferma restando la necessaria tutela della libertà religiosa, individuale e collettiva (artt. 19, 7 e 8 Cost.), ed i relativi divieti di discriminazione (artt. 3, 20 Cost.). Con tali esigenze deve dunque confrontarsi la questione dei simboli religiosi, soprattutto allorché si tratti di simboli imposti dallo Stato, in quanto ritenuti



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

potenzialmente lesivi della libertà dei soggetti appartenenti a confessione religiosa diversa da quella rappresentata o addirittura a nessuna confessione in quanto atei.

Nel caso del crocifisso nelle aule scolastiche il problema assume poi una connotazione particolare, in quanto alle difficoltà sopra accennate si aggiunge la necessità di garantire la libertà ideologica e religiosa di soggetti minori, in quanto tali più vulnerabili, oltre all'esigenza di assicurare ai genitori il diritto di libertà religiosa anche sotto il profilo educativo, laddove l'imposta presenza del simbolo religioso cristiano nelle scuole pubbliche potrebbe secondo alcuni essere percepita dagli alunni come indicazione ed esortazione alla sequela di una data religione e dunque valere come indebita ingerenza delle pubbliche istituzioni in ambito spirituale, in contrasto con la libertà religiosa individuale ed il diritto educativo dei genitori.

La problematica, lungi dal rivestire carattere meramente teorico, ha avuto in Italia ripercussioni pratiche notevoli, con una nutrita serie di pronunce giurisprudenziali a vari livelli. Si inizia con l'ordinanza 22 ottobre 2003 del Giudice monocratico del Tribunale di L'Aquila la quale, sul presupposto che l'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche potesse violare la libertà degli alunni, disponeva la rimozione di detto simbolo. Il provvedimento veniva tuttavia superato dall'ordinanza collegiale n. 1563, emessa dal medesimo Tribunale in data 19-29 novembre 2003 in sede di impugnazione della precedente decisione, con la quale il giudice adito dichiarava il proprio difetto di giurisdizione sul punto reputando trattarsi di materia di competenza del giudice amministrativo. Tale orientamento sembra ormai definitivamente acclarato a seguito dell'ordinanza 10.7.06 n. 15614 delle sezioni unite della Corte di Cassazione, che ha stabilito l'esclusiva giurisdizione amministrativa in materia di esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche. In tale ottica vanno lette le decisioni del TAR Veneto 22.3.05 n. 1110 e del Consiglio di Stato, sez. VI, 13.2.06 n. 556, nonché del TAR Lombardia, Sezione di Brescia, 15.7.06 n. 603, tutte favorevoli al permanere del crocifisso nelle aule scolastiche. Va ricordato che in materia è intervenuta anche la Corte Costituzionale la quale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità delle disposizioni che prevedono l'esposizione del crocifisso nelle scuole pubbliche (artt. 159 e 190 del D. Lgs. 16.4.94 n. 297 come specificati, rispettivamente, dall'art. 119 (e tabella C allegata) del R.D. 26.4.28 n. 1297 e dall'art. 111 del R.D. 30.4.24 n. 965; art. 676 del medesimo D. Lgs. n. 297/94 *"nella parte in cui conferma la vigenza delle disposizioni"* dei predetti artt. 119 R.D. n. 1297/28 e 118 R.D. n. 965/24), con l'ordinanza 15.12.04 n. 389 ha ritenuto che dette disposizioni siano di rango regolamentare, ossia *"norme prive di forza di legge, sulle quali non può essere invocato un sindacato di legittimità costituzionale"*.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Tutto ciò senza considerare le pronunce che si sono occupate del crocifisso sotto altri profili. Ad esempio, Cass., sez. IV, 1.3.2000 ha ritenuto giustificato il rifiuto dell'ufficio di presidente, scrutatore o segretario di seggio elettorale per la presenza del crocifisso nell'arredo del locale; Cass., sez. III pen., ord. 28.9.05 ha dichiarato inammissibile l'istanza di rimessione del procedimento penale ad altro giudice fondata sulla presenza del crocifisso nell'aula d'udienza, stante la dimensione nazionale di tale situazione ed essendo dunque il richiesto trasferimento del processo inidoneo ad evitare la situazione denunciata; T. Catania 22.1.08 ha reputato che la collocazione del crocifisso o di immagini sacre in locali dell'amministrazione destinati al pubblico o in cui si svolga un pubblico servizio, nella specie i locali dell'unità operativa del Comando di polizia municipale, attiene a scelte di carattere organizzatorio dell'amministrazione ed i relativi provvedimenti sono sindacabili dal giudice amministrativo, anche per quanto attiene alle istanze cautelari tendenti alla rimozione dei simboli ed alla richiesta di risarcimento danni; T. L'Aquila 18.11.05 ha affermato che integra il reato di rifiuto di atti d'ufficio il comportamento del magistrato che rifiuta di tenere udienza adducendo come motivo la presenza in aula del crocifisso; T. Napoli 31.3.05 ha ritenuto che sussiste giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nella controversia attinente alla vigenza delle norme che prevedono, con effetti verso una platea indifferenziata di soggetti, la presenza del crocifisso nei seggi elettorali. Non va inoltre trascurato che con ordinanza 24.3.06 n. 127 la Corte Costituzionale si è pronunciata nel senso dell'inammissibilità della questione per conflitto di attribuzione ipotizzato dal Giudice unico del Tribunale di Camerino nei confronti del Ministro della giustizia con riferimento alla circolare del Ministro di grazia e giustizia – Div. III del 29 maggio 1926 n. 2134/1867 relativa alla «Collocazione del Crocifisso nelle aule di udienza» e conseguenziale diniego del Ministro predetto alla rimozione dei crocifissi dalle aule giudiziarie.

In relazione alla problematica del crocifisso nelle aule scolastiche, non si deve ignorare che in Germania è stata giudicata contraria all'art. 4, comma 1, della Legge fondamentale (Grundgesetz) l'esposizione della croce o del crocifisso nei locali della scuola statale non confessionale (Bundesverfassungsgericht 16.5.95). Analoga decisione si è avuta in Spagna (Tribunale amministrativo di Valladolid 14.11.08), ove la presenza del crocifisso nelle aule scolastiche è stata considerata lesiva dei diritti fondamentali di uguaglianza e libertà religiosa, in quanto la valenza spirituale del simbolo può ingenerare nei minori la convinzione che lo Stato sia più vicino alla religione di cui il crocifisso è espressione.

In tale quadro generale si inserisce la decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Il caso trae origine dal ricorso di una madre, residente in Italia, che lamenta la presenza del crocifisso nelle aule della scuola pubblica frequentata dai suoi due figli minorenni, presenza ritenuta contrastante con il principio di laicità e con il diritto della donna di educare i propri bambini. La questione viene sollevata dall'interessata nel corso di una riunione, ma la direzione scolastica decide il mantenimento del crocifisso nelle aule.

La signora Lautsi ricorre dunque al Tribunale amministrativo regionale del Veneto avverso detta decisione, invocando gli articoli 3 e 19 della Costituzione italiana e l'art. 9 della Convenzione europea per sostenere la violazione del principio di laicità, oltre alla lesione del principio di imparzialità dell'azione amministrativa, chiedendo altresì al giudice adito di sollevare questione di legittimità costituzionale delle disposizioni che prevedono l'esposizione del crocifisso in aula. In accoglimento di tale istanza il TAR Veneto investe della questione la Corte Costituzionale la quale, come sopra accennato, con ordinanza 15.12.04 n. 389 dichiara inammissibile la questione stessa, in quanto avente ad oggetto disposizioni di natura regolamentare che in quanto tali, non avendo forza di legge, esulano dal sindacato della Consulta. Il giudice amministrativo si pronuncia quindi nel merito rigettando, con sentenza 22.3.05 n. 1110, il ricorso della Lautsi sul presupposto che il crocifisso simboleggi la storia e la cultura italiane e di conseguenza l'identità stessa italiana, rappresentando altresì *"un sistema di valori di libertà, eguaglianza, dignità umana e tolleranza religiosa e quindi anche della laicità dello Stato"*. Inoltre secondo il giudice amministrativo *"i principi costituzionali di libertà hanno molte radici, e una di queste è indubbiamente il cristianesimo"*, ragione per cui sarebbe *"paradossale escludere un segno cristiano da una struttura pubblica in nome di una laicità, che ha sicuramente una delle sue fonti lontane proprio nella religione cristiana"*. D'altra parte, precisa ancora il TAR, *"la croce in classe rettamente intesa prescinde dalle libere convinzioni di ciascuno, non esclude alcuno e ovviamente non impone e non prescrive nulla a nessuno, ma implica soltanto, nell'alveo delle finalità educative e formative della scuola pubblica, una riflessione... sulla storia italiana e sui valori condivisi della nostra società come giuridicamente recepiti nella Costituzione, tra cui in primis la laicità dello Stato"*.

La donna impugna il provvedimento dinanzi al Consiglio di Stato, che rigetta il ricorso con decisione 13.2.06, motivata in primo luogo con il rilievo secondo cui *"la laicità, benché presupponga e richieda ovunque la distinzione fra la dimensione temporale e la dimensione spirituale e fra gli ordini e le società cui tali dimensioni sono proprie, non si realizza in termini costanti nel tempo e uniformi nei diversi Paesi, ma, pur all'interno di una medesima "civiltà", è relativa alla specifica organizzazione istituzionale di ciascuno Stato, e quindi essenzialmente storica, legata com'è al divenire di questa organizzazione"*. Inoltre a giudizio del Consiglio di Stato il crocifisso può assumere diversi significati e dunque, al di là del suo significato religioso, in Italia



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

esso *"è atto ad esprimere... l'origine religiosa dei valori di tolleranza, di rispetto reciproco, di valorizzazione della persona, di affermazione dei suoi diritti, di riguardo alla sua libertà, di autonomia della coscienza morale nei confronti dell'autorità, di solidarietà umana, di rifiuto di ogni discriminazione, che connotano la civiltà italiana"*, e ciò *"senza mettere in discussione, anzi ribadendo, l'autonomia... dell'ordine temporale rispetto all'ordine spirituale, e senza sminuire la loro specifica "laicità"..."*.

Di fronte al duplice rigetto delle proprie istanze in seno all'ordinamento statale, la Lautsi propone il ricorso da cui trae origine la decisione della Corte europea di cui trattasi, sostenendo il prevalente valore religioso del crocifisso e che di conseguenza la sua esposizione nelle aule della scuola pubblica valga a significare, agli occhi degli alunni, l'adesione dello Stato ad una determinata religione, esercitando in tal modo una pressione psicologica sui minori di altro culto, in spregio alla laicità che impone allo Stato la neutralità e l'equidistanza nei confronti delle religioni. La ricorrente lamenta per tali ragioni la violazione da parte dell'Italia della libertà religiosa, contemplata dall'art. 9 della Convenzione, e del suo diritto di poter educare i figli in conformità alle proprie convinzioni, secondo quanto previsto dall'art. 2 del Protocollo n. 1.

Il governo italiano difende l'operato degli organi nazionali sottolineando il significato anche etico del crocifisso, capace di evocare, indipendentemente dall'adesione alla fede cristiana, valori civili e democratici derivanti proprio dal cristianesimo, ed in tal senso secondo lo Stato la croce risulterebbe compatibile con la laicità, in linea con la giurisprudenza della Corte europea che richiede una ingerenza molto più penetrante della mera esposizione affinché un simbolo religioso possa determinare una lesione dei diritti e delle libertà. Del resto non potrebbe dubitarsi dell'esistenza in Italia della libertà di aderire o meno ad una confessione religiosa e la presenza del crocifisso nella scuola non potrebbe comportare una limitazione di essa, mentre neppure la libertà educativa dei genitori verrebbe lesa dal momento che l'insegnamento nella scuola pubblica è impartito in maniera laica e pluralista, i programmi scolastici non contengono riferimenti di natura spirituale ed è facoltativo l'insegnamento della religione. In ogni caso la presenza del crocifisso rientrerebbe a parere del governo italiano nel margine di apprezzamento e discrezionalità dell'ordinamento interno, similmente a quanto avviene per analoghe fattispecie quale ad esempio in Grecia la presenza attiva di ministri di culto ortodossi nelle cerimonie pubbliche.

Interviene nel giudizio il Greek Helsinki Monitor, che osserva come il crocifisso sia simbolo religioso e come, secondo i principi direttivi sull'insegnamento della religione nella scuola pubblica elaborati a Toledo dal consiglio di esperti in materia della OSCE, la presenza di tale simbolo in una



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

scuola pubblica possa costituire una forma di implicito insegnamento religioso, offrendo l'impressione che una data religione sia preferita rispetto alle altre.

A fronte delle argomentazioni proposte dalle parti interessate, la Corte affronta la questione deferitale osservando in primo luogo che è nell'ambito del diritto fondamentale all'istruzione che si colloca il diritto dei genitori al rispetto delle loro convinzioni religiose e filosofiche, senza che al riguardo l'art. 2 del Protocollo n. 1 distingua fra istruzione pubblica e privata. Tale disposizione secondo i giudici di Strasburgo mira a tutelare la possibilità del pluralismo educativo, elemento essenziale per preservare la società democratica. In tale prospettiva il rispetto delle convinzioni dei genitori deve realizzarsi nel quadro di un ordinamento scolastico aperto, nel quale non devono avere rilevanza l'origine sociale, le credenze religiose e l'appartenenza etnica degli allievi, sì che la scuola risulti luogo d'incontro di diverse religioni e culture. In simile contesto lo Stato dovrà curare che l'insegnamento sia impartito in maniera obiettiva e pluralista, laddove ogni forma di indottrinamento violerebbe la libertà educativa dei genitori.

D'altra parte - sottolinea ancora la Corte - il rispetto delle credenze religiose di genitori ed alunni implica il diritto, garantito dall'art. 9 della Convenzione, di credere o meno in una religione, mentre il dovere di imparzialità e neutralità dello Stato rende inaccettabile qualsiasi valutazione da parte dello stesso riguardo alle convinzioni religiose dei cittadini ed alle modalità di espressione delle stesse, sicché in tema d'insegnamento la neutralità che compete allo Stato deve garantire il pluralismo ideologico e confessionale.

In applicazione dei ricordati principi la Corte ritiene che lo Stato debba astenersi dall'imporre, anche indirettamente, determinate convinzioni, soprattutto a carico dei minori, i quali difettano di piena capacità critica riguardo ad indicazioni che implicino la manifestazione di una preferenza dello Stato in materia religiosa.

Sulla base di tali presupposti deve essere per la Corte affrontata la questione della presenza del crocifisso nelle aule scolastiche. Al riguardo viene precisato che detto simbolo evoca bensì una pluralità di significati ma fra essi predomina comunque la valenza religiosa, con la conseguenza che l'esposizione della croce può essere interpretata dagli alunni come simbolo religioso, facendo loro percepire una caratterizzazione religiosa dell'insegnamento, con potenziale turbamento per gli alunni di fede diversa o atei, senza che l'assenza di pratiche e insegnamenti di natura specificamente spirituale valga ad evitare la suddetta lesione della libertà religiosa negativa, meritevole di particolare tutela qualora sia lo Stato ad esprimere una preferenza in tale ambito e l'interessato si trovi in situazione tale da non poter evitare la percezione di dette indicazioni.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Nella indicata prospettiva secondo la Corte l'esposizione di un simbolo religioso non può essere giustificata né dall'eventuale richiesta dei genitori interessati ad una educazione in conformità ad esso, né dalla necessità di un compromesso fra le parti politiche d'ispirazione cristiana, in quanto il rispetto delle convinzioni religiose di alcuni genitori va temperato con il necessario rispetto delle convinzioni degli altri genitori appartenenti a fedi diverse, mentre lo Stato è tenuto alla neutralità confessionale nel quadro dell'istruzione pubblica obbligatoria. Per tali motivi la Corte di Strasburgo giudica che la presenza del crocifisso nelle aule scolastiche violi il diritto dei genitori di educare i figli secondo le proprie convinzioni ed il diritto degli alunni di credere o meno ad una religione, oltre a contrastare con il dovere dello Stato di rispettare la neutralità nell'esercizio della funzione pubblica, soprattutto in ambito educativo, con violazione congiunta dell'art. 2 del Protocollo n. 1 e dell'art. 9 della Convenzione, in ragione della quale l'Italia viene condannata al risarcimento del danno nella misura di € 5.000 oltre interessi, dichiarandosi invece il non luogo a provvedere sull'ipotizzata violazione del principio di non discriminazione sancito dall'art. 14 della Convenzione medesima, alla luce della riscontrata avvenuta violazione delle altre disposizioni.

Precedenti:

Corte europea dei diritti umani, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, 7.12.76; *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, 13.8.81; *Campbell et Cosan c. Royaume*, 25.2.82; *Buscarini et autres c. Saint-Marin*, 24645/94; *Valsamis c. Grèce*, 18.12.96; *Dahlab c. Suisse*, 42393/98, 15.2.01; *Folgerø et autres c. Norvège*, 15472/02.

Riferimenti bibliografici:

Belgiorno de Stefano M.G., *Il crocifisso nelle aule scolastiche in Italia. Una condanna annunciata della Corte Europea dei Diritti Umani*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it)

Busnelli F.D., *Riflessioni sul problema del crocifisso nelle scuole*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 549 ss.

Carlassare L., *Una prevedibile sentenza nel nome della laicità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 554 ss.

Croce M., *La "sana laicità" capitola a Strasburgo: la Corte europea dei diritti dell'uomo giudice di costituzionalità sulle fonti non primarie?*, in *Foro it.*, 2010, IV, 67 ss.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

D'Elia G., *Il crocifisso nelle aule scolastiche: un paradosso che non resiste all'Europa*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it)

Kermiche S., *L'interdiction du crucifix dans les écoles publiques: une décision contraire au principe de laïcité italien?*, in *Federalismi.it*, (www.federalismi.it)

Mancini S., *La supervisione europea presa sul serio: la controversia sul crocifisso tra margine di apprezzamento e ruolo contro-maggioritario delle Corti*, in *Associazione italiana costituzionalisti* (www.associazionedeicostituzionalisti.it)

Ruotolo M., *La questione del crocifisso e la rilevanza della sentenza della Corte europea dal punto di vista del diritto costituzionale*, in www.costituzionalismo.it

Schuster A., *Una "ratatouille", per favore!*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it)

(25.03.2010)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Sezione: Libertà di pensiero, coscienza e religione - Libertà religiosa individuale

Titolo: Scuola privata d'ispirazione confessionale e libertà d'insegnamento

Autore: MARCO CANONICO

Sentenza di riferimento: Corte europea dei diritti dell'uomo, Decisione del 20 ottobre 2009, *Lombardi Vallauri c. Italia* (ricorso n. 39128/05)

Parametri convenzionale: Artt. 6, 9, 10, 13, 14 CEDU

Parole chiave: Libertà di pensiero; libertà religiosa; libertà d'insegnamento; università confessionali; docenti; nomina; gradimento; equo processo

1. La situazione normativa

In Italia è garantito a livello costituzionale il diritto di istituire scuole private, che possono avere anche una ispirazione confessionale (art. 33, terzo comma, Cost.). In quest'ultimo caso, trattandosi di organizzazioni di tendenza, a tali scuole è riconosciuta la facoltà di selezionare il proprio personale per garantirne la conformità con l'ideologia che caratterizza l'istituzione, in deroga al generale criterio che impone il divieto di discriminazioni di natura religiosa per l'accesso al lavoro. In tale ottica l'art. 10.3 dell'Accordo di Villa Madama tra Italia e Santa Sede, reso esecutivo con L. 25.3.85 n. 121, dispone che *"le nomine dei docenti dell'Università Cattolica del Sacro Cuore e dei dipendenti istituti sono subordinate al gradimento, sotto il profilo religioso, della competente autorità ecclesiastica"*. Questo significa che l'assenso dell'autorità ecclesiastica costituisce presupposto indispensabile per la nomina all'insegnamento presso detto Ateneo, ed addirittura per la prosecuzione del rapporto già in corso, come chiarito dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 195 del 14 dicembre 1972, espressamente richiamata dal n. 6 del Protocollo addizionale all'Accordo di cui sopra. In detta pronuncia il Giudice delle leggi ha riconosciuto la fondamentale importanza del diritto di istituire scuole private, al punto che pur di non affievolire la portata di tale diritto in questione è giunta a limitare l'esercizio di altro diritto di rango costituzionale, ovvero la libertà d'insegnamento, nella vicenda che ha visto contrapposti il Prof. C. e l'Università Cattolica, in merito all'applicabilità dell'allora vigente art. 38 del Concordato lateranense che, analogamente all'attuale art. 10.3, prevedeva la necessità del nulla osta dell'autorità ecclesiastica per l'accesso all'insegnamento in detta Università e che nella specie, pur essendo stato inizialmente concesso al docente in questione, era stato in seguito revocato in costanza di rapporto di lavoro. Nella

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

motivazione della decisione la Corte ha sottolineato che *"in base all'art. 33, lo Stato ha, bensì, l'obbligo di provvedere alla pubblica istruzione, dettando le norme relative ed apprestando i mezzi necessari (apertura di scuole di ogni ordine e grado, ecc.) ma non ha l'esclusività dell'insegnamento. Ché, anzi... è lo stesso art. 33 a porre il principio del pluralismo scolastico... Non v'è dubbio che la libertà della scuola si estende a comprendere le università, che sono previste nel contesto del medesimo art. 33; e sarebbe, d'altronde, illogico che le garanzie di libertà per la scuola in genere non fossero applicabili anche alle università e agli istituti di istruzione superiore..."*. In particolare, si è osservato che *"negandosi ad una libera università ideologicamente qualificata il potere di scegliere i suoi docenti in base ad una valutazione della loro personalità e negandosi alla stessa il potere di recedere dal rapporto ove gli indirizzi religiosi o ideologici del docente siano divenuti contrastanti con quelli che caratterizzano la scuola, si mortificherebbe e si rinnegherebbe la libertà di questa, inconcepibile senza quei poteri. I quali, giova aggiungere, costituiscono certo una indiretta limitazione della libertà del docente ma non ne costituiscono violazione, perché libero è il docente di aderire, con il consenso alla chiamata, alle particolari finalità della scuola; libero è egli di recedere, a sua scelta, dal rapporto con essa quando tali finalità più non condivide"*. D'altra parte la Corte ha escluso anche che la previsione del necessario nulla osta dell'autorità ecclesiastica potesse contrastare con l'art. 19 Cost., posto che *"la legittima esistenza di libere università, caratterizzate dalla finalità di diffondere un credo religioso, è senza dubbio un strumento di libertà: ed anche qui giova ribadire che, ove l'ordinamento imponesse ad una siffatta università di avvalersi e di continuare ad avvalersi dell'opera di docenti non ispirati dallo stesso credo, tale disciplina fatalmente si risolverebbe nella violazione della fondamentale libertà di religione di quanti hanno dato vita o concorrono alla vita della scuola confessionale"*. In definitiva, dunque, secondo la Consulta il diritto della scuola assume portata tale da poter eventualmente comportare limitazioni in danno di altro diritto costituzionalmente previsto, a dimostrazione di quanto importante sia considerato l'insegnamento nel quadro della libertà religiosa, della quale la facoltà in questione costituisce una delle più importanti manifestazioni. La decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo va considerata alla luce del quadro normativo e giurisprudenziale sopra delineato.

2. La vicenda processuale oggetto della pronuncia

Il caso riguarda un professore universitario, L. L. V., che, oltre all'incarico nel sistema universitario pubblico, per oltre venti aveva insegnato come docente a contratto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano sino a che, con lettera 26 ottobre 1998, la Congregazione per l'Educazione Cattolica, organismo della Curia Romana, comunicò al Rettore della predetta Università che alcune posizioni del professore *«si oppongono nettamente alla dottrina cattolica»* e che, *«nel rispetto della verità, del bene degli studenti e di quello dell'Università»*, il docente in questione non doveva più insegnare in detto Ateneo. In tal modo al professore L. L. V. veniva revocato il gradimento dell'autorità ecclesiastica sotto il profilo



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

religioso, previsto dall'art. 10.3 dell'Accordo di Villa Madama, reso esecutivo con L. 25.3.85 n. 121, come necessario presupposto per le nomine dei docenti dell'Università Cattolica del Sacro Cuore e dei dipendenti istituiti. Il Rettore informava della cosa il Preside della Facoltà interessata ed il Consiglio di Facoltà, constatato il venir meno del gradimento della Santa Sede per la nomina del professore L. L. V., pur esprimendo il proprio rammarico decideva di non prendere in considerazione la candidatura di quest'ultimo per l'attribuzione dell'insegnamento interessato, ai sensi dell'art. 10 dell'Accordo di Villa Madama e dell'art. 45 dello Statuto dell'Università. In detto contesto veniva respinta la proposta tendente a chiedere alla Congregazione l'esplicitazione dei motivi che avevano condotto alla revoca del gradimento a carico del docente.

L'interessato ricorreva dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia chiedendo fra l'altro l'annullamento della decisione del Consiglio di Facoltà di non prendere in considerazione la sua candidatura, nonché dell'atto dell'autorità ecclesiastica che rifiuta di esprimere il gradimento per quanto attiene la sua nomina, adducendo anche l'incostituzionalità di detti provvedimenti in quanto assunti in violazione dei diritti di uguaglianza, di insegnamento e di libertà religiosa.

Con sentenza 26 ottobre 2001 il T.A.R. rigettava la domanda del ricorrente, osservando in primo luogo che la decisione del Consiglio di Facoltà di non prendere in considerazione la candidatura era stata debitamente motivata con la comunicazione dell'intervenuta revoca del gradimento da parte dell'autorità ecclesiastica. Rilevava altresì il tribunale che la normativa concordataria vigente non prescrive di indicare i motivi religiosi alla base del rifiuto del gradimento, senza contare che l'esame della legittimità della decisione della Santa Sede non rientrava nella sfera di competenza né del giudice né dell'amministrazione statale, trattandosi di un atto proveniente da uno Stato estero. Inoltre a giudizio del Tribunale la scelta degli insegnanti di aderire ai principi della religione cattolica è libera, ragione per cui l'art. 10 dell'Accordo di Villa Madama non comporta violazione del diritto all'eguaglianza, della libertà di insegnamento e della libertà religiosa di cui agli artt. 3, 19 e 33 della Costituzione, anche alla luce delle indicazioni contenute nella sentenza della Corte Costituzionale n. 195 del 14 dicembre 1972.

Avverso tale decisione il professore proponeva impugnazione dinanzi al Consiglio di Stato, sostenendo il difetto di motivazione della decisione del Consiglio di Facoltà di non prendere in considerazione la sua candidatura. Censurava quindi l'asserito difetto di competenza del giudice amministrativo in materia e sosteneva che la mancata enunciazione dei motivi posti a base della decisione della Congregazione aveva pregiudicato il principio del contraddittorio ed il suo diritto alla difesa, tutelati dall'articolo 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Con sentenza 18 giugno 2005 il Consiglio di Stato rigettava l'appello di L. L. V., sul presupposto che *«le autorità amministrative e giurisdizionali della Repubblica non possono discostarsi dalla sentenza della Corte costituzionale n. 195 del 14 dicembre 1972 nell'applicazione dell'articolo 10 dell'Accordo e del suo Protocollo addizionale»*. Rilevava inoltre che *«nessuna autorità della Repubblica può giudicare le valutazioni dell'autorità ecclesiastica»*, anche in virtù del fatto che la decisione della Congregazione proviene dal Vaticano e si colloca pertanto fuori della sfera di competenza delle autorità italiane. D'altra parte, a giudizio del Consiglio di Stato correttamente il Consiglio di Facoltà

diritti-cedu.unipg.it



si era limitato a prendere atto del fatto che, in assenza del consenso richiesto, la candidatura dell'interessato non poteva essere presa in considerazione.

3. Il ricorso alla Corte europea

Insoddisfatto delle decisioni dei giudici nazionali, il professore ricorre alla Corte europea dei diritti dell'uomo lamentando la violazione degli articoli 6, 9, 10, 13 e 14 della Convenzione.

In particolare, il ricorrente sostiene in primo luogo che la decisione dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, in quanto priva di motivazione ed assunta in assenza di un vero dibattito in contraddittorio, violerebbe la sua libertà di espressione, tutelata dall'articolo 10 della Convenzione (*«1. Ogni persona ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto comprende la libertà di opinione e la libertà di... comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza riguardo alla nazionalità... 2. Poiché comporta dei doveri e delle responsabilità, l'esercizio di queste libertà può essere subordinato a determinate... condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla... protezione... dei diritti altrui...»*). Il ricorrente lamenta inoltre che per le medesime ragioni detto provvedimento violi la sua libertà di pensiero, di coscienza e di religione, tutelata dall'articolo 9 della Convenzione (*«1. Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto implica la libertà di cambiare religione o credo, nonché la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, attraverso il culto, l'insegnamento, le pratiche e il compimento dei riti. 2. La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo non può formare oggetto di restrizioni diverse da quelle che, previste dalla legge, costituiscono misure necessarie, in una società democratica... per la protezione dei diritti e delle libertà altrui»*). Viene ancora ravvisata violazione dell'art. 6, § 1, della Convenzione (*«Ogni persona ha diritto che la sua causa sia esaminata equamente... da un tribunale... che si pronuncerà sulle controversie sui suoi diritti e obblighi di carattere civile...»*) per l'omessa pronuncia dei giudici interni sulla mancanza di motivazione della decisione del Consiglio di Facoltà, con conseguente impossibilità di impugnare tale decisione e di instaurare un dibattito in contraddittorio, oltre al rilievo che il Consiglio di Facoltà si è limitato a prendere atto della decisione della Congregazione, adottata anch'essa in difetto di contraddittorio. Si censura poi, in relazione all'art. 13 della Convenzione (*«Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella... Convenzione siano stati violati, ha diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali»*), la lesione del diritto ad un ricorso effettivo per poter far valere le violazioni della Convenzione. Infine viene invocato l'art. 14 della Convenzione (*«Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella... Convenzione deve essere assicurato, senza alcuna distinzione, fondata in particolare sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche od ogni altra opinione, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, la fortuna, la nascita od ogni altra condizione»*) per



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

sostenere l'avvenuta discriminazione per motivi religiosi in relazione al fatto che il professore di un'università libera è stato sottoposto ad una disciplina diversa da quella applicabile ai professori delle università laiche, non essendo stato posto nelle condizioni di conoscere le motivazioni religiose alla base della sua estromissione, in violazione del suo diritto di difesa e del principio del contraddittorio.

Il governo italiano difende l'operato degli organi giurisdizionali statali, rilevando che l'Università del Sacro Cuore è una istituzione privata, inquadrata nell'ordinamento giuridico pubblico di uno Stato estero. Sostiene inoltre che il mancato rinnovo del contratto di lavoro del ricorrente attiene all'interesse di quest'ultimo ad avere accesso ad un impiego, interesse che esula dal campo di applicazione della Convenzione. In ogni caso, l'eventuale ingerenza nella libertà di espressione del ricorrente era comunque prevista dalla legge ed avrebbe perseguito uno scopo legittimo, costituito dalla tutela del diritto dell'Università di offrire agli studenti un insegnamento ispirato alla dottrina cattolica, ed era altresì proporzionata a questo obiettivo. Quanto alla supposta lesione dell'art. 6, il governo contesta nella specie l'esistenza di un diritto ai sensi di detto articolo, rilevando che la rivendicazione del ricorrente riguarda il rinnovo di un contratto giunto a scadenza, mentre il carattere non giurisdizionale della decisione della Congregazione escluderebbe l'applicabilità dei principi del «processo equo», con conseguente inapplicabilità della richiamata disposizione. Viene inoltre precisato che il diritto di accesso ad un tribunale può legittimamente subire limitazioni, in particolare in relazione al difetto di competenza dei giudici nazionali a pronunciarsi su atti emanati da uno Stato estero.

Nel giudizio è intervenuta l'Università Cattolica del Sacro Cuore che, associandosi alle ragioni addotte dal governo italiano in tema di proporzionalità della supposta ingerenza, ha precisato come al ricorrente fossero state comunicate le motivazioni religiose sulle quali si fondava il suo licenziamento durante il colloquio avuto il 23 ottobre 1998 con un interlocutore della Congregazione, in occasione del quale il ricorrente aveva dunque esercitato il suo diritto al contraddittorio.

4. La decisione della Corte EDU

La Corte, dopo essersi pronunciata favorevolmente sulla ricevibilità del ricorso, affronta la questione relativa all'invocata violazione dell'art. 10 osservando che la decisione del Consiglio di Facoltà di non prendere in considerazione la candidatura del ricorrente costituisce illegittima ingerenza nella libertà di espressione di costui, nonostante detta ingerenza sia prevista dalla legge e sia finalizzata ad uno scopo legittimo, rappresentato dall'intento di realizzare l'interesse dell'Università interessata di ispirare il proprio insegnamento alla dottrina cattolica, secondo quanto riconosciuto anche dalla Corte Costituzionale italiana nella sentenza 14 dicembre 1972 n. 195, in quanto l'ingerenza suddetta non costituisce misura necessaria in una società democratica. Secondo i Giudici di Strasburgo va in proposito considerata la fondamentale importanza che assume la libertà accademica, intesa come garanzia della libertà di espressione e di azione, della libertà di trasmettere

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

informazioni e della libertà di ricercare e divulgare senza restrizioni il sapere e la verità. Viene al riguardo espressamente richiamata, oltre alla giurisprudenza della Corte (Sorguç c/ Turchia, n. 17089/03, § 35, 23 giugno 2009), la raccomandazione 1762(2006) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa in tema di «Libertà accademica e autonomia delle università», in cui si legge: «... 4. Conformemente alla Magna Charta Universitatum, l'Assemblea riafferma il diritto delle università alla libertà accademica e all'autonomia, diritto che comprende i principi seguenti: 4.1. la libertà accademica, nella ricerca come nell'insegnamento, dovrebbe garantire la libertà di espressione e di azione, la libertà di comunicare delle informazioni così come quella di ricercare e di diffondere senza restrizioni il sapere e la verità; 4.2. l'autonomia istituzionale delle università dovrebbe comprendere un impegno indipendente verso la loro missione culturale e sociale tradizionale, sempre fondamentale al giorno d'oggi, attraverso una politica di arricchimento dei saperi, una buona amministrazione e una gestione efficace; 4.3. la Storia ha dimostrato che le violazioni della libertà accademica e dell'autonomia delle università hanno sempre comportato una retrocessione sul piano intellettuale e, dunque, una stagnazione economica e sociale; (...) 6. Con l'avvento della società del sapere, è sempre evidente che, per rispondere alle nuove evoluzioni, è necessario un nuovo contratto tra università e società. Le libertà universitarie devono essere considerate come aventi una inevitabile controparte: la responsabilità sociale e culturale delle università e l'obbligo delle stesse di rendere conto al pubblico e parlare della propria missione». Nel caso di specie, per la Corte il Consiglio di Facoltà all'atto della decisione di non prendere in esame la candidatura del ricorrente non ha comunicato a quest'ultimo come le pretese opinioni eterodosse del ricorrente potessero incidere sull'attività di insegnamento del medesimo e contrastare con l'interesse dell'Università ad assicurare un insegnamento conforme alle proprie ispirazioni, mentre il contenuto stesso dei censurati orientamenti è rimasto sconosciuto, sicché la delibera del Consiglio risulta priva di motivazione, a nulla rilevando sotto tale profilo il precedente colloquio tra il professore ed un interlocutore della Congregazione, incontro rimasto a livello informale e senza alcun resoconto ufficiale.

In merito poi all'efficacia del controllo giurisdizionale sul procedimento amministrativo, la Corte osserva che in linea di principio gli Stati debbano astenersi dal sindacare la legittimità delle convinzioni religiose o delle modalità di espressione delle stesse, e dunque il contenuto della decisione della Congregazione non era effettivamente sindacabile da parte delle autorità statali. Tuttavia nel caso specifico i giudici amministrativi interni nell'esame della legittimità del provvedimento impugnato hanno limitato il loro esame alla constatazione da parte del Consiglio di Facoltà dell'esistenza della decisione della Congregazione, senza prendere in considerazione la mancata comunicazione al ricorrente da parte dell'organo amministrativo delle opinioni a lui contestate, informazione che avrebbe consentito all'interessato di contestare il collegamento tra le sue opinioni e la sua attività di insegnante, oltre a permettere un dibattito in contraddittorio.

Riguardo alla doglianza relativa alla lesione dell'art. 9, ovvero la violazione della libertà religiosa, la Corte non ritiene necessaria una trattazione specifica del punto, reputando che non vi siano questioni ulteriori rispetto a quelle già esaminate a proposito dell'art. 10.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Quanto all'ipotizzata inosservanza dell'art. 6, § 1, sotto il profilo dell'equità del procedimento e del diritto di accesso ad un tribunale, dopo aver precisato l'applicabilità al caso di specie della invocata disposizione in quanto ai sensi dell'art. 97 della Costituzione italiana agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso e dunque sussisteva un diritto del ricorrente a partecipare al concorso in questione, i Giudici di Strasburgo osservano in primo luogo che nell'ipotesi di cui trattasi la ricezione di un atto promanante da un Paese che non è parte della Convenzione ha prodotto effetti giuridici nell'ambito del procedimento che ha condotto alla decisione del Consiglio di Facoltà, la quale al contrario soggiace alla giurisdizione delle autorità giudiziarie interne. Ne consegue che la Corte è tenuta ad accertare se le decisioni di queste ultime siano state o meno conformi ai diritti del ricorrente sanciti dall'articolo 6, § 1, della Convenzione. In secondo luogo, si rileva che la giurisdizione amministrativa interna ha limitato il proprio esame di legittimità della decisione controversa alla constatazione da parte del Consiglio di Facoltà dell'esistenza della decisione della Congregazione, ritenendo di non potersi pronunciare sulla legittimità della decisione amministrativa impugnata laddove faceva riferimento alla decisione della Santa Sede. Ciò a giudizio della Corte ha determinato una limitazione del diritto del ricorrente ad accedere ad una effettiva valutazione giurisdizionale, limitazione consentita dall'articolo 6 della Convenzione solo se finalizzata ad uno scopo legittimo e proporzionata ad esso, non potendo in alcun caso comportare l'esclusione del diritto del ricorrente. Per quanto compete alle autorità statali interpretare la legislazione interna, alla Corte spetta comunque il compito di verificare la compatibilità con la Convenzione degli effetti di tale interpretazione. In tale prospettiva, si deve considerare che i giudici nazionali hanno ommesso di valutare la mancata indicazione, nel provvedimento amministrativo, dei punti di pretesa eterodossia del ricorrente e della relazione degli stessi con la sua attività di insegnamento, oltre a trascurare il fatto che la mancata conoscenza delle ragioni alla base dell'estromissione dal concorso ha impedito al ricorrente la possibilità di esercitare qualsiasi forma di contraddittorio.

In merito poi all'ipotizzata violazione dell'art. 13 la Corte reputa che la doglianza, per quanto ammissibile, non meriti specifica pronuncia, dal momento che in materia di diritti civili l'art. 6 costituisce norma speciale rispetto all'art. 13, le cui garanzie risultano dunque assorbite dall'altra disposizione.

Per quanto concerne infine la pretesa inosservanza dell'art. 14, da un lato la Corte rigetta la censura relativa alla sottoposizione del ricorrente ad una disciplina speciale, diversa da quella prevista per i professori delle Università laiche, rilevando come lo stesso docente interessato non abbia contestato l'applicabilità di una normativa particolare volta a garantire il diritto dell'Università di offrire agli studenti un insegnamento ispirato alla dottrina cattolica, secondo quanto precisato dalla sentenza n. 195/72 della Corte Costituzionale italiana, il cui contenuto i Giudici di Strasburgo dichiarano di condividere, oltre a quanto previsto nell'articolo 4 della direttiva comunitaria 78/2000/CE, espressamente richiamato, secondo cui «... *Gli Stati membri possono stabilire che una differenza di trattamento basata su [la religione o le convinzioni] non costituisca discriminazione laddove, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché*



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

la finalità sia legittima e il requisito proporzionato. Gli Stati membri possono mantenere nella legislazione nazionale in vigore alla data d'adozione della presente direttiva o prevedere in una futura legislazione che riprenda prassi nazionali vigenti alla data d'adozione della presente direttiva, disposizioni in virtù delle quali, nel caso di attività professionali di chiese o di altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, una differenza di trattamento basata sulla religione o sulle convinzioni personali non costituisca discriminazione laddove, per la natura di tali attività, o per il contesto in cui vengono espletate, la religione o le convinzioni personali rappresentino un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto dell'etica dell'organizzazione...». Sotto altro profilo, ovvero riguardo alla doglianza inerente la mancata specificazione delle motivazioni religiose poste a fondamento della estromissione del ricorrente dal concorso e dunque del mancato rinnovo del contratto, la Corte ritiene ammissibile la censura ma, alla luce della già accertata violazione della libertà di espressione del ricorrente e del suo diritto di accesso ad un tribunale, valuta non opportuno farla oggetto di specifico esame.

Sulla base di tali motivazioni viene riconosciuta l'avvenuta violazione degli artt. 10 e 6, § 1, della Convenzione e di conseguenza pronunciata condanna dell'Italia al risarcimento del danno nella misura di € 10.000 oltre interessi.

Va precisato che la decisione di condanna risulta deliberata a maggioranza, con allegata, ai sensi degli artt. 45, § 2, della Convenzione e 74, § 2, del regolamento, l'opinione dissenziente del Giudice Cabral Barreto secondo cui, nonostante il rinnovo del contratto del ricorrente per venti anni, la situazione del medesimo non era in realtà assimilabile a quella stabile e permanente propria dei pubblici dipendenti. Il docente in questione veniva infatti assunto di anno in anno, all'esito di una procedura prescritta sia per chi era assunto per la prima volta sia per chi rinnovava il contratto e la durata ventennale del rapporto non attribuiva al ricorrente diritti diversi rispetto a quelli dei nuovi arrivati, in quanto l'esame dei requisiti dei candidati all'insegnamento nell'Università Cattolica va compiuto alla luce delle loro ideologie al momento della valutazione. Viene inoltre sottolineato come la libertà accademica proclamata dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa trovi una limitazione nell'interesse dell'Università Cattolica a dispensare un insegnamento ispirato alle convinzioni religiose che la contraddistinguono. Quanto alla mancata enunciazione, da parte della Congregazione per l'Educazione cattolica, delle ragioni che hanno condotto al diniego del gradimento nei confronti del ricorrente, impedendo ai giudici interni la valutazione al riguardo, il Giudice dissenziente sottolinea che è praticamente impossibile individuare il nesso di causalità tra gli orientamenti del candidato e il suo insegnamento, in quanto si dovrebbe a tal fine compiere un pronostico sul comportamento di una persona, senza contare che nella sua giurisprudenza la Corte ha sempre ritenuto che la valutazione delle conoscenze e dell'esperienza necessarie per l'esercizio di una professione, subordinato al possesso di un determinato titolo, costituisce attività simile ad un esame di tipo scolastico o universitario, discostandosi dalle normali competenze del giudice tanto da non essere applicabili le garanzie dell'art. 6. Vengono al riguardo espressamente richiamati: Van Marle e altri c/ Paesi Bassi, 26 giugno 1986, § 36, serie A n. 101; San Juan c/ Francia (dec.), n. 43956/98, CEDU 2002 III e, mutatis mutandis, Chevrol c/ Francia, n. 49636/99, § 50, CEDU 2003



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

III. Del resto, anche sotto il profilo dell'art. 6, secondo il Giudice dissenziente il procedimento è stato equo, posto che i giudici hanno esaminato le contestazioni sollevate nei limiti dell'ammissibilità, esulando dalle loro competenze la valutazione dei requisiti professionali per l'esercizio di una determinata attività implicante il possesso di un determinato titolo.

Precedenti giurisprudenziali:

Corte eur. dir. uomo: 23 giugno 2009, *Sorguç c/ Turchia*; 27 giugno 2006, *Saygili e Seyman c/ Turchia*; 20 luglio 2001, *Pellegrini c/ Italia*.

Riferimenti bibliografici:

CROCE M., *Dal "caso Cordero" al "Caso Vallauri": nozione di scienza e libertà di insegnamento (discutendo con Michele Massa)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), p. 1-4.

CROCE M., *Il "Caso Lombardi Vallauri" dinanzi alla C.e.d.u.: una riscossa della libertà nella scuola?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), 4.10.10, p. 1-6.

MASSA M., *Lombardi Vallauri c. Italia: due sfere di libertà ed un regime evanescente*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), p. 1-3.

TOSCANO M., *La lezione di Strasburgo: i casi Lombardi Vallauri e Lautsi*, in *Dir. eccl.*, 2009, I, p. 505-540.

TOSCANO M., *Nuovi segnali di crisi: i casi Lombardi Vallauri e Lautsi davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), 3.5.10, p. 1-82.

(3.12.2010)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

- Sezione:** Libertà di pensiero, coscienza e religione - Libertà religiosa individuale
- Titolo:** *Processo canonico di nullità matrimoniale e diritto di difesa quale limite all'efficacia civile della sentenza ecclesiastica*
- Autore:** MARCO CANONICO
- Sentenza di riferimento:** Corte europea dei diritti dell'uomo, Decisione del 20 luglio 2001, Pellegrini c. Italia (ricorso n. 30882/96)
- Parametro convenzionale:** art. 6 CEDU
- Parole chiave:** Matrimonio religioso; nullità; processo canonico; diritto di difesa; efficacia civile sentenza ecclesiastica

1. La situazione normativa

Il Concordato stipulato nel 1929 fra Italia e Santa Sede prevedeva all'art. 34 la possibilità che il matrimonio celebrato in forma canonica conseguisse effetti civili in virtù della trascrizione nei registri di stato civile. Si stabiliva altresì che la giurisdizione in ordine alla validità di tali matrimoni canonici trascritti, cosiddetti concordatari, fosse riservata alla giurisdizione ecclesiastica e le relative sentenze potessero ottenere riconoscimento nell'ordinamento statale.

L'Accordo di Villa Madama del 1984 ribadisce simili previsioni introducendo tuttavia, ai fini dell'attribuzione di efficacia civile alle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale, la necessità di una sorta di giudizio di delibazione, analogo al procedimento all'epoca necessario per il riconoscimento delle sentenze straniere. Alla luce della nuova normativa pattizia, sollecitata dalle innovazioni introdotte dalla sentenza n. 18/82 della Corte Costituzionale italiana, la Corte d'Appello chiamata a valutare l'attribuzione di efficacia civile alla sentenza ecclesiastica è tenuta a verificare la sussistenza di una serie di requisiti, fra i quali figura il rispetto del diritto di agire e resistere in giudizio nel processo canonico. L'art. 8.2, lett. *b*, dell'Accordo di Villa Madama, reso esecutivo con L. 25.3.85 n. 121, richiede infatti da parte della giurisdizione statale l'accertamento "*che nel procedimento davanti ai tribunali ecclesiastici è stato assicurato alle parti il diritto di agire e di resistere in giudizio in modo non difforme dai principi fondamentali dell'ordinamento italiano*". La disposizione in questione non pretende evidentemente il rispetto in sede processuale canonica delle prescrizioni imposte dalla normativa processuale civile, ciò che urterebbe con l'indipendenza e la sovranità espressamente riconosciute all'ordinamento canonico, ma richiede semplicemente

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

l'osservanza in concreto delle garanzie imposte a tutela del contraddittorio, a prescindere dalle forme e modalità in cui ciò si realizzi. In altri termini, ciò che interessa è che effettivamente le parti abbiano avuto la possibilità di difendersi in maniera adeguata nel corso del processo canonico, anche se poi, come è naturale, il procedimento assume forme non del tutto coincidenti nei due ordinamenti e le caratteristiche procedurali del giudizio ecclesiastico presentano innegabili peculiarità, anche in ragione della particolare natura e delle specifiche finalità dell'ordinamento canonico.

Va comunque tenuto presente che le differenze esistenti fra il modello processuale civile e quello canonico di per se stesse non impediscono il riconoscimento delle pronunce dei tribunali ecclesiastici, il quale infatti è stato espressamente previsto in sede concordataria, laddove anzi è stato anche precisato che in sede di deliberazione di tali sentenze *"si dovrà tener conto della specificità dell'ordinamento canonico dal quale è regolato il vincolo, che in esso ha avuto origine"* (n. 4, lett. b, Prot. add. all'Accordo di Villa Madama).

Resta inteso che, a prescindere dalle differenze formali, ove si riscontri che in concreto una o entrambe le parti non abbiano avuto la possibilità di difendersi in maniera adeguata dinanzi alla giurisdizione ecclesiastica, nel rispetto delle esigenze che al riguardo l'ordinamento statale reputa essenziali ed inderogabili per poter far valere le proprie ragioni in giudizio, la pronuncia canonica non potrà trovare ingresso in sede civile per contrasto con un'esigenza che la Corte Costituzionale, nella richiamata sentenza n. 18/82, ha qualificato addirittura principio supremo.

In tale quadro generale si inserisce la decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo.

2. La vicenda processuale oggetto della pronuncia

La vicenda trae origine dal ricorso di una donna, M.G.P., che nel 1962 aveva contratto matrimonio in forma canonica, il cui atto era stato trascritto nei registri di stato civile per il conseguimento degli effetti civili secondo le previsioni concordatarie. Nel 1987 la signora aveva chiesto al Tribunale di Roma di autorizzare la separazione personale dei coniugi, pronunciata con sentenza del 2 ottobre 1990, nella quale veniva imposto a carico del marito l'obbligo di mantenimento a favore della moglie nella misura di lire 300.000 mensili.

Il 20 novembre 1987 la P. veniva citata a comparire dinanzi al Tribunale Ecclesiastico del Vicariato di Roma *"per rispondere alle domande nel caso P.-G. matrimoniale"*. La convenuta, a suo dire senza sapere le ragioni per le quali era stata convocata, si presentava personalmente, senza assistenza di difensore, dinanzi alla giurisdizione canonica. All'udienza le veniva comunicato che il marito aveva introdotto il procedimento invocando la dichiarazione di nullità del matrimonio sul presupposto della ritenuta sussistenza dell'impedimento di consanguineità fra i coniugi, essendo cugini la madre della donna ed il padre dell'uomo. La donna veniva quindi interrogata, ed in tale sede ella ammetteva la sussistenza del rapporto di consanguineità dichiarando di non sapere se, all'epoca delle nozze, fosse stata chiesta all'autorità ecclesiastica la dispensa da tale impedimento.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Adottata la procedura abbreviata prevista dal can. 1686 del Codice di Diritto canonico per le ipotesi in cui documentalmente risulti la sussistenza di un impedimento dirimente (*"Recepta petitione ad normam can. 1677 proposita, Vicarius iudicialis vel iudex ad ipso designatus potest, praetermissis sollemnitatibus ordinarii processus sed citatis partibus et cum interventu defensoris vinculi, matrimonii nullitatem sententia declarare, si ex documento, quod nulli contradictioni vel exceptioni sit obnoxium, certo constet de existentia impedimenti dirimentis vel de defectu legitimae formae, dummodo pari certitudine pateat dispensationem datam non esse, aut de defectu validi mandati procuratoris"*), con sentenza 10 dicembre 1987 il Tribunale Ecclesiastico adito dichiarava la nullità del matrimonio in questione.

La donna, alla quale veniva notificata la sola parte dispositiva della decisione, per giunta riportante una erronea data di pronuncia (6 novembre 1987), impugnava detto provvedimento dinanzi al Tribunale della Rota Romana, lamentando di non avere ricevuto copia della censurata sentenza, di essere stata convocata in epoca successiva alla risultante data della deliberazione, di avere subito una lesione del suo diritto di difesa e del principio del contraddittorio per essere stata convocata dinanzi al Tribunale Ecclesiastico senza essere informata dei motivi posti a sostegno della domanda avanzata da controparte, con la conseguenza di non aver potuto approntare idonea attività difensiva e di non aver avuto la possibilità di rivolgersi ad un avvocato.

In pendenza dell'impugnazione il Tribunale Ecclesiastico di prima istanza notificava alle parti che la data di deliberazione e pubblicazione della sentenza era il 10 dicembre 1987 e non, come erroneamente indicato nella precedente comunicazione, il 6 novembre 1987.

Nel giudizio di impugnazione la donna, ancora priva di assistenza tecnica, veniva convocata per essere ascoltata e successivamente la medesima presentava proprie osservazioni a difesa nel termine stabilito dal Tribunale.

Con sentenza 13 aprile 1988, depositata il successivo 10 maggio, la Rota Romana confermava la pronuncia di nullità del vincolo per impedimento di consanguineità.

Alla donna veniva notificata la parte dispositiva della decisione, con reiezione della richiesta di costei di ottenere copia integrale del provvedimento.

La sentenza, esecutiva per l'ordinamento canonico e dichiarata tale dal Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, veniva dal marito sottoposta al vaglio della Corte d'Appello di Firenze al fine di far conseguire alla stessa efficacia civile attraverso il cd. giudizio di delibazione, ai sensi dell'art.

8.2 dell'Accordo di Villa Madama, reso esecutivo con L. 25.3.85 n. 121.

La donna, regolarmente citata, si costituiva in detto procedimento avanzando eccezioni in relazione all'avvenuta violazione del suo diritto di difesa nel procedimento dinanzi alla giurisdizione ecclesiastica. In particolare, lamentava la mancata notifica di copia dell'atto introduttivo del processo canonico e l'impossibilità di esaminare i documenti prodotti e le stesse osservazioni del Difensore del vincolo, sostenendo per tali ragioni la necessaria riapertura del procedimento canonico ed opponendosi pertanto alla declaratoria di efficacia civile della sentenza di nullità. In subordine, per l'ipotesi in cui fosse stata attribuita efficacia civile alla pronuncia canonica, la convenuta chiedeva che l'ex coniuge fosse condannato a corrisponderle assegno mensile di mantenimento.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Con sentenza 8 novembre 1991, pubblicata il 10 marzo 1992, la Corte d'Appello di Firenze dichiarava l'esecutività della pronuncia ecclesiastica di nullità matrimoniale nell'ordinamento italiano, reputando che la facoltà della donna di rispondere alle domande nel corso dell'interrogatorio dinanzi al Tribunale ecclesiastico di prima istanza fosse sufficiente a garantire il rispetto del principio del contraddittorio. Il Giudice italiano riteneva altresì che la medesima parte aveva liberamente scelto di impugnare la sentenza di primo grado dinanzi al Tribunale della Rota Romana anziché dinanzi al Tribunale ordinario di appello ed era stata comunque in grado di esercitare le proprie facoltà difensive nei processi ecclesiastici *"a prescindere dalla peculiarità del procedimento ai sensi del diritto canonico"*. Quanto alla domanda di condanna dell'attore al mantenimento, l'adita Corte d'Appello rilevava la propria incompetenza per una pronuncia avente ad oggetto una statuizione di carattere permanente, mentre ravvisava comunque un difetto di prova del requisito della sussistenza dello stato di bisogno per poter addivenire ad una condanna al mantenimento provvisorio contemplato dalle previsioni concordatarie.

Avverso detta sentenza la donna ricorreva in Cassazione censurando l'avvenuta violazione del suo diritto di difesa nel processo canonico e l'omessa considerazione, da parte del giudice della delibazione, di una serie di caratteristiche da lei ravvisate esistenti nel procedimento ecclesiastico: che le parti possano non essere rappresentate da un avvocato; che la parte convenuta non venga inizialmente informata dei motivi dedotti da parte attrice a sostegno della domanda di nullità; che il Difensore del vincolo non sia obbligato ad interporre appello; che l'impugnazione debba essere proposta personalmente dalla parte e non dal suo avvocato; che il giudice ecclesiastico non goda di effettiva autonomia. La ricorrente lamentava altresì la mancata informazione, da parte del tribunale ecclesiastico, circa la possibilità della parte di essere assistita da un avvocato nel processo canonico, oltre a criticare l'eccessiva rapidità di tale procedimento. Sosteneva ancora la mancata considerazione degli atti del processo canonico da parte della Corte d'Appello, i quali potevano contenere prove a favore della donna, nonché l'avvenuta dimostrazione, da parte sua, delle disagiate condizioni economiche quale presupposto per il reclamato mantenimento.

Nel corso del giudizio dinanzi alla Corte di Cassazione la P. chiedeva al Tribunale Ecclesiastico il rilascio di copia dei documenti relativi al processo canonico, ma l'istanza veniva rigettata con la motivazione che le parti possono ottenere solo copia della decisione finale.

Con sentenza 10 marzo-21 giugno 1995 la Corte di Cassazione respingeva il ricorso della donna, ritenendo rispettato nel giudizio canonico il principio del contraddittorio ed osservando che la presenza del difensore della parte privata, pur non imposta dal Diritto canonico, rientra comunque nelle facoltà riconosciute ai soggetti del processo. Il Giudice di legittimità ravvisava inoltre che l'aver avuto poco tempo per la preparazione della difesa all'epoca dell'evocazione in giudizio non costituiva una lesione del diritto di difesa della donna, la quale del resto non aveva rappresentato di necessitare a tal fine di un periodo più ampio di quello effettivamente concesso. Quanto alla disattesa richiesta di mantenimento, la Cassazione sottolineava come la Corte d'Appello non avrebbe potuto decidere altrimenti, per l'inaffidabilità della domanda di riconoscimento della provvidenza in forma permanente e per la mancata dimostrazione dello stato di bisogno, presupposto necessario per il riconoscimento del mantenimento in via provvisoria.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Nel contempo, a far data dal mese di giugno 1992 l'ex marito aveva cessato di corrispondere l'assegno di mantenimento previsto in sede di separazione personale dei coniugi, ragione per cui la donna aveva promosso una procedura esecutiva a carico dell'obbligato, nei riguardi della quale l'uomo proponeva opposizione, che veniva accolta dal Tribunale di Viterbo con sentenza 14 luglio 1999, nella quale si statuiva il venir meno dell'obbligo di mantenimento a carico dell'ex marito in virtù della riconosciuta nullità del matrimonio.

La P. non impugnava detta pronuncia, addivenendo il 19 giugno 2000 ad un accordo con l'ex marito.

3. Il ricorso alla Corte europea

Di fronte al rigetto delle proprie doglianze in seno all'ordinamento statale, la donna si rivolge alla Corte europea dei diritti dell'uomo lamentando la violazione dell'articolo 6 della Convenzione per il fatto che i giudici italiani abbiano attribuito efficacia civile alla sentenza canonica di nullità matrimoniale, sebbene scaturita a suo parere da un procedimento nel corso del quale sarebbe stato violato il suo diritto di difesa.

La ricorrente sostiene che nel processo matrimoniale canonico che la vedeva parte convenuta non sia stata portata a conoscenza, prima del suo interrogatorio, del contenuto dell'atto introduttivo e dei motivi adottati nello stesso a fondamento della domanda di nullità del vincolo, né sia informata della possibilità di essere difesa da un avvocato, con conseguente impossibilità di predisporre adeguata attività difensiva ed irrimediabile compromissione delle relative facoltà, situazione che doveva impedire alla Corte d'Appello italiana il riconoscimento della sentenza ecclesiastica. Era stata anche preclusa la possibilità di produrre nel giudizio di delibazione gli atti del processo canonico, nel quale erano state assunte anche prove testimoniali, per il rifiuto del Tribunale Ecclesiastico a rilasciarne copia. Infine la P. lamenta l'illegittimo rigetto da parte del Giudice italiano della sua domanda di mantenimento, sostenendo l'avvenuta dimostrazione in forma documentale dello stato di bisogno.

Il governo italiano difende l'operato degli organi giurisdizionali statali, asserendo la mancata violazione dei diritti e delle facoltà difensive della ricorrente nel caso di specie. Viene in tale ottica sottolineato che la magistratura italiana ha esaminato tutte le censure sollevate dalla ricorrente, giungendo alla conclusione che in realtà non si fosse verificata la lamentata violazione del diritto di difesa nel procedimento canonico. Il matrimonio poi era stato dichiarato nullo sulla base di elementi di fatto oggettivi, ovvero l'esistenza di rapporto di consanguineità fra le parti, dimostrato da documenti e neppure contestato dalla donna. In simile contesto la circostanza che costei non fosse stata informata del motivo della citazione a comparire dinanzi al Tribunale Ecclesiastico e non fosse assistita da un legale non aveva rilevanza, in quanto ella stessa aveva ammesso di conoscere l'esistenza del rapporto di consanguineità.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Nel corso del giudizio al Centro di consulenza sui diritti individuali in Europa è stata concessa la facoltà di presentare proprie osservazioni scritte sugli aspetti del caso, alle quali ha poi replicato il governo italiano.

4. La decisione della Corte EDU

La Corte affronta la questione osservando preliminarmente che il ricorso trae origine da una dichiarazione di nullità matrimoniale pronunciata dai tribunali dello Stato della Città del Vaticano, poi dichiarata efficace agli effetti civili dagli organi giurisdizionali italiani. In realtà l'assunto da cui muove la Corte non è del tutto esatto, laddove confonde i tribunali dell'ordinamento canonico, avente valenza universale, con quelli del Vaticano come Stato, avente personalità e sovranità autonoma e distinta rispetto alla Chiesa cattolica. In ogni caso, anche se non riferito esattamente al soggetto da cui dipendono gli organi giudicanti di cui trattasi, risulta nella sostanza pertinente il rilievo della Corte secondo cui il Vaticano (*rectius*: la Chiesa cattolica) non abbia ratificato la Convenzione, con la conseguenza che non può essere oggetto di sindacato in questa sede l'operato dei tribunali ecclesiastici, non tenuti al rispetto della Convenzione stessa.

Oggetto di giudizio è piuttosto, come sottolineano i giudici di Strasburgo, l'attività degli organi giudiziari dello Stato italiano e le decisioni degli stessi che hanno reso efficace nell'ordinamento statale la pronuncia ecclesiastica. Il ricorso stesso è infatti proposto contro l'Italia, non contro il Vaticano o la Chiesa cattolica. A parere della Corte una valutazione del genere non è preclusa dal fatto che si tratti di delibare un provvedimento che promana da un ordinamento non tenuto al rispetto della Convenzione, in quanto lo Stato che ha ratificato la stessa non può esimersi dall'applicarla anche qualora si trovi di fronte ad una richiesta di esecuzione di decisione proveniente da un Paese che non è vincolato al rispetto di essa, e ciò vale soprattutto nell'ipotesi in cui la dichiarazione di esecutività può comportare effetti di notevole importanza per le parti interessate.

Riguardo alle decisioni della magistratura italiana la Corte accoglie le doglianze della ricorrente circa l'avvenuta violazione del diritto di difesa, reputando che i giudici italiani non abbiano considerato che la ricorrente non aveva avuto la possibilità di esaminare le prove di controparte, mentre il diritto al contraddittorio, che costituisce uno degli elementi necessari del processo ai sensi dell'articolo 6, § 1, richiede che ogni parte possa conoscere tutte le prove e le argomentazioni. Al riguardo la Corte richiama espressamente, *mutatis mutandis*, i precedenti casi *Lobo Machado c. Portogallo* e *Vermeulen c. Belgio*, Sentenze 20 febbraio 1996, *Raccolta delle sentenze e delle decisioni* 1996-I, pp. 206-07, § 31, e p. 234, § 33, rispettivamente, e *Mantovanelli c. Francia*, Sentenza del 18 marzo 1997, *Reports* 1997-II, p. 436, § 33.

Di fronte a tali esigenze per la Corte risulta irrilevante la circostanza che la nullità del matrimonio fosse stata dichiarata per un fatto obiettivo che parte convenuta non avrebbe in ogni caso potuto contestare, in quanto nell'assicurare la possibilità di visionare i documenti prodotti da controparte e



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

presentare osservazioni al riguardo è in gioco la credibilità del funzionamento della giustizia, fondata sull'opportunità dei contendenti di esprimere il proprio parere su ogni prova avversaria.

Considerazioni analoghe concernono la ritenuta mancata possibilità dell'assistenza tecnica a carico della ricorrente nel corso del processo canonico, eccezione che la Corte di Cassazione ha rigettato sul presupposto che l'interessata doveva essere a conoscenza della legge, mentre i giudici di Strasburgo ritengono che il tribunale ecclesiastico, nel convocare la donna senza indicarne le esatte ragioni, avrebbe almeno dovuto informarla della facoltà di farsi assistere da un avvocato.

Alla luce di tali rilievi la Corte europea ritiene che i giudici italiani, nel conferire efficacia civile alla decisione canonica, non abbiano rispettato il precetto dell'art. 6, § 1, della Convenzione che imponeva loro di verificare l'effettiva sussistenza di un processo rispondente ai canoni di detta disposizione nel procedimento svoltosi dinanzi ai tribunali ecclesiastici prima di renderne esecutiva in Italia la pronuncia.

Precedenti giurisprudenziali:

Corte eur. dir. uomo: 20 febbraio 1996, *Lobo Machado c. Portogallo*; 20 febbraio 1996, *Vermeulen c. Belgio*; 18 marzo 1997, *Mantovanelli c. Francia*.

Casi successivi:

Corte eur. dir. uomo: 20 ottobre 2009, *Lombardi Vallauri c. Italia*.

Riferimenti bibliografici:

BARTONE N., *Una sanzione che colpisce l'intera procedura canonica e concordataria*, in *Diritto e giustizia*, 32, 2001, p. 25-27.

BOTTA R., *La delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Corriere giuridico*, 2, 2002, 167-175.

BUONOMO F., *Condannata l'Italia che consente alla Sacra Rota di violare la difesa*, in *Diritto e giustizia*, 32, 2001, p. 16-18.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

CARDIA C., *Giurisdizione ecclesiastica e Corte Europea dei diritti dell'uomo (sentenza Pellegrini c/ Italia)*, in *La sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo del 20 luglio 2001*, Giornate di studio Università di Teramo 11-12 aprile 2003, Milano, 2004, p. 215-235.

CARMIGNANI CARIDI S., *Il diritto di difesa nella giurisprudenza delle Corti europee*, in AA. VV., *Il diritto di difesa nel processo matrimoniale canonico*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2006, p. 179-238.

COSTA J.P., *Osservazioni sulla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Pellegrini c. Italia*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 3, 2002, p. 435-440.

DALLA VILLA C., *Valori comunitari e diritto di difesa*, in *La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 20 luglio 2001*, Giornate di studio Università di Teramo 11-12 aprile 2003, Milano, 2004, p. 77-87.

DENTAMARO B., *L'affaire Pellegrini dinanzi alla Corte di Strasburgo*, in *Dir. famiglia*, 2, 2004, p. 307-315.

DIENI E., *L'arrêt Pellegrini contre Italie de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Revue de droit canonique*, 50/2, 2001, p. 141-161.

DI IORIO T., *Diritto di difesa e riconoscimento dell'efficacia civile delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale*, in *La sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo del 20 luglio 2001*, Giornate di studio Università di Teramo 11-12 aprile 2003, Milano, 2004, p. 89-110.

FINOCCHIARO M., *Il nostro Paese non può recepire una sentenza raggiunta senza assicurare il diritto delle parti*, in *Guida al diritto*, 35, 2001, p. 98-100.

FOCARELLI C., *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Contributo alla determinazione dell'ambito d'applicazione dell'art. 6*, Padova, 2001.

FOCARELLI C., *Equo processo e riconoscimento di sentenze straniere: il caso Pellegrini*, in *Riv. dir. internazionale*, 4, 2001, p. 955-977.

GHERRO S., *Ancora sulla sentenza della Corte europea in data 20 luglio 2001*, in *La sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo del 20 luglio 2001*, Giornate di studio Università di Teramo 11-12 aprile 2003, Milano, 2004, p. 197-209.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

GHERRO S., *Note per una valutazione canonistica della sentenza pronunciata dalla Corte europea in data 20.7.2001 (Pellegrini c. Italia)*, in GHERRO S. (a cura di), *Il principio del contraddittorio tra l'ordinamento della Chiesa e gli ordinamenti statali*, Padova, 2003, p. 5-20.

GROSSI P., *Il diritto di difesa nella Costituzione italiana e la sua individuazione come principio supremo dell'ordinamento costituzionale*, in *La sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo del 20 luglio 2001*, Giornate di studio Università di Teramo 11-12 aprile 2003, Milano, 2004, p. 9-30.

LATTANZI F., *Diritti di difesa nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nella giurisprudenza della Corte*, in *La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 20 luglio 2001*, Giornate di studio Università di Teramo 11-12 aprile 2003, Milano, 2004, p. 31-44.

LLOBELL J., *Il diritto all'equo processo. Note a proposito di una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla delibazione civile della dichiarazione di nullità del matrimonio ex processo documentale canonico*, in *Jus ecclesiae*, 3, 2001, p. 871-884.

LUGATO M., *Brevi osservazioni sulla sentenza della Corte europea dei diritti umani del 20 luglio 2001 (Pellegrini c. Italia)*, in GHERRO S. (a cura di), *Il principio del contraddittorio tra l'ordinamento della Chiesa e gli ordinamenti statali*, Padova, 2003, p. 203-208.

MANTUANO G., *Utilità civilistiche e delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *La sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo del 20 luglio 2001*, Giornate di studio Università di Teramo 11-12 aprile 2003, Milano, 2004, p. 123-152.

MELILLO L., *Il caso Pellegrini tra qualificazione internazionalistica e qualificazione concordataria: "equo processo", "giusto processo" e giudizio ecclesiastico di nullità del matrimonio*, in *La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 20 luglio 2001*, Giornate di studio Università di Teramo 11-12 aprile 2003, Milano, 2004, p. 153-170.

MOLE M., *From Rome to Bruxelles via Strasbourg, Pellegrini v. Italy and Bruxelles II*, in *International family law*, 9, 2002, p. 9-17.

MOSCHELLA M., *I diritti della difesa nella causa Pellegrini-Gigliozzi e la loro autonoma rilevanza nella decisione della Corte di Strasburgo*, in *La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 20 luglio 2001*, Giornate di studio Università di Teramo 11-12 aprile 2003, Milano, 2004, p. 237-264.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

NASI A., *Il principio della difesa nel processo civile*, in *La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 20 luglio 2001*, Giornate di studio Università di Teramo 11-12 aprile 2003, Milano, 2004, p. 45-53.

PAPANTI-PELLETIER P., *Delibazione di sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale e (pretesa) violazione del diritto di difesa*, in *Civitas et iustitia*, 1, 2003, p. 43-51.

PICARDI N., *Audiatur et altera pars (le matrici storici-culturali del contraddittorio)*, in GHERRO S. (a cura di), *Il principio del contraddittorio tra l'ordinamento della Chiesa e gli ordinamenti statali*, Padova, 2003, p. 143-161.

PIRRONE P., *Il caso Pellegrini dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo: efficacia in Italia di sentenze ecclesiastiche ed equo processo*, in *Riv. dir. pubblico comparato ed europeo*, 4, 2001, p. 2063-2069.

RUFFINI G., *Processo documentale in materia matrimoniale e diritto di difesa*, in *Civitas et iustitia*, 1, 2003, p. 53- 66.

SALERNO F., *Il processo matrimoniale canonico documentale e le decisioni della Corte di Strasburgo*, in *La sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo del 20 luglio 2001*, Giornate di studio Università di Teramo 11-12 aprile 2003, Milano, 2004, p. 265-347.

TEDESCHI M., *L'affaire Pellegrini c. Italia*, in *La sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo del 20 luglio 2001*, Giornate di studio Università di Teramo 11-12 aprile 2003, Milano, 2004, p. 211-214.

ZANCHINI F., *La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 20 luglio 2001*, in *La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 20 luglio 2001*, Giornate di studio Università di Teramo 11-12 aprile 2003, Milano, 2004, p. 351-357.

ZANCHINI F., *Processo "documentale" (can. 1686) e equo processo: giurisdizione volontaria, o contenziosa? Il paradosso di una cognizione derivante da prova documentale 'incontestabile'*, in *La sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo del 20 luglio 2001*, Giornate di studio Università di Teramo 11-12 aprile 2003, Milano, 2004, p. 171-182.

(3.12.2010)



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Sezione: Libertà di pensiero, coscienza e religione - Libertà religiosa individuale.

Titolo: *L'istruzione religiosa non confessionale nella scuola pubblica e le libertà educative dei genitori: il caso Folgerø c. Norvegia*

Autore: SILVIA ANGELETTI

Sentenza di riferimento: Corte europea dei diritti dell'uomo. Grande Camera, 29.6.2007 (ricorso n. 15472/02)

Parametro convenzionale: Art. 9; art. 2 Protocollo n.1

Parole chiave: Educazione scolastica; religione; scuola; insegnamento; Cristianesimo; morale; libertà educativa; famiglia.

I molti studi dedicati all'argomento, nonché l'esperienza del vivere quotidiano, mostrano con evidenza come il continente europeo, da secoli luogo di sperimentazione della convivenza tra diverse culture e religioni, sia oggi attraversato da processi migratori i quali, associati agli effetti della globalizzazione, stanno producendo un generale mutamento del tessuto sociale, dando vita a nuove forme di multiculturalità e multireligiosità. Le soluzioni adottate nelle società multiculturali, maturate soprattutto nei Paesi che per primi sono stati oggetto di immigrazione (Germania, Gran Bretagna, Francia), insegnano che nessun modello di integrazione ha speranze di reale successo se non è supportato anche da opportune politiche educative, volte a creare un clima di pacifica convivenza tra le giovani generazioni e a costruire una società aperta alla accoglienza, alla pluralità di vedute, di appartenenze, di convinzioni.

Inevitabilmente anche la religione, terreno privilegiato di confronto – ma anche di scontro – sul piano dei valori e dei comportamenti individuali e collettivi, è entrata con decisione nel dibattito intorno al ruolo delle politiche pubbliche in materia di educazione alla cittadinanza e al pluralismo. In particolare, si è fatta strada l'idea che una autentica e pacifica "convivenza al plurale" presupponga una conoscenza, seppur minima, delle più diffuse tradizioni religiose e filosofiche. Lo "spazio" per l'insegnamento della religione nelle scuole pubbliche, fino ad ora in prevalenza monopolio delle confessioni religiose per la diffusione dei propri contenuti dottrinali, torna così ad essere occupato anche dalle istituzioni statali le quali, in diversi Paesi europei, hanno avviato programmi di insegnamento non confessionale in materia di religione, etica, filosofia e morale. Un



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

efficace contributo in questa direzione è arrivato anche dalle Raccomandazioni del Consiglio d'Europa e dalle Linee Guida di Toledo formulate nell'ambito dell'OSCE: entrambe le istituzioni si sono espresse decisamente in favore di un sistema educativo che formi i giovani al pluralismo religioso, culturale e valoriale, anche attraverso lo strumento della diffusione di una conoscenza basilare delle più importanti tradizioni religiose.

La scelta dell'introduzione di queste nuove discipline, sul piano delle politiche educative, si presta a diversi piani di lettura. Per gli aspetti che in questa sede interessano, è importante osservare come l'intervento pubblico abbia dato vita ad una ridefinizione dei rapporti tra l'impegno educativo della scuola e quello della famiglia; di queste dinamiche, la casistica giurisprudenziale convenzionale offre alcuni esempi che vale la pena di richiamare.

Osservando la questione sotto il profilo della Convenzione europea, il dato di partenza è che l'impegno dello Stato al rispetto della libertà educativa dei genitori, sancito al secondo par. dell'art. 2 del Primo Protocollo CEDU, ha trovato nell'introduzione degli insegnamenti non confessionali di religione un nuovo terreno di confronto con l'autonomia delle istituzioni scolastiche pubbliche. Elaborata con l'intento di garantire alle famiglie un diritto prioritario nell'educazione dei minori secondo le proprie convinzioni, contro le temute ingerenze statali (a lungo sperimentate negli anni difficili dei totalitarismi), la disposizione dell'art. 2 del Protocollo n. 1 affonda le sue radici nel diritto alla libertà di pensiero, coscienza e religione (art. 9 CEDU), più volte definito dalla Corte di Strasburgo come uno dei fondamenti di una società democratica (Corte EDU, *Kokkinakis c. Grecia*, dec. 25 maggio 1993, n. ric. 14307/88). Mentre il primo paragrafo della disposizione sancisce che a nessuno deve essere negato l'accesso all'istruzione, la seconda parte mira a garantire che, nell'esercizio di tutte le funzioni che lo Stato assume nel campo dell'educazione e dell'insegnamento, siano rispettate le libertà primaziali dei genitori, affinché possa dirsi compiuto un autentico pluralismo educativo.

Nella prassi, la giurisprudenza della Commissione e quella della Corte EDU offrono un nutrito numero di esempi nei quali la distanza tra i progetti educativi della scuola e le convinzioni filosofiche o religiose dei genitori degli alunni finisce per generare situazioni di aperto contrasto. Pur nella diversità dei motivi di doglianza e degli argomenti che orientano la decisione, la casistica dimostra che, in questi casi, gli organi europei tendono a privilegiare l'autonomia scolastica nella definizione ed attuazione dei programmi educativi, piuttosto che le garanzie nei confronti dei genitori. Questa tendenza si rafforza in particolare nelle ipotesi in cui le famiglie si oppongono ad attività proposte dalla scuola con l'obiettivo di formare gli studenti al pluralismo, alla pacifica convivenza e al reciproco riconoscimento delle differenze (anche religiose), in linea con quanto più volte richiesto dalle stesse istituzioni europee (Si veda, a titolo orientativo, Ass. Parl. Consiglio d'Europa, *Raccom. 1720 (2005), Education and Religion*). Con questi argomenti, ad esempio, la



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Corte ha riconosciuto legittima la previsione di un insegnamento obbligatorio di educazione sessuale, purché impartito in modo neutrale ed obiettivo, in quanto frutto delle autonome scelte educative compiute dalle autorità scolastiche, sulle quali i genitori non hanno diritto di porre veti (Corte EDU, *Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen c. Danimarca*, 7.12.1976, n. ric. 5095/71, 5920/72, 5926/72; Id., *Jimenez Alonso e Jimenez Merino c. Spagna*, 25.5.2000, n. ric. 51188/99). Con motivazioni francamente meno convincenti, la stessa Corte, in *Valsamis c. Grecia ed Efstratiou c. Grecia* (Corte EDU, *Valsamis c. Grecia*, dec. 18.12.1996, n. ric. 21787/93; Id., *Efstratiou c. Grecia*, dec. 18.12.1996, n. ric. 24095/94) ha ritenuto che l'obbligo per gli alunni delle scuole di partecipare alla annuale parata, in ricordo degli scontri tra Greci e Italiani durante la Seconda guerra mondiale, non debba prevedere motivi di dispensa per ragioni di convinzione o di religione, giudicando l'evento di natura pacifica e patriottica (cfr. Commissione EDU, *Angeleni c. Svezia*, dec. 3.12.1986, n. ric. 10491/83).

In linea con questa impostazione, nelle fattispecie originate dagli insegnamenti non confessionali di religione, etica e morale nelle scuole pubbliche, la Corte di Strasburgo si è dimostrata favorevole all'intervento statale, sostenendo in più occasioni che l'introduzione delle nuove discipline rientra in una sfera di autonomia delle istituzioni scolastiche compatibile con il rispetto delle convinzioni religiose e filosofiche dei genitori. L'unico limite imposto dal giudice europeo riguarda la garanzia che l'insegnamento sia impartito con obiettività, pluralismo, neutralità e senza tentativi di indottrinamento (Commissione EDU, *X c. Gran Bretagna*, dec. 1.3.1979, n. ric. 8010/77). Ove ritenga che il criterio dell'imparzialità non sia stato rispettato, la Corte interviene a sostegno delle ragioni delle famiglie ricorrenti, riconoscendo loro il diritto a vedere dispensati i propri figli dall'insegnamento proposto, a tutela della coerenza del percorso educativo scolastico dei minori con quello familiare.

È quanto è accaduto nel noto caso *Folgerø c. Norvegia*, deciso dalla Grande Camera nel 2007 (Corte EDU, dec. 29.6.2007, n. ric. 15472/02). Al centro dell'*affaire Folgerø* incontriamo l'insegnamento di Cristianesimo, religione e filosofia (di seguito, KRL) introdotto dal Legislatore norvegese con l'*Education Act* del 1998 (*Act of 17 July 1998 no. 61 Relating to Primary and Secondary Education and Training*) e previsto come obbligatorio nella scuola primaria pubblica. Nata con l'obiettivo di superare la tradizionale impostazione confessionale del sistema scolastico pubblico in materia di educazione religiosa, la nuova materia mira ad offrire una conoscenza generale del Cristianesimo (con particolare riguardo alla tradizione luterana), nonché delle più importanti correnti religiose e filosofiche. Secondo la Legge istitutiva, l'impostazione plurale e imparziale dell'insegnamento ne giustifica l'obbligatorietà per gli alunni, mitigata solo dalla possibilità di un esonero parziale, applicabile esclusivamente alle attività proposte durante il corso che riguardano più propriamente la sfera religiosa (preghiere, letture di testi sacri ecc.).



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

A rendere più gravoso il meccanismo di esonero contribuisce la circostanza che, in base alla normativa, per ottenere la dispensa i genitori devono produrre una richiesta scritta nella quale motivano le ragioni per le quali ritengono una specifica attività del corso contraria ai propri convincimenti religiosi o filosofici. Una disciplina così parziale e insieme discriminatoria difficilmente poteva andare esente da critiche; infatti, il gruppo di genitori che si rivolge ai giudici europei lamenta sia l'assenza di una possibilità di esonero totale sia l'onere derivante dal dover rivelare dati sensibili sulle proprie convinzioni nella richiesta di dispensa. Entrambe le previsioni, a detta dei ricorrenti, configurano una violazione del diritto alla libertà religiosa (art. 9), alla libertà educativa (art. 2 Primo Protocollo), al rispetto della vita familiare (art. 8) e all'uguaglianza di trattamento (art. 14). Prima ancora che sulla possibilità di esonero, tuttavia, il nodo centrale della controversia ruota intorno all'accertamento della presunta imparzialità e neutralità dell'insegnamento; sul punto, per i genitori ricorrenti il KRL, lungi dall'essere obiettivo e neutrale, in realtà propone agli alunni nozioni e attività fortemente permeate della tradizione cristiana. Il governo norvegese sostiene, al contrario, che la nuova materia offre ai giovani conoscenze generali ed uno spazio di dialogo e di confronto utile a formarli alla convivenza in una società multiculturale e multireligiosa.

Pur riconoscendo in linea di principio una consonanza di obiettivi tra il Legislatore norvegese e le istituzioni europee, la Corte di Strasburgo esprime in questo caso un giudizio critico circa la reale obiettività e neutralità del KRL. Valutando in concreto le modalità di svolgimento del corso, i giudici osservano che la tradizione cristiana luterana ne influenza i contenuti pedagogici in senso sia quantitativo che qualitativo. In riferimento a tale circostanza, la Corte chiarisce che la scelta di riservare ampio spazio alla confessione religiosa dominante nel Paese non vale, di per sé, a suggerire che si possa parlare di "indottrinamento" in violazione dell'art. 2 del Protocollo; tuttavia, la mancanza di reale pluralismo, di critica e di obiettività del corso impone di prevedere quantomeno una facoltà di dispensa totale. Occorre aggiungere, peraltro, che la medesima questione era stata sottoposta in precedenza anche al Comitato ONU per i diritti umani, il quale, valutandola alla luce della compatibilità con l'art. 18 par. 4 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, era giunto alle stesse conclusioni della Corte EDU. In sostanza, il Comitato aveva espresso il parere che il KRL non appare un insegnamento neutrale né nel contenuto né nel metodo e aveva aggiunto che la procedura per ottenere la dispensa è suscettibile di produrre effetti discriminatori (*Leirvåg c. Norvegia*, Comunicazione n. 1155/2003, U.N.Doc. CCPR/C/82/D/1155/2003, 2004).

In sintonia con l'opinione del Comitato, la Corte di Strasburgo sanziona le istituzioni norvegesi, valutando la necessità di una richiesta scritta e motivata come un atto eccessivamente gravoso e irrispettoso della privacy. Vale la pena di ricordare che la decisione europea è tutt'altro che unanime: ben otto giudici dissenzienti puntualizzano che la richiesta di una dichiarazione argomentata da parte dei genitori, i quali intendano ottenere una dispensa per i propri figli, non può



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

dirsi onere eccessivamente gravoso. D'altra parte, fanno osservare, la confessione luterana è religione di Stato, ancora largamente dominante nella società norvegese, e ciò è sufficiente a giustificare l'ampio spazio ad essa riservato nell'ambito di un insegnamento sulle tradizioni religiose.

Seppure controversa all'interno del collegio giudicante, la decisione della Corte di Strasburgo nel caso *Folgerø* è stata invece salutata con favore da larga parte della dottrina, che ne ha messo in rilievo l'enfasi posta sul carattere pluralistico, neutrale e critico che deve caratterizzare gli insegnamenti non confessionali in tema di religione, etica e filosofia.

A ben vedere, infatti, quello della imparzialità dell'insegnamento appare l'unico parametro applicato dalla Corte per valutarne la conformità al principio del rispetto della libertà educativa sancito nel Primo Protocollo. Di conseguenza, l'obbligatorietà di un corso non confessionale sui temi della religione o dell'etica è giudicata legittima nella misura in cui l'insegnamento superi il vaglio dei giudici europei sul piano delle garanzie concrete di neutralità (Commissione EDU, *Angeleni c. Svezia*, cit.; Id., *Bernard e altri c. Lussemburgo*, cit.; Id., *C.J., J.J. e E.J. c. Polonia*, dec. 16.1.1996, n. ric. 23380/94; Id., *Karnell e Hardt c. Svezia*, dec. 28.5.1973, n. ric. 4733/71). A conferma di quanto detto ci sembra sufficiente richiamare due decisioni rese dai giudici europei successivamente alla sentenza *Folgerø*. Nel primo caso (Corte EDU, *Zengin c. Turchia*, dec. 9.10.2007, n. ric. 1448/04) la Corte riconosce il diritto del ricorrente ad ottenere una dispensa per il figlio dall'insegnamento obbligatorio di etica e religione, impartito nella scuola pubblica turca. Il corso, secondo i giudici europei, non è neutrale, perché impostato essenzialmente sulla tradizione islamica dominante; inoltre è consentito l'esonero solo agli alunni di religione ebraica o cristiana, con l'effetto di creare ingiustificate disparità di trattamento. Diverso il secondo caso (Corte EDU, *Appel – Irrgang c. Germania*, dec. 6.10.2009, n. ric. 45216/07), originato dal ricorso di alcuni genitori a seguito dell'introduzione, nel sistema scolastico pubblico di Berlino, di un corso obbligatorio di etica che non prevede possibilità di dispensa. Richiamando l'indirizzo seguito nelle decisioni *Folgerø* e *Zengin*, i giudici di Strasburgo affermano che rientra nelle competenze delle autorità scolastiche definire contenuti e metodi dei programmi d'insegnamento e nessuna interferenza, al riguardo, è permessa ai genitori degli alunni. Le istituzioni scolastiche, tuttavia, nell'esercizio delle loro funzioni devono garantire il rispetto delle convinzioni dei genitori, assicurando che l'insegnamento impartito sia imparziale e risponda all'obiettivo del pluralismo educativo, implicito nella disposizione contenuta all'art. 2 del Protocollo CEDU. Nella fattispecie in questione, il giudice europeo è dell'avviso che il corso non si discosta dal rispetto dei principi appena richiamati: offrendo uno sguardo generale e imparziale sulle grandi tradizioni religiose e filosofiche e restando, nello stesso tempo, imparziale di fronte alle scelte personali degli studenti, esso si pone in armonia con le garanzie del pluralismo e del rispetto delle libertà educative familiari, rendendo non necessaria la previsione di una dispensa.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Gli orientamenti della Corte europea, sin qui sommariamente richiamati, si prestano ad alcune osservazioni alle quali in questa sede è possibile solo accennare. La prima riguarda il rapporto tra autonomia scolastica e libertà educativa dei genitori. Come si è accennato in precedenza, l'art. 2 del Primo Protocollo CEDU era stato originariamente concepito con l'intento di salvaguardare le libertà individuali dalle possibili ingerenze statali nell'educazione dei minori; la successiva prassi giurisprudenziale, tuttavia, mette in luce la tendenza a conferire uno spazio sempre più ampio alle prerogative delle istituzioni scolastiche pubbliche nell'esercizio delle funzioni educative, anche ricorrendo allo strumento del margine di discrezionalità statale.

Tale orientamento appare evidente in alcune decisioni come quella, già richiamata, resa nel caso *Valsamis* o nel recente pronunciamento della Grande Camera nel caso *Lautsi c. Italia*. Sotto questo profilo, la questione dell'insegnamento non confessionale di temi religiosi non sembra fare eccezione, posto che la Corte ritiene legittima la previsione dell'obbligatorietà (senza dispensa) di un corso sulla religione, subordinandola unicamente alla propria valutazione circa il rispetto dei requisiti della neutralità e del pluralismo.

La seconda osservazione ha a che fare invece con la posizione soggettiva del minore d'età, soggetto debole e perciò maggiormente meritevole di protezione, a lungo trascurato, invece, anche nell'ambito dei trattati internazionali a tutela dei diritti umani. Nella materia di cui stiamo trattando, tanto le politiche educative nazionali quanto le decisioni rese a Strasburgo devono porre al centro del proprio interesse la libertà di pensiero, coscienza e religione del minore d'età. Da questo punto di vista, tutela del minore può significare, da un lato, contrastare le pretese dei genitori quando queste producano l'effetto di isolare il giovane dall'ambiente educativo impedendone, in nome del rispetto delle libertà educative familiari, lo scambio e l'interazione con i coetanei o il confronto con altre esperienze culturali e religiose (Commissione EDU, *Bernard e altri c. Lussemburgo*, dec. 8.9.1993, n. ric. 17187/90; Id., *B.N. e S. N. c. Svezia*, dec. 30.6.1993, n. ric. 17678/91; Id., *Leuffen c. Germania*, dec. 9.7.1992, n. ric. 19844/92; Corte EDU, *Konrad e altri c. Germania*, dec. 11.9.2006, n. ric. 35504/03). Dall'altro lato, proteggere il minore significa anche dare spazio all'evoluzione della sua personalità e alle conseguenti scelte maturate sul piano della coscienza, che meritano rispetto e mediazione, per evitare forme di discriminazione o di emarginazione nelle delicate fasi che accompagnano il processo educativo.

Riferimenti bibliografici:

Belgiorno de Stefano M.G., *L'insegnamento della religione sotto il controllo della Corte Europea dei diritti umani*, www.statoechiese.it giugno 2008.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Knights S., *Approaches to Diversity in the Domestic Courts: Article 9 of the European Convention on Human Rights*, in R. Grillo, R. Ballard, A. Ferrari et al., *Legal Practice and Cultural Diversity*, Ashgate, Aldershot, 2009, pp. 283 – 298.

Lied S., *The Norwegian Christianity, Religion and Philosophy subject KRL in Strasbourg*, in *British Journal of Religious Education*, vol. 31, n. 3, 2009, pp. 263 – 275.

Martínez – Torrón J., *La objeción de conciencia a la enseñanza religiosa y moral en la reciente jurisprudencia de Estrasburgo*, *Revista General del Derecho Canonico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n. 15, ottobre 2007.

Parisi M., *Insegnamento religioso, neutralità dell'istruzione pubblica ed educazione alla cittadinanza democratica: il caso Folgerø contro Norvegia*, in *Quad. Dir. Pol. Eccl.*, 3, 2009, pp. 729 – 748.

Relaño E., *Educational Pluralism and Freedom of Religion: Recent Decisions of the European Court of Human Rights*, in *British Journal of Religious Education*, vol. 32, n. 1, 2010, pp. 19 – 29.

Ruiz – Capillas M., Cañamares Arribas S., *La objeción de conciencia en el ámbito educativo. Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Folgerø v. Noruega*, *Revista General del Derecho Canonico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 15, 2007.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

- Sezione:** **Libertà di pensiero, coscienza e religione - Libertà religiosa individuale**
- Titolo:** *Il crocifisso nelle aule scolastiche: un simbolo prima avversato, poi accettato dalla Corte europea*
- Autore:** **MARCO CANONICO**
- Sentenza di riferimento:** Corte europea dei diritti umani, Grande Camera, 18 marzo 2011, *Lautsi c. It alia* (ricorso n. 30814/06)
- Parametri convenzionali:** art. 9 CEDU; art. 2 Protocollo n. 1; art. 14 CEDU
- Parole chiave:** Simboli religiosi; crocifisso; sentimento religioso; libertà di educazione

1. Il precedente specifico

La decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo del 3 novembre 2009, pronunciata a seguito del ricorso di una madre che lamentava la presenza del crocifisso nelle aule della scuola pubblica italiana frequentata dai suoi due figli minorenni ritenendola lesiva del principio di laicità dello Stato e del diritto dei genitori di educare la prole secondo le proprie convinzioni, aveva condannato l'Italia considerando contrastante con le previsioni della Convenzione la normativa che impone l'esposizione di detto simbolo religioso.

Secondo detta pronuncia il diritto dei genitori al rispetto delle loro convinzioni religiose e filosofiche va collocato nell'ambito del diritto fondamentale all'istruzione, senza che al riguardo l'art. 2 del Protocollo n. 1 distingua fra istruzione pubblica e privata, in quanto per i giudici di Strasburgo tale disposizione mira a tutelare la possibilità del pluralismo educativo, elemento essenziale per preservare la società democratica. Ne consegue che il rispetto delle convinzioni dei genitori deve realizzarsi nel quadro di un ordinamento scolastico aperto, in cui non devono assumere rilevanza l'origine sociale, le credenze religiose e l'appartenenza etnica degli allievi, in maniera che la scuola risulti luogo d'incontro di diverse religioni e culture. In simile prospettiva lo Stato deve curare che l'insegnamento sia impartito in maniera obiettiva e pluralista, mentre ogni forma di indottrinamento violerebbe la libertà educativa dei genitori.

Sotto altro profilo per la Corte il rispetto delle credenze religiose di genitori ed alunni implica il diritto, garantito dall'art. 9 della Convenzione, di credere o meno in una religione, mentre il dovere



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

di imparzialità e neutralità dello Stato rende inaccettabile qualsiasi valutazione da parte dello stesso riguardo alle convinzioni religiose dei cittadini ed alle modalità di espressione delle stesse, ragione per cui in tema d'insegnamento la neutralità che compete allo Stato deve assicurare il pluralismo ideologico e confessionale. Lo Stato deve perciò astenersi dall'imporre, anche indirettamente, determinate convinzioni, soprattutto a carico dei minori, i quali difettano di piena capacità critica riguardo ad indicazioni che implicino la manifestazione di una preferenza in materia religiosa da parte delle istituzioni.

Sulla base di tali presupposti la presenza nelle aule scolastiche del crocifisso, in quanto simbolo nel quale predomina la valenza religiosa, può essere interpretata dagli alunni come caratterizzazione religiosa dell'insegnamento, con potenziale turbamento per gli alunni di fede diversa o atei, senza che abbia rilievo l'assenza di pratiche e insegnamenti di natura specificamente spirituale.

D'altra parte si considera che l'esposizione del simbolo in questione non potrebbe essere giustificata né dall'eventuale richiesta dei genitori interessati ad una educazione in conformità ad esso, né dalla necessità di un compromesso fra le parti politiche d'ispirazione cristiana, in quanto il rispetto delle convinzioni religiose di alcuni genitori va temperato con il necessario rispetto delle convinzioni degli altri genitori appartenenti a fedi diverse, mentre lo Stato è tenuto alla neutralità confessionale nel quadro dell'istruzione pubblica obbligatoria.

Per gli indicati motivi la Corte di Strasburgo riteneva che la presenza del crocifisso nelle aule scolastiche violasse il diritto dei genitori di educare i figli secondo le proprie convinzioni ed il diritto degli alunni di credere o meno ad una religione, oltre a contrastare con il dovere dello Stato di rispettare la neutralità nell'esercizio della funzione pubblica, soprattutto in ambito educativo, con violazione congiunta dell'art. 2 del Protocollo n. 1 e dell'art. 9 della Convenzione.

2. Il ricorso proposto dall'Italia e le opinioni dei soggetti intervenuti nel giudizio

Avverso l'esaminata sentenza ha proposto ricorso il governo italiano, che ha invocato il giudizio della Grande Camera evidenziando come la decisione impugnata risulti in contrasto con la precedente giurisprudenza della Corte ed abbia omesso di considerare la situazione esistente anche in altri Stati riguardo all'esposizione di simboli religiosi nelle aule scolastiche, apprezzamento che secondo parte appellante avrebbe permesso di rilevare come i Paesi europei godano in materia di un ampio margine di discrezionalità. Veniva inoltre rilevato che il concetto di neutralità dello Stato utilizzato nella pronuncia censurata non coincide con il principio di equidistanza normalmente adottato dalla stessa Corte ed universalmente accettato, secondo cui lo Stato non si deve identificare con una religione ma non deve necessariamente avere un atteggiamento agnostico o antireligioso, dovendo piuttosto assicurare il soddisfacimento dei diversi bisogni religiosi dei cittadini. Si ravvisava inoltre come la sentenza della Sezione sia fondata su una innovativa ed errata interpretazione del diritto all'istruzione ed alla libertà religiosa, suscettibile di condurre a gravi conseguenze in sede di applicazione della Convenzione. Si evidenziava ancora come il significato attribuito ad un simbolo possa essere diverso da individuo ad individuo, con la conseguenza che la croce può essere percepita non solo come simbolo religioso ma anche come simbolo culturale ed



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

identitario, che rappresenta i principi ed i valori su cui si basano la democrazia e la civiltà occidentale. Senza contare che comunque il crocifisso costituisce un simbolo passivo, il cui impatto sugli individui non è certamente paragonabile rispetto a quello derivante da comportamenti attivi, non potendosi dunque sostenere che i contenuti dell'insegnamento impartito dalla scuola italiana siano influenzati dalla presenza di detto simbolo nelle aule, la quale contribuisce piuttosto a rappresentare e far comprendere agli alunni la comunità nazionale in cui essi sono destinati ad integrarsi. Veniva infine evidenziata la necessità di non trascurare il diritto dei genitori che desiderano il mantenimento del crocifisso nelle aule scolastiche, volontà coincidente con quella della maggioranza degli italiani e della maggioranza dei membri del Consiglio d'Istituto nel caso di specie, sicché la rimozione del crocifisso verrebbe a costituire un abuso di posizione minoritaria, oltre a porsi in contrasto con il dovere dello Stato di consentire agli individui il soddisfacimento dei propri bisogni religiosi.

Nel giudizio dinanzi alla Grande Camera sono intervenuti i governi di Armenia, Bulgaria, Federazione Russa, Grecia, Lituania, Malta e Repubblica di San Marino, che hanno lamentato l'errata considerazione, nella decisione oggetto di impugnazione, del concetto di neutralità, confuso con quello di laicità, laddove il rapporto Stato-confessioni religiose assume una regolamentazione differenziata da Paese a Paese e l'intervento della Corte è possibile solo nei casi estremi caratterizzati dalla presenza di una inaccettabile lesione della libertà religiosa.

È altresì intervenuto il Principato di Monaco, il cui governo ha sottolineato la natura di simbolo passiva da attribuire al crocifisso, che compare infatti raffigurato nelle bandiere di molti Paesi, a rappresentare una identità nazionale radicata nella storia.

La Romania, altro soggetto intervenuto, ha richiamato il margine di apprezzamento di cui godono i vari Stati in materia di esposizione di simboli religiosi, riconosciuto dalla stessa Corte in alcune precedenti decisioni.

L'organizzazione non governativa Greek Helsinki Monitor, altro soggetto intervenuto, ha posto l'accento sulla natura prettamente religiosa del simbolo della croce, la cui esposizione nelle scuole può dunque considerarsi come messaggio istituzionale a favore di una particolare confessione.

Secondo l'Associazione nazionale del libero Pensiero la presenza del crocifisso nelle aule scolastiche pubbliche italiane, di per sé contrastante con le previsioni della Convenzione, risulta imposta non da disposizioni di legge ma da norme regolamentari emanate durante il periodo fascista, da considerare implicitamente abrogate dalla Costituzione repubblicana e dalla legge di ratifica dell'Accordo che ha modificato i Patti del Laterano del 1929. Dal medesimo soggetto è stato altresì evidenziato come la Corte di Cassazione sembri essersi discostata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato che ha ritenuto tuttora applicabili le normative in questione.

L'organizzazione non governativa European Centre for Law and Justice ha criticato la decisione della Sezione osservando come la presenza del crocifisso non abbia impedito ai figli della ricorrente di agire secondo la propria coscienza né alla stessa di educarli in conformità alle sue convinzioni.

L'associazione Eurojuris ha difeso la decisione della Sezione affermando che la scuola non deve essere luogo di proselitismo o predicazione, e che la presenza del crocifisso è prevista da norme regolamentari risalenti al periodo fascista che riflettono una concezione confessionale dello Stato, incompatibile con il principio di laicità consacrato dalla Costituzione. Si tratta peraltro, a detta della medesima associazione, di un simbolo religioso in cui non si riconoscono i non cristiani, con la cui



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

esposizione lo Stato attribuisce una posizione particolare ad una confessione in danno del pluralismo.

Le organizzazioni Commission Internationale de juristes, Interights et Human Rights Watch sono anch'esse intervenute per sostenere che la presenza del crocifisso nelle scuole pubbliche contrasta con il principio di neutralità e con i diritti garantiti dalle applicate disposizioni della Convenzione.

Zentralkomitee der deutschen Katholiken, Semaines sociales de France ed Associazioni cristiane Lavoratori italiani hanno fatto valere il significato principale del crocifisso quale simbolo centrale del cristianesimo, la cui presenza nelle scuole non può tuttavia essere interpretata come messaggio religioso o filosofico, trattandosi di una maniera passiva di trasmissione di valori morali di base, e dovendosi comunque riconoscere in materia un ampio margine di apprezzamento da parte dello Stato, in quanto sussistono situazioni differenziate nei vari Paesi in relazione alla storia, alla tradizione ed alla cultura di ciascuno di essi.

Sono intervenuti in giudizio, agendo congiuntamente, anche trentatré membri del Parlamento europeo, per i quali la Corte deve rispettare il principio di sussidiarietà, riconoscendo agli Stati un ampio margine nella definizione del rapporto con le confessioni religiose e nelle modalità di erogazione dell'insegnamento. Il fatto che uno Stato, per ragioni storiche o per la sua tradizione, mostri preferenza nei confronti di una religione non comporta superamento di tale margine secondo la giurisprudenza della stessa Corte, e dunque la presenza del crocifisso nelle scuole pubbliche non contrasta con la Convenzione, non dovendosi considerare come forma di indottrinamento ma quale espressione di unità e identità culturale, assumendo in questo contesto il simbolo religioso una dimensione laica.

3. La decisione della Grande Camera

A fronte delle riportate posizioni, la Grande Camera affronta la questione osservando in primo luogo che in materia di educazione ed insegnamento l'art. 2 del Protocollo n. 1 costituisce norma speciale rispetto all'art. 9 della Convenzione, per cui si tratta di verificare se sia violato il dovere degli Stati di rispettare il diritto dei genitori di educare i figli secondo le proprie convinzioni religiose e filosofiche, evocando al riguardo il caso *Folgerø ed altri c. Norvegia* (dec. 29.6.07).

Viene in proposito ricordato come lo Stato abbia il dovere di assicurare, attraverso la propria neutralità ed imparzialità, il pluralismo religioso, anche se le modalità pratiche di attuazione di tale garanzia possono variare sensibilmente negli Stati contraenti, i quali conservano un ampio potere discrezionale in materia. Secondo la giurisprudenza della Corte, compete allo Stato la definizione dei programmi d'insegnamento e l'organizzazione dello stesso, che può legittimamente contenere anche informazioni di natura religiosa e filosofica, purché non si giunga a forme di indottrinamento. A prescindere dalla natura simbolica del crocifisso, per i giudici va valutato se la sua presenza nelle aule scolastiche possa ledere il diritto dei genitori di educare i figli secondo le proprie convinzioni. Secondo il governo italiano tale presenza è il risultato dell'evoluzione storica dell'Italia e corrisponde ad una tradizione che è importante perpetuare, ed al riguardo la Corte ritiene che la scelta di continuare o meno una tradizione appartenga in linea di principio allo Stato, mentre vanno



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

anche tenute presenti le differenze storiche e culturali fra i vari Stati europei. In ogni caso gli Stati godono di un margine di discrezionalità nell'organizzazione dell'insegnamento e nell'assicurare il rispetto delle facoltà educative dei genitori. Ne consegue che in linea di principio anche la scelta in ordine all'esposizione di simboli religiosi nella scuola compete agli Stati, e l'ampio consenso manifestato sul punto in ambito europeo conferma secondo la Corte la bontà di detto assunto.

Si riconosce che la presenza di simbolo appartenente alla religione professata dalla maggioranza dei cittadini significhi conferire alla stessa una maggiore visibilità in ambito scolastico, ma ciò per la Corte non vale a determinare un processo di indottrinamento e dunque una violazione delle disposizioni della Convenzione. La decisione richiama al riguardo i casi *Folgerø* ed altri c. Norvegia e *Hasan ed Eylem Zengin* c. Turchia, (dec. 9.10.07), nei quali la Corte ha dichiarato che la prevalenza di contenuti di ispirazione cristiana nei programmi di insegnamento non può essere di per sé considerata contraria ai principi di pluralismo ed obiettività, tenuto conto del ruolo del cristianesimo nella storia e tradizione dello Stato interessato e del potere discrezionale di quest'ultimo di definire il programma degli studi, oppure ha considerato legittimo che nell'ambito della "cultura religiosa e morale" insegnata in Turchia sia preponderante la conoscenza dell'Islam, in quanto religione maggioritaria in detto Paese, e ciò nonostante la natura laica dello Stato.

Si aggiunge che il crocifisso è comunque un simbolo essenzialmente passivo, il quale non può pertanto esercitare sugli studenti l'influenza che invece potrebbero avere un discorso o la partecipazione ad attività religiose, anche in ragione del fatto che la presenza di detto simbolo non è associata ad un insegnamento obbligatorio della religione cristiana e lo spazio scolastico è aperto alle istanze delle altre confessioni, oltre al rilievo che non risultano comportamenti intolleranti da parte delle autorità scolastiche nei confronti di alunni seguaci di religioni diverse da quella cristiana e neppure parte ricorrente ha sostenuto che la presenza del crocifisso abbia condotto a pratiche di insegnamento con connotazioni di proselitismo.

Si osserva infine che nonostante la presenza del crocifisso la ricorrente, in qualità di genitore, conserva intatto il diritto di educare i figli secondo le proprie convinzioni filosofiche e religiose, richiamandosi al riguardo i precedenti *Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen* c. Danimarca (dec. 7.12.76) e *Valsamis* c. Grecia (dec. 18.12.96).

Ne consegue che per la Corte non sussiste violazione dell'art. 2 del Protocollo n. 1, mentre si ritiene che non vi sia alcuna questione da trattare in merito all'ipotizzata lesione dell'art. 9 della Convenzione.

In merito alla lamentata inosservanza dell'art. 14 della Convenzione la Corte evidenzia che la disposizione invocata non ha rilevanza autonoma ma è funzionale al godimento di diritti riconosciuti in altre norme, ragione per cui, se la doglianza deve intendersi riferita alla discriminazione che gli alunni non cattolici avrebbero subito per l'aver dovuto soggiornare in aule ove era presente il crocifisso, la questione coincide con quella già esaminata relativa alla supposta violazione dell'art. 9 della Convenzione e dell'art. 2 del Protocollo n. 1 e non richiede pertanto specifica considerazione.

Sulla base di tali motivazioni la Grande Camera in data 18 marzo 2011 con la pronuncia di cui trattasi ritiene, con decisione adottata a maggioranza, che non sussistano violazioni dell'art. 9 della Convenzione e dell'art. 2 del Protocollo n. 1, mentre con valutazione assunta all'unanimità statuisce che non sia da prendere in esame la doglianza relativa all'art 14 della Convenzione.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Al provvedimento vengono allegate, ai sensi degli articoli 45, § 2, della Convenzione e 74, § 2, del regolamento, le dichiarazioni concordi con la pronuncia dei giudici Christos Rozakis, Nina Vajić, Giovanni Bonello e Ann Power, e quelle contrarie dei giudici Giorgio Malinverni e Zdravka Kalaydjieva.

Precedenti giurisprudenziali:

Corte eur. dir. uomo: 7 dicembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen c/ Danimarca*; 13 agosto 1981, *Young, James e Webster c/ Regno Unito*; 25 febbraio 1982, *Campbell e Cosan c/ Regno Unito*; 18 dicembre 1996, *Buscarini ed altri c/ San Marino*; 18 dicembre 1996, *Valsamis c/ Grecia*; 15 febbraio 2001, *Dahlab c/ Svizzera*; 29 giugno 2007, *Folgerø ed altri c/ Norvegia*; 3 novembre 2009, *Lautsi c/ Italia*.

Riferimenti bibliografici:

BELGIORNO DE STEFANO M.G., *Il crocifisso nelle aule scolastiche in Italia. Una condanna revocata, ma condizionata, dalla corte Europea dei Diritti Umani*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiесе.it), marzo 2011, pp. 1-12.

BETTETINI A., *Il crocifisso nelle aule scolastiche: la legittimità che "dà a pensare"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, XXVII, 2011, n. 6, II, p. 286-290.

CARLASSARE L., *Crocifisso: una sentenza per l'Europa "non laica"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, XXVII, 2011, n. 6, II, p. 291-296.

CONFORTI B., *Crocifisso nelle scuole, una sentenza che lascia perplessi*, in *Affari internazionali* (www.affarinternazionali.it), 24 marzo 2011.

FERRARI S., *Sul crocifisso e su molto altro. Le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Il Regno*, 2011, n. 6, p. 191-199.

HERVIEU N., *Droit a l'instruction et liberté de religion (Art. 2 du Protocole n° 1 et Art. 9 CEDH). Conventionalité de la présence des crucifix dans les salles de classe d'écoles publiques*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiесе.it), marzo 2011, p. 1-16.

LEONI A., *L'"Affaire Lautsi c. Italie": la vicenda giudiziaria dell'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiесе.it), aprile 2011, p. 1-27.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

PALOMBINO F.M., *La decisione della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Lautsi: un uso incongruo della nozione di "simbolo passivo"*, in *Forum della Società Italiana di Diritto Internazionale* (www.sidi-isil.org).

SAPIENZA R., *Ancora sulla questione del crocifisso nelle aule italiane*, in *Forum della Società Italiana di Diritto Internazionale* (www.sidi-isil.org).

TURCHI V., *La pronuncia della Grande Chambre della Corte di Strasburgo sul caso Lautsi c. Italia: post nubila Phoebus*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), ottobre 2011, p. 1-23.

TOSCANO M., *La sentenza Lautsi e altri c. Italia della Corte europea dei Diritti dell'uomo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), ottobre 2011, p. 1-48.

(31.10.2011)



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Sezione: Libertà di pensiero, coscienza e religione - Libertà religiosa individuale

Titolo: *"Vivre ensemble" con il velo integrale? Religione e spazio pubblico di fronte ai giudici di Strasburgo.*

Autore: SILVIA ANGELETTI

Sentenza di

riferimento: Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza S.A.S. c. Francia, 1 luglio 2014 (appl. N. 43835/11)

Parametro convenzionale: articoli 8, 9 CEDU

Parole chiave: Velo integrale, niqab, burqa, simboli religiosi, libertà religiosa, diritto alla privacy, ordine pubblico, diritti e libertà altrui.

1. Con la decisione sul caso *S.A.S. v. France*, resa il 1° luglio 2014, la Grande Camera della Corte di Strasburgo torna sulla questione dell'uso, nei luoghi pubblici, di un abbigliamento connotato religiosamente. La sentenza giunge a poco meno di dieci anni di distanza dalla nota decisione *Leyla Sahin v. Turkey*, nella quale, per la prima volta, di fronte alla richiesta di una studentessa di indossare il velo islamico nelle aule universitarie, la Corte Edu qualificava l'abbigliamento religioso come una componente del diritto alla libertà religiosa sancito all'art. 9 della Convenzione. Da allora, la giurisprudenza europea si è nutrita di una casistica numerosa al riguardo e la tendenza della Corte si è mostrata in larga parte orientata a riservare un ampio margine di discrezionalità agli stati membri nel disciplinare la questione dei simboli nei luoghi pubblici. In non poche fattispecie di limitazione all'uso di un vestiario religioso, i giudici europei hanno ammesso che vi fosse stata un'interferenza delle



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

pubbliche autorità con la libertà di manifestazione religiosa dei ricorrenti, ravvisando tuttavia, in tale interferenza, ragioni legittime e misure proporzionali.

Nel caso *S.A.S. v. France*, una donna francese di origini pakistane e di religione islamica solleva una questione di compatibilità, con la Convenzione europea, della (contestata) legge francese n. 2010-1192 dell'11 ottobre 2010, entrata in vigore nell'aprile 2011 (*Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*), che vieta ai cittadini di apparire in luoghi pubblici con il volto coperto in modo tale da non permettere l'identificazione della persona. Seppure in assenza di una diretta violazione (il ricorso viene presentato in coincidenza con l'entrata in vigore della legge), la ricorrente intende far valere il suo diritto ad indossare il velo integrale, affermando che l'uso di quest'ultimo le consente di manifestare (non sempre ma quando ne senta il bisogno) la propria identità culturale, religiosa e personale, facendola sentire maggiormente a proprio agio nei rapporti con gli altri. Il divieto imposto dalla legge del 2010 integrerebbe, a giudizio della donna, la violazione di numerose disposizioni della Convenzione (gli articoli 3, 8, 9, 10, 11) delle quali, tuttavia, la Corte ritiene pertinenti solo quelle poste a tutela del diritto alla privacy, alla libertà di coscienza e di religione e alla libertà di espressione.

2. La normativa contestata ha un ambito di applicazione generale che riguarda tutti i casi di dissimulazione del volto, non a caso il governo ha puntato (anche) su questo elemento per dimostrare alla Corte di Strasburgo il carattere non discriminatorio delle misure previste. A ben vedere, tuttavia, sia il dibattito parlamentare che ha preceduto l'intervento legislativo, sia il memorandum di accompagnamento della legge, rivelano chiaramente la volontà del Legislatore di porre un argine all'uso di alcune donne di religione islamica di mostrarsi nei luoghi pubblici coperte dal burqa o dal niqab, capi di vestiario che nascondono non solo il corpo e la capigliatura ma anche i lineamenti del volto, lasciando uno spiraglio per gli occhi. In verità, non si tratta di un fenomeno diffuso: la Commissione dell'Assemblea nazionale, in precedenza chiamata a svolgere un rapporto sul tema, aveva riconosciuto che la pratica riguarda alcune centinaia di donne; ciò che conta, tuttavia, sembra essere il messaggio che la Francia ha inteso veicolare attraverso il divieto, incentrato sull'importanza di una convivenza civile che si fondi sui valori della nazione. In questa direzione,



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

nell'auspicare una restrizione all'uso del velo integrale, la stessa Commissione parlamentare aveva richiamato la triade dei principi di libertà, uguaglianza e fraternità che hanno forgiato la nazione, sostenendo che il velo che copre il volto, quale segno di sottomissione delle donne, ne mina la libertà e l'uguale dignità, minacciando nel contempo il vincolo sociale di fraternità, nella misura in cui ostacola i rapporti con gli altri (*Rapport d'Information*, n. 2646, 23 giugno 2010). Di diverso avviso il Consiglio di Stato e la Commissione consultiva nazionale sui diritti umani, dai quali era arrivato un monito al Legislatore a non porre un divieto generalizzato, preferendo invece l'adozione di misure spazialmente e temporalmente definite sulla base di specifiche esigenze riconducibili a motivi di ordine pubblico.

Leggendo il memorandum che accompagna la proposta di legge, il monito non sembra essere stato accolto, mentre ben appaiono evidenti le ragioni che più stanno a cuore al Parlamento francese:

“The voluntary and systematic concealment of the face is problematic because it is quite simply incompatible with the fundamental requirements of ‘living together’ in French society”.

Il valore simbolico del divieto è tutto racchiuso in queste poche righe. Per il Legislatore francese, nascondere il volto non rappresenta solo un problema di sicurezza quanto piuttosto un attentato ai valori fondativi della Repubblica, a quei principi di libertà, uguaglianza e fraternità che si situano alle radici del vincolo sociale.

Naturalmente, una previsione posta in termini così generali richiede le dovute precisazioni e così la legge stessa e le successive circolari applicative chiariscono cosa debba intendersi per luoghi pubblici: le pubbliche vie, i luoghi pubblici o aperti al pubblico e quelli nei quali si svolge un pubblico servizio. Il divieto è inapplicabile nei luoghi di preghiera aperti al pubblico, in virtù di una riserva espressa dal *Conseil constitutionnel* che ha inevitabilmente messo in luce il carattere religioso degli obiettivi della normativa, pur giudicata costituzionalmente legittima (sentenza 2010-613, resa il 7 ottobre 2010). Il divieto di girare con il volto coperto incontra un'eccezione in virtù di specifiche previsioni normative, di ragioni di lavoro, di sicurezza o di salute o in occasione della partecipazione a eventi sportivi, tradizionali



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

o culturali, tra i quali sono comprese le processioni religiose. Sotto il profilo sanzionatorio, la legge del 2010 prevede una multa di lieve entità, cui può aggiungersi la pena accessoria (che figura anche in alternativa) della frequenza di un corso obbligatorio di cittadinanza. Più grave il caso in cui un soggetto costringa altri ad adottare l'abbigliamento vietato, soprattutto se la vittima è minore d'età: per dissuadere da comportamenti familiari costrittivi, la legge sancisce una pena severa, che può arrivare fino alla reclusione.

3. La nuova normativa va ad aggiungersi al divieto già previsto con la Legge n. 2004-228 del 15 marzo 2004 (*Encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycée publics*), anch'essa preceduta e seguita da un vivace dibattito, con la quale era stato interdetto a docenti e allievi l'uso di simboli personali religiosi di carattere "ostensibile" all'interno degli istituti educativi, con l'obiettivo dichiarato di salvaguardare il carattere laico e pluralista della scuola pubblica.

La legge del 2010, voluta dal governo Sarkozy, rappresenta dunque un ulteriore tassello di quel mosaico di questioni e di soluzioni legislative nel quale ormai da molti anni si intrecciano i temi della laicità dello Stato, dell'immigrazione e delle politiche di integrazione. Nodo centrale del dibattito francese, il difficile rapporto tra una società sempre più plurale sotto il profilo culturale, etnico e religioso, e un modello politico-giuridico di gestione dell'integrazione basato sull'idea che l'assimilazione identitaria, fondata sull'adesione ai comuni valori e allo spirito della *République*, possa rappresentare il metodo migliore per garantire coesione sociale ed evitare pericolose devianze e frammentazioni sociali. Sinergico a questa impostazione (ed anche profondamente aderente agli stessi principi), appare sullo sfondo un modello di *laïcité* nei rapporti tra lo stato e le confessioni religiose (continuamente riproposto e richiamato nonostante la prova dei fatti talvolta porti a disattenderlo) inteso e vissuto tradizionalmente come assoluta imparzialità delle istituzioni di fronte al fenomeno religioso e come sinonimo di neutralità (se quest'ultima riguardi la sfera pubblica o solo quella politica è questione dibattuta). Sulla *laïcité* così disegnata, si struttura una configurazione giuridica dei rapporti tra lo stato e la dimensione collettiva e pubblica della religione alla quale le istituzioni



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

francesi si richiamano costantemente, seppure interrogandosi sui modi migliori per rendere attuale nella pratica un principio consolidato nella tradizione giuridica nazionale.

4. *L'Affaire S.A.S. v. France* sembrerebbe segnare, rispetto alla centralità della questione della laicità, una discontinuità con analoghi casi francesi affrontati in precedenza a Strasburgo. Infatti, nonostante il dibattito politico e sociale nazionale intorno alla questione del burqa sia tutto intessuto di richiami ai problemi tradizionali della *laïcité*, il tema della salvaguardia del carattere laico dello spazio pubblico questa volta viene volutamente lasciato in ombra dal Legislatore francese, a vantaggio dell'emergere del problema del legame sociale, messo in discussione da comportamenti "devianti" rispetto al modello ritenuto rispettoso dei valori nazionali. Non a caso, l'argomento intorno al quale si gioca la difesa del governo di fronte ai giudici di Strasburgo si incentra sulla necessità di proteggere quel minimo comune denominatore di valori che qualificano una società aperta e democratica; tra questi figura quell'idea di "*vivre ensemble*" già richiamata dall'Assemblea nazionale e che si esprimerebbe nel riconoscimento dell'altro come interlocutore, nel non rompere i legami sociali rifiutando di interagire e di mostrarsi nella propria unicità di individuo. L'altro valore meritevole di tutela, secondo il governo, è l'eguale dignità tra uomo e donna, svilita dalla circostanza per la quale ad uno solo dei due è permesso rivelare il proprio volto: il velo indica subordinazione, contraddistingue in termini negativi il rapporto tra uomini e donne, relegando queste ultime in un inaccettabile spazio di assoggettamento e di discriminazione personale e sociale.

Emerge, dunque, un cambiamento nel tradizionale percorso argomentativo cui la giurisprudenza francese ci ha abituati: non è più in primo piano il rapporto tra libera espressione individuale della religione, da un lato, e salvaguardia della neutralità religiosa degli spazi pubblici dall'altro, quanto il possibile conflitto tra diversi modi di intendere i vincoli sociali, di vivere gli spazi dell'interazione e quelli dell'isolamento, nell'autopercezione dell'individuo da un parte e delle istituzioni dall'altra. Collegato a questo, vi è un ulteriore dato di novità che merita registrare, ovvero il fatto che il governo estende il parametro del "rispetto dei diritti e delle libertà altrui", che l'art. 9 della CEDU include tra i motivi di legittima restrizione del



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

diritto alla libertà religiosa, in modo da ricomprendervi l'insieme dei valori appena descritti. È a questo parametro che si va ad affiancare la salvaguardia della pubblica sicurezza: sotto quest'ultimo profilo, richiamandosi agli argomenti della ricorrente, il governo afferma che le esigenze securitarie non possono essere risolte attraverso l'imposizione dell'obbligo di mostrare il volto a fini identificativi in particolari contesti e circostanze; la sicurezza dei cittadini è infatti in pericolo ogniqualvolta sia agevole commettere frodi di identità o reati a volto coperto. In sostanza, l'argomento principale del governo porta a concludere che il bilanciamento di interessi tra il diritto alla libertà religiosa e la salvaguardia dei diritti altrui può risolversi nella compressione del primo a vantaggio, non di uno specifico e definito diritto riconosciuto dalla Convenzione, quanto di una scelta valoriale operata dalla maggioranza sociale, in favore di una società egualitaria, aperta e relazionale.

Siamo lontani dalle riflessioni maturate in ambito internazionale, a partire dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa e dal Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, le cui posizioni (richiamate dai giudici di Strasburgo) mettono in guardia gli stati membri dall'opporre divieti che non siano motivati da ragioni di ordine pubblico o di sicurezza e salute. Le stesse istituzioni esprimono anche perplessità di fronte ad un divieto generalizzato dell'uso del burqa o del niqab, in ragione degli effetti potenzialmente dannosi che questo potrebbe avere sulle donne che non rinunciano a coprirsi, costrette ad isolarsi dal contesto sociale, relazionale e lavorativo (così come evidenziano anche recenti studi empirici in materia, anch'essi richiamati nella sentenza in commento). Gli orientamenti internazionali trovano seguito anche in ambito nazionale, tanto che nel panorama europeo solo la Francia e il Belgio (quest'ultimo attraverso la legge dell'1 giugno 2011, confermata dalla Corte Costituzionale) hanno adottato una legislazione volta a proibire l'uso in pubblico di un abbigliamento religioso che nasconda il volto, motivata da un'esigenza di ordine pubblico che si compendia nell'espressione "vivere insieme".

Infine, la Corte Edu richiama alcune decisioni, tra le quali quelle della Corte suprema spagnola e del Consiglio di Stato olandese, diffidenti di fronte ad interventi limitativi che non siano dettati da specifiche esigenze di sicurezza nonché ad argomenti che facciano leva sulla presunta discriminazione delle donne velate e sulla violazione di un patto sociale che si regge sul valore dell'inclusività.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

5. L'iter argomentativo della Corte, che molto spazio riserva all'analisi delle posizioni giuridiche europee e sovranazionali sull'argomento, non conduce, come sarebbe stato lecito attendersi, a valutare la legislazione francese (insieme a quella belga) come dissonante rispetto alla cautela mostrata dai altri legislatori nazionali di fronte all'opportunità di vietare in modo generalizzato il ricorso al velo integrale.

Al contrario, l'esame dei giudici di Strasburgo mette in primo piano proprio il tema del valore sociale del "*vivre ensemble*" a giustificazione della legittimità del divieto. Prima di tutto, la Corte rigetta l'argomento della ricorrente secondo cui una legge, nata per tutelare l'uguaglianza di genere, di fatto discrimina le donne, osservando semplicemente che la *ratio* della nuova normativa non vada ricercata nella tutela delle donne quanto nella difesa della pubblica sicurezza e dei diritti altrui, quindi è su quest'ultimo versante che occorre valutare la congruità della misura. Al riguardo, il divieto generalizzato all'uso del velo integrale non passa il vaglio del criterio della "misura necessaria in una società democratica", dal momento che il governo, nella sua difesa, non ha prospettato una situazione di rischio concreto e diffuso per la sicurezza dei cittadini. La Corte aderisce quindi alla tesi della ricorrente, secondo la quale sarebbe possibile garantire il rispetto dell'ordine pubblico semplicemente imponendo alla donna velata di scoprire il volto a richiesta delle autorità e in determinate circostanze. I giudici si mostrano invece sensibili, come già accennato, all'argomento del governo in base al quale l'adozione di un velo integrale impedisce o ostacola una normale interazione sociale. Pur riconoscendo che la misura sanzionatoria, non accolta in altri Paesi, considerata con diffidenza dalle istituzioni internazionali e avversata da una parte della comunità islamica francese, può concorrere ad alimentare stereotipi e insofferenza verso l'Islam, la Corte attribuisce importanza all'obiettivo del governo di salvaguardare valori fondanti per il Paese, tra i quali trova posto un principio di interazione sociale che è vitale per il pluralismo e per quella tolleranza ed apertura senza le quali non vi è una società democratica, concludendo che permettere o meno di indossare un velo che copre il volto negli spazi pubblici è materia di scelta sociale. E' su questo terreno che si dispiegano ancora una volta gli spazi per il criterio, già ampiamente utilizzato dalla Corte nelle fattispecie che riguardano la materia *latu*



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

sensu religiosa, del margine di apprezzamento. I giudici di Strasburgo optano infatti per un *self-restraint*, attribuendo alle istituzioni francesi un ampio margine di discrezionalità nell'operare quel bilanciamento di interessi in gioco che la situazione richiede ma che è giusto che scaturisca all'interno del libero gioco democratico del contesto sociale nazionale. Significativo il passaggio al paragrafo 154 della sentenza:

“In such circumstances, the Court has a duty to exercise a degree of restraint in its review of Convention compliance, since such review will lead it to assess a balance that has been struck by means of a democratic process within the society in question. The Court has, moreover, already had occasion to observe that in matters of general policy, on which opinions within a democratic society may reasonably differ widely, the role of the domestic policy-maker should be given special weight”.

I giudici suggeriscono che il margine di apprezzamento sia in questo caso tanto più giustificato quanto più appare evidente che non esiste in materia un *consensus* standard cui fare riferimento: in alcuni Paesi la questione è ancora al centro di un dibattito vivace laddove in altri non è all'ordine del giorno per assenza di casi concreti.

In conclusione, il divieto, pur rappresentando un'ingerenza nei confronti dei diritti della ricorrente (alla libertà religiosa ex art. 9 e alla privacy ex art. 8 CEDU), appare necessario in una società democratica e proporzionato agli scopi che si intende perseguire: preservare le condizioni di quel “*vivre ensemble*” che è parte integrante dei diritti e delle libertà altrui.

6. La decisione della Corte Edu nel caso *S.A.S. v. France*, in ragione degli “inediti” profili richiamati, merita alcune considerazioni, che in questa sede verranno solo accennate. In prima battuta, si può rilevare come, ricorrendo ad una discutibile estensione del concetto di “diritti altrui”, il governo abbia puntato ad offrire la massima tutela possibile a pur condivisibili valori quali il pluralismo e l'inclusione sociale, valori che, come tali, ben possono costituire il punto di riferimento per l'azione del governo ma che solo a prezzo di una forzatura (non solo semantica ma sostanziale) possono vedersi qualificare come “diritti e libertà” ed essere ricompresi



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

automaticamente nel novero dei diritti tutelati dalla CEDU.

Il passaggio argomentativo da *valori* a *diritti* non è privo di conseguenze giuridiche, richiamando volutamente la maggiore "forza" implicita nell'uso del codice comunicativo dei diritti fondamentali. In proposito, vale la pena di richiamare le motivazioni dei giudici dissenzienti i quali osservano come la Corte, da un lato ha avallato una misura non proporzionale, in assenza di prove concrete di pericolo per la sicurezza pubblica; dall'altro ha accolto un'estensione concettuale del limite costituito dalle libertà altrui che si spinge ben oltre le categorie dei diritti riconosciuti e tutelati dalla Convenzione. Viene in questione, inoltre, l'adozione di un concetto di ordine pubblico "materiale" (richiamato nella sentenza), riguardante la tutela della sicurezza collettiva, nel confronto con un concetto – anch'esso adombrato dal ricorso agli argomenti della convivenza civile – di ordine pubblico "immateriale".

Una seconda considerazione concerne la scelta della Corte di Strasburgo nel senso di un proprio *self-restraint* su una questione che il governo francese imposta, come abbiamo osservato, non più (o non solo) nei termini tradizionali di una manifestazione religiosa nella sfera pubblica, quanto come un confronto culturale tra maggioranza sociale e opzioni individuali su concezioni diverse dei modelli e degli stili di convivenza, in cui in gioco è il grado di apertura (o le restrizioni) della sfera pubblica alle istanze di rivendicazione identitaria della persona (identità religiosa, sì, ma anche *latu sensu* culturale).

Riservare in materia uno spazio così ampio all'apprezzamento statale significa, per i giudici europei, accettare che alcune questioni giuridiche intorno al rapporto pubblico

/ privato, cultura / religione e maggioranza / minoranza, non possano essere utilmente definite al di fuori dei confini nazionali, stante la loro collocazione nell'alveo di quei principi che reggono la convivenza civile, così come individuati all'interno dei singoli ordinamenti e interpretati nel concreto dell'esperienza giuridica, politica e sociale nazionale. Un tale atteggiamento inevitabilmente enfatizza la prospettiva istituzionale rispetto a quella individuale e richiama alla mente episodi analoghi. Basti pensare alla decisione della Grande Camera nel noto caso *Lautsi v. Italy*, in cui il margine di apprezzamento si risolve in favore dell'accoglimento degli argomenti del governo italiano a sostegno del mantenimento del Crocifisso nelle aule scolastiche, argomenti che, in ultima analisi, ruotano tutti intorno alle caratteristiche



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

della tradizione storica, culturale e religiosa propria del nostro Paese. Pur nella diversità delle due fattispecie, ciò che appare evidente è la conseguenza (speculare) della decisione della Corte a sostegno di *policies* nazionali.

Ci si potrebbe domandare, dunque, se non sia proprio una certa presa di distanza dall'argomento specificamente religioso, dunque dalla centralità del diritto individuale di libertà religiosa e dei suoi precisi limiti, a favore di un discorso culturale che ruota intorno alle scelte valoriali fatte proprie dagli stati (come nel caso della difesa del governo francese, accolta dai giudici europei), ad alimentare nella Corte il ricorso ad una giurisprudenza "prudenziale", in cui il bilanciamento tra i diversi interessi meritevoli di tutela viene inevitabilmente rimesso ai singoli Paesi.

Le sfide che la religione – quella vissuta, indossata, celebrata, propagandata – pone al diritto incontrano inevitabilmente la storia, la sensibilità, la cultura di una società, nel complesso dinamismo delle sue evoluzioni. Tenere conto di queste peculiarità e rispettarle, senza rinunciare a tentare di costruire un patrimonio comune di civiltà giuridica intorno ai diritti umani (guardando soprattutto a chi si trova in condizione di minoranza) appare oggi la risposta – difficile quanto stimolante – che si chiede a Strasburgo.

Precedenti

Corte Edu, dec. 23 febbraio 2010, *Ahmet Arslan et alii c. Turchia*, ric. n. 41135/98; dec. 4 marzo 2008, *El Morsli c. Francia*, ric. n. 15585/06; dec. 4 dicembre 2008, *Dogru c. Francia*, ric. n. 27058/05; dec. 11 gennaio 2005, *Phull c. Francia*, ric. n. 35753/03; dec. 15 febbraio 2001, *Dahlab v. Svizzera*, ric. n. 42393; Grande Camera, dec. 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c. Turchia*, ric. n. 44774/98.

Profili di diritto interno

Art. 19 Cost.; D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230 (art.58); Legge 22 maggio 1975 n.152 (art. 5); Cons. di Stato, sent. n. 3076, 19 giugno 2008; Trib. Cremona, 27 novembre 2008 et Trib. Milano, ord. 26 febbraio 2009, in *Corriere del Merito* 2009.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Riferimenti bibliografici

Il tema dell'abbigliamento religioso (e, in particolare, dell'uso del velo islamico), è al centro di una letteratura giuridica vastissima, che in questa sede non sarebbe possibile richiamare. Rinviando, per maggiori riferimenti bibliografici, all'apposita area tematica nel sito www.olir.it, ci si limiterà qui ad indicare alcuni contributi che si sono concentrati sulla sentenza annotata e sui suoi più immediati precedenti.

Bassetti G., *Interculturalità, libertà religiosa, abbigliamento. La questione del burqa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista telematica), www.statoechiese.it (n. 25/2012)

Bernard-Henri Levy, *Why I support a Ban on Burqas*, in *The Huffington Post* (15 febbraio 2010)

Brems E., *S.A.S. v. France as a problematic precedent*, in www.strasbourgobservers.com (9 luglio 2014)

Chesler P., *Ban the Burqa? The Argument in Favor*, in *The Middle East Quarterly*, Fall 2010, pp. 33 – 45.

Ferrari A., Pastorelli S. (eds.), *The Burqa Affair across Europe. Between Public and Private Space*, Ashgate, 2013

Fornerod A., *Les «affaires de burqa» en France*, in *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, 1/2012, pp. 63 – 81.

Ingravallo I., *La Corte di Strasburgo e il divieto di burqa: osservazioni critiche*, in www.sidi-isil.org (24 luglio 2014)

Licastro A., *I mille splendidi volti della giurisprudenza della Corte di Strasburgo: “guardarsi in faccia” è condizione minima del “vivere insieme”*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista telematica), www.statoechiese.it (n. 28/2014)



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Nussbaum M., *Beyond the Veil: A Response*, in *NY Times Opinionator*,
<http://opinionator.blogs.nytimes.com/2010/07/15/beyond-the-veil-a-response> (15 luglio 2010)

Olivito E., *Egalité de combat e "vivre ensemble". La Corte di Strasburgo e il divieto francese del velo integrale nei luoghi pubblici*, in www.diritticomparati.it

Quattrocchi M.L., *Il divieto di indossare il burqa ed il niqab in Italia e in Europa*, in www.forumcostituzionale.it

Raffiotta E.C., *La Francia approva il divieto all'utilizzo del burqa...e l'Italia?*, in www.forumcostituzionale.it

Ruggiu I., *S.A.S. vs France. Strasburgo conferma il divieto francese al burqa con l'argomento del "vivere insieme"*, in www.forumcostituzionale.it

The Economist, *France's Ban on the Burqa: The War of French Dressing* (14 gennaio 2010)

Tirabassi M., *Alcuni Paesi europei a confronto: burqa e spazio pubblico tra leggi e iniziative legislative*, in *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, 2/ 2011, pp. 351 – 381.

Weil P., *Headscarf versus Burqa: Two French Bans with Different Meanings*, in S. Mancini, M. Rosenfeld (eds.), *Constitutional Secularism in an Age of Religious Revival*, Oxford, OUP, 2014, pp. 195 – 215

Si segnala, infine, il numero monografico dei **Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica**, 1/2012, «Burqa» in Europa tra diritto e società.

(24.10.2014)



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Sezione: Libertà di pensiero, coscienza e religione. Libertà religiosa collettiva.

Titolo: Libertà di espressione c. libertà religiosa: il difficile equilibrio nella tutela della manifestazione del pensiero e della sensibilità dei credenti.

Autore: SILVIA ANGELETTI

Sentenza di

riferimento: Corte eur.dir.uomo, Decisione del 20 settembre 1994, *Otto Preminger Institut c. Austria* (ricorso n. 13470/87)

Parametro convenzionale: Artt. 9 e 10

Parole chiave: Libertà di espressione; sentimento religioso; democrazia; pluralismo; espressione artistica

Tra le questioni più attuali alle quali dà origine il confronto (e il conflitto) della libertà religiosa con altri diritti fondamentali, particolarmente vivace si presenta il dibattito intorno al rapporto tra diritto di manifestazione del pensiero e protezione della libertà e del sentimento religioso.

La Corte europea dei diritti umani si è trovata ad affrontare diversi casi che vedono in discussione le due libertà, entrambe repute essenziali per una società democratica, ed ha elaborato in materia una giurisprudenza ormai consolidata (quantomeno rispetto ad alcune affermazioni di principio).

I principali punti fermi nelle decisioni dei giudici di Strasburgo, hanno trovato sostegno anche nelle dichiarazioni rese dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, in alcuni documenti dedicati a questo tema (Risoluzione 1510 / 2006, *Freedom of expression and respect for religious beliefs*; Raccomandazione 1805 / 2007, *Blasphemy, religious insults and hate speech against persons on grounds of their religion*; Risoluzione 1577 / 2007, *Towards decriminalisation of defamation*).

Prendendo le mosse dall'affermazione circa il carattere fondamentale della libertà di espressione del pensiero, anche quando quest'ultimo sia accolto con disturbo o rechi offesa ad alcuni segmenti della società, la Corte giunge tuttavia a conclusioni non del tutto in sintonia con tali premesse, con



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

riguardo ad alcuni casi nei quali, a fronte di una espressione (per lo più artistica), legittima ma reputata offensiva, vi è in gioco la sensibilità religiosa di una comunità di credenti.

Facendo leva sull'art. 10 CEDU, secondo il quale la libertà d'espressione comporta *doveri e responsabilità*, i giudici europei riconoscono la legittimità di una restrizione del diritto in questione quando la stessa è motivata dall'esigenza di proteggere il sentimento religioso dei fedeli (considerato implicitamente una componente della libertà religiosa), e la sua adozione risponda al parametro della proporzionalità rispetto all'obiettivo da raggiungere.

Proprio la difficoltà di ravvisare la sussistenza di quest'ultimo requisito, insieme alle perplessità suscitate dallo spostamento concettuale dalla tutela della *libertà* religiosa a quella della *sensibilità* religiosa, sono all'origine del notevole interesse della dottrina (in gran parte orientato in senso critico) per il caso *Otto Preminger Institut v. Austria*, nel quale la Corte imposta una riflessione i cui contenuti rimarranno pressoché intatti fino ad oggi, sebbene alcune decisioni più recenti lascino intravedere un mutamento di rotta da parte dei giudici europei. [...]

Il caso, molto noto e commentato, risale al 1994 ed ha origine dal ricorso di un'associazione culturale, la *Otto Preminger Institut* (OPI), organizzazione no – profit operante a Innsbruck, con l'obiettivo di promuovere iniziative culturali attraverso l'uso (anche) di mezzi audiovisivi.

L'associazione programma la proiezione di un film ("*Das Liebeskonzil*"), tratto da una tragedia satirica di Oskar Panizza del 1894, in cui sono rappresentate in chiave grottesca le figure del Dio cristiano, della Vergine Maria e di Gesù. Nel film, i tre protagonisti si rivolgono al diavolo affinché li aiuti a trovare il modo di punire l'uomo per la sua lascivia; Satana esaudirà la richiesta diffondendo la sifilide tra gli esseri umani.

La proiezione del film è anticipata da una diffusa pubblicità, in cui si racconta la trama e si avverte che la visione è vietata ai minori d'età.

Nonostante le precauzioni adottate, le autorità locali, su segnalazione della diocesi cattolica della città, impediscono la proiezione del film per violazione del Codice penale.

Il Codice prevede, infatti, la punibilità di comportamenti che sviliscono e offendono persone, istituzioni, dogmi di una comunità religiosa riconosciuta nel Paese. La Corte d'Appello, adita senza successo dall'associazione, osserva in proposito che la libertà dell'arte deve trovare un limite nel diritto altrui alla libertà di religione e nel dovere dello Stato di salvaguardare una società basata sull'ordine e la tolleranza.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Con i medesimi argomenti, il governo difende di fronte ai giudici europei la decisione adottata: i tribunali di Innsbruck hanno agito per difendere i sentimenti religiosi altrui, in particolare il diritto dei fedeli cattolici di non essere offesi nelle proprie convinzioni.

Dovendo tener conto del fatto che la maggioranza della popolazione residente è cattolica, la censura preventiva, secondo il governo, si è resa necessaria allo scopo di prevenire i probabili disordini e le tensioni che sarebbero seguite alla proiezione del film.

Come sopra accennato, le considerazioni della Corte europea, in questo caso, sembrano muoversi lungo due direzioni, non senza qualche contraddizione.

In primo luogo, i giudici europei affermano il principio per il quale la libertà d'espressione deve essere considerata uno dei fondamenti essenziali di una società democratica e condizione ineliminabile per il suo sviluppo. Per questa ragione, l'esercizio di tale diritto va garantito non solo qualora si esprima in affermazioni che incontrano il consenso pubblico o che si mostrano inoffensive, bensì anche ove assume le forme di opinioni scioccanti, in grado di disturbare o offendere settori della società o istituzioni; è questa la risposta più efficace e coerente alla domanda di tolleranza, pluralismo e apertura al dialogo, senza i quali non esiste un'autentica società democratica.

Coerentemente con l'impostazione di partenza, ai fedeli è chiesto di saper tollerare e accettare la propaganda di dottrine contrarie alla propria fede e il rifiuto delle convinzioni che essi professano; quanti esercitano la propria libertà di culto, infatti, non possono attendersi ragionevolmente che la religione vada esente da ogni forma di critica pubblica.

In casi estremi, tuttavia, le forme e i metodi, attraverso i quali si esprimono l'opposizione o la critica, possono essere tali da inibire in concreto la stessa pratica della libertà religiosa.

Al riguardo, la Corte ricorda che l'esercizio della libertà d'espressione si accompagna a doveri e responsabilità; tale impegno, ove si tocchino materie religiosamente sensibili, può giustificare l'obbligo di astenersi dall'uso di un linguaggio e di toni gratuitamente offensivi e che non offrono un serio contributo al dibattito pubblico.

Nel caso di specie, osservano i giudici di Strasburgo, è compito dello Stato stabilire quale sia l'esigenza prioritaria da salvaguardare, tra la libertà d'espressione artistica e il diritto dei fedeli a non vedere offesa la propria sensibilità di credenti.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Solo le autorità pubbliche, infatti, conoscendo la densità di presenza religiosa dell'area interessata (il Tirolo vede una larga preponderanza di cattolici), sono in grado di prevedere quali danni alla armonia sociale possano conseguire ad una situazione nella quale la maggioranza della popolazione percepisce di subire un attacco alle proprie convinzioni religiose.

In questa opera di bilanciamento e di analisi si esprime, nel caso di specie, il margine di discrezionalità che è proprio di ogni Stato membro della Convenzione, considerato garante dell'interesse generale e mediatore dei conflitti interni.

Poiché, ad avviso della Corte, è lecito ritenere che il rispetto per i sentimenti religiosi dei credenti cattolici sia stato violato, offrendo un'immagine provocatoriamente offensiva di quanto è oggetto di adorazione e di venerazione religiosa, le autorità austriache hanno agito entro l'ambito previsto dal secondo § dell'art. 10, cercando di salvaguardare uno scopo legittimo, ravvisabile nella protezione dei diritti altrui e nel mantenimento dell'ordine pubblico. Il margine di discrezionalità non è stato superato, dunque non si rileva alcuna violazione dell'art. 10 CEDU.

Una larga parte della dottrina, come accennato in precedenza, ha messo in rilievo i limiti di questa decisione, soprattutto se la si ponga sotto la lente della necessità, imposta allo Stato membro, di dare corso ad una misura restrittiva in modo proporzionale rispetto all'obiettivo da tutelare.

È evidente, infatti, che le precauzioni già adottate dall'associazione, unite al carattere solo predittivo di quelle che sarebbero state le probabili reazioni della comunità cattolica della città, inducono a ritenere eccessiva la misura della censura preventiva.

Più di una perplessità, inoltre, solleva la scelta di ricondurre la tutela del sentimento religioso dei fedeli ai parametri indicati all'art. 9 CEDU. Alcuni anni prima, la Commissione europea dei diritti umani, chiamata a pronunciarsi sul noto caso dei "*Versi satanici*" di Salman Rushdie, aveva espresso sul punto un parere negativo. Secondo la Commissione, dall'art. 9 non era possibile trarre indicazioni esplicite circa il compito dello Stato di tutelare il sentimento religioso dei credenti contro legittime forme di manifestazione di un pensiero critico (*Choudhury v. The United Kingdom*, (ricorso n. 17439/90).

Il problema, più volte messo in luce dalla dottrina, è che l'idea che occorre proteggere il sentimento religioso dei credenti, eventualmente ricorrendo al richiamo ai doveri ed alle responsabilità che accompagnano l'esercizio della libertà d'espressione, rischia di mettere a dura prova la critica pubblica della religione, imponendo una particolare attenzione a chi esprime il proprio pensiero (in qualsiasi forma) su temi di natura religiosa.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

In alcune decisioni successive, riprendendo i principi – chiave espressi nella sentenza in commento, in merito al legame tra libertà d'espressione e società democratica, la Corte europea sembra voler attribuire minore enfasi all'esigenza della protezione della sensibilità religiosa, privilegiando invece ciò che attiene al dibattito pubblico, dunque mostrandosi meno incline ad avallare le limitazioni imposte dalle autorità statali a manifestazioni del pensiero utili a stimolare e approfondire la conoscenza e il confronto su temi di carattere morale, spirituale, religioso, che rivestano un particolare interesse per l'opinione pubblica (es. *Giniewski v. France*, (ricorso n. 64016/00); *Paturel v. France*, (ricorso n. 54968/00)).

Precedenti:

Corte europea dei diritti umani, *Handyside v. The United Kingdom*, (ricorso n. 5493/72); *Choudhury v. The United Kingdom*, (ricorso n. 17439/90).

Casi successivi:

Corte europea dei diritti umani, *Wingrove v. The United Kingdom*, (ricorso n. 17419/90), *Paturel v. France*, (ricorso n. 54968/00), *Giniewski v. France*, (ricorso n. 64016/00), *Aydin Tatlav v. Turquie* (ricorso n. 50692/99), *Soulas et autres c. France*, (ricorso n. 15948/03).

Riferimenti bibliografici:

Martínez – Torrón J., *La giurisprudenza degli organi di Strasburgo sulla libertà religiosa*, in «Rivista internazionale dei diritti dell'uomo», 2, 1993, p. 335 ss.

Wachsmann P., *La religion et la liberté d'expression: sur un arrêt regrettable de la Cour Européenne des droits de l'homme*, in «Revue universelle des droits de l'homme», 1994, p. 441 ss.

Margiotta Broglio F., *Uno scontro tra libertà: la sentenza "Otto Preminger – Institut" della Corte Europea*, in «Rivista di Diritto Internazionale», 1995 / 2, p. 368 ss.

Rigaux F., *La liberté d'expression et ses limites*, in «Revue Trimestrielle des droits de l'homme», 1995, p. 401 ss.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Cannone A., *Gli orientamenti della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia religiosa*, in «Rivista internazionale dei diritti dell'uomo», 1996 / 2, p. 264 ss.

Gonzalez G., *La Convention Européenne des droits de l'homme et la liberté des religions*, Paris, 1997, p. 42 ss.

Levinet M., *L'incertaine détermination des limites de la liberté d'expression. Réflexions sur les arrêts rendus par la Cour de Strasbourg en 1995 – 1996 à propos de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme*, in «Revue Française de droit administratif», 1997, p. 999 ss.

Lariccia S., *Art. 9, Libertà di pensiero, coscienza e religione*, in Bartole S., Conforti B., Raimondi G., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2001, p. 319 ss.

Martínez – Torrón J., *Libertad de expresión y libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in «Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica», 1, 2008, p. 15 ss.

(13.01.2010)



Situazioni giuridiche soggettive

■ - Vita privata e familiare

- . Vita privata come intimità
 - Privacy
 - Conoscenze delle proprie origini
- . Vita privata come libertà
 - Autodeterminazione
 - Vita privata e sociale
- . Vita privata e ambiente
 - Ambiente e tutela
 - Informazione ambientale

■ - Bene e Proprietà

- . Credito
- . Reddito
- . Good-will
- . Aspettativa Legittima

■ -Equo processo , diritti e obblighi civili

.Rapporti Orizzontali

- Risarcimento danni
- Diritto di proprietà

.Rapporti verticali

- Concessioni autorizzazioni e licenze
- Interesse legittimo
- Prestazioni assistenziali



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

- Sezione:** **Situazioni giuridiche soggettive** - Vita privata e familiare - Vita privata come intimità - *Privacy*
- Titolo:** *Dati personali e tutela della vita privata*
- Autore:** **VALENTINA COLCELLI**
- Sentenza di riferimento:** Corte Europea dei diritti dell'uomo, Sentenza del 16 febbraio 2000, *Amann c. Svizzera*, (Requête n° 27798/95)
- Parametro convenzionale:** art. 8
- Parole chiave:** Protezione dei dati personali; Vita privata

Dall'esame di alcune pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo relative all'art. 8 della Convenzione emerge in modo abbastanza chiaro l'intento dei giudici di Strasburgo di fare della norma richiamata uno strumento di "profonda" tutela della vita privata quando essa è sinonimo di intimità.

Con il tempo la Corte ha ricompreso nella nozione di *privacy* anche la protezione dei dati personali ed il potere di controllo sulla circolazione delle proprie informazioni.

La tutela della riservatezza e del trattamento dei dati personali inizia ad affermarsi in Europa proprio attraverso la lettura dell'art. 8 C.E.D.U. ad opera dei giudici di Strasburgo. Ciò nonostante, detta disposizione non abbia un contenuto specificatamente dedicato ai menzionati aspetti.

I Giudici di Strasburgo si sono fatti portatori dell'esigenza di effettuare un "controllo successivo" e "di ultima istanza" (il ricorso individuale è, infatti, possibile, *ex art. 35* della Convenzione, solo dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interno), sul flusso delle informazioni in uscita dalla sfera privata dell'individuo verso l'esterno. Si sono poste così le basi per una positivizzazione del diritto al controllo consapevole su qualsiasi forma di circolazione delle proprie informazioni personali.

Gli iniziali interventi giurisprudenziali della Corte di Strasburgo erano sostanzialmente diretti a valutare le misure adottate dagli Stati, chiamati a bilanciare con le loro azioni contemporaneamente l'interesse alla protezione della *privacy* con quello alla circolazione delle informazioni all'interno di



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

strutture pubbliche. La Corte europea ha applicato a queste fattispecie la norma richiamata. L'attività interpretativa della Corte ha finito così per estendere la nozione tradizionale di *privacy* a quella di protezione di dati personali.

Rientra, pertanto, nell'ambito della nozione di "vita privata" anche la tutela dei dati personali. La raccolta e la memorizzazione dei più disparati dati o fatti relativi ad una persona possono costituire, infatti, una vera e propria minaccia dei diritti individuali. Dati di per sé neutri possono, se aggregati ed incrociati - oggi anche per mezzo di moderne tecnologie - originare intromissioni illegittime ed indesiderate nella vita altrui.

Prima dell'avvento delle tecnologie, infatti, l'interesse degli individui era volto ad impedire la diffusione al pubblico di vicende personali. Oggi, invece, l'interesse di ciascuno è più articolato: comprende sia una dimensione diretta ad evitare la raccolta e la diffusione di informazioni senza il consenso del soggetto titolare, sia volta ad impedire il collegamento di informazioni diverse, anche se fornite dallo stesso interessato, al fine di scongiurare l'aggregazione di informazioni per scopi non voluti.

Tale evoluzione rappresenta il passaggio dal diritto alla «riservatezza» al «diritto alla protezione dei dati personali», ossia il diritto di controllare i dati e le informazioni relative alla propria persona considerata non più nel suo isolamento, ma nella sua attitudine ad entrare in relazione con il mondo esterno.

Nel senso indicato, significativa è la pronuncia oggetto di approfondimento. Il sig. Hermann Amann, - uomo d'affari domiciliato in Svizzera - è ricorso alla Commissione europea dei Diritti dell'uomo (ricorso n° 27798/95 il 27 giugno 1995 ai sensi dell'allora vigente art. 25 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; il ricorso è stato successivamente trasferito alla Corte il 2 novembre 1998) ritenendo che l'intercettazione di una conversazione telefonica del 12 ottobre 1981 tra il ricorrente ed un dipendente dell'allora ambasciata sovietica a Berna, abbia comportato una violazione dell'art. 8 della Convenzione. Nella telefonata veniva ordinato un apparecchio depilatorio.

La conversazione telefonica era stata intercettata dal governo della Confederazione svizzera, che aveva anche richiesto al Servizio di ricerca di informazioni della polizia del cantone di Zurigo di indagare sul ricorrente e sulla merce che distribuiva. La conversazione, poi, era stata trascritta e conservata in un apposito schedario.

Il 12 settembre 1990 l'incaricato speciale ai documenti della Confederazione, preposto per assicurare la protezione dello Stato, aveva trasmesso al ricorrente dietro sua richiesta una copia della scheda.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Il sig. Hermann Amann riteneva di essere stato irregolarmente schedato dal Ministero e per tale ragione aveva promosso azione risarcitoria innanzi alle competenti Autorità svizzere – in particolare, il Dipartimento federale delle finanze e il Tribunale federale. Con i ricorsi il sig. Hermann Amann chiedeva anche il blocco della divulgazione di ogni informazione lui riferita e contenuta nella scheda. L'esito negativo dei procedimenti interni spinge Amann a rivolgersi agli organi di giustizia di Strasburgo.

Per la Corte europea dei Diritti dell'Uomo le conversazioni telefoniche ricevute in locali privati o professionali sono comprese nelle nozioni di «vita privata» e di «corrispondenza» di cui all'art.8 par. 1 (decisione Halford c. Royaume-Uni del 25 giugno 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-III, p. 1016, § 44).

Nel caso di specie non c'è dubbio alcuno sul fatto che il Ministero svizzero abbia intercettato e registrato una conversazione telefonica ricevuta dal ricorrente. E' innegabile pertanto l'avvenuta «ingerenza di un'autorità pubblica» - ai sensi dell'art. 8 par. 2 - nell'esercizio di un diritto garantito al ricorrente dal par. 1 art. cit. (cfr. decisione Kopp c. Suisse del 25 marzo 1998, *Recueil* 1998-II, p. 540, § 53).

Una simile ingerenza è ammissibile solo se «prevista dalla legge» persegue dei fini legittimi (par. 2 dell'articolo citato) ed è inoltre «necessaria in una società democratica» per garantirne le finalità.

La Corte ricorda che per sua costante giurisprudenza, l'espressione «prevista dalla legge» impone non solo che la misura incriminata abbia una base legale nel diritto interno - ossia si fondi sul principio di legalità – ma che questa sia accessibile e prevedibile. Grava primariamente sulle Autorità nazionali, segnatamente ai singoli tribunali, l'onere di interpretare e applicare il diritto interno. Nella decisione del 14 settembre 1994 il Tribunale federale si limitava a ricordare l'ammissibilità della raccolta di informazioni per la prevenzione di infrazioni contro lo Stato e per assicurare la difesa nazionale, qualora elementi concreti facciano supporre che si stanno realizzando violazioni nel senso indicato.

La Corte europea si era già pronunciata sul il codice di procedura penale svizzero e sul fatto se esso costituisca una base legale sufficiente in materia di intercettazioni telefoniche (decisione Kopp precitata, pp. 540-541, §§ 56 a 61). Nel caso in esame, però, la Corte non riteneva necessario valutare se l'intercettazione della telefonata del 12 ottobre 1981 avesse o meno una base legale. Invero, anche a voler supporre la sussistenza della base legale, la prevedibilità dei fatti che potevano giustificare l'intervento non risultava comunque soddisfatta.

L'intercettazione di conversazioni telefoniche costituisce una violazione grave al rispetto della vita privata e della corrispondenza. Esse devono pertanto fondarsi su una «legge» di una particolare



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

precisione. L'esistenza di regole chiare e dettagliate in materia è indispensabile. Per giurisprudenza costante della Corte una norma può dirsi «prevedibile» quando è redatta con sufficiente precisione si da permettere ad ogni persona – facendo all'occorrenza ricorso al parere di consulenti esperti – di regolare la sua condotta (decisione *Malone c. Royaume-Uni* del 2 agosto 1984, serie A n° 82, pp. 31-32, § 66).

I Giudici di Strasburgo ritengono poco chiara e dettagliata la normativa svizzera che regola l'adozione di misure di sorveglianza adottate nell'ambito di inchieste per la sicurezza interna ed esterna della Confederazione. Questa non assicura protezione adeguata contro le ingerenze delle Autorità nel diritto del ricorrente al rispetto della sua vita privata e della sua corrispondenza.

Il ricorrente inoltre non era la persona destinataria della misura oggetto di contestazione. Egli aveva partecipato solo casualmente ad una conversazione telefonica registrata nell'ambito di una misura di sorveglianza indirizzata contro un collaboratore dell'allora ambasciata sovietica.

La Corte conclude, quindi, affermando che l'ingerenza non può essere considerata come «prevista dalla legge» poiché il diritto svizzero non indica con abbastanza chiarezza l'estensione e le modalità di esercizio del potere di apprezzamento delle Autorità nell'ambito considerato. Richiama nello specifico anche le disposizioni della legge federale sulla procedura penale (art. 66 par. 1 e 1 *bis* PPF) che, pur disciplinando la sorveglianza delle persone ritenute responsabili di un crimine e dei terzi che si presumono ricevere o trasmettere delle informazioni, non regolamentano in maniera dettagliata (e non precisano) le precauzioni da adottare nei confronti di interlocutori intercettati «per caso», in qualità di «partecipanti necessari» ad una conversazione telefonica registrata dalle Autorità in applicazione di dette disposizioni.

Non solo l'esecuzione dell'intercettazione, ma anche la creazione della scheda e la sua conservazione nello schedario della Confederazione per il ricorrente costituisce una seria violazione dell'art. 8 della Convenzione.

La Corte aveva già osservato che la memorizzazione dei dati relativi alla «vita privata» di un individuo entra nel campo di applicazione dell'art. 8 par. 1 (cfr. decisione *Leander c. Sueda* del 26 marzo 1987, serie A n° 116, p. 22, § 48).

La nozione di «vita privata» non deve essere interpretata in modo restrittivo. In particolare, il rispetto della vita privata ingloba il diritto per l'individuo di allacciare e sviluppare delle relazioni con i suoi simili. Tra l'altro nessuna ragione di principio permette di escludere le attività professionali o commerciali dalla nozione di «vita privata».



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Tale interpretazione estensiva concorda con quella della Convenzione per la protezione delle persone con riferimento al trattamento automatizzato dei dati di carattere personale. La Convenzione è elaborata in seno al Consiglio d'Europa il 28 gennaio 1981 ed entrata in vigore il 1° ottobre 1985. Il fine è quello «di garantire, sul territorio di ciascuna Parte, ad ogni persona fisica (...) il rispetto dei suoi diritti e delle sue libertà fondamentali, e specialmente del suo diritto alla vita privata, riguardo al trattamento automatizzato dei dati di carattere personale che la riguardano» (art. 1). Questi ultimi sono infatti definiti come «ogni informazione concernente una persona fisica identificata o identificabile» (art. 2).

Nel caso di specie, la Corte rileva che effettivamente era stata creata una scheda concernente il ricorrente, sulla quale quest'ultimo era descritto come un «contatto vicino all'ambasciata russa» che commerciava differenti generi di merci.

Per la Corte le suddette informazioni rappresentano, senza alcun dubbio, dei dati relativi alla «vita privata» del ricorrente e l'art. 8 trova, di conseguenza, applicazione. La memorizzazione da parte di un'Autorità pubblica di dati relativi alla vita privata di una persona costituisce un'ingerenza proprio ai sensi dell'art. 8 cit.

La sentenza in esame contiene anche un riferimento alle direttive del Consiglio federale del 16 marzo 1981 applicabili al trattamento dei dati personali nell'amministrazione federale. Tra principi generali contenuti nelle direttive richiamate è espressamente previsto che il «trattamento dei dati personali deve fondarsi su una base legale» (numero 411) e che i «dati personali non devono essere trattati che per scopi ben determinati» (numero 412). Le stesse norme non contengono alcuna indicazione appropriata sull'estensione e le modalità di esercizio del potere conferito al Ministero pubblico di ricevere, registrare e conservare delle informazioni. Non precisano, inoltre, le condizioni di creazione delle schede, le procedure da seguire, le informazioni che possono essere memorizzate e quelle eventualmente vietate.

Per tali ragioni, le direttive elvetiche non possono essere considerate come sufficientemente chiare e dettagliate nell'assicurare una protezione adeguata contro le ingerenze delle Autorità nel diritto del ricorrente al rispetto della sua vita privata.

La creazione della scheda riguardante il ricorrente non è, dunque, «prevista dalla legge» ai sensi dell'art. 8 della Convenzione. Neppure la conservazione deve considerarsi come «prevista dalla legge», in quanto – nonostante l'ordinamento dello Stato convenuto preveda espressamente la distruzione dei dati non più «necessari» o «inutili» – le Autorità svizzere non hanno proceduto a distruggere le informazioni memorizzate, neppure nel momento in cui era stato accertato dai competenti organi giurisdizionali che nessuna infrazione era in corso di preparazione. I comportamenti delle Autorità dello Stato convenuto sono pertanto violazione del diritto del



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

ricorrente al rispetto della sua vita privata, come garantito dall'art. 8 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo.

Casi analoghi:

Drozdowski c. Polonia, 6 dicembre 2005, in www.echr.coe.int/echr; *Wisse c. Francia*, 6 dicembre 2005, *ivi*; *Aliiev e a. c. Ucraina*, 29 aprile 2003, *ivi*; *Kopp c. Svizzera*, 25 marzo 1998, in Racc., 1998-II, p. 540, § 53; *M.S. c. Svezia*, 27 agosto 1997, in *Eur. Court HR*, IV, 1997, 1437 ss.; *Halford c. Regno Unito*, 25 giugno 1997, in Racc., 1997-III, p. 1016, § 44; *Niemetz c. Germania*, 16 dicembre 1992, in Racc., serie A, Vol. 251-B. 78; *Gillov c. Regno Unito*, 14 settembre 1987, in Racc., serie A, n. 109; *Malone c. Regno Unito*, 2 agosto 1984, in *Eur. Court HR*, serie A, vol. 82, 1984, 7 ss.

Profili di diritto interno:

Corte Cost., 12 aprile 1973 n. 38, per cui fra i diritti inviolabili dell'uomo, oltre quelli nell'art. 2, negli artt. 3. secondo comma, 13 primo comma, rientrano quelli del proprio decoro, onore riservatezza, intimità e reputazione, sanciti espressamente negli artt. 8 e 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo;

Cass. 25 giugno 2004, n. 11864 sull'ampiezza del significato di trattamento dei dati personali.

Riferimenti bibliografici:

G. TIBERI, *Riservatezza e protezione dei dati personali*, in *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali delle Corti europee*, M. Cartaria (a cura di), Il Mulino, 2007, p. 351 e ss..

U. DE SIERVO, *La privacy*, in S.P. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, Esi, 2005, p. 356.

M. SPATTI, *Diritto alla riservatezza e trattamento dei dati personali*, in N. PARISI, D. RONOLDI, (a cura di), *Profili di diritto europeo dell'informazione e della comunicazione*, Napoli, 2004, p. 165.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

R. PARDOLESI, *Dalla riservatezza alla protezione dei dati personali: una storia di evoluzione e discontinuità*, in Id. (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, 1, Milano, Giuffrè, 2003, p. 10.

G. ARENA, *La tutela della riservatezza nella società dell'informatica*, in *Studi in onore di P. Virga*, Milano, Giuffrè, 1994, vol. I, p. 35 e ss.

V. COLCELLI, *Riservatezza e trattamento dei dati personali nella normativa dell'Unione Europea*, in A. PALAZZO, A. SASSI (a cura di), *Diritto Privato del Mercato*, Iseg, Perugia, 2007, pp. 457-493.

(28.02.2010)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Sezione: **Situazioni giuridiche soggettive** - Vita privata e familiare - Vita privata come intimità - *Conoscenza delle proprie origini*

Titolo: *La tutela della vita privata e familiare attraverso il diritto di conoscere le proprie origini*

Autore: VALENTINA COLCELLI

Sentenza di riferimento: Corte Europea dei diritti dell'uomo, Prima Sezione, Sentenza del 7 febbraio 2002, *Mikulic c. Croatie*, CEDH 2002-1, (Requête n° 53176/99)

Parametro convenzionale: Art. 8

Parole chiave: Vita privata , Vita Familiare, Mancata costituzione del rapporto giuridico di filiazione fra la ricorrente ed il padre

La Corte ha più volte sostenuto come le procedure aventi ad oggetto l'accertamento della paternità ricadono nell'ambito di applicazione dell'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (cfr. sent. *Rasmussen c. Danimarca*, 28 novembre 1984, serie A n° 87, p. 13, § 33, e *Keegan c. Irlanda*, 26 maggio 1994, serie A n° 290, p. 18, § 45).

Il diritto vantato da chi chiede di avere accesso ai dati che permettono la conoscenza delle proprie origini rientrano nell'ambito della nozione di «rispetto» della «vita privata e familiare» contenuta nell'articolo 8 cit. (sent. del 13 febbraio 2003, *Odièvre c. France*, in *Reports of Judgments and Decisions*, 2003-III).

Come noto, la Corte europea dei diritti dell'uomo rinviene nella lettera dell'art. 8 CEDU una varietà di valori, spesso posti tra loro anche in una situazione di possibile conflitto, che si estrinsecano tutti intorno ai concetti chiave di "vita privata" e "vita familiare".

Nel senso indicato, l'art. 8 C.E.D.U. contemporaneamente, infatti, tutela diritti tra loro potenzialmente in contrasto e contrapposti: ad esempio garantisce il diritto alla *privacy* ed alla tutela dei propri dati personali nonché il diritto di conoscere le proprie origini, come nel caso che verrà esaminato. Un diritto, quest'ultimo, che si sostanzia nell'aver accesso a dati personali il cui titolare non sempre ha autorizzato la diffusione.

Vista la molteplicità di situazioni giuridiche rilevanti e riconducibili alle nozioni di "vita privata" e "vita familiare", la Corte nell'analizzare i casi sottoposti alla sua attenzione segue generalmente un



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

approccio di tipo sostanziale piuttosto che formale. Essa valuta cioè le circostanze di volta in volta emergenti attraverso un'attenta correlazione all'evoluzione dei valori sociali.

La funzione delle norme sui diritti fondamentali, infatti, è quella di tradurre i valori riconducibili alla dignità della persona umana in enunciazioni, che per loro stessa natura non possono che essere astratte e generali. Nel sistema designato dalla C.E.D.U. - che racchiude il catalogo dei diritti rappresentanti il nucleo proprio della legalità costituzionale europea - la norma non è infatti fine a se stessa. Essa al contrario, proprio per come astrattamente costruita, permette l'enucleazione del diritto applicabile alla fattispecie concreta. Il diritto comune europeo in tema di diritti fondamentali dell'uomo scaturisce dall'interpretazione giudiziaria delle disposizioni contenute nella C.E.D.U. La Convenzione in esame costituisce solo il punto di partenza.

La Corte, allora, principia il suo percorso interpretativo per arrivare ad enucleare anche nuovi diritti fondamentali che assurgano a rango di situazioni giuridicamente rilevanti nell'ambito del processo evolutivo che coinvolge i più disparati settori della società contemporanea (dalla sessualità e all'intimità della persona al progresso tecnologico ed informatico). Questi sono talvolta differenti e ulteriori rispetto a quelli tradizionalmente tutelati dagli ordinamenti nazionali dei singoli Stati membri.

Nel caso trattato si ribadisce proprio l'ampiezza delle nozioni di "vita privata" e "vita familiare". Nella decisione della Corte che si andrà ad esaminare (§ 51-52) si riafferma come il concetto di "vita familiare", così come enunciato all'art. 8 della Convenzione, non è circoscritto alle sole relazioni fondate sul matrimonio ma racchiude in se altri "legami familiari" *de facto*, purché si tratti di una relazione che abbia sufficientemente durata. In ordine poi, all'estensione della sfera della vita privata, la Corte mette quindi l'accento sulla necessità che quest'ultima includa l'integrità fisica e psicologica di una persona, nonché che essa sia espressione anche di altri aspetti che appartengono all'identità fisica e sociale dell'individuo. Il rispetto della "vita privata" comprendere infatti anche il diritto per ogni persona di stringere relazioni con i suoi simili.

Per tale ragione, l'accesso alle informazioni relative alle proprie origini genetiche rappresenta un corollario necessario del più elevato interesse al pieno sviluppo della personalità e della costruzione della propria identità di essere umano, nell'esclusivo ed assoluto rispetto della vita privata.

La ricorrente, Sig.na Montana Lorena Mikulić, minorenni croata di cinque anni, è nata il 25 novembre 1996 da una relazione non matrimoniale. Ella investe la Corte Europea dei diritti dell'uomo (Req. n° 53176/99) con un ricorso individuale (*ex art. 34 CEDU*), lamentando di essere vittima di una violazione da parte dello Stato croato dei diritti riconosciuti dalla Convenzione. In particolare, ella ritiene violato il suo diritto al rispetto della vita privata e familiare in ragione dell'eccessiva durata dell'azione giurisdizionale da lei e dalla madre intrapresa per ottenere il



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

riconoscimento della paternità da parte del suo presunto padre biologico. L'azione in questione le avrebbe consentito di porre fine allo stato di incertezza sull'identità del proprio genitore e l'avrebbe portata in una fase più precoce della sua vita ad instaurare un legame familiare con il padre.

La ricorrente ritiene di non aver potuto accedere alle informazioni relative alle proprie origini genetiche e con queste soddisfare il diritto all'effettiva realizzazione della propria identità personale. Gli organi giudiziari interni non avrebbero, infatti, proceduto con sollecitudine all'adozione di misure efficaci per costringere il presunto padre a sottoporsi ai numerosi esami ematologici (test del DNA) disposti dal giudice per provare l'esistenza del rapporto biologico di filiazione. Ella, tra l'altro, non aveva avuto alcuna possibilità di presentare un ricorso per accelerare in qualche modo il procedimento e soprattutto di ottenere la comparizione del presunto padre.

L'art. 8, comma 2, della Convenzione ha essenzialmente per oggetto la protezione dell'individuo contro le ingerenze arbitrarie dei pubblici poteri, la norma però non si limita ad imporre allo Stato un obbligo di astensione da ogni attività che possa dirsi d'ingerenza. Secondo una consolidata giurisprudenza della Corte si affiancano a questo precetto negativo obbligazioni positive desumibili, di volta in volta, attraverso l'equo bilanciamento tra l'interesse generale e gli interessi particolari dei singoli, lasciato al libero apprezzamento dello Stato.

Nella fattispecie in esame è indispensabile confrontare l'interesse della ricorrente a ricevere tutte le informazioni necessarie per ricostruire la propria identità personale e la propria discendenza, con il diritto di protezione dei propri dati ai terzi vantato dal padre, che preclude la sottoposizione coatta ad analisi mediche, incluso il test del DNA per l'accertamento di paternità (§ 64). E' nel bilanciamento di questi due diritti che si qualifica positivamente o negativamente l'attività dello Stato nel rispetto dei valori garantiti dall'art. 8 cit.

Non possibile, infatti, costringere una persona (nel caso, il presunto padre) a sottoporsi a qualsivoglia analisi clinica. Dall'altro canto, ricorda la Corte, è indispensabile sottolineare come numerosi Stati parte della Convenzione abbiano adottato soluzioni differenti in riferimento al problema che si apre quando un padre o una madre presunti rifiutino di ottemperare alla decisione di un tribunale che impone loro di sottoporsi agli esami necessari per accertare la c.d. "verità biologica" nei confronti di un figlio naturale. La Corte rileva come l'ordinamento croato non preveda alcun meccanismo atto a sanzionare l'ingiustificato rifiuto del preteso padre.

L'assenza di qualsivoglia misura procedurale finalizzata ad imporre al padre di conformarsi al provvedimento di un tribunale, è per la Corte legittimo - ed in linea con il principio di proporzionalità della protezione degli interessi coinvolti - solo nella misura in cui il sistema giuridico in questione offra dei mezzi alternativi in materia di riconoscimento della paternità.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Nel caso in esame le autorità croate non hanno garantito, in base a quanto accaduto, il rispetto della vita privata della ricorrente. La procedura croata per la costituzione del rapporto giuridico di filiazione con il padre naturale, infatti, non realizza un giusto equilibrio tra il diritto della ricorrente a porre fine, senza inutili ritardi, alla situazione di incertezza sulla propria identità personale e il diritto del padre presunto a non sottoporsi al test del DNA. Dichiara, infatti, la Corte che *"la nascita, ed in particolare le circostanze della nascita, fanno parte della vita privata del bambino e di conseguenza dell'adulto il cui rispetto è garantito dall'art. 8 della Convenzione"*.

L'assenza di qualsiasi meccanismo processuale o procedurale che non permetta l'accesso alle informazioni relative alle proprie origini genetiche rappresenta, quindi, una violazione della vita privata così come tutelata dall'art. 8 della Convenzione.

Casi analoghi

Corte europea dei diritti dell'uomo, *Rasmussen c. Danimarca*, 28 novembre 1984, serie A n° 87, p. 13; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Keegan c. Irlanda*, 26 maggio 1994, serie A n° 290, p. 18; *Gaskin contro Regno Unito*, 7 luglio 1989, Serie A, n. 31; Sentenza del 13 febbraio 2003, *Odièvre c. France*, in *Reports of Judgments and Decisions*, 2003-III.

Profili di diritto interno

Corte costituzionale, sentenza del 25 novembre 2005, n. 425, sulla fatto che una donna possa partorire in una struttura sanitaria appropriata e mantenere l'anonimato nella successiva dichiarazione di nascita e che tale diritto è compatibile con la normativa in materia di adozione, modificata dal recente Codice della privacy, che esclude la possibilità di autorizzare l'adottato all'accesso alle informazioni sulle origini senza aver previamente verificato la persistenza della volontà di non essere nominata da parte della madre biologica;

Corte di Cassazione, sentenza del 16 aprile 2008 n. 10051, sul fatto che il rifiuto da parte di presunti fratelli di sottoporsi al test del Dna rappresenta un elemento di prova favorevole a chi chiede il riconoscimento (come era stato già preventivamente affermato nelle sentenze Corte di Cassazione, sentenza n. 1733 del 2008 e n. 6694 del 2006).

Riferimenti bibliografici

S. SONELLI, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 4, 2004, p. 1439 e ss.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

A. PALAZZO, *La filiazione*, in A. Cicu e F. Messineo (a cura di), *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Milano, 2007.

M. CARTABIA, *I diritti di azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007.

J. LONG, *La Corte europea dei diritti dell'uomo, il parto anonimo e l'accesso alle informazioni sulle proprie origini: il caso Odièvre c. Francia*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2004, pt. 2, p. 283 e ss.

(28.02.2010)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Sezione: **Situazioni giuridiche soggettive** – Vita privata e familiare – Vita privata come intimità - *Conoscenza delle proprie origini*

Titolo: *Il diritto all'anonimato della madre biologica ovvero quando Strasburgo anticipa Roma*

Autore: **ANTONELLO CIERVO**

Sentenza di riferimento: Corte eur.dir.uomo, *Godelli contro Italia*, sentenza 25 settembre 2012, II sezione (ricorso n. 33783/09); Corte costituzionale, sentenza n.278/2013

Parametro convenzionale: Articolo 8 CEDU

Parole chiave: Diritto al rispetto della vita privata; identità personale; diritto anonimato; obblighi positivi dello Stato.

1. La sentenza *Godelli contro Italia* della Corte europea dei diritti dell'uomo del 25 settembre 2012 è ritornata, negli ultimi mesi, al centro del dibattito dottrinario del nostro Paese, a seguito di una recente decisione della Corte costituzionale italiana – la n. 278 del 22 novembre 2013 – che, seppur ricorrendo ad un impianto argomentativo diverso da quello utilizzato dalla Corte EDU, ha dichiarato l'incostituzionalità parziale dell'articolo 28, comma 7 della legge 4 maggio 1983, n. 184. Oggetto del giudizio della sentenza *Godelli*, infatti, era stata propria la legge n. 184/1983 (*Diritto del minore ad una famiglia*), così come modificata dal Codice in materia di protezione dei dati personali, nella parte in cui escludeva la possibilità di autorizzare la persona adottata all'accesso

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

alle informazioni sulle proprie origini, senza avere previamente verificato la persistenza della volontà di non volere essere nominata della madre biologica.

In particolare, la Signora Godelli si lamentava del fatto che il legislatore italiano, nel precludere in maniera assoluta all'adottato di conoscere le proprie origini biologiche, aveva tutelato il diritto all'anonimato della madre naturale, senza prevedere normativamente la possibilità per quest'ultima di revocare la propria volontà successivamente.

La giurisprudenza della Corte costituzionale italiana aveva confermato la legittimità del bilanciamento posto in essere dal legislatore con la sentenza n. 425 del 16 novembre 2005: con questo suo importante precedente, infatti, il Giudice delle leggi aveva evidenziato che l'articolo 28, comma 7 della legge n. 184/1983 mirava a tutelare la madre che – in circostanze difficili – decideva di far nascere il proprio figlio, offrendole la possibilità di partorire in un ospedale e di mantenere al contempo l'anonimato nella dichiarazione di nascita.

In tal modo, secondo la Corte Costituzionale, il legislatore intendeva assicurare che il parto avvenisse in condizioni ottimali, distogliendo la donna dal prendere decisioni irreparabili, come il ricorso all'interruzione volontaria di gravidanza.

Poiché anche la giurisprudenza ordinaria si era più volte espressa in termini univoci sull'impossibilità di consentire la revoca della volontà della madre biologica, la ricorrente non si era neppure rivolta alla Corte di Cassazione, in quanto la posizione del Giudice della Nomofilachia sul punto era assolutamente consolidata, nel senso di una sicura inammissibilità della domanda.

Infatti, la Corte di Cassazione aveva più volte affermato che, nei casi relativi alla responsabilità dei genitori, le decisioni di merito di volontaria giurisdizione non hanno natura decisoria definitiva e, pertanto, non possono essere oggetto di ricorso diretto in Cassazione (si vedano, per tutte, le sentenze della Corte di Cassazione n. 11771 del 14 maggio 2010, n. 11756 del 14 maggio 2010, n.14091 del 17 giugno 2009, n. 24423 del 23 novembre 2007, n. 22628 del 20 ottobre 2006, n. 11026 del 15 luglio 2003, n. 11582 del 2 agosto 2002, n.2099 del 14 febbraio 2001, n. 1493 del 23 febbraio 1999, n. 2934 del 20 marzo 1998).

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Anche alla luce di questi rilievi giurisprudenziali evidenziati dalla ricorrente, la Corte di Strasburgo aveva dichiarato ammissibile il ricorso della Signora Godelli e, di conseguenza, rigettato l'eccezione sollevata dal Governo italiano che contestava il mancato esaurimento delle vie di ricorso interne.

2. Come detto, oggetto del giudizio innanzi ai giudici di Strasburgo era la legge italiana n. 183/1984, nella parte in cui impediva alla ricorrente di conoscere le circostanze della sua nascita e del suo abbandono che, evidentemente, comprendono anche la conoscenza dell'identità della madre biologica. Pertanto, la Corte di Strasburgo rilevava che nel procedimento in questione non fosse chiamata a valutare se la procedura che riguardava il legame di filiazione tra la ricorrente e la madre rientrasse nell'articolo 8 della CEDU, poiché una giurisprudenza costante della Corte stessa si era già espressa sul punto, affermando che il diritto a conoscere la propria ascendenza rientra pacificamente nel campo di applicazione della propria "vita privata".

Rifacendosi ai suoi importanti precedenti sul punto – in particolare la sentenza della *Grande Chambre Odièvre c. Francia* e la successiva decisione *Mikulic c. Croazia* – la Corte di Strasburgo (cfr. §. 46 della sentenza *Godelli*) affermava che *"... l'articolo 8 tutela un diritto all'identità e allo sviluppo personale: quello di allacciare e approfondire relazioni con i propri simili e il mondo esterno. A tale sviluppo contribuiscono la scoperta dei dettagli relativi alla propria identità di essere umano e l'interesse vitale, tutelato dalla Convenzione, a ottenere delle informazioni necessarie alla scoperta della verità riguardante un aspetto importante dell'identità personale, ad esempio l'identità dei propri genitori"*.

Nello specifico, la ricorrente lamentava il fatto che la normativa italiana violasse l'articolo 8 CEDU, in quanto: a) l'ordinamento interno ostacolava l'azione di ricerca della maternità, quando la madre biologica aveva manifestato la propria volontà a mantenere il segreto sulla propria persona, senza prevedere alcun tipo di revoca alla suddetta volontà; b) l'ordinamento interno non permetteva la comunicazione di dati non identificativi sulla madre biologica dell'adottando/a, né per il tramite dei



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

servizi di assistenza sociale all'infanzia, né per il tramite di altri organismi istituzionali che consentano l'accesso a tali informazioni.

La Corte EDU, pertanto, dichiarava la violazione dell'articolo 8 della Convenzione, precisando tuttavia che, in questo caso, oggetto del giudizio era la questione dell'accesso alle proprie origini, oltre che della conoscenza dell'identità dei propri genitori biologici, questione che risultava completamente diversa rispetto a quella dell'accesso al fascicolo personale di un minore abbandonato e poi adottato, ovvero quella della ricerca delle prove di una presunta paternità. Nella causa *de quo*, infatti, la Corte si trovava, a suo avviso, *"... in presenza di una persona dotata di una filiazione adottiva che cerca un'altra persona, la madre biologica, che l'ha abbandonata fin dalla nascita chiedendo espressamente il segreto di quest'ultima"* (così al §. 62 della sentenza).

Impostata in questi termini la *quaestio iuris*, la Corte di Strasburgo rilevava che la scelta delle misure, idonee a garantire il rispetto dell'articolo 8 CEDU nei rapporti interpersonali, rientrasse in linea di principio nel margine di discrezionalità degli Stati contraenti la Convenzione, ferma restando la valutazione, posta in essere dal legislatore nazionale, del giusto equilibrio nella ponderazione dei diritti e degli interessi concorrenti dei soggetti interessati (che, in questo caso, consistevano, da una parte, nel diritto della ricorrente a conoscere le proprie origini e, dall'altro, nel diritto della madre biologica a restare nell'anonimato).

Nella fattispecie oggetto del giudizio, la Corte osservava che *"... contrariamente alla situazione nella causa Odièvre [...], la ricorrente non ha avuto accesso a nessuna informazione sulla madre e la famiglia biologica che le permettesse di stabilire alcune radici della sua storia nel rispetto della tutela degli interessi dei terzi. Senza un bilanciamento dei diritti e degli interessi presenti e senza alcuna possibilità di ricorso, la ricorrente si è vista opporre un rifiuto assoluto e definitivo di accedere alle proprie origini personali"* (così al §. 68).

Invece, la normativa italiana non consentiva in alcun modo al figlio adottivo e non riconosciuto alla nascita di chiedere l'accesso ad informazioni (anche non identificative) sulle sue origini o, comunque, la reversibilità del segreto da attuare mediante richiesta, inoltrata per via giudiziaria, alla madre biologica. Una regolamentazione della materia così stringente, pertanto, è stata valutata dalla



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Corte in termini di sproporzione di tutela, da parte del legislatore italiano, nel bilanciamento degli interessi delle parti in causa. In questa ottica, quindi, concludevano i Giudici di Strasburgo, vi è stata senz'altro una violazione dell'articolo 8 CEDU da parte del legislatore italiano.

3. La sentenza *Godelli* è stata assunta a larga maggioranza dalla II sezione della Corte di Strasburgo, fatta eccezione per l'opinione dissenziente espressa dal giudice Sajó, il quale ha valutato in termini di compatibilità con l'articolo 8 CEDU il bilanciamento posto in essere dal legislatore italiano in questo ambito. L'opinione dissenziente si fonda sul fatto che il bilanciamento in questione era stato già oggetto di un giudizio di legittimità da parte della Corte costituzionale italiana. Come detto, tuttavia, è stata proprio la Corte costituzionale italiana, recentemente, ad aver posto in essere un radicale *overruling* rispetto alla sua precedente decisione del 2005.

Con la sentenza n. 278 del 2013, infatti, la Consulta ha dichiarato l'incostituzionalità dell'articolo 28, comma 7 della legge 4 maggio 1983, n. 184, nella parte in cui non prevede – attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza – la possibilità per il giudice di interpellare la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata, su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione. Nel caso *de quo*, la Corte era stata chiamata a pronunciarsi su un caso analogo a quello della Signora Godelli, ossia sull'irragionevolezza della legge in materia di stato civile che non consentiva la possibilità della revoca del diritto all'anonimato da parte della madre naturale dell'adottato.

La Corte ha ritenuto opportuno ritornare sui propri passi e, quindi, rivedere la propria posizione, proprio alla luce della decisione della Corte di Strasburgo, pur utilizzando un impianto argomentativo che prescinde, sia dalle motivazioni della decisione in commento, sia – più in generale – da una declaratoria di incostituzionalità della normativa, ai sensi dell'art. 117, primo comma Cost. Ad avviso della Consulta, infatti, la disposizione oggetto di giudizio, non riconoscendo la possibilità che la madre naturale revochi, successivamente alla nascita del figlio, la propria volontà a restare nell'anonimato, determina una "cristallizzazione" irragionevole della

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

volontà della donna stessa che si ritroverebbe costretta, per tutta la vita, a restare nell'anonimato. Rilevano i giudici della Consulta, infatti, che *"Una volta intervenuta la scelta per l'anonimato, la relativa manifestazione di volontà assume connotati di irreversibilità destinati, sostanzialmente, ad "espropriare" la persona titolare del diritto da qualsiasi ulteriore opzione; trasformandosi, in definitiva, quel diritto in una sorta di vincolo obbligatorio"* (punto 5 del "Considerato in diritto" della sentenza n. 278/2013).

Se una simile scelta spinge la madre naturale a rinunciare alla "genitorialità giuridica", la previsione di una revoca della propria volontà può, invece, ragionevolmente non implicare anche una definitiva e irreversibile rinuncia alla "genitorialità naturale": *"... ove così fosse, d'altra parte, risulterebbe introdotto nel sistema una sorta di divieto destinato a precludere in radice qualsiasi possibilità di reciproca relazione di fatto tra madre e figlio, con esiti difficilmente compatibili con l'art. 2 Cost."* (ivi). Si consideri, infatti, che il contrasto tra questi due beni giuridici – da un lato, il diritto della madre naturale a restare nell'anonimato, dall'altro, invece, il diritto del figlio alla propria identità personale e, quindi, alla conoscenza delle proprie origini biologiche – viene fatto discendere direttamente dall'articolo 2 Cost.

Entrambi i diritti, in evidente conflitto tra di loro, devono essere tutelati e garantiti al fine di salvaguardare entrambi *"... da qualsiasi perturbamento, connesso alla più eterogenea gamma di situazioni, personali, ambientali, culturali, sociali, tale da generare l'emergenza di pericoli per la salute psico-fisica o la stessa incolumità di entrambi e da creare, al tempo stesso, le premesse perché la nascita possa avvenire nelle condizioni migliori possibili"* (così al punto 4 del "Considerato in diritto").

In conclusione, ad avviso della Corte, la norma è incostituzionale nella parte in cui non prevede la reversibilità del segreto, ossia la possibilità che successivamente alla decisione di restare anonima, la madre naturale possa revocare questa sua volontà – anche su sollecitazione del figlio che ne fa richiesta al giudice competente affinché la interpelli –, in modo da non precludere, in termini



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

assoluti, anche dopo molti anni dalla nascita, la possibilità del figlio a conoscere il proprio genitore naturale e, quindi, a esercitare il proprio diritto all'identità personale.

In questa prospettiva, quindi, che è tutta riconducibile ai soli principi costituzionali, la scelta del legislatore italiano risulta irragionevole, ai sensi dell'articolo 3, primo comma della Costituzione, perché la rinuncia irrevocabile alla "genitorialità giuridica" nei confronti del proprio figlio – che, pertanto, può essere affidato in adozione a terzi che ne diverranno, loro sì, irrevocabilmente genitori –, non deve comportare necessariamente anche la rinuncia irrevocabile della "genitorialità naturale", ossia la possibilità che il figlio possa conoscere l'identità di chi lo ha generato e, di conseguenza, instaurare con la madre biologica rapporti affettivi.

Profili di diritto interno

Legge n. 184/1983 (*Diritto del minore ad una famiglia*), art. 28, comma 7, come sostituito dall'art. 177, comma 2, del Decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (*Codice in materia di protezione dei dati personali*).

Decreto del Presidente della Repubblica del 3 Novembre 2000 n. 396, in materia di revisione e semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, art. 30.

Precedenti

Giurisprudenza della Corte di Strasburgo:

Odièvre c. Francia, Grande Chambre, n. 42326/98, sentenza del 13 febbraio 2002;

Mikulić c. Croazia, I sezione, n. 53176/99, sentenza del 7 febbraio 2002;

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Jäggi c. Svizzera, III sezione, n. 58757/00, sentenza del 13 luglio 2006.

Giurisprudenza delle Corti italiane:

Corte di Cassazione n. 11771 del 14 maggio 2010; n. 11756 del 14 maggio 2010; n.14091 del 17 giugno 2009; n. 24423 del 23 novembre 2007; n. 22628 del 20 ottobre 2006; n. 11026 del 15 luglio 2003; n. 11582 del 2 agosto 2002; n. 2099 del 14 febbraio 2001, n. 1493 del 23 febbraio 1999; n. 2934 del 20 marzo 1998.

Corte costituzionale n. 425 del 16 novembre 2005;

Corte costituzionale n. 278 del 22 novembre 2013

Riferimenti bibliografici

M. Di Masi, *Trattamento dei dati personali e diritto a conoscere le proprie origini: due recenti provvedimenti del Garante della «Privacy»*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2011, 141 ss.

E. Frontoni, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU e Corte costituzionale. Nota a prima lettura sul mancato ricorso all'art. 117, primo comma, Cost., nella sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013*, in www.rivistaaic.it, dicembre 2013.

M. R. Marella, *Il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini biologiche. Contenuti e prospettive*, in *Giurisprudenza italiana*, 2001, 1768 ss.

S. Stefanelli, *Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini*, in S. Mazzaresse e A. Sassi (a cura di), *Studi in onore di Antonio Palazzo, II. Persona, famiglia e successioni*, Torino, Utet, 2009, 823 ss.

(15. 02. 2014)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

- Sezione:** **Situazioni giuridiche soggettive** - Vita privata e familiare - Vita privata come libertà - *Autodeterminazione*
- Titolo:** *Il riconoscimento giuridico dell'avvenuto cambiamento di sesso e l'autodeterminazione come diritto fondamentale*
- Autore:** **VALENTINA COLCELLI**
- Sentenza di riferimento:** Corte Europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, Sentenza dell'11 luglio 2002, *Goodwin c. Regno Unito*, (Requêtes n°28957/95)
- Parametro convenzionale:** art. 8, art. 12
- Parole chiave:** Vita privata; Autodeterminazione personale; Libertà di cambiare il proprio sesso

L'approccio interpretativo dell'art. 8 CEDU ad opera della Corte di Strasburgo non si limita ad esaltare e tutelare la vita privata come sinonimo di intimità. I giudici della Corte EDU riconoscono alla vita privata anche un'altra dimensione quale massima espressione della libertà personale. Per questa via si garantiscono come fondamentali diritti – quale l'autodeterminazione – capaci di esaltare la persona umana ed il suo sviluppo. Il diritto di autodeterminarsi di un individuo, per la Corte passa anche attraverso il riconoscimento giuridico dell'avvenuto cambiamento del proprio sesso.

Il criterio attuale per determinare il sesso di una persona non può più essere unicamente quello biologico. La non concordanza dei fattori biologici di un transessuale operato non può costituire un sufficiente motivo per giustificare il rifiuto a riconoscere giuridicamente il cambiamento di sesso dell'interessato. Altri fattori devono essere tenuti in considerazione: il riconoscimento da parte della comunità medica e delle autorità sanitarie dello Stato contraente di una situazione clinica di turbamento dell'identità sessuale; l'offerta di trattamenti - ivi compresi gli interventi chirurgici - che permettano alla persona interessata di avvicinarsi, per quanto possibile, al sesso al quale sente di appartenere; e l'adozione da parte della stessa persona del ruolo sociale determinato del suo nuovo sesso.

Il diritto per i transessuali operati di vedere riconosciuta sotto il profilo giuridico la loro nuova identità viene "rafforzato", dai giudici di Strasburgo anche attraverso le valutazioni loro compiute in ordine alla presunta violazione dell'art. 12 della Convenzione. Viene, infatti, osservato che mentre

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

in passato il diritto di contrarre matrimonio, garantito dalla suddetta norma, era riferito al matrimonio tradizionale tra due persone di sesso biologico differente, oggi questo diritto debba essere interpretato in maniera differente. Il diritto di fondare una famiglia poi, secondo aspetto garantito dall'art. 12, non ha come preconditione quella della diversità biologica. L'incapacità per una coppia di concepire o di allevare un figlio non è, quindi, in sé idonea a privare qualcuno del diritto di sposarsi, anche se uno dei due soggetti – transessuale operato – fosse stato originariamente dello stesso sesso dell'altro.

La ricorrente del caso in esame è una cittadina britannica transessuale nata nel 1937, che nel 1990 subisce un'operazione chirurgica per passare dal sesso maschile a quello femminile. Ella - in ragione della situazione giuridica dei transessuali nello Stato di appartenenza ed in particolare delle presunte discriminazioni di cui sarebbero vittime nei settori dell'impiego, della sicurezza sociale, delle pensioni e del matrimonio - promuove un ricorso contro il Regno Unito, lamentando la violazione degli artt. 8, 12, 13 e 14 della Convenzione.

La sig.ra Goodwin ritiene che il mancato riconoscimento sotto il profilo giuridico da parte dello Stato della sua nuova identità sessuale, sia fonte di numerose situazioni discriminatorie ed umilianti nella vita quotidiana. Nel ricorso si fa riferimento al mancato ottenimento di una promozione, verificatosi presumibilmente perché il datore di lavoro era consapevole del cambiamento di sesso ella sig.ra Goodwin; ed ancora, si riporta come situazione discriminatoria l'impossibilità per la ricorrente di godere del beneficio di accedere alla pensione dello Stato all'età di 60 anni, riconosciuto alle donne britanniche sulla base di un criterio puramente biologico di determinazione del sesso. Infine, si fa riferimento alla mancata attribuzione, da parte del Ministero degli Affari sociali di un nuovo numero di assicurazione nazionale, da fornire al proprio nuovo datore di lavoro, in considerazione del cambiamento del sesso. Per la registrazione all'assicurazione nazionale è necessario, infatti, il certificato di nascita, nel quale la definizione del sesso si basa esclusivamente su criteri biologici. Per la legge britannica (*Births and Deaths Registration Act 1953*) l'atto di nascita è imm modificabile.

La ricorrente rappresenta nelle sue argomentazioni come – contrariamente all'interpretazione data al fenomeno dall'ordinamento giuridico britannico – la comprensione scientifica del transessualismo e l'atteggiamento della società al riguardo siano stati oggetto di una rapida evoluzione. Richiama, inoltre, alcune norme di altri Stati in materia di rettificazione di attribuzione di sesso, tra le quali l'art. 29 del Codice civile olandese, l'art. 6 della legge italiana n° 164 del 14 aprile 1982 e l'art. 29 del Codice civile turco, che autorizzano le modifiche dello stato civile. Segnala, ancora, che in Nuova Zelanda in forza di una legge del 1995 (parte V, art. 28), i tribunali possono, dopo l'esame di prove mediche e altre prove, ordinare il riconoscimento giuridico della nuova identità sessuale di una persona transessuale. La ricorrente non vede alcuna ragione convincente per non adottare una procedura analoga nel Regno Unito, ricorrendo in questo senso una palese violazione della Convenzione.

Il Governo britannico afferma, al contrario, che l'assenza nel Regno Unito di un riconoscimento giuridico della nuova identità sessuale della ricorrente non comporti alcuna violazione dell'art. 8



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

della Convenzione. Il transessualismo, infatti, non sarebbe oggetto di un approccio uniforme all'interno degli Stati contraenti proprio nel rispetto del margine di discrezionalità di cui godono questi ultimi verso la Convenzione.

La Corte di Strasburgo si è trovata a valutare, quindi, se dal mancato riconoscimento sotto il profilo giuridico della conversione sessuale della ricorrente sia derivata una violazione del suo diritto al rispetto della vita privata, così come garantito dall'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

In più occasioni la Corte ha affermato come la nozione di «rispetto», sancita dall'art. 8, manchi di chiarezza, soprattutto per ciò che concerne eventuali obbligazioni positive dello Stato. Per determinare, quindi, se esiste una obbligazione positiva da parte di uno Stato è necessario tenere in considerazione il giusto equilibrio tra l'interesse generale e gli interessi dell'individuo (decisione *Cossey c. Royaume-Uni* del 27 settembre 1990, serie A n° 184, p. 15, § 37). La Corte, inoltre, nel rispetto delle proprie funzioni e delle finalità della Convenzione, deve tenere di volta in volta in considerazione l'evoluzione di una singola situazione nello Stato convenuto e negli Stati contraenti in generale. Se la Corte, infatti, dovesse fallire non mantenendo - innanzi alla realtà sociale - un approccio dinamico ed evolutivo, un simile atteggiamento sarebbe di ostacolo ad ogni riforma o miglioramento. Soprattutto contribuirebbe a rendere le garanzie previste dalla Convenzione teoriche ed illusorie, anziché concrete ed effettive (affermazione contenuta nel § 74 della sentenza in esame). Già dalla fine degli anni '90 del secolo scorso la Corte si era dichiarata più volte cosciente della gravità dei problemi che incontrano i transessuali, sottolineando l'importanza di una riflessione costante ed adeguata su misure giuridiche in materia (decisioni *Rees c. Royaume-Uni*, del 17 ottobre 1986, serie A n° 106, pp. 18-19, § 47, in *Recueil des arrêts et décisions*; *Cossey c. Royaume-Uni*, del 27 settembre 1990, serie A n° 184, p. 17, § 42, *ivi*; *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, del 30 luglio 1998, p. 2029, § 60, *ivi*).

Analizzando la situazione della ricorrente come transessuale, la Corte rileva l'esistenza di una discordanza tra il ruolo adottato nella società da una persona transessuale operata e la condizione imposta dal diritto - che rifiuta di riconoscere il cambiamento sessuale. Tale distonia è fonte di *stress* ed alienazione della persona. Come tali, detti fattori non possono essere considerati una semplice conseguenza di secondaria importanza delle proprie scelte, derivanti da una mera formalità. La situazione genera un serio conflitto tra la realtà sociale ed il diritto che pone la persona transessuale in una situazione anomala, cagione di sentimenti di vulnerabilità, umiliazione ed ansia.

I Giudici di Strasburgo rilevano inoltre un comportamento idiosincratico dello Stato convenuto. Sembra, infatti, illogico che il medesimo Stato autorizzi il trattamento e l'intervento chirurgico per cambiare il sesso originario, riconosca così l'eventuale situazione dolorosa di una persona transessuale, finanzia tutta o parte l'operazione, consenta l'inseminazione artificiale di una donna che vive con un transessuale (come dimostra il caso *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, del 22 aprile 1997, *Recueil* 1997-II), ma nel contempo rifiuti di riconoscere le implicazioni giuridiche del risultato a cui conduce il trattamento chirurgico di cambiamento del sesso.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

La Corte rileva, inoltre, che il carattere insoddisfacente della situazione e le difficoltà attuali dei transessuali nel Regno Unito sono state riconosciute non solo dai tribunali interni, ma anche dal gruppo di lavoro interministeriale istituito allo scopo di «esaminare, per ciò che concerne gli atti di nascita, la necessità di adottare delle misure giuridiche appropriate per risolvere i problemi che affliggono i transessuali, tenendo debitamente in considerazione l'evoluzione della scienza e della società, così come delle misure adottate, in materia, negli altri Paesi». Nel Rapporto conclusivo del gruppo di lavoro si legge che, nonostante l'adozione in alcuni settori importanti della società di misure atte ad aiutare i transessuali – quali ad esempio il divieto di discriminazione in materia di impiego di una persona per motivi legati alla sua transessualità, o la nuova politica di tutela in ambito penale che si propone di trattare i condannati, le vittime e i testimoni transessuali secondo il loro nuovo sesso – la comunità transessuale affronta quotidianamente dei problemi con i quali, normalmente, la maggioranza della popolazione non deve scontrarsi.

La Corte ha in ogni caso sottolineato l'assenza, nei Paesi membri del Consiglio d'Europa, di una procedura comune che disciplini le ripercussioni che il riconoscimento giuridico dei cambiamenti di sesso può avere negli altri ambiti del diritto – quali il matrimonio, la filiazione o la protezione della vita privata. La stessa ha riconosciuto che ciò non sia affatto sorprendente a causa della diversità dei sistemi e delle molteplici tradizioni giuridiche. Nel XXI secolo, in ogni caso, la facoltà per i transessuali di godere pienamente del diritto allo sviluppo personale – al fine di stabilire i dettagli della propria identità di esseri umani – ed il diritto all'integrità fisica e morale non dovranno essere considerati come una questione controversa. Essi rappresentano un aspetto dell'ampio concetto di autonomia personale sotteso alla nozione di vita privata tutelata dall'art. 8 della Convenzione.

A parere della Corte, inoltre, lo Stato convenuto non può più invocare sul punto l'esistenza di alcun margine di discrezionalità. Nessun importante fattore di interesse pubblico può invero entrare in concorrenza con l'interesse della ricorrente di ottenere il riconoscimento giuridico del suo cambiamento sessuale. Conclude affermando che la nozione di giusto equilibrio tra interessi contrapposti insita nella Convenzione fa ormai pendere la bilancia in favore della ricorrente, essendosi verificata una violazione del diritto al rispetto della sua vita privata, garantito dall'art. 8, comma 1.

Deve, comunque registrarsi che, nel gennaio 2002, il Governo britannico ha presentato al Parlamento un documento che avvia la riforma degli atti di registrazione, realizzando un sistema "modificabile", in cui i dati di una persona – il nome, ed eventualmente anche il sesso – possono essere rettificati. Il 1° luglio 2004 è stato, infatti adottato il *Gender Recognition Act*, entrato in vigore il 4 aprile 2005, che consente alle persone che abbiano già mutato sesso o che prevedano di farlo, di chiedere il rilascio di un "certificato di riconoscimento del genere", che accorda un riconoscimento quasi completo del loro mutamento di sesso.

Precedenti:

Rees c. Royaume-Uni, 17 ottobre 1986, serie A n° 106, pp. 18-19, § 47, in *Recueil des arrêts et décisions*; *Cossey c. Royaume-Uni*, 27 settembre 1990, serie A n° 184, p. 17, § 42, *ivi*; *Sheffield et*



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Horsham c. Royaume-Uni, 30 luglio 1998, p. 2029, § 60, *ivi*. Sono casi analoghi *Grant c. Regno Unito*, 23 maggio 2006, ricorso n. 32570/03, in <http://cmiskp.echr.coe.int/>; *Pretty c. Regno Unito*, 29 aprile 2002, in *Giuda al dir.*, 2002, 21, 97; *Bensaid v. Regno Unito*, 6 febbraio 2001, in *Recueil des arrêts et décisions 1996-V*.

Profili di diritto interno:

Corte Costituzionale, 23 maggio 1985, n. 161, nella quale si afferma che nel transessuale “l’esigenza fondamentale da soddisfare è quella di far coincidere il soma con la psiche” e “il desiderio invincibile di ottenere il riconoscimento anche giuridico dell’appartenenza all’altro sesso vuole essere perseguito a costo di qualsiasi sacrificio”.

Riferimenti bibliografici:

G. ZANCHINI, *Transessualità: da Strasburgo un'importante sentenza*, in www.unionedirittiumani.it.

S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001.

(28.02.2010)



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Sezione: **Situazioni giuridiche soggettive** - Vita privata e familiare - Vita privata come libertà - *Vita privata sociale*

Titolo: *La definizione di famiglia nel diritto al rispetto della vita familiare*

Autore: **VALENTINA COLCELLI**

Sentenza di riferimento: Corte Europea dei diritti dell'uomo, Sentenza del 26 maggio 1994, *Keegan c. Irlanda*, (Requête n°16969/90)

Parametro convenzionale: art. 8

Parole chiave: Vita familiare; famiglia naturale

Il caso Keegan c. Irlanda si inserisce nel solco della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, relativo alla nozione di famiglia naturale.

Essendo garantito nell'art. 8 C.E.D.U. il diritto al rispetto della vita familiare e presupponendo l'esistenza di una famiglia, la Corte si è storicamente adoperata nel definire le situazioni che in tale nozione rientrano. Famiglia, così, finisce per riferirsi non solo alle relazioni esistenti nell'ambito di quella qualificata come legittima - fondata cioè sul matrimonio - ma anche alle relazioni esistenti fra i componenti il gruppo designato come famiglia naturale, o come unione di fatto. La nozione di famiglia sulla quale riposa la disposizione dell'art. 8 comprende anche, in assenza di coabitazione, il legame tra un individuo e suo figlio, legittimo o naturale.

Ciò non significa, tuttavia, che dalla giurisprudenza della Corte C.E.D.U. discenda l'esistenza di un obbligo per lo Stato di attribuire alle coppie non sposate uno statuto analogo a quello delle coppie sposate; così come che si possa esigere l'instaurazione di un regime speciale per una categoria particolare di coppie non sposate.

Quello che è certo, però, è che per la stessa giurisprudenza in tema di rispetto della vita familiare, afferma avere importanza la realtà biologica e non le presunzioni legali. Il rispetto della vita familiare esige che la realtà biologica e sociale prevalga su una presunzione legale contraria sia ai fatti accertati che agli auspici delle persone interessate, senza in realtà giovare a nessuno (Corte



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 27 ottobre 1994, *Kroon e altri/Olanda*, in *Riv. int. dir. uom.*, 1995, p. 384).

Uno degli aspetti centrali dell'interpretazione giudiziaria della nozione di vita familiare è rappresentato pertanto dalla relazione tra figli e genitori: "la nozione di famiglia sulla quale riposa l'art. 8 comporta che un bambino nato da (...) [un] unione si inserisca a pieno titolo in tale relazione; pertanto, dal momento e per il solo fatto della sua nascita esiste tra lui e i suoi genitori anche se questi non coabitano in quel momento, un legame costitutivo di una vita familiare" (Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 21 giugno 1988, *Berrehab/Olanda*, in *Riv. int. dir. uom.*, 1988, III, 146). Lo Stato è chiamato ad agire in modo da permettere al legame tra genitore e figlio di svilupparsi. Per un genitore e suo figlio lo stare insieme, infatti, realizza uno degli aspetti fondamentali che caratterizzano la vita familiare. Numerose sono quindi gli interventi giurisprudenziali legati alla delicata problematica delle situazioni di rottura dell'unità familiare o di difficoltà del nucleo familiare, in special modo per quanto attiene all'affidamento dei minori. Innanzi alle richiamate situazioni di crisi la Corte afferma che l'ipotesi dell'affidamento di un bambino alla pubblica autorità non pone fine alle relazioni familiari naturali. Nel caso in cui, poi, lo Stato debba procedere ad una separazione tra il bambino e la famiglia di origine al fine di rendere possibile un migliore sviluppo fisico e psichico del minore stesso, allora, proprio il diritto al rispetto della vita familiare implica un preciso dovere per le autorità statali ad adottare le misure destinate a riunire il figlio ai genitori. L'interesse del minore, inoltre, prevale su quello del genitore: "la Corte non ha il compito di sostituirsi alle autorità interne per disciplinare la custodia di bambini da parte della pubblica amministrazione e i diritti dei genitori di tali bambini, bensì di valutare sotto il profilo della Convenzione le decisioni che hanno reso nell'esercizio del loro potere discrezionale (...). Il margine di discrezionalità così lasciato alle competenti autorità nazionali varierà secondo la natura delle questioni in causa e la gravità degli interessi in gioco (...)" (Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 7 agosto 1996, *Johansen/Norvegia*, in *Riv. int. dir. uom.*, 1996, 675). Di conseguenza, i giudici di Strasburgo riconoscono alle autorità godono un ampio margine per valutare la necessità di prendere in custodia un bambino. Occorre, però, esercitare un controllo rigoroso sia sulle ulteriori restrizioni, sia su quelle apportate dalle autorità ai diritti e alle visite dei genitori e sulle garanzie destinate ad assicurare l'effettiva protezione dei diritti di genitori e figli al rispetto della loro vita familiare.

L'immigrazione, poi, porta ulteriori problematiche al tema affrontato: le coppie miste e l'allontanamento dei cittadini stranieri che hanno legami familiari con il paese di residenza. Il rispetto della vita familiare non può essere interpretato in modo da imporre agli Stati un obbligo di rispettare la scelta della residenza comune da parte di coppie sposate e di permettere il ricongiungimento familiare sul suo territorio. A proposito dell'espulsione di uno straniero



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

condannato per aver commesso dei reati con legami familiari nel paese di residenza, occorre determinare se il provvedimento di espulsione abbia rispettato un giusto equilibrio tra il diritto dell'interessato al rispetto della sua vita privata e familiare e, dall'altro, la protezione dell'ordine pubblico e la prevenzione dei reati (Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 26 settembre 1997, *El Boujaïdi/Francia*, in *Riv. int. dir. uom.*, 1998, 221).

Analizzando, quindi, le numerose sentenze con oggetto il tema del rispetto della vita familiare, si deduce come la Corte – nel più assoluto rispetto dei valori di uguaglianza, solidarietà, pari dignità – ponga tutta la propria attenzione ai legami rinvenibili nelle relazioni tra i componenti l'organismo familiare per assicurare il miglior sviluppo della personalità dei soggetti coinvolti. Soprattutto se questi sono minori. Afferma, infatti, la Corte, in pronuncia risalente, come l'art. 8 contenga una nozione ampia di famiglia, che va oltre la c.d. "famiglia nucleare".

Il Sig. Keegan, cittadino irlandese intratteneva una relazione amorosa con una giovane donna. Dalla relazione nacque una bambina. Con il ricorso introduttivo il Sig. Keegan lamentava la violazione da parte dello Stato irlandese del suo diritto al rispetto della vita familiare (ex art. 8 della Convenzione) in seguito al fatto che lo Stato convenuto - all'insaputa e senza il consenso del ricorrente - avesse facilitato l'affidamento segreto della propria bambina ad una coppia, in vista di un'adozione.

Nella specie, la relazione tra il sig. Keegan e la madre della bambina durò due anni, di cui uno con coabitazione. Il concepimento della loro figlia risultava una decisione condivisa da entrambi i componenti della coppia, che, tra l'altro, avevano progettato di sposarsi.

Nei propri scritti difensivi lo Stato irlandese sosteneva che la relazione sporadica ed instabile tra il ricorrente e la madre della bambina si era conclusa prima dell'evento nascita. Conseguentemente la situazione che si era venuta a creare non soddisfaceva il livello minimo di serietà, di profondità e di impegno necessario a far ricadere quella relazione nata fuori dal matrimonio nella nozione di vita familiare di cui all'art. 8.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, investita della questione, afferma, invece, che la nozione di «famiglia» contenuta nel suddetto articolo non si limita alle sole relazioni fondate sul matrimonio. Essa può inglobare altri legami "familiari" *de facto*. Di conseguenza un figlio nato da questo tipo di relazioni si inserisce a pieno diritto in una cellula "familiare" in quanto individuo nato ed avente, quindi, la medesima dignità di un figlio legittimo. Esisteva, dunque, tra la figlia ed i genitori del ricorso in esame un legame costitutivo di una vita familiare, anche se all'epoca della sua nascita i genitori già non vivevano più insieme o se la loro relazione era finita.

La Corte ritenne, quindi, di poter affermare che la relazione tra il ricorrente e la madre della bambina era qualificabile come espressione di vita familiare e che pertanto a tale situazione era



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

estendibile la tutela approntata dall'art. 8. Il fatto che il rapporto affettivo della coppia si sia successivamente esaurito, non modifica affatto le conclusioni alle quali è giunta la Corte, la quale utilizza come termine di paragone la condizione di una coppia legalmente sposata e successivamente separata. Una situazione matrimoniale in questi termini è comparabile e paragonabile con la precedente. Conseguentemente alla nascita, e per il solo fatto della stessa, si è realizzato, tra la figlia e il padre/ricorrente un legame costitutivo di vita familiare.

La Corte intende, sotto il profilo giuridico-metodologico, che l'art. 8 sia dotato di un valore intrinseco, atto essenzialmente a premunire l'individuo contro le ingerenze arbitrarie dei pubblici poteri. La suddetta disposizione non si limita a fissare a carico dello Stato obblighi di non fare, ma genera anche un sovrappiù d'obbligazioni positive inerenti un «rispetto» effettivo della vita familiare.

Ogni qualvolta si rinvenga, sulla base delle circostanze di fatto, l'esistenza di un legame familiare tra un genitore e un figlio - anche se nato fuori dal matrimonio - lo Stato deve agire in maniera tale da permettere al suddetto legame di svilupparsi. Esso deve riconoscere agli individui coinvolti nel rapporto una protezione giuridica effettiva, rendendo possibile l'integrazione del figlio nella sua famiglia. Per un genitore e un figlio lo stare insieme realizza, infatti, uno degli aspetti fondamentali che caratterizzano la vita familiare.

A suffragio delle sue affermazioni la Corte richiama quanto disposto dall'art. 7 della Convenzione delle Nazioni Unite del 20 novembre 1989, relativa ai diritti del bambino: il fanciullo ha invero il diritto, nella misura del possibile, di conoscere i suoi genitori e da questi essere allevato. Per un genitore e suo figlio lo stare insieme rappresenta un elemento fondamentale della vita familiare, anche quando la relazione tra i genitori si interrompe.

L'eventualità prevista dal diritto irlandese di procedere all'affidamento in segreto della bambina, in vista della sua adozione, all'insaputa e senza il consenso del padre – creando tra l'altro un legame tra la minore e i suoi potenziali adottanti – costituisce una violazione del diritto al rispetto della vita familiare dell'interessato. Una simile ingerenza non è tollerabile, tranne nei casi in cui (*ex art. 8, comma 2*) questa sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, sia necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui, che nel caso in esame non ricorrevano.

Casi analoghi

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Mikulic c. Croatie, 7 febbraio 2002, n. 53176/99, §§ 54 e 64; *Johansen c. Norvegia*, 7 agosto 1996; *Kroon e altri c. Olanda*, 27 ottobre 1994; *Berrehab c. Pays-Bas* del 21 giugno 1988, serie A n° 138, p. 14, par. 21; *Johnston e altri c. Irlanda* del 18 dicembre 1986, serie A n° 112, p. 25, par. 55); *Rasmussen c. Danemark*, 28 novembre 1984, Serie a, n. 87, p. 13, § 33; *Marckx c. Belgique*, 13 giugno 1979, série A n. 31, p. 15, par. 31.

Profili di diritto interno

Corte Costituzionale, sentenza del 13 novembre 1986, n. 237, sul fatto che le convivenze *more uxorio*, in quanto fondate affezione che le saldano e gli aspetti di solidarietà che ne conseguono, appaiono meritevoli di tutela nel tessuto delle realtà sociali odierne, "purché caratterizzate da un grado accertato di stabilità";

Corte Costituzionale, sentenza del 18 maggio 1989, n. 310, sulla riferibilità dell'art. 2 Cost. anche alle convivenze *more uxorio*; - v. sent. n. 237 del 1986);

Corte di Cassazione, sentenza 17 luglio 2009, n. 16796, in tema stato di abbandono di un minore e presenza di parenti.

Riferimenti bibliografici

A. PALAZZO, *La filiazione*, in A. Cicu e F. Messineo (a cura di), *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Milano, 2007.

M. CARTABIA, *I diritti di azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007.

BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001.

(28.02.2010)



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Sezione: **Situazioni giuridiche soggettive** - Vita privata e familiare - Vita privata e ambiente - *Ambiente e tutela*

Titolo: *Diritto alla protezione dell'ambiente, benessere della persona e godimento del suo domicilio*

Autore: **VALENTINA COLCELLI**

Sentenza di riferimento: Corte Europea dei diritti dell'uomo, Sentenza del 9 dicembre 1994, *López Ostra c. Spagna*, (Requête n°16798/90)

Parametro convenzionale: art. 8

Parole chiave: Ambiente; Vita privata e familiare

L'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, garantendo all'individuo una sfera nella quale egli può perseguire liberamente lo sviluppo ed il completamento della sua personalità, ha finito per ricomprendervi anche il diritto alla protezione dell'ambiente.

Si afferma nel lontano caso *Friedl* che "sarebbe troppo restrittivo limitare la nozione di vita privata ad una cerchia intima nella quale ciascuno può condurre la sua vita personale come crede ed escluderne completamente il mondo esterno" (decisione *Friedl/Austria*, del 31 maggio 1995, in *Racc.*, Serie A, n. 305, § 45).

Si deduce, quindi, che i Giudici di Strasburgo nell'ambito del caleidoscopio dei numerosi e differenti diritti fondamentali ricompresi nell'alveo dell'art. 8 CEDU, hanno offerto tutela ad un importante ed attuale situazione giuridica: il diritto ad un ambiente che rispetti determinate condizioni di vita e di igiene.

Gravi pregiudizi all'ambiente possono, infatti, menomare il benessere di una persona e privarla del godimento del suo stesso domicilio, nuocendo, così, alla sua vita privata e familiare.

L'ambiente è l'oggetto mediato di tutela. Questo viene preso in considerazione in quanto strumento per assicurare il rispetto dei diritti del singolo. Miglior qualità dell'ambiente significa miglior godimento del diritto al rispetto della propria vita privata.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Il riferimento all'art. 8 cit., piuttosto che alla violazione del diritto alla vita di cui all'art. 2 C.E.D.U., garantisce la possibilità di rendere realizzabili interventi sullo stato dell'ambiente prima che questo versi in una condizione di degenerazione tale da mettere in pericolo la salute e la vita dell'individuo.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, in forza dell'interpretazione evolutiva della Convenzione, inquadra in questi termini la problematica della tutela della persona dai rischi provocati dall'inquinamento, individuando nell'art. 8 della Convenzione la norma adatta per conferire rilevanza al diritto di cui trattasi e facendo assurgere l'ambiente come un vero e proprio «valore» della società, che richiede interventi positivi da parte dello Stato per la sua protezione.

In conclusione può osservarsi anche che interpretare la questione ambientale come una violazione dell'art. 8 della Convenzione, piuttosto che sotto il profilo dell'art. 2 (diritto alla vita) o dell'art. 3 (diritto all'integrità fisica), permette di prendere in considerazione fattispecie di inquinamento di entità minore di quelle che potrebbero mettere in pericolo la salute dell'individuo e la sua integrità fisica (cfr., in tal senso, Commissione Europea dei diritti dell'uomo, decisione sulla rilevanza del 29 giugno 1996, ricorso n. 14967/1989, *Guerra ed altre/Italia*: il ricorso veniva introdotto facendo riferimento alla violazione dell'art. 2, ma la Commissione, pur statuendo sulla non ricevibilità per mancato esaurimento delle vie di ricorso interne, ha comunque precisato che: “ (...) *la question pourrait se poser de savoir si plutôt que sous l'angle de l'art 2, la situation dénoncée par les requérantes ne devrait pas être examinée sous l'angle de l'art. 8 de la Convention qui garantit, entre autre, le droit de toute personne au respect de sa vie privée et familiale*”).

Quello che è certo è che l'operazione condotta dalla Corte conferma la tendenza di fare del diritto all'ambiente un diritto implicito ad altri diritti fondamentali. Proteggere l'ambiente significa garantire altri diritti della persona: il diritto alla salute, innanzi tutto, ma non solo. Specularmente, quindi, implementando il contenuto di questi diritti si possono raggiungere anche obiettivi di tutela ambientale.

Il caso oggetto di approfondimento concerne un ricorso proposto dalla sig.ra Gregoria López Ostra – residente, all'epoca dei fatti, a Lorca, comune situato nella comunità spagnola autonoma di Murcia – presentato dinanzi alla Commissione europea dei diritti dell'uomo il 14 maggio 1990, in forza dell'allora vigente art. 25 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Il ricorso è stato successivamente trasferito alla Corte, l'8 dicembre 1993.

La ricorrente lamenta la violazione del proprio diritto al rispetto del domicilio, che rendeva impossibile la sua vita privata e familiare, ex art. 8 della Convenzione. La causa erano odori, rumori e fumi inquinanti provenienti da una stazione di smaltimento di acque e di rifiuti situata a pochi metri dal suo domicilio e prodotti da alcune industrie vicine. La ricorrente reputata violato anche



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

l'art. 3 C.E.D.U. ritenendosi destinataria di un trattamento degradante. La ricorrente imputava la responsabilità della situazione che la stessa e la propria famiglia erano costrette a vivere, alle autorità spagnole che a suo parere avrebbero mantenuto a riguardo un atteggiamento totalmente passivo.

La sig.ra López Ostra afferma che, nonostante la cessazione parziale dell'attività della stazione di smaltimento di rifiuti fissata per il 9 settembre 1988, la suddetta struttura ha continuato ad emettere fumi, rumori ripetitivi e forti odori, che hanno reso insopportabile la sua vita familiare e provocato alla stessa e i suoi parenti seri problemi di salute.

Per contro, il Governo contesta la realtà e la gravità della situazione descritta.

Risulta dal fascicolo che la stazione di smaltimento oggetto di contestazione fu costruita nel luglio 1988 per risolvere un grave problema di inquinamento esistente a Lorca a causa della concentrazione di concerie. Dalla sua entrata in funzione però, questa provocò danni e disturbi di salute a numerosi abitanti.

Certo le Autorità spagnole e specialmente il Comune di Lorca, non erano inizialmente direttamente responsabili delle emissioni di cui si discute. Tuttavia, come segnalato dalla Commissione, la città permise l'installazione della stazione su dei terreni appartenenti al Comune e lo Stato concesse una sovvenzione per la costruzione.

Il Consiglio comunale di Lorca aveva provveduto con celerità a rialloggiare gratuitamente al centro città, e quindi a distanza rispetto all'impianto di smaltimento, durante i mesi di luglio, agosto e settembre 1988 gli abitanti lesi e a chiudere una delle attività della stazione a partire dal 9 settembre. Tuttavia, le Autorità municipali non potevano ignorare i problemi ambientali persistenti anche dopo la chiusura parziale. La permanenza dei suddetti problemi venne confermata il 19 gennaio 1989 dal Rapporto dell'Agenzia regionale per l'ambiente e la natura, successivamente ribadita da perizie effettuate negli anni successivi.

Pur potendo interpretare i fastidi che la ricorrente ed i suoi familiari erano stati costretti a sopportare a causa delle emissioni degli impianti come una violazione dell'art 8, comma 1, della Convenzione, ciò non era sufficiente per stabilire la responsabilità dello Stato convenuto. La Corte, infatti, si è interrogata se nel caso di specie possa ritenersi applicabile il secondo paragrafo della disposizione in esame che qualifica quali ingerenze della pubblica Autorità siano possibili nell'esercizio del diritto per garantire, in una società democratica, «...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 o delle libertà altrui».

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

L'elevata concentrazione industriale nella città di Lorca e la soluzione dei gravi problemi di inquinamento ai quali lo stesso impianto doveva far fronte, potevano giustificare le ingerenze nella vita privata degli abitanti del quartiere circostante. Il ragionamento della Corte nella risoluzione della questione evidenzia che, in base all'art. 8, le Pubbliche Autorità non dovevano solamente rispettare il diritto alla riservatezza della vita privata dell'individuo, ma anche proteggerlo.

Seguendo la sua costante giurisprudenza, la Corte ritiene che nel caso di specie è sufficiente comprendere se – supponendo che il Comune abbia adempiuto agli incarichi ad esso derivanti dal diritto interno – le Autorità nazionali abbiano adottato le misure necessarie per proteggere tanto il diritto della ricorrente al rispetto del suo domicilio quanto il diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, garantiti dall'art. 8 (si veda, tra le altre, la decisione *X e Y c. Pays-Bas* del 26 marzo 1985, serie A n° 91, p. 11, par. 23).

A parere della Corte, sia che si interpreti la questione sotto il profilo di un'obbligazione positiva dello Stato – adottare misure ragionevoli e adeguate per proteggere i diritti dell'individuo in virtù del par. 1 dell'art. 8 – sia sotto quello di un'ingerenza di un'autorità pubblica da giustificare secondo il par. 2 del medesimo articolo, i principi applicabili sono molto simili. In entrambi i casi è necessario aver riguardo al giusto equilibrio da conseguire tra i concorrenti interessi dell'individuo e della società nel suo insieme. Lo Stato gode in ogni ipotesi di un certo margine di discrezionalità. Inoltre, al pari delle obbligazioni positive derivanti dal par. 1, gli obiettivi enumerati al par. 2 possono giocare un ruolo significativo nella ricerca dell'equilibrio voluto (Cfr. *Rees c. Royaume-Uni* del 17 ottobre 1986, serie A n° 106, p. 15, par. 37, nonché *Powell e Rayner c. Royaume-Uni* del 21 febbraio 1990, serie A n° 172, p. 18, par. 41).

Ritengono, inoltre, i Giudici di Strasburgo che non solo le autorità pubbliche non hanno adottato – successivamente alla decisione del 9 settembre 1988 di chiusura parziale dell'attività dell'impianto – alcuna altra misura rilevante al fine di proteggere l'individuo, ma hanno altresì impugnato le decisioni giudiziarie che, adottate in altri procedimenti amministrativi e penali, potevano andare in tale direzione.

Nonostante che il Governo rammenti che le Autorità municipali avevano assunto le spese di locazione di un appartamento al centro di Lorca nel quale la ricorrente e la sua famiglia si erano trasferiti per un periodo limitato di tempo, la Corte ritiene che tale comportamento del Comune non poteva cancellare completamente i disturbi e gli inconvenienti arrecati agli interessati. Questi ultimi, infatti, hanno dovuto subire per più di tre anni i disturbi causati dalla stazione, prima di trasferirsi al centro della città, con gli inconvenienti che ciò ha comportato.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Se la qualità della vita dipende anche dalla qualità dell'ambiente, un esercizio pieno ed effettivo dei diritti che tutelano il benessere di ciascun individuo e della collettività in generale, deve includere indirettamente anche l'esercizio del c.d. "diritto all'ambiente", inteso come garanzia di un giusto equilibrio tra i diritti individuali e le esigenze della società, piuttosto che come semplice diritto all'integrità ambientale.

Casi analoghi

Tatar c. Romania, 27 gennaio 2009, (Requête n° 67021/01); *Friedl/Austria*, del 31 maggio 1995, in *Racc.*, Serie A, n. 305, § 45; Commissione Europea dei diritti dell'uomo, *Guerra ed altre/Italia*, decisione sulla rilevanza del 29 giugno 1996, richiesta n. 14967/1989, in <http://cmiskp.echr.coe.int/>.

Profili di diritto interno

Cass., sentenza del 6 ottobre 79, n. 5172, in *Foro It.*, 1979, I, 2302, per cui la tutela della salubrità dell'ambiente trovava fondamento anche nella necessità di tutelare la vita associata dell'uomo; nonché Cass. n. 421 del 1983, sul fatto che *"la Costituzione consente di ravvisare nell'ambiente un diritto fondamentale con un suo contenuto necessario di informazione, partecipazione e azione per ogni persona; l'ambiente è sede della partecipazione (artt. 2, 3 e 5), ossia il luogo, l'occasione, lo strumento per l'esercizio dei diritti, ma anche dei doveri di solidarietà politica, economica e sociale"*.

Riferimenti bibliografici

N. COLACINO, *La tutela dell'ambiente nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: alcuni elementi della giurisprudenza*, in *Diritto e gestione dell'ambiente*, n. 2/2001;

J.P. COSTA, *Il ragionamento giuridico della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, n. 2/2000;

G. ALPA, *Il diritto soggettivo all'ambiente salubre: "nuovo diritto" o espediente tecnico?*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO (a cura di), *Ambiente e diritto*, Firenze, 1999, p. 43;

M. de SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 1999, p. 112 e ss.

M. de SALVIA, *Ambiente e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, n. 2/1997.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

(28.02.2010)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Sezione: **Situazioni giuridiche soggettive** - Vita privata e familiare - Vita privata e ambiente - *Informazione ambientale*

Titolo: *Diritto all'informazione ambientale: un diritto procedurale come diritto fondamentale*

Autore: **VALENTINA COLCELLI**

Sentenza di riferimento: Corte Europea dei diritti dell'uomo, Sentenza del 27 gennaio 2009, *Tătar c. Romania*, (Requête n 67021/01)

Parametro convenzionale: art. 8

Parole chiave: Informazione ambientale; Vita privata

La Corte europea dei diritti dell'uomo, nonché la Commissione prima di essa, riconosce l'esistenza di un diritto all'informazione ambientale, funzionale alla salvaguardia dell'ambiente. La Commissione nell'ordinanza *Guerra e altri/Italia* (Rapporto di ammissibilità della Commissione del 29 giugno 1999, richiesta n. 14967/89, *Guerra e altri/Italia*), affermava l'esistenza e l'importanza *"dans les domaines interdépendants de la protection de l'environnement et de la santé et du bien-être des individus, revêt désormais l'information du public(...)"*. L'informazione al pubblico permette infatti di ovviare, od anche prevenire, i danni che possono provenire dall'inquinamento. Nella lettura della Corte la riferita prevenzione è salvaguardia del benessere e della salute della persona, protetti dalla Convenzione e soprattutto garantiti dall'art 8 cit. La giurisprudenza, quindi, qualifica connotandolo il contenuto del diritto all'informazione ambientale. La mancata comunicazione alle popolazioni interessate delle informazioni sui rischi legati alle attività industriali pericolose, alle misure di sicurezza adottate, ai piani d'emergenza preparati ed alla procedura da seguire in caso di incidente, comporta violazione dell'art 8 della Convenzione. L'esercizio di questo diritto impone agli Stati la predisposizione di una procedura semplificata e di facile accesso che consenta agli aventi diritto di avvicinarsi alle informazioni necessarie per la propria tutela (Corte europea dei diritti dell'Uomo, sentenza del 9 giugno 1998, *L .C. B/Regno Unito*, in *Racc.*, 1998, III, 84).

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Rendere effettivo il godimento del diritto alla riservatezza della vita familiare e privata attraverso la garanzia del diritto all'informazione costituisce un obbligo attivo a carico dello Stato. La Corte richiama, innanzi tutto, compiti attivi dello Stato volti a preservare la qualità dell'ambiente come necessario presupposto per il suo godimento effettivo. Il diritto all'informazione ambientale è strumentale alla realizzazione del diritto sostanziale all'ambiente salubre, quale necessario prolungamento del diritto garantito dall'articolo 8 C.E.D.U.

Il diritto all'informazione ed alla partecipazione individuale o collettiva a procedimenti amministrativi in questo settore trovano la loro matrice, e la loro funzionalità, proprio nella tutela dell'ambiente. Deve considerarsi, quindi, diritto fondamentale della persona non solo il diritto di accesso ad una informazione ambientale chiara ed esaustiva, ma anche il diritto di ricevere informazioni capaci di mettere in guardia rispetto a pericoli insiti in una attività inquinante. In questi termini il diritto all'informazione ambientale è un diritto fondamentale.

La Corte europea realizza, così, la protezione dell'ambiente dando rilevanza giuridica a diritti procedurali e non sostanziali.

All'origine del caso in oggetto si trova il ricorso (n° 67021/01) di Vasile Gheorghe Tătar e Paul Tătar, padre e figlio, promosso contro la Romania. I due cittadini rumeni hanno adito la Corte europea dei diritti dell'uomo il 17 luglio 2000.

I ricorrenti all'epoca dei fatti risiedevano a Baia Mare, in un quartiere situato in prossimità di uno sfruttamento minerario d'oro gestito dal 1998 dalla società «*Aurul*» Baia Mare S.A.

Invocando l'art. 2 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, i ricorrenti lamentavano che il procedimento tecnologico utilizzato dalla società *Aurul* fosse dannoso. Il procedimento di estrazione mineraria prevedeva l'impiego in grandi vasche di una sostanza – il cianuro di sodio – che a contatto con l'aria produce vapori di acido cianidrico altamente tossici. Denunciavano, inoltre, un atteggiamento passivo delle Autorità rumene di fronte alla situazione, ai numerosi reclami e ricorsi nei quali si evidenziavano i rischi alla salute cui erano stati sottoposti il sig. Vasile Gheorghe Tătar e la sua famiglia. In particolare le condizioni di salute il figlio, malato d'asma, erano peggiorate in seguito all'incidente ecologico del gennaio 2000, durante il quale l'apertura di una falla nell'impianto di trattamento aveva fatto confluire grandi quantità di sostanze tossiche nelle acque circostanti, giungendo fino al Mar Nero.

Due studi di impatto ambientale, uno precedente e l'altro successivo alla catastrofe del 2000, avevano rilevato il superamento delle soglie di inquinamento ammesse a livello mondiale. Inoltre un Rapporto del Programma delle Nazioni Unite per l'ambiente – realizzato nel marzo 2000 sulle conseguenze dell'incidente – descriveva Baia Mare come un territorio inquinato in ragione di un'attività industriale intensa. Il Rapporto riportava anche le conclusioni di uno studio



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

dell'Organizzazione mondiale della sanità che considerava la predetta città come un «punto caldo» per l'inquinamento.

Nello specifico, i Vasile Gheorghe Tătar e Paul Tătar ritengono che le Autorità nazionali – tenute a diffondere le informazioni idonee a permettere loro di valutare i rischi derivanti dal mantenimento del loro domicilio nelle vicinanze della miniera d'oro della società Aurul – avevano, in realtà, assunto a riguardo un atteggiamento passivo. Per le suddette ragioni, secondo la tesi dei sig.ri Tătar, lo Stato rumeno sarebbe responsabile di non aver adottato le precauzioni necessarie per proteggere la salute della popolazione e l'ambiente, obbligazione derivante dal dettato dell'art. 8 della Convenzione. Inoltre, le Autorità rumene non avrebbero garantito, nell'ambito del margine di discrezionalità di cui dispongono in materia, un giusto equilibrio tra l'interesse per il benessere economico della comunità e il godimento effettivo del diritto al rispetto del domicilio e della vita privata e familiare dei ricorrenti medesimi. In tal senso, invocano il caso *López Ostra c. Spagna* (decisione del 9 dicembre 1994, § 51, serie A no 303-C).

Gli interessati richiamano anche la giurisprudenza relativa al caso *Guerra e altre c. Italia* (decisione del 19 febbraio 1998, *Racc.*, 1998-I, p. 223, § 58). In particolare, il primo ricorrente ritiene di non disporre di alcuna possibilità di effettuare un ricorso effettivo contro la decisione con la quale le autorità rumene avevano autorizzato l'attività in questione e contro il funzionamento della miniera.

Il ricorrente afferma inoltre di non aver avuto alcuna informazione ufficiale concernente il grado di danno che il funzionamento dell'attività estrattiva implicava. Peraltro, gli attori del ricorso rimproverano alle autorità rumene una mancanza di vigilanza relativamente alla messa in opera, al funzionamento di questa attività, che era qualificata come dannosa da diversi rapporti ufficiali e studi realizzati ad iniziativa dell'ONU e dell'UE.

Per contro, per quanto riguarda il difetto di informazione, il Governo rumeno sosteneva che la presente controversia appare maggiormente affine al caso *McGinley e Egan c. Regno unito* (decisione del 9 giugno 1998, *Racc.* 1998-III) che al caso *Guerra* precitato. Come nel caso *McGinley*, i ricorrenti non avrebbero effettuato i procedimenti necessari in vista dell'ottenimento di informazioni concernenti i rischi che poteva presentare per la loro salute l'inquinamento prodotto.

In virtù della legge rumena n. 137/1995, questi avrebbero potuto rivolgersi alle autorità amministrative o giudiziarie per lamentare un pregiudizio diretto o indiretto. Avrebbero, inoltre, potuto avvalersi della legge n. 544/2001 concernente l'accesso alle informazioni di interesse pubblico.

Il Governo richiama, altresì, che i ricorrenti non hanno partecipato alle discussioni pubbliche del 24 novembre e 3 dicembre 1999, all'interno delle quali avrebbero potuto esprimere ogni opinione concernente l'autorizzazione all'estrazione della società *Aurul*.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Nelle sue osservazioni preliminari, la Corte ritiene che l'obbligazione positiva di adottare tutte le misure ragionevoli ed adeguate per proteggere i diritti spettanti ai ricorrenti, *ex art. 8*, comma 1, implica innanzitutto per lo Stato il dovere primario di realizzare un quadro legislativo ed amministrativo che miri ad una prevenzione efficace dei danni all'ambiente e alla salute umana (*Budayeva c. Russia*, n° 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 e 15343/02, §§ 129-132, 20 marzo 2008). Nei casi in cui uno Stato deve trattare questioni complesse di politica ambientale ed economica e, nello specifico, allorché si tratti di attività dannose, è altrettanto necessario riservare un posto particolare ad una regolamentazione adatta alle specificità delle attività in gioco e, in particolar modo, ai livelli di rischio che ne potrebbero derivare. Questa obbligazione deve determinare l'autorizzazione, la messa in funzionamento, la gestione, la sicurezza e il controllo dell'attività in questione.

E' necessario sottolineare che il processo decisionale deve, tuttavia, comportare la realizzazione di inchieste e studi appropriati, in modo tale da prevenire e stimare l'avanzamento degli effetti delle attività che possono causare un attacco all'ambiente e ai diritti individuali, in modo tale da permettere di stabilire un giusto equilibrio tra i diversi interessi concorrenti in gioco. In particolare, occorre sottolineare a tal proposito che non vi è alcun dubbio in ordine al diritto di ciascun individuo di accedere alle conclusioni dei suddetti studi ed alle altre informazioni che permettano di valutare i pericoli derivanti dalle attività che hanno un impatto sull'ambiente.

La Corte ritiene che a differenza degli altri casi simili sottoposti alla sua attenzione nel caso di specie, si trova di fronte ad una difficoltà ulteriore, in ragione dell'assenza di qualunque decisione interna o di ogni altro documento ufficiale che indichi in modo sufficientemente chiaro il grado di danno che l'attività della società *Aurul* rappresenta per la salute umana e l'ambiente, stante l'inerzia delle competenti autorità rumene di fronte ai ripetuti reclami e ricorsi proposti dal primo ricorrente. A causa di tali carenze, la Corte, prendendo in considerazione le conclusioni dei Rapporti ufficiali e degli studi di impatto ambientale su menzionati, ritiene che l'inquinamento generato dall'attività incriminata può causare un deterioramento della qualità della vita degli abitanti e, in particolare, ledere il benessere dei ricorrenti e privarli del godimento del loro domicilio in modo tale da danneggiare la loro vita privata e familiare *ex art. 8*.

Analizzando le conclusioni della Corte si evince che i ricorrenti non sono riusciti a provare il nesso causale tra l'esposizione al cianuro di sodio e l'aggravamento della patologia asmatica del secondo ricorrente, stante l'incertezza scientifica e la pluralità di cause generative delle malattie respiratorie. Tuttavia – basandosi sugli studi di impatto ambientale effettuati – la Corte rileva che il territorio di residenza dei ricorrenti era già un luogo molto inquinato in ragione dell'incidente ecologico del



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

gennaio 2000 e di un'attività industriale intensa, specificamente nell'ambito minerario; conseguentemente, ritiene sussistente l'esistenza di un rischio serio e sostanziale per la salute e per il benessere dei ricorrenti che faceva ricadere sullo Stato un'obbligazione positiva di adottare delle misure ragionevoli e adeguate capaci di proteggere i diritti degli interessati al rispetto della loro vita privata e del loro domicilio e, più in generale, al godimento di un ambiente sano e protetto.

La Corte conclude affermando che le Autorità rumene hanno fallito nell'adempimento della loro obbligazione di valutare preliminarmente in modo soddisfacente gli eventuali rischi dell'attività in questione e di adottare misure adeguate capaci di proteggere il diritto degli interessati al rispetto della loro vita privata e del loro domicilio e, più in generale, al godimento di un ambiente salubre e protetto.

Nel quadro delle obbligazioni positive derivanti dall'art. 8 della Convenzione, la Corte sottolinea l'importanza del diritto del pubblico all'informazione, come consacrato dalla sua giurisprudenza.

La Corte afferma che l'accesso all'informazione, la partecipazione del pubblico al processo decisionale e l'accesso alla giustizia in materia ambientale sono consacrati, a livello internazionale, dalla Convenzione d'Aarhus del 25 giugno 1998, ratificata dalla Romania il 22 maggio 2000, così come la Risoluzione n° 1430/2005 dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa sui rischi industriali rafforza, tra gli altri, il dovere per gli Stati membri di migliorare la diffusione di informazioni in tale ambito.

Precedenti:

Commissione Europea dei diritti dell'uomo, *Guerra ed altre/Italia*, decisione sulla rilevanza del 29 giugno 1996, richiesta n. 14967/1989, in <http://cmiskp.echr.coe.int/>; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Guerra ed altre/Italia*, 19 febbraio 1998, *Racc.*, 1998-I, p. 223; *L.C. B/Regno Unito*, 9 giugno 1998, 14/1997/798/1001, in *Racc.*, 1998, III, 84.

Profili di diritto interno:

Recentemente TAR Calabria-Reggio Calabria, sentenza 20.05.2009 n. 343, sul significato di diritto all'accesso dell'informazione ambientale e applicazione del d.lgs. n. 195/2005 attuativo della direttiva 2003/4/CE sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale, nonché TAR Genova, I, 27 ottobre 2007 n. 1870.

Riferimenti bibliografici:

B, MAUER LIBORI, *Il diritto all'informazione ambientale in Europa*, in *Diritto e gestione dell'ambiente*, n. 3/2001, p. 35;

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

N. COLACINO, *La tutela dell'ambiente nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: alcuni elementi della giurisprudenza*, in *Diritto e gestione dell'ambiente*, n. 2/2001.

M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2001.

(28.02.2010)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Sezione: **Situazioni giuridiche soggettive - Bene e proprietà - Credito**

Titolo: *Art. 1 Prot. 1 C.E.D.U. e credito d'imposta. Il credito come bene*

Autore: **VALENTINA COLCELLI**

Sentenza di riferimento: Corte Europea dei diritti dell'uomo, Sentenza del 3 luglio 2003, *Buffalo Srl in liquidazione c. Italia*, (Requête n° 38746/97)

Parametro convenzionale: art. 1, Protocollo Addizionale n. 1

Parole chiave: Diritto di proprietà; Credito d'imposta

Nella previsione dell'articolo 1 del prot. 1 C.E.D.U., la Corte di Strasburgo fa rientrare la titolarità di qualunque diritto di natura patrimoniale. Vi è, invero, una innegabile tendenza della giurisprudenza in esame a realizzare una crescente dilatazione del contenuto dell'articolo 1 cit., che ha trovato così applicazione rispetto a numerose fattispecie.

Sono così beni ai sensi dell'art. 1 prot. 1 C.E.D.U. anche i diritti soggettivi relativi a crediti d'imposta. Il riferimento è il caso in esame, *Buffalo Srl/Italia*. Perno dell'interpretazione dei Giudici di Strasburgo è la tempistica delle operazioni di rimborso fiscale che, nel caso erano iniziate con ritardo ed al momento della presentazione del ricorso non ancora terminate. Per tale ragione la società ricorrente è stata costretta a contrarre debiti con tassi di interesse superiori a quelli che lo Stato italiano avrebbe restituito al momento del rimborso dei crediti d'imposta; in questi termini da parte dell'autorità dello Stato si è compreso il diritto al rispetto dei «beni» garantito dall'art. 1 del Primo Protocollo Addizionale alla Convenzione.

Seguendo la stessa logica, anche il credito derivante da un risarcimento del danno, per la Corte costituisce un valore patrimoniale che come tale riveste il carattere di bene. I crediti, dunque, purché siano sufficientemente provati ai fini della loro esigibilità sono beni tutelabili ai sensi dell'art. 1 cit.. Sono tali, quindi, anche le somme accordate con una sentenza arbitrale purché abbia i caratteri della definitività ed obbligatorietà (Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 9 dicembre 1994, *Raffinerie greche Stran e Stratis Andreadis/Grecia*, in *Racc.*, 1994, 301-B). Il reddito futuro, poi, può essere considerato bene se è stato già guadagnato o se è comunque oggetto di un credito sicuro.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

La nozione di proprietà contenuta nella prima frase del primo comma dell'art. 1, Protocollo n° 1, pertanto, attraverso l'opera adeguatrice dei Giudici di Strasburgo, sta progressivamente acquistando la dignità una nozione autonoma, riducendo il margine di apprezzamento lasciato agli Stati sulla portata del diritto di proprietà e comprendendo una serie di fattispecie sempre più numerose e disparate.

Il 24 giugno 1997, in forza dell'allora vigente art. 25 della Convenzione EDU la società italiana Buffalo Srl, già in liquidazione, aveva promosso ricorso innanzi alla Commissione europea dei diritti dell'uomo. Essa denunciava ritardi da parte dell'amministrazione delle finanze della Repubblica Italiana nel rimborso dei crediti d'imposta dei quali era titolare. Il periodo di riferimento era il 1985-1992, la Buffalo Srl, sosteneva il proprio ricorso affermando che i ritardi di rimborso costituivano una violazione del suo diritto al rispetto dei beni, assicurato dall'articolo 1 del Protocollo n° 1.

Il ricorso è stato trasmesso alla Corte il 1° novembre 1998, data dell'entrata in vigore del protocollo n° 11 della Convenzione.

La società ricorrente dalla 19 dicembre 1994 risultava iscritta nel registro delle società in liquidazione volontaria, in ragione della cessazione della propria attività.

Il regime fiscale italiano dell'impresa prevede che per i propri redditi le società versino allo Stato acconti sulle imposte loro dovute. Al momento della presentazione annuale della dichiarazione dei redditi, il contribuente così determinerà l'ammontare imponibile dei redditi effettivi dell'anno precedente. Può accadere che le somme prelevate dall'amministrazione a titolo di acconto siano superiori all'ammontare dell'imposta dovuta e che il contribuente divenga così titolare di un credito d'imposta verso lo Stato. Nel caso di credito d'imposta sul reddito, l'amministrazione procede d'ufficio al rimborso del credito. La dichiarazione dei redditi vale, infatti, come domanda di rimborso. Al contrario presso l'amministrazione fiscale, deve essere presentata un'apposita domanda quando il rimborso concerne un ammontare indebitamente pagato dal contribuente e di cui questi desidera la restituzione. L'amministrazione per procedere ai rimborsi, forma una lista dei contribuenti che ne hanno diritto, verifica l'ammontare da rimborsare e procede all'emissione dei mandati di pagamento informando gli interessati. L'interessato viene a conoscenza che il rimborso è imminente solo in seguito alla comunicazione dell'amministrazione. E' in questo momento questi conosce l'esatto ammontare della cifra che dovrà incassare. Può verificarsi, invero, che in ragione di un errore di calcolo da parte dell'interessato, si registri una diversità tra la somma a cui questi credeva di aver diritto e quella che, invece, gli viene riconosciuta.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Il ritardo dell'amministrazione nel pagamento dei crediti d'imposta comunicati, per la Buffalo Srl costituisce violazione dell'art. 1, del Protocollo Addizionale n° 1. In ragione del ritardo nel pagamento dei rimborsi comunicati, la ricorrente era stata costretta a ricorrere a finanziamenti bancari a tassi di interesse superiore rispetto a quelli che lo Stato italiano avrebbe riconosciuto al momento del rimborso dei crediti d'imposta. Le circostanze in cui si sono svolti i fatti avrebbero reso la ricorrente titolare di un interesse sostanziale protetto dalla disposizione citata.

In seguito al ricevimento da parte dell'amministrazione fiscale della dichiarazione dei redditi e fino al momento in cui il rimborso è effettuato, la società ricorrente sarebbe stata titolare di un interesse patrimoniale riconosciuto nel diritto italiano, anche se in determinate condizioni modificabile. L'interesse della ricorrente sarebbe qualificabile, pertanto, come un «bene», ai sensi dell'art. 1 del Primo Protocollo Addizionale (cfr. caso *Beyeler c. Italia*, [GC], n. 33202/96, § 105 CEDU 2000-I; *Dangeville c. Francia*, n° 36677/97, § 48, 16 aprile 2002).

I Giudici di Strasburgo rilevano come il ritardo nei rimborsi realizzi un'ingerenza nel diritto al rispetto dei beni della società ricorrente, rilevante, in termini generali, sotto il profilo del rispetto dei beni (ai sensi primo precetto dell'art. 1 Prot. 1 CEDU) e, nel caso specifico, anche in termini di privazione della proprietà (come previsto dal secondo precetto dell'articolo C.E.D.U. richiamato). La Corte ricorda, infatti, che la disposizione di cui all'art. 1 del Protocollo n° 1, applicabile alla fattispecie, contiene in sé tre norme distinte: la prima, di carattere generale, definisce il principio del rispetto della proprietà; la seconda, riguarda la possibilità per lo Stato di privare della proprietà solo a determinate condizioni; la terza, riconosce agli Stati contraenti il potere, tra gli altri, di regolamentare l'uso dei beni conformemente all'interesse generale.

Nel rispetto della prima parte della norma in esame, la Corte ha valutato se, nel caso sottoposto, fosse stato garantito un giusto equilibrio tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e gli imperativi della salvaguardia dei diritti fondamentali degli individui (vedere *Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão e altri*, precitata, § 49; *Sporrong et Lönnroth*, precitata, § 69). Ha ritenuto che l'obbligazione finanziaria nata dal prelievo d'imposta o dalle contribuzioni, possa ledere la garanzia dell'art. 1 cit. qualora imponga al contribuente un carico eccessivo o comporti una lesione alla sua situazione finanziaria (vedere *Ferretti c. Italia*, n° 25083/94, decisione della Commissione del 26 febbraio 1997, non pubblicata). Se ciò si verifica significa allora che il «giusto equilibrio» tra l'interesse generale e la salvaguardia dei diritti fondamentali degli individui non è stato rispettato.

Nel caso specifico, gli interessi pagati dall'amministrazione finanziaria sono insufficienti e non compensano il ritardo notevole con cui è avvenuto il pagamento dei crediti d'imposta. L'indisponibilità per un lungo periodo delle somme attese come rimborso ha costretto la società a finanziarsi attraverso la sottoscrizione di prestiti o di contratti di *factoring*. In questi termini la



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Buffalo Srl ha dovuto sopportare spese che non possono essere compensate dagli interessi applicati dall'amministrazione sulle somme rimborsate.

Tra l'altro la ricorrente, nelle more dei pagamenti e per far fronte alla sua situazione finanziaria, ha ceduto una parte dei crediti in contestazione ad una società di *factoring*. Tale fatto ha anche aggravato la situazione della stessa società in quanto i ritardi nel rimborso dei crediti hanno dilazionato le operazioni di liquidazione, essendo la ricorrente anche responsabile verso la società di *factoring* del rimborso dei finanziamenti ottenuti. La società Buffalo Srl è stata così costretta ad attendere di concludere le operazioni di liquidazione fino all'incasso dell'ultimo credito.

In ragione dell'importanza delle somme in contestazione, la Corte ha valutato che l'impossibilità prolungata nel tempo di disporre di queste somme ha avuto un notevole e sicuro impatto sulla situazione finanziaria della Buffalo Srl. Un ritardo eccessivamente e irragionevolmente lungo nel pagamento di un credito ha come conseguenza l'aggravamento della eventuale perdita finanziaria del creditore e pone quest'ultimo in una situazione di incertezza senza possibilità di rimedio alcuno. La lesione arrecata ai «beni» della ricorrente nel caso di specie ha un carattere sproporzionato. Afferma la Corte come l'impatto finanziario derivato dall'attesa dei rimborsi (unito all'inesistenza di ricorsi efficaci, in quanto capaci di porre rimedio alla durata dell'attesa e all'incertezza del momento della liquidazione dei crediti) ha spezzato il giusto equilibrio che deve esistere tra le esigenze dell'interesse generale della comunità ed il dovere di salvaguardare i diritti fondamentali dell'individuo, come quello del rispetto dei suoi beni.

Il comportamento dell'amministrazione delle finanze italiana ha violato, pertanto, l'art. 1 del Primo Protocollo Addizionale.

La Corte, infine, però si è riservata sulla questione relativa all'applicazione dell'art. 41 della Convenzione, non ritenendo matura per la decisione ed invitando il Governo e la ricorrente a sottoporle a riguardo e per iscritto le loro osservazioni.

Con decisione del 22 luglio 2004, la Corte ha quindi proceduto a riconoscere alla società Buffalo Srl, un equo indennizzo per i fatti di cui in narrativa, sul presupposto che l'impossibilità prolungata di disporre delle somme oggetto del credito d'imposta e il trascorrere del tempo sono stati cagione di un pregiudizio materiale meritevole di risarcimento.

Precedenti:

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 3 luglio 1997, *Pressos Compania naviera S.A. ed altri/Belgio*, in *Racc.*, 1997, 1292; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 9 dicembre 1994, *Raffinerie greche Stran e Stratis Andreadis/Grecia*, in *Racc.*, 1994, 301-B; Corte europea dei



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

diritti dell'uomo, sentenza del [5 gennaio 2000](#), *Beyeler /Italia*, in *Rep.*, 2000, I, par. 100-101-102; Commissione, D 198119/92, *Størksen/Norvegia*, in *Dec. Rep.*, 1992, 78 B, 88.

Profili di diritto interno:

Corte Cost., 31 luglio 2007, n. 330, in tema di rimborso di credito d'imposta.

Riferimenti bibliografici:

M. DI STEFANO, *Il mancato o ritardato rimborso delle imposte costituisce violazione dei diritti umani*, in *Fisco*, 2003, 36, p. 5597 e ss..

M.L. PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2003, p. 1 e ss.

(24.02.2010)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Sezione: **Situazioni giuridiche soggettive - Beni e proprietà – Reddito**

Titolo: *Reddito futuro e diritto di proprietà*

Autore: **VALENTINA COLCELLI**

Sentenza di riferimento: Corte Europea dei diritti dell'uomo, Prima Sezione, Sentenza del 19 giugno 2008, *Ichtigiaroglou c. Grecia*, (Requête n° 12045/06)

Parametro convenzionale: art. 1, Protocollo Addizionale n. 1

Parole chiave: Diritto di proprietà; Reddito futuro

Si può affermare sulla scorta della giurisprudenza C.E.D.U. come la lettura offerta della nozione di bene, rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 1 prot. C.E.D.U., sia molto vicina a quella elaborata nei sistemi di *common law* relativamente alla nozione di *law of property*. Questo concetto nella tradizione anglosassone si estende oltre i riferimenti tradizionali del concetto *continentale* di proprietà e di quello di diritto reale. Non esiste una corrispondenza tra la nozione di proprietà dei sistemi di *civil law* e quello di *property*. Quest'ultimo comprende, infatti, anche situazioni di vantaggio a favore dei singoli che nei sistemi continentali sono qualificate come obbligazioni. Rientra, per esempio, nella nozione di *property* un credito liquido ed esigibile, e queste caratteristiche permettono di agire in un'azione recuperatoria o risarcitoria. Appartengono però alla nozione di *property* anche il *copyright*, il brevetto (*patent*), nonché situazioni giuridiche soggettive di vantaggio che trovano origine nei rapporti contrattuali quali, come detto, crediti liquidi, avviamento commerciale, *know-how*, ma anche contratti che possono essere ceduti.

La sentenza in esame è un'ulteriore dimostrazione di come la Corte operi nel senso sopra indicato. Nella fattispecie i Giudici di Strasburgo hanno qualificato anche l'attesa di un reddito futuro, un interesse patrimoniale garantito dall'art. 1 Prot.1 C.E.D.U. Ad ulteriore conferma di come ad opera della Corte siano state ricomprese, nella qualificazione di bene, indifferentemente posizioni giuridiche soggettive identificabili talvolta con diritti pieni, altre volte con semplici interessi, muovendosi verso una qualificazione delle proprie fattispecie in tema di proprietà sempre più assimilabile alla qualificazione di *property*. E' palese, quindi, come il campo di applicazione

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

dell'articolo citato sia veramente esteso, includendo qualsiasi misura che interferisca con una situazione giuridica il cui contenuto sia patrimoniale.

La sig.ra Olga Ichtigiaroglou, cittadina greca, ricorre alla Corte di Strasburgo il 20 marzo 2006. La ricorrente aveva lavorato dal 1950 al 1965 a Istanbul come dipendente del settore privato, successivamente si era stabilita in Grecia, Tessalonica.

In data 29 giugno 1981 la ricorrente avanzava apposita richiesta all'Organismo di sicurezza sociale (IKA) greco per il riconoscimento della titolarità della pensione di anzianità che comprendesse anche, dietro pagamento del dovuto riscatto, il riconoscimento delle annualità di assicurazione versate durante il periodo svolto in Turchia. La richiesta veniva respinta. Motivava l'ente interessato, secondo quanto previsto dalla legge, che la richiesta era stata presentata in ritardo, ossia decorso l'anno dalla data in cui la sig.ra Olga Ichtigiaroglou si era stabilita definitivamente in Grecia. L'interessata presentava ricorso al Consiglio di Stato, che però confermava con decisione n° 2377/1985 il provvedimento dell'IKA.

Pochi anni dopo, il legislatore ellenico abrogò, con legge n° 2079/1992, il suddetto termine di un anno previsto dalla legge. Gli interessati, tra cui la ricorrente, poterono allora proporre nuove istanze all'IKA. Con provvedimento l'IKA decretò che la novella legislativa riguardava solo i greci residenti in Turchia all'epoca dell'entrata in vigore della nuova normativa. Era esclusa, pertanto, l'applicazione della legge a coloro i quali si erano già stabiliti in Grecia e le cui domande erano già state rigettate. Nel 8 febbraio 1994 interviene un'ulteriore novella legislativa per cui solo le persone residenti in maniera permanente in Turchia potevano beneficiare della soppressione del termine e presentare conseguentemente richiesta all'IKA.

La Corte amministrativa d'appello di Tessalonica riconosce alla ricorrente l'applicabilità, nei suoi riguardi, della disposizione che aveva soppresso il termine previsto per il deposito della richiesta presso l'IKA. Affermava, infatti, la Corte che la norma non riguardasse solo le persone residenti in Turchia, ma anche coloro i quali si erano stabiliti definitivamente in Grecia. In ragione della riferita pronuncia, la sig.ra Olga Ichtigiaroglou il 7 dicembre 2000 si vide riconoscere dal Comitato locale dell'IKA le annualità di assicurazione da lei versate in Turchia, nonché, riscattandola, la titolarità di una pensione con effetto retroattivo a partire dal 24 giugno 1999. Il Consiglio di Stato decisione n° 370/2005 non conferma però la decisione di primo grado.

Nel 2007 pertanto, l'IKA revoca i provvedimenti che avevano riconosciuto il diritto alla pensione, ed intima alla ricorrente di versare le somme che aveva percepito a titolo di pensione dal 24 giugno 1999 a luglio 2007, maggiorate degli interessi, per un ammontare di 48 495,04 euro.

Davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo, la sig.ra Ichtigiaroglou lamentava la violazione ad opera dello Stato greco del diritto al rispetto dei suoi beni, ex art. 1 del Prot. n° 1.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Il Governo contenuto, costituendosi, richiamava la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, per cui l'art. 1 del Protocollo n° 1 tutela solo beni «attuali». Discenderebbe da tale lettura che la disposizione richiamata non sia applicabile alla situazione giuridica della ricorrente. Quest'ultima, infatti, non disponeva di un «bene» che poteva definirsi tale ai sensi dell'art. 1 del Protocollo n° 1. In oltre il Governo sosteneva che, ai sensi della legge n° 2079/1992 come modificata dalla legge n° 2187/1994, la ricorrente non era in possesso dei requisiti previsti dalla legge e pertanto non aveva alcun diritto di ottenere la convalida delle annualità di assicurazione versate in Turchia. Ciò era stato, del resto, confermato dalla decisione del Consiglio di Stato.

La ricorrente sosteneva, al contrario, come prima dell'adozione della legge n° 2187/1994, l'art. 23 della legge n° 2079/1992 costituisse una base legale sufficiente e solida per il riconoscimento del diritto alla pensione di anzianità mediante la convalida delle annualità di assicurazione versate in Turchia. Le giurisdizioni amministrative di merito avevano confermato tale dato.

Tra l'altro lo stesso orientamento era stato seguito fino al 2004 dallo stesso Consiglio di Stato. Fino a fino a tale data, le giurisdizioni amministrative di merito avevano accolto le domande degli interessati e rifiutato di applicare retroattivamente la legge n° 2187/1994. In ragione della formulazione dell'art. 23 della legge n° 2079/1992 e la giurisprudenza delle giurisdizioni amministrative, la ricorrente riteneva di avere un'«aspettativa legittima» di vedersi riconosciuti i suoi diritti, quale persona titolare di un «bene» ai sensi dell'art. 1 del Protocollo n° 1. L'applicazione retroattiva della legge n° 2187/1994 aveva vanificato il suo diritto di continuare a percepire, per il futuro, la pensione di anzianità. Il potere legislativo aveva posto in essere una vera e propria ingerenza nei suoi beni, realizzando una palese rottura dell'equilibrio richiesto tra le esigenze dell'interesse generale e la tutela del suo diritto al rispetto dei suoi beni.

Anche nella sentenza in esame, come in molte altre, emerge come i Giudici della Corte europea dei diritti dell'uomo attribuiscono alla nozione di «bene» una portata autonoma che non si limita alla proprietà di beni corporali e che soprattutto è indipendente rispetto alle qualificazioni formali del diritto interno. In ogni caso sottoposto all'attenzione dei Giudici di Strasburgo si esamina, infatti, se le circostanze, considerate nel loro insieme, hanno reso il ricorrente titolare di un interesse sostanziale protetto dalla norma in commento (cfr., *Broniowski c. Polonia* [GC], n° 31443/96, § 129, CEDH 2004-V; *Iatridis c. Grecia*[GC], n° 31107/96, § 54, CEDH 1999-II e *Beyeler c. Italia* [GC], n° 33202/96, § 100, CEDH-2000-I).

Già la Commissione in una precedente e lontana pronuncia, aveva affermato che le tutele dell'art. 1 del Protocollo n° 1 non si riferiscano solo ai beni attuali. Qualora il guadagno è stato già acquisito o fatto oggetto di un credito certo ed esigibile, un reddito futuro può essere qualificato come un



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

«bene» ai sensi dell'articolo in esame (cfr., Commissione europea dei diritti dell'uomo, *Storksen c. Norvegia*, decisione del 5 luglio 1994 sulla ricevibilità del ricorso, in *Dec. Rep.*, 1992, 78 B, 88, si veda anche *F.L. c. Italia*, 20 dicembre 2001, in www.echr.coe.int/echr). La nozione di «bene» comprende, quindi sia i «beni effettivi» che i valori patrimoniali, inclusi i crediti, in ragione dei quali il ricorrente può pretendere di avere almeno una aspettativa che possa dirsi legittima di ottenere l'effettivo godimento di un diritto di proprietà. La mera speranza di vedere riconosciuto un diritto di proprietà - che si è però nell'impossibilità di esercitare effettivamente - non è un «bene» ai sensi dell'art. 1 del Protocollo n° 1, come può essere un credito condizionato che si estingue in ragione del mancato avverarsi della condizione (*Hans-Adam II e Gratzinger e Gratzingerova c. Repubblica Ceca*, n°31227/96, § 20, 19 ottobre 2000; *Kopecky c. Slovacchia*, n° 444192/98). Si può ipotizzare che un interessato disponga di un'aspettativa legittima qualora il suo interesse presenta una base sufficiente nel diritto interno, come nel caso in cui sia confermato da una consolidata giurisprudenza dei tribunali (*Anheuser-Busch Inc. c. Portugal* [GC], n° 73049/01, § 65, CEDH 2007). La Corte può infatti ricorrere al diritto interno in vigore al momento della lamentata ingerenza per verificare l'esistenza di un bene.

Nel caso oggetto del ricorso, dopo la riforma della legge avvenuta nel 1992, la ricorrente ha per la prima volta avanzato richiesta di pensione di anzianità all'IKA il 25 febbraio 1993. In tale data, a parere della Corte, la sig. Ichtigiaroglou, conformemente all'art. 23 della legge n° 2079/1992, era titolare di un credito che avrebbe potuto vedersi concretizzato. Si assume pertanto, in ragione dei precedenti giurisprudenziali a riguardo, che le giurisdizioni amministrative greche continuavano ad applicare le disposizioni del 1992 nonostante l'entrata in vigore della legge n° 2187/1994, alla quale tra l'altro non riconoscevano un effetto retroattivo. Solo molti anni più tardi, nel 2004, il Consiglio di Stato ha per la prima applicato la legislazione oggetto di contestazione, riconoscendone il carattere retroattivo. A quella data la sig.ra Ichtigiaroglou aveva presentato da circa dieci anni la domanda di pensionamento all'IKA. Rileva la Corte, che in ragione della ricostruzione cronologica, la sig. Ichtigiaroglou fosse stata titolare per più di dieci anni - ossia fino alla pronuncia del Consiglio di Stato, la più alta giurisdizione amministrativa interna - di un «bene» tutelato dell'art. 1 del Protocollo n° 1 della Convenzione (parte prima) e che quindi nel caso di specie trova applicazione.

Altra questione è invece, per i Giudici di Strasburgo sapere se la sospensione del diritto di percepire una pensione di anzianità, che costituiva per la ricorrente un reddito futuro, costituiva una violazione del suo diritto al rispetto dei suoi beni.

Nel caso di specie, la Corte ritiene che la ricorrente aveva avanzato la domanda di pensione. La Ichtigiaroglou quindi era stata riconosciuta titolare della pensione con il riscatto delle annualità versate in Turchia, da due pronunce giudiziarie, in primo grado e secondo grado, nonostante



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

l'adozione della legge n° 2187/1994. Inoltre dal 24 giugno 1999 la sig.ra Ichtigiaroglou aveva iniziato a percepire la pensione.

Undici anni più tardi il Consiglio di Stato (decisione n° 370/2005) aveva rovesciato le decisioni precedenti stabilendo che la ricorrente non aveva alcun diritto di percepire la pensione, perché la legge n° 2187/1994 era retroattiva.

La Corte naturalmente riconosce che non è vietato al potere legislativo di regolamentare, mediante nuove disposizioni, i diritti derivanti da legge anteriore (cfr., *Papageorgiou c. Grecia*, decisione del 22 ottobre 1997, *Racc.*, 1997-VI, p. 2288, § 37). In ogni caso queste tipologie d'interventi legislativi devono essere giustificati da motivi di interesse generale, con riguardo al principio della preminenza del diritto. Nel caso in esame, pur esprimendo dubbi sulla conformità dell'art. 9 della legge n° 2187/1994 con i principi richiamati, i Giudici di Strasburgo rilevano che l'adozione della legge richiamata non abbia di per se privato la ricorrente del «valore patrimoniale» preesistente alla sua entrata in vigore, e facente parte dei suoi «beni». Ciò è tanto più vero se si tiene conto che le giurisdizioni amministrative di merito hanno, per lungo tempo, rifiutato di riconoscere alla novella legislativa un effetto retroattivo. E' invece l'applicazione retroattiva fatta dal Consiglio di Stato dell'art. 9 della legge n° 2187/1994 che, a parere della Corte, rompe il giusto equilibrio richiesto tra le esigenze dell'interesse generale della comunità ed il rispetto dei beni della ricorrente. Con anni di ritardo rispetto alla domanda di pensione della ricorrente l'intervento del Consiglio di Stato ha semplicemente soppresso il diritto della stessa di ottenere la pensione. La sig. Ichtigiaroglou era però titolare di questo diritto/bene sin dal 25 febbraio 1993. Ella, pertanto, è stata privata di un «valore patrimoniale» acquisito, subendo anche un intervento sproporzionato consistente nella restituzione delle somme percepite in buona fede a titolo di pensione.

Per la Corte, pertanto, le autorità e le giurisdizioni amministrative greche hanno, con il loro comportamento, posto in essere una violazione dell'art. 1 del Protocollo n° 1.

Casi analoghi:

Corte europea dei diritti dell'uomo, *Beyazgul c. Turchia*, 22 settembre 2009, in www.echr.coe.int/echr, *F.L. c. Italia*, 20 dicembre 2001, in [ivi](#); *Mazurek c. Francia*, 1 febbraio 2000, in *Racc.*, 2000, II, 4; Commissione europea dei diritti dell'uomo, *Størksen c. Norvegia*, decisione del 5 luglio 1994 sulla ricevibilità del ricorso, in *Dec. Rep.*, 1992, 78 B, 88.

Profili di diritto interno:

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

TAR Veneto, Venezia, Sezione III, Sentenza n. 1534 del 21 maggio 2008, sulla qualificazione del reddito futuro ai fini del rinnovo del permesso di soggiorno; Corte Costituzionale, sentenza del 24 ottobre 1995 n. 445, sulla determinazione dei parametri di qualificazione anche del reddito futuro.

Riferimenti bibliografici:

A. CANDIAN, A. GAMBARO, B. POZZO, *Property - Propriété - Eigentum*, Corso di diritto privato comparato, Padova, 1992, p. 43 ss.

M.L. PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2003, p. 1 e ss.

(24.02.2010)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Sezione: **Situazioni giuridiche soggettive** - Beni e proprietà – *Goodwill*

Titolo: *La clientela come valore patrimoniale e la sua tutela attraverso la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*

Autore: VALENTINA COLCELLI

Sentenza di riferimento: Corte europea dei diritti dell'uomo, Assemblea plenaria, Sentenza del 26 giugno 1986, *Van Marle e altri c. Paesi Bassi*, (Requêtes n° 8543/79; 8674/79; 8675/79; 8685/79)

Parametro convenzionale: art. 1, Protocollo Addizionale n. 1

Parole chiave: Diritto di proprietà; *goodwill*

La nozione di proprietà contenuta nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo si contraddistingue innegabilmente per aver una caratterizzazione più ampia rispetto ai tradizionali schemi presenti negli ordinamenti interni, almeno per quelli definibili di *civil law*. Nella nozione di bene posta alla base dell'art. 1 Prot. 1 C.E.D.U. sono invero tutelate situazioni giuridiche che comunemente vengono ricondotte alla proprietà quale diritto assoluto. Il riferimento è al diritto di proprietà su beni immobili e mobili, ai diritti reali, ma accanto a quest'ultimi trovano garanzia la proprietà intellettuale e soprattutto le così dette *new properties*. Tale ultimo dato, tra l'altro, pone la giurisprudenza C.E.D.U. in linea con quella comunitaria e la legislazione dell'Unione europea in tema di beni immateriali.

In realtà, però, attraverso l'interpretazione dinamica delle norme della Convenzione, l'operazione che compie la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo tende a modellare il significato di diritto di proprietà, mediante la sua identificazione con la nozione di «bene». I Giudici di Strasburgo nel tempo non hanno realizzato alcun tentativo di disegnare una nozione generale di proprietà che si fondi sul carattere dell'appartenenza. Essi rivolgono la propria attenzione sull'oggetto del rapporto di appartenenza. In questi termini ben si comprende perché in alcune sentenze C.E.D.U. relative all'art. 1 cit., il concetto di bene assuma una funzione equivalente a quella di diritto di proprietà. Per



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

questa via, nel tempo, hanno fatto ingresso nella fattispecie in esame situazioni giuridiche lontane dalla nozione di proprietà in senso stretto.

La giurisprudenza C.E.D.U. attraverso l'art. 1 cit. ha così riconosciuto quale bene anche la clientela di uno studio professionale. Il c.d diritto al *goodwill* è assimilato al diritto di proprietà in quanto, secondo il ragionamento dei giudici di Strasburgo, grazie al lavoro, gli interessati sono riusciti a crearsi una clientela che come tale ha un valore patrimoniale. Esso costituisce pertanto un bene al quale garantire le tutele assicurate alla proprietà dalla disposizione richiamata. La sentenza in esame ricostruisce, quindi, il percorso logico che realizzano i Giudici di Strasburgo nel compiere l'assimilazione del *goodwill* a quello di bene giuridico meritevole di tutela ex art. 1 Prot. 1 CEDU. Attraverso la logica spiegata dalla Corte, si è offerta garanzia anche all'avviamento commerciale. La Corte fa rientrare l'avviamento commerciale nella tutela del diritto di proprietà, con riferimento alla sola prima parte della norma menzionata e cioè relativamente al rispetto del pacifico godimento dei beni senza ingerenze arbitrarie di terzi (caso *Iatridis/Grecia*).

Il 12 ottobre 1984 la Corte europea dei diritti dell'uomo riceve i ricorsi dei signori, cittadini olandesi, Germen van Marle, Johannes Petrus van Zomeren, Johannes Flantua e Roelof Hendrik de Bruijn. Nel 1979 essi avevano adito la Commissione europea dei Diritti dell'Uomo, in forza dell'allora vigente art. 25 della Convenzione, lamentando di essere stati vittime della violazione dell'art. 1 del Protocollo Addizionale n° 1.

Sin dagli anni 1947-1950 Germen van Marle, Johannes Petrus van Zomeren, Johannes Flantua e Roelof Hendrik de Bruijn esercitavano in Olanda la professione di "esperto-contabile". In seguito all'entrata in vigore della legge olandese del 13 dicembre 1972 disciplinante tale professione - ed al fine di regolarizzare la loro qualifica professionale alla luce delle nuove disposizioni che ne regolamentavano l'esercizio - essi richiedevano all'autorità competente la loro immatricolazione come esperti- contabili patrocinatori.

La Commissione di ammissione prima, la Commissione di ricorso poi, entrambe interne al paese di provenienza, non accolsero la richiesta. Motivarono il diniego affermando che nessuno dei richiedenti aveva dimostrato, nel corso dei colloqui, un'attitudine professionale sufficientemente adeguata.

I ricorrenti si rivolgono, per tanto, agli organi di giustizia di Strasburgo lamentando di essere stati vittime di una lesione nel rispetto dei loro «beni», ex art. 1, Protocollo n° 1, oltre che la violazione dell'art. 6, par. 1, della Convenzione.

In relazione all'art. 1 Protocollo n° 1 i ricorrenti ritengono di essere stati lesi nel diritto al rispetto dei propri beni in quanto le decisioni della Commissione di ricorso hanno di fatto diminuito i loro

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

redditi e il valore della loro impresa. Le decisioni della Commissione, negando l'immatricolazione come "esperti-contabili", hanno loro impedito di esercitare la professione che essi svolgevano dal 1947. In questi termini, sostenevano i ricorrenti, si è realizzata un'ingerenza nell'esercizio del loro diritto al rispetto dei beni e una privazione parziale di questi senza un indennizzo.

Il Governo olandese al contrario, sosteneva che i ricorrenti non avevano, prima dell'entrata in vigore della legge che lo ha regolamentato, l'uso del titolo di "esperto-contabile". Questo non costituiva in vero un diritto legalmente riconosciuto e protetto in quanto il suo uso era una semplice facoltà. Continuava il convenuto che, anche a voler supporre che si trattasse di un diritto acquisito, il «*goodwill*» nel diritto olandese non era qualificato come bene. Non poteva, pertanto, ravvisarsi la violazione dell'art. 1 Prot.1 CEDU non esistendo un «bene» protetto dall'articolo citato.

A parere della Corte, come prima anche della Commissione, la clientela di uno studio professionale si qualifica come un valore patrimoniale un bene ai sensi della prima frase dell'art. 1, in ragione dei numerosi profili di carattere privatistico. *«Grazie al loro lavoro, gli interessati sono riusciti a crearsi una clientela»*, per cui il diritto invocato dai ricorrenti può essere assimilato al diritto di proprietà consacrato dall'art. 1 del Primo Protocollo Addizionale.

Le autorità olandesi, secondo il ragionamento dei Giudici di Strasburgo, con la loro decisione di non iscrivere i ricorrenti nella lista degli esperti-contabili hanno posto in essere una seria ingerenza nel diritto al rispetto dei beni. Il rifiuto d'iscrizione ha profondamente alterato le condizioni delle attività professionali dei ricorrenti, riducendo il campo di applicazione, i loro redditi, come del pari il valore della loro clientela e quindi più in generale, della loro impresa.

Una simile ingerenza troverebbe giustificazione solo con riferimento al secondo par. dell'art. 1. D'altro canto la legge olandese del 1972 che regola la professione di "esperto-contabile" perseguiva una finalità di "interesse generale", di garanzia cioè per i clienti della competenza di coloro che la esercitano. La legge soddisfa l'interesse generale attraverso l'organizzazione della professione. Nella ricerca del giusto equilibrio tra i mezzi impiegati e i fini perseguiti, i Giudici rilevano come nella legge sia stato assicurato un regime di norme transitorie, che permette a coloro che prima dell'entrata in vigore della legge esercitavano già la professione di contabili, di accedere alla nuova professione rispettando determinate condizioni. La finalità perseguita della legislazione olandese di regolamentare e delimitare la professione di esperto-contabile, aveva una sua "ragion d'essere" ai sensi del par. 2 dell'art. 1 del Primo Protocollo Addizionale e, quindi, la suddetta norma non poteva considerarsi violata.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

A prescindere dall'esito del ricorso, quello che rimane certo nel percorso interpretativo della Corte europea dei Diritti dell'Uomo, è questa che ha esteso la tutela offerta dall'art. 1 del Protocollo addizionale n° 1, anche al c.d. diritto al «*goodwill*», assimilandolo al diritto di proprietà. Si è ravvisato nel «*goodwill*» un «valore patrimoniale» e cioè un «bene» garantito dalla Convenzione nei confronti dell'ingerenze delle pubbliche autorità nella clientela che i ricorrenti erano riusciti a crearsi nell'esercizio della loro professione.

In relazione, invece, alla violazione dell'art. 6 CEDU, i ricorrenti ritenevano che le decisioni della Commissione di ammissione e della Commissione di ricorso olandesi abbiano inciso in maniera determinante su i loro diritti – qualificati come di natura civile ai sensi dell'art. 6 par. 1 – impedendo di continuare ad esercitare la loro professione e di continuare a spendere il titolo di «esperto-contabile». Tra l'altro, con la piena operatività della legge che regolamentava l'esercizio della loro professione, il rifiuto di immatricolazione avrebbe implicato anche sanzioni penali se essi avessero continuato ad avvalersi del titolo di «esperto-contabile».

La Corte osserva a riguardo che la valutazione delle conoscenze e dell'esperienza necessaria per esercitare una certa professione sia sotto un certo profilo assimilabile ad un esame di tipo scolastico o universitario. La Commissione, infatti, nei colloqui con gli interessati era chiamata valutare i bilanci contabili e le domande concernenti la teoria e la pratica dell'esame contabile effettuate. Tale situazione si allontanava dal compito tipico di un giudice, per cui semmai le garanzie offerte dall'art. 6 avrebbero dovuto riguardare le controversie su una simile materia. Conclude la Corte che l'art. 6 della Convenzione non poteva trovare applicazione nel caso di specie.

Casi analoghi:

Corte europea dei diritti dell'uomo, *Iatridis/Grecia*, 25 marzo 1999, in *Rep.*, 1999, II; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Tre Traktore Aktiebolag /Svezia*, 7 luglio 1989, in *Racc.*, 1989, Serie A, 159; *Marckx c. Belgio*, 13 giugno 1979, in www.echr.coe.int/echr; Commissione europea dei diritti dell'uomo, *Bengt Pudas/Svezia*, 27 ottobre 1987, in *Racc.*, 1997, Serie A, 215-A, par. 37.

Profili di diritto interno:

Cass., 2 agosto 1995, n. 8470 e Cass., 23 luglio 1969, n. 2774, sulla definizione di avviamento come capacità di profitto di un'attività produttiva; Cass., 5 luglio 1968, n. 2258, sull'idea di clientela non coincidente con quella di avviamento.

Riferimenti bibliografici:

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

S. BONATTI, *La protezione della proprietà nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1999, p.833 ss.;

M.L. PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2003, p. 1 e ss.

(24.02.2010)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Sezione: **Situazioni giuridiche soggettive - Beni e proprietà – Aspettativa legittima**

Titolo: *L'espérance légitime e la sua tutela ai sensi dell'art. 1 Prot. 1 C.E.D.U.*

Autore: **VALENTINA COLCELLI**

Sentenza di riferimento: Corte Europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, Sentenza del 5 gennaio 2000, *Beyeler c. Italia*, (Requête n° 33202/96)

Parametro convenzionale: art. 1, Protocollo Addizionale n. 1

Parole chiave: Diritto di proprietà, aspettativa legittima

La sentenza in commento apre la tutela dell'art. 1 Prot. 1 C.E.D.U. alla c.d. «*aspettativa legittima*», ampliando notevolmente la gamma di situazioni giuridiche soggettive che, in ragione dell'attività della Corte, possono dirsi protette dalla norma. L'autonomia del concetto di proprietà riconosciuta all'art. 1 Prot. 1 C.E.D.U., ha permesso ai giudici di Strasburgo di estendere l'ambito di riferimento della norma. E' così irrilevante che una certa situazione giuridica sia o meno qualificata come diritto di proprietà nei diversi ordinamenti interni. Anche un bene che non appartiene ancora per le norme interne ad un soggetto/ricorrente, potrà essere considerato *attuale* ai fini dell'applicazione delle garanzie della Convenzione attraverso il ricorso al principio dell'*espérance légitime*. Nel caso in esame è il comportamento delle autorità statali ad aver indotto il ricorrente a sentirsi titolare di una determinata situazione giuridica. Non è la buona fede ed il rispetto da parte del privato della legislazione interna il criterio dal quale emerge la posizione tutelabile mediante il ricorso all'art. 1 prot.1 C.E.D.U., ma è il comportamento dello Stato la spia che segnala il transito di una aspettativa di un bene sotto la tutela del Trattato in esame. Nel noto *Beyeler/Italia* del novembre 2000, relativo alla nullità di un atto di acquisto di un quadro secondo le leggi italiane in materia di beni artistici, la Corte ha dato rilevanza alla tolleranza mostrata dalle autorità italiane nei confronti del sig. *Beyeler*, rispetto al quale da tempo si conoscevano le irregolarità dell'atto d'acquisto. Viene così in rilievo, in capo al privato, un interesse patrimoniale da tutelare in ragione dell'omissione di adeguate misure di reazione da parte delle autorità dello Stato, indipendentemente dalla buona fede e dal rispetto delle norme interne ad opera del ricorrente stesso.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Ernst Beyeler, nato nel 1921 e residente a Basilea promuove ricorso innanzi alla Corte Europea. Per 600 milioni di lire il ricorrente nel 1977 acquistò un quadro del pittore Vincent van Gogh tramite un intermediario, il sig. Pierangeli antiquario romano. Il quadro acquistato dal ricorrente era denominato *Le Jardinier*. Con decreto del *Ministero per la pubblica istruzione*, all'epoca l'autorità statale competente in materia di beni culturali, era stato qualificato bene di un interesse storico e artistico.

Conformemente alle disposizioni vigenti in materia di beni culturali, l'allora proprietario del quadro, sig. Verusio, aveva provveduto, dopo la transazione, a comunicare l'avvenuta vendita al Ministero italiano. Nella dichiarazione trasmessa al Ministero si menzionava il nome dell'intermediario, non conteneva però il nome di chi era il vero acquirente finale, ossia Ernst Beyeler.

Il 21 novembre 1977, il sig. Pierangeli chiese all'ufficio di esportazione di Palermo l'autorizzazione a spedire il quadro a Londra. In caso di esportazione di un'opera d'arte, l'art. 39 della legge n° 1089 del 1939 prevede in capo al Ministero un diritto di prelazione. Nell'attesa della decisione del Ministero quanto all'esercizio del diritto di prelazione, l'opera fu temporaneamente affidata alla Galleria d'arte della regione Sicilia. Il Ministero con nota del 3 dicembre 1977, comunicò la rinuncia all'acquisto dell'opera. Motivava la rinuncia affermando che il quadro non presentava l'interesse sufficiente per giustificare l'acquisto da parte dello Stato. Il 5 gennaio 1978, in ogni caso, le autorità rifiutarono al sig. Pierangeli l'autorizzazione ad esportare il quadro. Si giustificava il diniego sul presupposto che il patrimonio culturale nazionale ne avrebbe subito un grave pregiudizio.

Successivamente, precisamente nel 1983, il Ministero italiano acquisì la notizia che il sig. Beyeler era il vero acquirente del quadro. Beyeler, nel frattempo, per la somma di 8,5 milioni di dollari, il 2 maggio 1988 decise di vendere l'opera ad una società americana – la Peggy Guggenheim Collection – che intendeva destinarla alla sua collezione veneziana. E' allora il 24 novembre 1988 che il Ministero Italiano esercita il suo diritto di prelazione, eccependo l'omissione realizzata dal sig. Beyeler circa il fatto che nel 1977 il quadro era stato acquistato per suo conto. L'Italia divenne così acquirente del quadro al prezzo della vendita conclusa nel 1977. Il Ministero sosteneva che ai sensi dell'art. 61 della legge n° 1089 del 1939, il diritto di prelazione previsto dagli artt. 31 e 32 era sempre riesercitabile.

Il sig. Beyeler, esauriti i ricorsi interni innanzi all'autorità amministrative, il 5 settembre 1996 si rivolge alla Commissione europea dei Diritti dell'Uomo. Il caso arriva davanti alla Corte il 2 novembre 1998.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Il sig. Beyeler sostiene la violazione dell'art. 1 del Protocollo n° 1, in quanto la condotta delle autorità statali italiane integrano una forma di espropriazione del quadro di cui egli afferma essere il proprietario legittimo, con modalità contrarie alle previsioni del richiamato articolo.

Adduceva il ricorrente come, in più occasioni, le autorità italiane lo avessero considerato il legittimo proprietario. Tra l'altro il ricorrente, proprio nella sua qualità di proprietario dell'opera, è stato il solo destinatario, in diritto e in fatto, del decreto di prelazione. Da questi elementi l'interessato fa discendere che egli sia il titolare dei diritti protetti dall'art. 1 del Protocollo n° 1, indipendentemente dalle qualifiche che della sua situazione fa il del diritto interno. Lo Stato italiano, inoltre, si è arricchito a suo detrimento: l'indennità che ha infatti versato al sig. Beyeler non era in rapporto di ragionevolezza con il valore del bene. Anche l'evidente sproporzione dell'indennità versata integra la violazione dei principi CEDU in tema di esproprio.

Il Governo italiano contesta la validità della vendita originaria, in ragione dell'omessa comunicazione della qualità di proprietario del quadro, affermando nel contempo non solo che non si ravvisava alcuna scorrettezza nel comportamento delle Autorità italiane, ma soprattutto che in esse non vi era alcun intento di attribuire *de facto* al ricorrente la qualità di proprietario. Il Governo convenuto ne deduce – come sostenuto anche innanzi alla Commissione – che il ricorrente non poteva essere considerato titolare di alcuna una «aspettativa legittima» di veder concretizzare le sue pretese sul bene.

Primariamente la Corte intende valutare se il ricorrente si possa considerare o meno titolare di un bene suscettibile di essere protetto dall'art. 1 del Protocollo n° 1. A tal riguardo, ricorda che la nozione di «beni», prevista dall'art. 1, ha una portata autonoma che non si limita alla proprietà dei beni corporali e che è comunque indipendente rispetto alle qualificazioni formali del diritto interno. Altri tipologie di diritti e interessi possono essere considerati come dei «diritti di proprietà» e dunque dei «beni» ai fini dell'applicazione dell'art. 1 Prot. 1 CEDU (decisione *Iatridis c. Grecia*, n° 31107/96, § 55, CEDH 1999-II). In ragione della necessità di tenere in considerazione gli elementi di diritto interno italiano, la Corte richiama l'art. 1706 del Codice civile, per cui una vendita effettuata per rappresentanza indiretta trasferisce automaticamente la proprietà del bene mobile al mandante, che ha anche la possibilità di rivendicarla presso il mandatario. Nel caso di un bene che presenta un interesse culturale o artistico, le regole richiamate vanno integrate dal diritto delle autorità di esercitare la prelazione nel termine previsto dalla legge n° 1089 del 1939; l'art. 61 legge cit. prevede inoltre la nullità delle alienazioni effettuate in violazione dei divieti previsti e senza l'osservanza delle forme prescritte.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Il ricorrente, per i Giudici di Strasburgo, era titolare di un interesse patrimoniale riconosciuto nel diritto italiano, anche se in determinate condizioni revocabile. Ciò sin dal momento dall'acquisizione dell'opera, fino a quando il diritto di prelazione è stato esercitato ed il corrispettivo versato. Per le stesse autorità giudiziali interne, la situazione in cui si trovava il ricorrente era considerata rilevante. Il Consiglio di Stato ha affermato che l'esercizio del diritto di prelazione da parte del Ministero rientrava nella categoria degli atti di espropriazione. La Corte di Cassazione ha successivamente sostenuto che l'amministrazione non ha esercitato il suo diritto di prelazione se non quando aveva avuto la certezza che il quadro era stato acquistato dal ricorrente. Inoltre, nel 1977 è il sig. *Beyeler* a pagare il prezzo di mercato del bene. Tra l'acquisto dell'opera e l'esercizio del diritto di prelazione da parte dello Stato, il ricorrente si è trovato nella situazione di possesso del quadro che si è prolungata per molti anni. In molte occasioni, poi, le autorità italiane hanno considerato che il sig. *Beyeler* avesse *de facto* un interesse patrimoniale in questo quadro, come un proprietario.

L'interesse del ricorrente è pertanto un «bene» tutelabile ai sensi dell'art. 1 del Protocollo n° 1 (cfr., *mutatis mutandis*, la decisione *Gasus Dossier-und Fördertechnik GmbH c. Paesi-Bassi* del 23 febbraio 1995, serie A n° 306-B, p. 46, § 53). La Corte qualifica che la misura adottata dall'autorità italiane – l'esercizio del diritto di prelazione da parte del Ministero del Patrimonio Culturale – un'ingerenza nel diritto del ricorrente al rispetto dei suoi beni, non assicurando il «giusto equilibrio» tra le esigenze dell'interesse generale della collettività e gli imperativi della salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo.

Anche qualora, secondo le norme dell'ordinamento interno, un bene non può essere considerato appartenente ad un soggetto, questo può essere apprezzato come «attuale» ai sensi della Convenzione quando le autorità dello Stato, con il loro comportamento, abbiano indotto il privato a considerarsi in buona fede titolare di una determinata situazione giuridica. Perché vi sia un bene attuale tutelabile ex art. 1 Prot. 1 C.E.D.U., la Corte ritiene sufficiente che un singolo possa far valere una ragionevole aspettativa (c.d. *espérance légitime*) di veder realizzata la propria pretesa giuridica nei confronti dell'autorità statali. La Corte ha, infatti, attribuito un rilievo decisivo alla tolleranza mostrata dalle Autorità italiane nei confronti del sig. *Beyeler*, del quale da tempo si conoscevano le irregolarità dell'atto d'acquisto.

Il ricorso al principio dell'*espérance légitime* permette, quindi, a detta della Corte, non solo di valutare la sussistenza della ragionevole possibilità che la pretesa del singolo possa realizzarsi, ma anche di attribuire rilievo al comportamento complessivo delle autorità dello Stato convenuto.

La Corte realizza in questo senso il bilanciamento degli interessi, quello del controllo del mercato delle opere d'arte da parte dello Stato, la protezione del patrimonio culturale e artistico di un Paese



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

e quello del singolo. La Corte ricorda, a tal proposito, che le autorità nazionali godono di un certo margine di discrezionalità nell'apprezzamento di quello che costituisce l'interesse generale della comunità. Quando si tratta di un'opera d'arte realizzata da un'artista straniero, la Corte rileva che la Convenzione dell'Unesco del 1970 favorisce, a certe condizioni, il ricongiungimento delle opere d'arte al loro Paese d'origine. Fattispecie che nel caso in esame però non ricorreva.

Dall'altro il ricorrente non ha certo tenuto un comportamento trasparente nei confronti delle autorità italiane quando nel 1977 non ha rivelato al venditore che il quadro era stato acquistato per suo conto. Ha poi fatto trascorrere sei anni, dal 1977 fino al 1983, senza dichiarare il suo acquisto nel rispetto della normativa italiana in materia. Solo quando nel dicembre 1983 egli avrebbe dovuto vendere il quadro alla Peggy Guggenheim Collection di Venezia, effettua le dichiarazioni dovute. La Corte reputa, quindi, che l'argomento del Governo, fondato sulla mancanza di trasparenza da parte del ricorrente, rivesta un certo peso, tanto più che niente impediva a quest'ultimo di regolarizzare la sua situazione prima del 2 dicembre 1983 al fine di conformarsi alle prescrizioni legali. Contemporaneamente però, rispetto al comportamento delle Autorità, la Corte rileva che queste, dopo essere state informate nel 1983 dell'identità dell'acquirente finale sono rimaste inerti fino al 1988. Solo cinque anni dopo il Ministero esercita il proprio diritto di prelazione e mette quindi in discussione l'avvenuta vendita, ad un prezzo sensibilmente inferiore rispetto al suo valore di mercato. Le Autorità hanno dunque tratto un arricchimento ingiusto dall'incertezza che ha regnato durante il periodo di riferimento, ed alla quale le medesime Autorità hanno largamente contribuito. Independentemente dalla nazionalità del ricorrente, un simile arricchimento non è conforme all'esigenza del "giusto equilibrio" e comporta una violazione dell'art. 1 del Primo Protocollo Addizionale. Durante questo tempo, le Autorità hanno mantenuto un comportamento in parte ambiguo, in parte consenziente nei confronti del ricorrente, trattandolo, *de facto*, come l'avente diritto legittimo della vendita del 1977. La Corte osservò, inoltre, come anche in relazione al principio di legalità la disciplina italiana in tema di beni culturali manchi di chiarezza. Essa prevede, infatti, che, nell'ipotesi di una dichiarazione incompleta relativa alla transazione, resti aperto il termine per l'esercizio del diritto di prelazione, senza tuttavia indicare con quali mezzi un simile vizio potrà essere ulteriormente sanato. Elementi tutti, che hanno amplificato l'incertezza della situazione in pregiudizio del ricorrente.

Precedenti:

Ichtigiaroglou c. Grecia, 19 giugno 2008, in www.echr.coe.int/echr; *Pine Valley c. Irlanda*, 29 novembre 1991, in *Racc.*, 1991, Serie A, 222; *Skarby/Svezia*, 28 giugno 1990, in *Racc.*, 1990, Serie A, 180-B.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Profili di diritto interno:

Cassazione 18 aprile 2007 n. 9238, sull'errore del professionista e perdita di chance; Consiglio di Stato n. 5323/2006, sulla differenza tra lesione dell'interesse pretensivo e danno da perdita di chance; Cassazione 18 gennaio 2006 n. 852, sul danno da mancata promozione e danno da perdita di chance

Riferimenti bibliografici:

S. PALMIERI, *Il concetto di proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in www.filodiritto.com.

M.L. PADELLETTI, *Il caso Beyeler di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2000, p. 781 e ss.

S. BONATTI, *La protezione della proprietà nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1999, p. 833 ss.

T. BALLARINO, *La proprietà protetta nel Primo Protocollo*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1989, p. 221 e ss.

(24.02.2010)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Sezione: **Situazioni Giuridiche soggettive** - Equo processo e natura delle controversie su diritti e obblighi civili - *Risarcimento del danno*

Titolo: *Diritti e obblighi a carattere civile* ed indennizzo per inadempienza della pubblica amministrazione.

Autore: VALENTINA COLCELLI

Sentenza di riferimento: Corte Europea dei diritti dell'uomo, Sentenza del 26 marzo 1992, *Éditions Périscope c. Francia*, (Requête n° 11760/85)

Parametro convenzionale: art. 6, § 1

Parole chiave: Diritti e obblighi di natura civile, risarcimento del danno

Le situazioni individuali che rientrano nella nozione di diritti ed obblighi di natura civile sono strumentali alla realizzazione, anche attraverso la garanzia dell'accesso all'azione innanzi alla Corte, dei diritti riconosciuti dal Trattato.

La ricerca di un criterio interpretativo dell'espressione *diritti e obblighi a carattere civile* conduce ad evidenziare immediatamente come la formula in esame non sia ascrivibile, o almeno non lo sia completamente, alla tradizionale alternativa tra le nozioni di diritto privato e diritto pubblico.

La giurisprudenza lussemburghese classifica come civili le controversie aventi ad oggetto l'azione di risarcimento danni, anche se svolte davanti alle giurisdizioni amministrative. Che è quanto accade nel caso in *Éditions Périscope c. Francia* dove la questione relativa alla violazione di *diritti e obblighi a carattere civile* è connessa ad un'ipotesi di indennizzo promossa per inadempienza nei confronti di una pubblica amministrazione.

Da ciò si desume che la qualificazione di un diritto come civile non passa attraverso lo *status* giuridico delle parti del procedimento.

Infatti, è ormai assolutamente costante l'orientamento giurisprudenziale europeo per cui la qualificazione di una posizione giuridica come civile prescinde dal dato che entrambe le parti siano soggetti privati.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Lo Stato o una sua amministrazione possono essere convenuti in un procedimento nel quale si discute di un diritto che può essere qualificato come "civile"; ciò, sia che le parti agiscano come una persona privata, sia quando operino nell'esercizio dei loro poteri di imperio.

L'esercizio di un pubblico potere da parte di un ente non è idoneo a sottrarre la fattispecie oggetto della controversia dalla qualificazione di diritto avente carattere civile ai sensi del art. 6, § 1 CEDU. In tali casi diventa fondamentale per la Corte, che deve pronunciarsi sulla natura civile o meno dei diritti e delle obbligazioni dinanzi ad essa dedotte, determinare se siano in gioco interessi patrimoniali dell'individuo.

La decisione del 26 marzo 1992, *Editions Periscope c. Francia*, è stata promossa da "Les Éditions Périscope" che lamentava l'eccessiva durata dell'azione intrapresa dapprima dinanzi al Tribunale amministrativo di Parigi e dopo davanti al Consiglio di Stato, allegando una violazione dell'art. 6, § 1, della Convenzione.

La società in questione aveva l'intenzione di creare una rivista denominata "*Périscope de l'usine et du bureau*", con lo scopo di analizzare nuovi prodotti industriali offrendo così un "servizio lettori integrato". Il tipo di periodico in questione era ancora sconosciuto in Francia. Per tale ragione la richiesta fatta dalla casa editrice alla Commissione paritaria delle pubblicazioni e agenzie di stampa di rilasciare alla rivista un certificato di iscrizione come organo di stampa, per beneficiare degli abbattimenti fiscali e di tariffe postali preferenziali, era stata rifiutata. Tale fatto incideva pesantemente sui costi della società.

Con ricorso del 12 novembre 1976 dinanzi al Tribunale amministrativo di Parigi, la società editrice denunciava le "colpe del servizio pubblico" che l'avevano condotta a cessare la pubblicazione di "*Périscope de l'usine et du bureau*" e ad interrompere le sue attività. Il Consiglio di Stato adito, inoltre, a detta della ricorrente non avrebbe costituito un tribunale imparziale. Due dei suoi membri avrebbero conosciuto il caso già da prima della sua iscrizione; nella decisione, inoltre, non veniva riportato il nome dei magistrati giudicanti, né si riproduceva, nel testo notificato, una breve esposizione degli argomenti delle parti che figuravano nella versione manoscritta.

Nel presente caso, l'esistenza di una contestazione non è in discussione, mentre lo stesso non vale per il suo oggetto. Secondo il Governo, infatti, la controversia riguardava esclusivamente l'applicazione di regole relative all'ottenimento degli sgravi fiscali e delle agevolazioni postali, cioè il diritto a beneficiare di vantaggi riservati a determinate pubblicazioni. A parere della società ricorrente, al contrario, si trattava di un contenzioso di piena giurisdizione, che metteva in causa la responsabilità dell'Autorità pubblica.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Per la parte della sentenza che interessa, al centro della contestazione innanzi alle giurisdizioni amministrative francesi vi era il diritto ad un indennizzo discendente da una attività colposa dell'amministrazione. Dal supposto diritto al risarcimento del danno derivava un'azione rivolta ad accertare la responsabilità dello Stato, e successivamente diretta ad ottenere la liquidazione del danno subito dal privato.

Per la Corte poco rileva, come affermava dal Governo convenuto, il fatto che la *Éditions Périscope* avrebbe dovuto ricorrere nel 1964 contro la decisione della Commissione paritaria delle pubblicazioni e agenzie di stampa, che aveva rigettato la richiesta di rilasciare alla rivista un certificato di iscrizione piuttosto che utilizzare tardivamente la "scappatoia" del ricorso per risarcimento dei danni. Al pari della Commissione, prima di lei, la Corte ritiene che il processo dinanzi alle giurisdizioni interne tendeva alla riparazione del danno che lo Stato convenuto avrebbe causato alle *Éditions Périscope* rifiutando loro i benefici consentiti dal medesimo Stato alle imprese concorrenti.

Ai fini dell'applicabilità dell'art. 6, § 1, CEDU è sufficiente determinare se le argomentazioni dedotte dalle *Éditions Périscope* presentavano un grado sufficiente di serietà, senza soffermarsi sull'eventualità che i suddetti argomenti trovassero una giustificazione giuridica nella legislazione francese o se vi fosse una diversa base giuridica idonea ad offrire migliori *chances* di successo.

Sul punto in questione sostengono i Giudici della Corte di Strasburgo che l'art. 6, § 1, inerisce le "contestazioni" relative a "diritti" sicuramente di carattere civile che si può dire ragionevolmente riconosciuti nel diritto interno, indipendentemente dal fatto che siano o meno protetti anche dalla Convenzione (cfr., tra le altre, la decisione *Neves e Silva c. Portogallo* del 27 aprile 1989, serie A n° 153-A, p. 14, par. 37). E' da notare che le due giurisdizioni interne adite hanno riconosciuto la ricevibilità dell'azione; valutando l'eventualità di una mancanza imputabile ai poteri pubblici, esse si pronunciarono nel merito della controversia (cfr., *mutatis mutandis*, la decisione *Neves e Silva* precitata, serie A n° 153-A, p. 14, par. 37).

Ritenendo che l'oggetto dell'azione fosse "patrimoniale" e che si basasse su una violazione di diritti anch'essi di natura patrimoniale, i Giudici di Strasburgo hanno affermato che il diritto in questione rivestiva comunque un carattere civile, nonostante l'origine della vertenza e la competenza delle giurisdizioni amministrative (cfr., le decisioni *Ringelsen c. Austria* del 16 luglio 1971 e *König c. Germania* del 28 giugno 1978, serie A n° 13, p. 39, par. 94, e n° 27, p. 30, par. 90).

Concludendo per l'applicabilità dell'art. 6 della Convenzione EDU al caso di specie, la Corte Europea dei diritti dell'uomo hanno, infine, ritenuto con riguardo al mancato rispetto di un termine ragionevole, che il carattere ragionevole della durata di una procedura doveva apprezzarsi con riguardo ai criteri desumibili dalla sua giurisprudenza e seguendo le circostanze della causa. Nel



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

caso di specie, in particolare, non si riscontrava alcuna complessità particolare tale da giustificare il protrarsi della situazione dinanzi alle competenti giurisdizioni interne – Tribunale amministrativo di Parigi e Consiglio di Stato – per un periodo di quasi nove anni. Conseguentemente, i Giudici di Strasburgo hanno riconosciuto, all'unanimità, una violazione dell'art. 6 par. 1 CEDU.

Casi analoghi: *Neves e Silva c. Portogallo*, 27 aprile 1989, in *Racc.*, serie A n° 153-A, p. 14, § 37; *König c. Germania*, 28 giugno 1978, ivi, serie A n° 27, p. 30, § 90; *Ringeisen c. Austria*, 16 luglio 1971, ivi, serie A, n° 13, p. 39, § 94.

Profili di diritto interno:

Cass. Sez. Unite, sentenza dell'8 aprile 2008, n. 9040, sul risarcimento del danno ingiusto causato da atto amministrativo illegittimo;

Riferimenti bibliografici:

G. Greco, La Cassazione conferma il risarcimento autonomo dell'interesse legittimo: progresso o regresso del sistema? *Il diritto processuale amministrativo*, 2009 / 1

M. Fornaciari, Lesione di interessi legittimi: risarcimento del danno e annullamento dell'atto, in *Diritto processuale amministrativo*, 2009, fasc. 2, pagg. 334-376

V. COLCELLI, *Risarcimento del danno da comportamento della pubblica amministrazione e riparto di giurisdizione*, in *Rass. Giur. Umbra*, 2, 2007, p. 1037 e ss.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Sezione: **Situazioni giuridiche soggettive** - Equo processo e natura delle controversie su diritti e obblighi civili - *Diritto di proprietà*

Titolo *Diritto di proprietà, esproprio per pubblica utilità ed accesso dei privati al controllo sull'operato degli organi statali*

Autore: **VALENTINA COLCELLI**

Sentenza di riferimento: Corte Europea dei diritti dell'uomo, Sentenza del 23 settembre 1982, *Sporrong e Lönnroth c. Svezia (Requêtes n° 7151/75; 7152/75)*

Parametro convenzionale: art. 6, § 1

Parole chiave: Diritti e obblighi di natura civile; diritto di proprietà

La nozione di violazione di un obbligo o di un diritto civile regola l'accesso dei privati al controllo sull'operato degli organi statali, siano essi giurisdizionali che amministrativi, nei termini e nei modi dell'articolo 6 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo sul giusto processo. L'articolo 6 cit. costruisce il rapporto tra garanzia ad un processo equo e violazione dei diritti ed obblighi civili in termini di diritto all'azione.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha ad oggi elaborato una nozione di *diritti civili* e relativi *obblighi* estremamente ampia, sicuramente non circoscritta a soli schemi del diritto soggettivo o del *right*. Nel tempo, infatti, la giurisprudenza ha fornito una lettura che affianca al concetto di diritto in senso stretto la presenza di posizioni giuridiche soggettive che nella tradizione europea non ricoprono il significato proprio di diritto.

L'operazione interpretativa della Corte non ha portato, in ogni caso, ad una definizione specifica e diretta di cosa debba intendersi per *civil rights and obligations*.

Sono «*whithout doubt a civil rights*» il diritto di proprietà e le facoltà tipicamente ad esso connesse, ad esempio la possibilità di costruire sul proprio terreno. Ai giudici lussemburghesi non sfugge in ogni caso che, nei diversi ordinamenti giuridici, spesso il diritto di proprietà possa essere compreso – o in qualche maniera limitato – attraverso l'attività autoritativa delle pubbliche amministrazioni. La presenza, infatti, di un potere espropriativo in capo alle amministrazioni, così come le



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

limitazioni imposte al diritto di proprietà dalle normative relative ai vincoli paesaggistici o ai limiti di edificabilità, non privano la proprietà del suo carattere civile.

Due ricorsi sono all'origine del caso Sporrong e Lönnroth contro la Svezia, introdotto nel 1975 ai sensi dell'allora vigente art. 25 della Convenzione della salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali dinanzi alla Commissione che il 12 ottobre 1977 ne dispose la riunione.

I signori M. Sporrong, C.-O. Sporrong e B. Atmer erano coeredi indivisi del sig. E. Sporrong e per questo comproprietari di un immobile in Riddaren n° 8 sito in una via centrale del quartiere di Nedre Norrmalm di Stoccolma.

L'autorità municipale di Stoccolma il 31 luglio 1956, ai sensi dell'art. 44 della legge del 1947 sulla costruzione, fu autorizzata dal Governo ad espropriare una zona della città che includeva 164 immobili tra cui quello della successione Sporrong. Nell'area espropriata avrebbe dovuto sorgere un viadotto che attraversava una delle arterie commerciali della capitale. Uno dei pilastri del viadotto passava in "Riddaren".

In applicazione della legge sull'espropriazione, il Governo fissò in cinque anni il termine durante il quale si sarebbe dovuto procedere all'espropriazione; prima della fine di tale periodo, l'autorità municipale avrebbe dovuto citare i proprietari a comparire dinanzi al Tribunale fondiario per la fissazione delle indennità, senza le quali il permesso sarebbe stato privato di efficacia. Negli anni che seguirono il Governo concesse al comune di Stoccolma delle proroghe alla durata del permesso di espropriare, fino ad annullarlo nel 1979. Il vincolo di esproprio si è protratto quindi per 23 anni.

Il Consiglio amministrativo di Stoccolma, però, dall'11 giugno 1954 impose su i terreni di cui in narrativa anche un divieto di costruire. Divieto che in ragione di continue proroghe si protrae fino al 1° luglio 1979.

Il secondo ricorso è stato introdotto dalla sig.ra I. M. Lönnroth anch'ella residente in Stoccolma, dove nel quartiere di Nedre Norrmalm era proprietaria per i tre quarti di un immobile sito in "Barnhuset n° 6" comprendente due edifici del 1887-1888. Il permesso di esproprio e di interdizione a costruire riguarda dal 24 settembre 1971 anche la proprietà della sig.ra I. M. Lönnroth. Quest'ultima, ritenendo che il suo immobile avesse bisogno di riparazioni urgenti, si rivolse all'autorità competente per ottenere il ritiro del permesso di espropriare. Il Governo il 3 maggio 1979 annulla il permesso.

Nei ricorsi in narrativa veniva lamentata, tra le altre la violazione dell'art. 6 della Convenzione Europea della salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali. A sostegno di tale

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

fatto le parti affermavano come le loro doglianze relative al permesso di espropriare che colpiva i loro immobili, non erano state mai giudicate da tribunali svedesi, né la normativa del loro paese avrebbe permesso alcun reclamo in questo senso.

I lunghi termini accordati in materia di rilascio o proroga, inoltre, non erano compatibili con la legge svedese e con il termine di un anno per la citazione a comparire dinanzi al Tribunale fondiario. Le decisioni governative di rilascio e proroga dei permessi non erano, poi, nell'ordinamento svedese, suscettibili di ricorso dinanzi alle giurisdizioni amministrative. L'unico rimedio possibile per i proprietari consisteva nell'invitare la Corte amministrativa suprema a riaprire la procedura. L'avvio di tale procedimento, non inerente il merito della questione, rappresentava, peraltro, una via di ricorso straordinaria e scarsamente utilizzata.

A ciò si sommava l'impossibilità per gli stessi interessati di chiedere agli organi di giustizia svedese la riparazione del pregiudizio causato dai permessi di espropriare e dalle interdizioni a costruire.

Nonché i ricorrenti lamentavano come la durata dei permessi di esproprio e la loro proroga non fosse conforme alla legge del 1917.

Per quel che interessa maggiormente in questa sede la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto che i permessi di espropriare relativi agli immobili dei ricorrenti avevano colpito un diritto di natura civile. A parere dei Giudici della Corte il diritto di proprietà dei ricorrenti nel caso di specie gode senza alcun dubbio di natura civile, e rientra a pieno titolo nella qualificazione di cui all'art. 6 CEDU.

Tale considerazione supera l'appunto fatto da alcuni giudici dissenzienti nel corso della presente causa, i quali sostenevano la non natura "civile" del diritto di proprietà nel rapporto con i pubblici poteri e degli interessi di cui essi sono portatori. A parere di questi giudici non rientrerebbero nell'applicazione dell'art. 6 § 1 gli atti rilevanti del diritto pubblico o amministrativo dominati da considerazioni di interesse generale e determinati principalmente da ragioni di ordine politico. Questi elementi sarebbero entrambi presenti nel caso in esame. I permessi di espropriare obbedirebbero interamente al diritto pubblico, nonché a considerazioni svolte nell'interesse generale. Gli stessi atti riguarderebbero, inoltre, i ricorrenti non a titolo privato, ma come proprietari di immobili situati in una precisa zona di Stoccolma interessata da certi provvedimenti. Tali atti, pertanto, sarebbero non direttamente determinanti per il diritto privato, quanto invece diritti riconosciuti alla città di Stoccolma dal diritto pubblico.

Considerazioni analoghe vengono svolte per le interdizioni a costruire. Le restrizioni sarebbero espressione del potere di una amministrazione di organizzare il proprio assesto territoriale. E' necessario pertanto inquadrare tali restrizioni nel loro contesto, in quanto elementi del processo urbanistico. Nonché la decisione relativa alla durata dei permessi ad espropriare e d'interdizione a

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

costruire non rappresenta una contestazione in materia di diritti di carattere civile, in quanto la semplice fissazione del termine per i permessi di espropriare non è per nulla decisiva per la sopravvivenza di tali diritti, rimanendo conseguentemente fuori dall'applicazione dell'art. 6 § 1.

In fine per i giudici ricordati, l'applicazione dell'art. 6 § 1 della Convenzione a tutti i casi in cui le decisioni adottate nell'interesse generale comportano una violazione di diritti di carattere privato, fornirebbe una garanzia di controllo giudiziario degli atti governativi ed amministrativi praticamente illimitata.

Per la maggioranza dei giudici della Corte, però, una siffatta interpretazione non incarnava lo spirito dell'art. 6 § 1 e sarebbe incompatibile con molte situazioni giuridiche presenti in numerosi Stati parte della Convenzione.

La procedura di espropriazione, invero, tocca con certezza un diritto di carattere civile. Non può negarsi, pertanto, che le decisioni delle Autorità svedesi abbiano comportato una violazione al diritto di proprietà dei ricorrenti. La durata dei permessi di espropriare avevano una portata diretta e limitativa del diritto di proprietà dei ricorrenti. Vi era stata pertanto una lesione di un diritto di natura civile che apriva le porte al ricorso innanzi all'organo giurisdizionale CEDU per violazione dell'art. 6.

In una decisione della Corte di poco anteriore alla presente (*Le Compte, Van Leuven e De Meere*, 23 giugno 1981, serie A n° 43, p. 20, par. 44, con rinvio alla decisione *Golder* del 21 febbraio 1975, serie A n° 18), si è precisato che l'art. 6 § 1 non è applicabile solo a procedure d'esproprio che hanno già avuto inizio, ma lo stesso può essere invocato anche da coloro i quali — reputando illegale un'ingerenza nell'esercizio di uno dei propri diritti di natura civile — ritengono di non aver avuto la possibilità di sottoporre alcuna contestazione di fronte ad un tribunale che garantisca loro le tutele di cui all'art. 6 § 1. In questo senso non rileva se l'atto che si reputa lesivo sia stato emesso da autorità amministrative competenti in materia (cfr. Tra le tante con *Ringeisen* del 16 luglio 1971, serie A n° 13, p. 39, par. 94, e la decisione *König* del 28 giugno 1978, serie A n° 27, p. 32, par. 94). Nel caso in esame, i ricorrenti sottolineavano proprio la loro impossibilità di adire un tribunale che fosse competente a giudicare la situazione creata dal rilascio o dalla proroga dei permessi di espropriare.

Dall'esame della vicenda era palese che le situazioni della successione Sporrang e della sig.ra Lönnroth non avevano avuto la possibilità di essere esaminate da un tribunale che godesse di piena giurisdizione. Per tale ragione, la Corte ravvisava una violazione dell'art. 6 § 1 della Convenzione, da parte dello Stato convenuto.

Precedenti:

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Corte europea dei diritti dell'uomo, *König c. Germania*, 28 giugno 1978, ivi, serie A n° 27, p. 30, § 90; *Ringeisen c. Austria*, 16 luglio 1971, ivi, serie A, n° 13, p. 39, § 94., così come si veda Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 25 ottobre 1989, *Allan Jacobsson/Svezia*, cit., par. 34. In tema di procedimenti di espropriazione o le istanze relative a decisioni in materia di urbanistica, a licenze edilizie e, più in generale, a decisioni riguardanti l'uso o il godimento di beni. Si veda, per esempio, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 23 settembre 1982, *Sporrong e Lonnroth/Svezia*, in *Racc.*, 1982, serie A, p. 52; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 23 aprile 1990, *Ettl e altri/Austria, Erkner e Hofauer/Austria e Poiss/Austria*, in *Racc.*, serie A, 17, 1-A e Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 25 ottobre 1989, *Allan Jacobsson/Svezia*, cit.; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 28 giugno 1990, *Skárby/Svezia*, in *Racc.*, 1990, Serie A, 180-A e 180-B, nonché *Le Compte, Van Leuven e De Megere*, 23 giugno 1981, serie A n° 43, p. 20, par. 44, con rinvio alla decisione *Golder* del 21 febbraio 1975, serie A n° 18.

Profili di diritto interno:

Sulla effettiva tutela dei privati nei progetti di opere pubbliche, si veda Cons. Stato, sez. IV, 24 luglio 2003, n. 4239; in tema di occupazione appropriativa si veda C. Cass., sez. un., 6 maggio 2003, n. 6853; sul concetto di area edificabile Cass. civ., sez. I, 6 giugno 2003, n. 9096 e Cass. civ., sez. I, 21 maggio 2003, n. 7953.

Riferimenti bibliografici:

- A. TAMIETTI, *La nozione di diritti e obbligazioni di carattere civile ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giustizia*, 1-2, 2000, p. 134
- L. MUSSELLI, *L'occupazione appropriativa non contrasta con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo: le Sezioni Unite della Cassazione e la tecnica del distinguishing* (nota a C. Cass., sez. un., 6 maggio 2003, n. 6853), in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2004, fasc. 2, I – giurisprudenza civile, p. 571 ss.
- G. SCIULLO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo sanziona l'occupazione appropriativa* (nota a Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. II, 30 ottobre 2003), in *Urbanistica e appalti*, 2004, fasc. 3, p. 290 ss.
- R. CONTI, *Corte dei diritti dell'uomo e occupazione illegittima atto secondo: il risarcimento del danno in forma specifica* (nota a Corte europea dei diritti dell'uomo 30 ottobre 2003), in *Il Corriere giuridico*, 2004, fasc. 6, p. 734 ss.

(28.02.2010)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Sezione: **Situazioni Giuridiche soggettive** - Equo processo e natura delle controversie su diritti e obblighi civili – *Concessioni/autorizzazioni/licenze*

Titolo: *Autorizzazioni e concessioni amministrative nella nozione di diritti e obbligazioni di carattere civile ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*

Autore: **VALENTINA COLCELLI**

Sentenza di riferimento: Corte Europea dei diritti dell'uomo, Sentenza del 18 febbraio 1991, *Fredin c. Svezia*, (Requête n°12033/86) e Sentenza del 23 febbraio 1994, *Fredin c. Svezia*, (Requête n°18928/91).

Parametro convenzionale: art. 6, § 1

Parole chiave: Diritti e obblighi di natura civile; concessioni, autorizzazioni, licenze

Al fine di incentivare il mantenimento e la promozione del principio del giusto processo – identificato dalla giurisprudenza della Corte CEDU come integrante l'ordine pubblico oggettivo – i giudici europei dei diritti dell'uomo hanno realizzato un costante ampliamento delle situazioni soggettive che consentono l'azione nel sistema di garanzia delineato dal Trattato. Le pronunce della Corte in tema di art. 6, § 1, C.E.D.U. sono rilevanti perché dalle stesse si possono desumere posizioni giuridiche soggettive connesse, ma diverse, dal diritto fondamentale che quest'ultima è chiamata ad esaminare ed a promuovere.

La Corte ha proceduto, così, all'identificazione di situazioni soggettive in capo ai singoli che prima erano escluse dal novero di quelle che indicano la legittimazione alla richiesta del provvedimento di condanna della Corte per violazione dell'art. 6 C.E.D.U.

Seguendo questo percorso si può dire che dalla Corte sono qualificati come *civili* anche i procedimenti della pubblica autorità attinenti alla concessione o alla revoca di una licenza necessaria per lo svolgimento di alcune attività economiche dei richiedenti (Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 23 ottobre 1985, *Bentham/Olanda*, cit.; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 27 ottobre 1987, *Bengt Pudas/Svezia*, cit.; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

del 7 luglio 1989, *Traktörer Aktiebolag/Svezia*, in *Racc.*, Serie A, p. 159; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 18 febbraio 1991, *Fredin/Svezia*, in *Racc.*, 1991, Serie A, 192). Si riconosce carattere *civile*, inoltre, ai procedimenti relativi ad autorizzazioni, licenze o altri atti rilasciati da un'amministrazione capaci di condizionare la validità di un contratto tra privati (Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 16 luglio 1971, *Ringeisen/Austria*, in *Racc.*, 1971, Serie A, p. 13.). Tali sono anche quelli relativi alla soppressione o alla sospensione, da parte di una pubblica autorità, del diritto di praticare una professione (Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 28 giugno 1978, *Konig/Germania*, cit., e Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 26 settembre 1995, *Diennet/Francia*, in *Racc.*, 1995, Serie A, 325-A).

Nella decisione del 18 febbraio 1991 la Corte europea dei Diritti dell'Uomo si è trovata a pronunciarsi su un ricorso contro la Svezia, nell'ambito del quale due cittadini, Anders Fredin e sua moglie, avevano adito la Commissione il 5 marzo 1986 in virtù dell'allora vigente art. 25 della Convenzione. Tra l'altro con sentenza del 23 febbraio 1994 la Corte di Strasburgo è tornata a pronunciarsi sul presente caso, in seguito ad un nuovo ricorso (n° 18928/91), proposto dal sig. Anders Fredin, il quale aveva adito la Commissione il 9 aprile 1991 in virtù dell'allora vigente art. 25 della Convenzione.

I fatti da cui il ricorso trae origine, complessi e lunghi si possono con qualche approssimazione così sintetizzare: il sig. Anders Fredin, ingegnere agronomo, e sua moglie, la sig.ra Maria Fredin, sono proprietari di alcuni terreni siti nel comune Botkyrka. In questi terreni sorge una fattoria e si trova una cava. Quando la madre del sig. Fredin acquistò il terreno nel 1960 lo sfruttamento commerciale della cava era sospeso dalla metà degli anni 50. Desiderosi di riprendere lo sfruttamento, i Fredin conclusero con due società il 20 marzo 1960, un contratto che dava a queste ultime il diritto esclusivo di estrarre della ghiaia, per cinquant'anni, con corresponsione di un canone annuale. Nel 1963, un emendamento alla legge del 1952 sulla salvaguardia della natura vietò di estrarre ghiaia senza una preventiva autorizzazione. L'11 dicembre 1963 la prefettura di Stoccolma accordò ai genitori del sig. Fredin l'autorizzazione necessaria. Nello specifico, l'attività avrebbe dovuto svolgersi in tre tappe; i lavori di ripristino della cava avrebbero dovuto essere monitorati in modo continuativo durante ciascuna fase. Era necessario inoltre il deposito di una garanzia finanziaria a copertura delle spese.

Il 3 ottobre 1979 i ricorrenti – con il consenso dei genitori del sig. Fredin – solleccitarono alla Prefettura il trasferimento dell'autorizzazione a loro nome e iniziarono a sfruttare la cava dal 1980 mediante incarico ad una nuova ditta concessionaria.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Va ricordato come il 1° luglio 1973 un emendamento alla legge del 1964 sulla salvaguardia della natura, abilitava la prefettura a ritirare le autorizzazioni rilasciate più di dieci anni prima.

Dal 1979 in poi si susseguono eventi e fatti che pongono spesso i sig.ri Fredin in relazione con la prefettura, per autorizzazioni, modifiche, deroghe ad autorizzazioni concesse, fino a quando il 25 agosto 1983 la prefettura fa presente ai ricorrenti che, nell'interesse della salvaguardia della natura, era stato necessario rivedere il permesso estrattivo. Questa fissava al 1° giugno 1984 il termine ultimo per porre fine all'attività di estrazione della ghiaia. Con una nota, del 14 maggio 1984, la prefettura indicò i modi possibili di interrompere lo sfruttamento della cava: arrestare l'estrazione al più presto. Il 1° ottobre l'autorità municipale ritenne preferibile prevedere un periodo di chiusura progressiva affinché si facilitasse la rimessa in pristino del paesaggio. Successivamente mediante una nuova "decisione parziale" del 19 dicembre 1984, la prefettura dichiarò che lo sfruttamento avrebbe dovuto cessare nei tre anni successivi, cioè per la fine del 1987, momento in cui la zona sarebbe dovuta essere rimessa in pristino; che in alcune parti della cava la prosecuzione dell'estrazione era vietata per il presente; che i ricorrenti avrebbero dovuto elevare l'ammontare della cauzione a 200 000 corone entro il 1° marzo 1985 ed inoltre elaborare un nuovo piano di lavoro, affinché la prefettura potesse fissare le condizioni dell'ultima fase dello sfruttamento e della messa in pristino.

I ricorrenti con la decisione della Prefettura proposero ricorso dinanzi al Governo (ministero dell'Agricoltura) che il 12 dicembre 1985 lo rigettò. Tuttavia, lo stesso prorogò fino al 1° giugno 1988 la validità dell'autorizzazione e fino al 1° marzo 1986 il termine per il versamento della cauzione.

La Corte suprema amministrativa rigettò il 13 dicembre 1990 l'appello con cui i sig.ri Fredin l'avevano adita in forza della nuova legge sul controllo giudiziario di determinate decisioni amministrative, entrata in vigore il 1° giugno 1988. In tale udienza da parte dei ricorrenti era stata avanzata richiesta di discussione orale della causa. Richiesta rigettata. La legislazione svedese, inoltre, non offriva ai ricorrente alcun ricorso contro la decisione della Corte suprema amministrativa del 13 dicembre 1990.

Dinanzi alla Corte di Strasburgo i sig.ri Fredin lamentavano l'assenza di ogni controllo giudiziario sulle decisioni che avevano ritirato loro l'autorizzazione e aumentato l'ammontare della loro cauzione. Tutto ciò sarebbe stato sintomo di una palese violazione dell'art. 6 § 1 della Convenzione. Per la parte della sentenza che interessa, il diritto di sfruttare la proprietà per i ricorrenti, conformemente alle leggi e ai regolamenti in vigore, rivestiva un carattere civile ai sensi del primo comma dell'art. 6 C.E.D.U. (cfr. la decisione *Skärby* del 28 giugno 1990, serie A 180-B, pp. 37-38,

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

§ 29). Ed invero non può essere negata l'incidenza di provvedimenti amministrativi su diritti patrimoniali dei destinatari.

Nei diversi giudizi i ricorrenti hanno sostenuto tra l'altro, attraverso perizie, il ritiro dell'autorizzazione sul valore della proprietà e della società concessionari. Dalle stesse emergeva come la società dei sig.ri Fredin sarebbe fallita senza gli introiti provenienti dalla cava e che il valore di mercato della proprietà si era ridotto a causa del ritiro dell'autorizzazione.

La norma in esame non può essere interpretata come strumento di tutela contro l'eccessiva durata dei processi con esclusivo riferimento a controversie in tema di "diritti e obbligazioni di carattere civile", interpretando tale espressione in modo da escludere dal suo ambito di applicazione il contenzioso amministrativo tra un privato e una pubblica amministrazione.

E' evidente, invece, che una contestazione "reale e seria" era sorta tra i ricorrenti e i pubblici poteri quanto alla legalità delle decisioni di cui i primi lamentavano la legittimità e che l'esito della procedura era direttamente determinante per i diritti in questione. L'art. 6 § 1 trovava, dunque, applicazione nel caso di specie.

In tema poi di l'assenza di ogni controllo giudiziario sulle decisioni che avevano ritirato ai ricorrenti l'autorizzazione – poiché solo il Governo avrebbe potuto all'epoca dei fatti porre fine alla controversia e non vi aveva provveduto – secondo il parere unanime dei Giudici della Corte europea dei Diritti dell'Uomo si era verificata una violazione della norma pre-citata.

L'unica giurisdizione adita nel caso del sig. Fredin – la Corte suprema amministrativa – avrebbe violato poi l'art. 6 CEDU mediante il rigetto della richiesta di udienza, formulata dagli interessati (cfr., tra le altre, le decisioni *Sporrong e Lönnroth c. Svezia* del 23 settembre 1982, serie A n° 52, pp. 29-31, par. 78-87; *Pudas c. Svezia e Bodén c. Svezia* del 27 ottobre 1987, serie A n° 125-A, pp. 13-17, par. 28-42, e n° 125-B, pp. 39-42, par. 26-37). Dalla giurisprudenza della Corte risulta che in una procedura svolta dinanzi ad un primo ed unico tribunale, il diritto di ciascuno che la sua causa sia "decisa pubblicamente", ai sensi dell'art. 6 § 1, può implicare il diritto ad una "udienza pubblica" (cfr., la decisione *Håkansson e Sturesson c. Svezia* del 21 febbraio 1990, serie A n° 171-A, p. 20, § 64).

In conclusione, la Corte ha ritenuto che, in tali circostanze, l'art. 6, § 1, della Convenzione garantisce il diritto ad un'udienza in contraddittorio. Il suddetto diritto fondamentale è stato, certamente, violato dalla Corte suprema amministrativa in seguito al suo rifiuto di tenere una simile udienza nel caso di specie.

Precedenti:

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Håkansson e Sturesson c. Svezia, 21 febbraio 1990, in *Racc.*, serie A n° 171-A, p. 20, § 64; *Pudas c. Svezia e Bodén c. Svezia* del 27 ottobre 1987, *ivi*, serie A n° 125-A, pp. 13-17, par. 28-42, e n° 125-B, pp. 39-42, par. 26-37; *Sporrong e Lönnroth c. Svezia* del 23 settembre 1982, *ivi*, serie A n° 52, pp. 29-31, par. 78-87.

Profili di diritto interno:

Cass. 14 dicembre 1988, n. 6807, sul potere di censura dell'amministrazione locale su i così detti contratti di cessione di valumetria tra privati; Cons. St., Sez. VI^a, n. 2332 del 05.05.2003 e Cons. St., Sez. VI^a, n. 2992 del 30.05.2003 sulla nullità del con del contratto non sostenuto da validi presupposti in sede amministrativa costituisce vizio genetico dell'atto in tema anche di concessioni dello sfruttamento di cave e sul principio di tutela dei diritti acquistati in buona fede, che l'inefficacia opera in via sopravvenuta e non incide sugli atti compiuti "medio tempore" in base al contratto già stipulato.

Riferimenti bibliografici:

C. FOCARELLI, *Equo processo e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2001.
A. TAMIETTI, *La nozione di diritti e obbligazioni di carattere civile ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giustizia*, 1-2, 2000

(24.02.2010)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Sezione: **Situazioni giuridiche soggettive** - Equo processo e natura delle controversie su diritti e obblighi civili - *Interesse legittimo*

Titolo: *L'interesse legittimo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.*

Autore: VALENTINA COLCELLI

Sentenza di riferimento: Corte Europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, Sentenza del 5 ottobre 2000, *Mennitto c. Italia*, (Requête n° 33804/96)

Parametro convenzionale: art. 6, § 1.

Parole chiave: Diritti e obblighi di natura civile, interesse legittimo

La Corte europea ha individuato anche nel *nazionale* interesse legittimo una posizione giuridica soggettiva riconducibile all'ampia nozione di *diritto* il cui carattere civile è necessario per godere delle garanzie previste dall'art. 6 C.E.D.U. Anche le posizioni del diritto interno che discendenti dal diritto pubblico rientrano nel campo di applicazione dell'articolo 6 per l'aspetto *civile*, se l'esito del procedimento è determinante per i diritti e le obbligazioni di carattere privato del ricorrente. E' determinante per la Corte che deve pronunciarsi sulla natura civile o meno dei diritti e delle obbligazioni valutare se nel procedimento interno siano o meno in gioco interessi patrimoniali del singolo.

Nel caso in esame *Mennitto/Italia*, infatti, la giurisprudenza C.E.D.U. ha riconosciuto la natura di *droits et obligations de caractère civil* ad una posizione soggettiva – oggetto di controversia tra un privato ed una pubblica amministrazione – che nell'ordinamento italiano è qualificata come interesse legittimo.

La scelta indicata, però, non dovrebbe affatto sorprendere se la si legge alla luce della giurisprudenza della Corte europea sul punto del art. 6 ,1§. Essa si colloca perfettamente nel solco delle decisioni assunte dai giudici lussemburghesi sulla qualificazione dei *droits et obligations de caractère civil*. Accogliere all'interno della nozione di *civil rights/droits civil* posizioni giuridiche non aventi i caratteri propri del diritto in senso stretto significa dare accesso alla tutela di cui all'art.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

6 C.E.D.U. a situazioni giuridiche soggettive che non corrispondono a diritti soggettivi, ma ad una vasta gamma di situazioni giuridiche purché caratterizzate dal carattere della patrimonialità.

Proprio dalla giurisprudenza della Corte si ricava come siano posizioni individuali rilevanti ai fini dell'applicazione della garanzia del giusto processo, la legittima aspettativa, l'interesse semplice, la libertà, il privilegio, la mera speranza di un vantaggio, l'onere, la soggezione così come situazioni giuridiche riconducibili a situazioni processuali e non necessariamente sostanziali.

L'ampio significato che caratterizza l'espressione *droits civil*, implica altresì la possibilità concreta di estendere le garanzie dell'equo processo a procedimenti inerenti situazioni giuridiche che non soddisfano i caratteri specifici dei rapporti di natura privatistica, e che si riferiscono, invece, ad altre partizioni del diritto. Sono escluse, però, da queste le posizioni individuali che discendono dalla partecipazione alla *puissance publique* del ricorrente/agente statale.

La Corte europea dei diritti dell'Uomo, allora, ha ritenuto applicabile la garanzia dell'equo processo anche alla lesione di un interesse legittimo a causa della irragionevole durata di un processo davanti al TAR Campania, individuando, quindi, nel nazionale interesse legittimo una posizione giuridica soggettiva riconducibile a quella ampia nozione di diritto il cui carattere civile è necessario per godere delle garanzie previste dalla norma in commento.

Il sig. Mario Mennitto, cittadino italiano proponeva ricorso innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione dell'art. 6, par.1, C.E.D.U. in quanto la causa che lo aveva visto protagonista non si sarebbe conclusa entro un termine ragionevole. Il caso è stato assegnato alla Corte, conformemente alle disposizioni applicabili prima dell'entrata in vigore del Protocollo n. 11 della Convenzione, dalla Commissione europea dei diritti dell'uomo il 3 giugno e il 12 maggio 1999.

Questi i fatti allegati al ricorso. La regione Campania aveva stabilito con propria legge – la n. 11 del 15 marzo 1984 – la corresponsione, da parte dei competenti servizi sanitari locali, di contributi su base triennale alle famiglie che, presso le proprie abitazione ed in modo diretto, si occupavano dei propri familiari disabili. Il figlio del sig. Mennitto veniva iscritto nell'elenco di coloro che possedevano i requisiti per beneficiare dei contributi. Quest'ultimo riceveva, però, solo due delle mensilità dovutegli, non ottenendo più alcun assegno successivo. Di qui il ricorso al Tribunale amministrativo della regione Campania.

Il T.A.R. adito si pronunciava con sentenza del 4 febbraio 1997 concludendo che la posizione del ricorrente fosse qualificabile come mero interesse legittimo nell'attesa che la pubblica amministrazione decidesse sia in ordine al riconoscimento dell'indennità, sia dell'importo. Ciò nonostante che lo stesso organo giurisdizionale amministrativo, in tema di corresponsione

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

dell'assegno, avesse comunque rilevato la mancanza di discrezionalità in capo all'autorità sanitaria locale. Questa avrebbe dovuto soltanto procedere ad una divisione aritmetica tra il totale del contributo ed il numero dei beneficiari inseriti nell'elenco. In forza di tali argomentazioni il T.A.R. Campania respingeva il ricorso del sig. Mennitto. Quest'ultimo proponeva ricorso innanzi al Consiglio di Stato. La vicenda si è poi chiusa nelle more del giudizio innanzi al Consiglio di Stato, in quanto il sig. *Mennitto* ed l'A.S.L. concludevano la controversia mediante una transazione. La causa innanzi al Consiglio di Stato veniva, pertanto, cancellata.

La giurisprudenza europea ha individuato nell'opera degli organi giurisdizionali amministrativi della Regione Campania la violazione dell'art. 6, par. 1, C.E.D.U., in quanto il procedimento svoltosi loro innanzi non si sarebbe concluso entro un termine ragionevole.

Per la parte, però, della sentenza che maggiormente interessa – ossia la qualificazione di una posizione giuridica interna come di natura civile – la Corte europea dei Diritti dell'Uomo in realtà non è entrata affatto nel merito sul fatto che la nozione autonoma di diritto all'azione di cui all'art. 6 § 1 CEDU debba riferirsi solo ad un diritto soggettivo "perfetto" o anche all'interesse legittimo. La Corte si limita a sottolineare che l'art. 26 della Legge regionale di cui è causa aveva dato luogo ad una controversia giurisdizionale, ed in ogni caso la situazione giuridica del ricorrente, affermano i Giudici di Strasburgo, era questione di natura patrimoniale che si inserisce perfettamente nel solco dei diritti di natura "civile" elaborato dalla sua stessa giurisprudenza (cfr., tra le altre, la decisione *Salesi c. Italia*, 26 febbraio 1993, serie A, n. 257-E, p. 59, § 19). Conseguentemente, l'art. 6 § 1 della Convenzione era applicabile al caso di specie.

Questa non reputa necessario esaminare se la nozione autonoma di diritto all'azione di cui all'art. 6 § 1 riguardi solo il diritto soggettivo perfetto o anche l'interesse legittimo, proprio perché nozione autonoma, e considerando meritevole di tutela una posizione giuridica rientrante in una nozione autonoma di diritto civile avente oggetto patrimoniale.

In realtà analizzando la sentenza richiamata la posizione giuridica lesa dall'illegittimo comportamento della PA, la ASL nel caso di specie, sembra assimilabile ad un diritto soggettivo. Ci troviamo, infatti, davanti ad un esercizio non discrezionale del potere amministrativo, in quanto nel caso in esame una volta riconosciuta l'idoneità del figlio del ricorrente ad essere beneficiario dei contributi l'erogazione degli stessi era atto conseguente e dovuto, scevro di ogni discrezionalità in senso proprio.

Con riferimento alla presunta violazione del "termine ragionevole", i Giudici sottolineano come occorra rilevare che il periodo di riferimento abbia avuto inizio il 2 agosto 1993, con l'introduzione del ricorso al TAR Campania, e si era concluso il 27 dicembre 1997, quando cioè la sentenza del Consiglio di Stato, che cancellava la causa dal ruolo, veniva depositata in cancelleria.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Avendo esaminato i fatti della causa alla luce degli argomenti delle parti, e tenuto conto della natura degli interessi in gioco e della giurisprudenza sul punto, i Giudici di Strasburgo hanno ritenuto che la lunghezza del procedimento (conclusosi dopo circa quattro anni e cinque mesi dal suo avvio), non risponda all'esigenza di un termine ragionevole e hanno, inoltre, ribadito l'esistenza di una prassi italiana contraria alle esigenze della Convenzione in materia (cfr. la decisione *Bottazzi c. Italia* [GC], n° 34884 del 1997, § 22, CEDH 1999-V).

Precedenti: *Bottazzi c. Italia* [GC], n° 34884 del 1997, § 22, CEDH 1999-V; *Salesi c. Italia*, 26 febbraio 1993, serie A, n. 257-E, p. 59, § 19.

Riferimenti bibliografici:

D. TEGA, *Interessi legittimi e diritto ad un equo processo: la Corte europea dei diritti si addentra nei meandri della giustizia amministrativa italiana*, in *Giur. It.*, 2001, 1335;

G. SAPORITO, *La Corte dei diritti dell'uomo dubita dell'utilità dell'attuale distinzione tra diritti soggettivo ed interessi legittimi*, in www.giustamm.it.

M. MAGRI, *La Corte di Strasburgo alle prese con la categoria italiana degli interessi legittimi*, in *Quad. cost.*, vo. 21, 1, 2001, pp. 144-145

(28.02.2010)



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Sezione: **Situazioni Giuridiche soggettive** - Equo processo e natura delle controversie su diritti e obblighi civili - *Prestazioni assistenziali*.

Titolo: *L'applicazione dell'art. 6 CEDU alle controversie relative alla violazione di diritti derivanti da prestazioni assistenziali e previdenziali*

Autore: **VALENTINA COLCELLI**

Sentenza di riferimento: Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 24 giugno 1993, *Schuler-Zraggen/Svizzera*, in *Racc.*, 1993, Serie A, 263, p. 17 (*Application no. 14518/89*)

Parametro convenzionale: art. 6, § 1

Parole chiave: Nozione autonoma di diritto civile; oggetto patrimoniale; prestazione assistenziale

Ai fini dell'applicazione dell'art. 6 C.E.D.U., perché un diritto si possa dire *civile* ai sensi del suo § 1 è necessaria la presenza di un *quid pluris* rispetto alle qualificazioni provenienti dagli ordinamenti nazionali: «*the concept of 'civil right and obligations' is not to be interpreted solely by reference to the respondent States domestic law*» (Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 26 novembre 1997, *Stamoulakotos/Grecia*, in *Racc.*, 1997- VII, 2648, par. 31:). L'evidenziato approccio da parte della giurisprudenza europea affonda la sua ragione d'essere in alcune considerazioni. In *primis*, in più di una sentenza i giudici lussemburghesi affermano che «*if the contracting states were able at their discretion to classify an offence as disciplinary instead of criminal (...), the operation of the fundamental clauses of Articles 6 and 7 would be subordinated to their sovereign. A latitude extending thus far might lead to results incompatible with the purpose and object of the convention*» (Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 8 giugno 1976, *Engel e altri/ Paesi Bassi*, in *Racc.*, 1976, Serie A, pp. 22 - 34, par. 81). Il ragionamento svolto dalla Corte in questa pronuncia ha un valore che supera la fattispecie penale a cui si riferisce, ed è necessariamente estendibile anche alla qualificazione dei diritti a carattere civile. Diversamente, di fatto, non potrebbe essere. Qualora invero se per la qualificazione di un diritto come civile, la giurisprudenza dei giudici di Strasburgo facessero riferimento alla sola classificazione proveniente

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

dall'ordinamento interno, verrebbe lasciata ad ognuno degli Stati aderenti ampia possibilità di sottrarsi scientemente all'applicazione della Convenzione dei diritti dell'uomo ed al suo articolo 6. Sarebbe, infatti, sufficiente che il paese aderente classificasse come pubblici una copiosa quantità di diritti, si che il ricorso all'art. 6 C.E.D.U. da parte dei singoli sarebbe limitato in termini assoluti. Lasciare inoltre la qualificazione della fattispecie – presupposto per l'applicazione della norma convenzionale sull'equo processo – alla sola interpretazione compiuta sulla scorta del diritto interno significa anche introdurre delle possibili disparità di trattamento tra i ricorrenti provenienti da paesi diversi. Uno stesso fatto potrebbe ricevere, invero, qualificazioni dissimili. I principi, alla luce dei quali interpretare la situazione giuridica dedotta in giudizio, potrebbero mutare a seconda dell'ordinamento giuridico dal quale i criteri provengono. Di qui la necessità del ricorso, anche per la qualificazione dei *civil rights and obligations*, al concetto di nozioni autonome.

L'esercizio di un pubblico potere da parte di un ente non è idoneo a sottrarre la fattispecie oggetto della controversia dalla qualificazione di diritto avente carattere civile. Seguendo tale ultima affermazione si rinvencono copiose sentenze della Corte C.E.D.U. che consentono l'applicazione dell'art. 6 cit. a procedimenti aventi ad oggetto *diritti* inerenti settori tradizionalmente qualificati come pubblici. Sono sempre stati connotati di questo carattere, ad esempio, le posizioni giuridiche soggettive che traggono la loro origine dalle prestazioni assistenziali erogate dal c.d. *welfare State* proprio del caso in esame *Schuler-Zraggen/Svizzera*, o come i procedimenti riguardanti l'obbligo di versare i contributi assicurativi. È innegabile, infatti, che i rapporti tra i singoli cittadini e lo Stato si sono, nei cinquanta anni trascorsi dall'adozione della Convenzione, inconfutabilmente modificati, anche in ragione dell'aumento della presenza di norme statali nei rapporti di diritto privato.

La Corte, pertanto, è stata nel tempo sempre più spesso interrogata affinché si verificasse, alla luce dei mutamenti di rapporto indicati, il grado di tutela giuridica riconosciuta ai singoli nelle loro relazioni con le amministrazioni. Il filo rosso che lega le sentenze riportate è la consapevolezza, in capo ai giudici C.E.D.U., che le azioni nel diritto interno, discendenti dal diritto pubblico, rientrano, invece, nel campo di applicazione dell'articolo 6 per l'aspetto *civile*, quando l'esito del procedimento è determinante per i diritti e le obbligazioni di carattere privato del ricorrente.

Il caso in esame è stato introdotto innanzi alla Commissione dal Governo della Confederazione elvetica il 25 maggio ed 5 agosto del 1992 nel periodo di tre mesi previsto dall'art. 32, § 1 e dall'art. 47 della Convenzione EDU. La causa è stata originata dal ricorso (n. 14518/89) contro la Svizzera presentato il 29 dicembre 1988 innanzi alla Commissione dalla cittadina svizzera Margrit Schuler-Zraggen. ai sensi dell'art. 25 CEDU. La ricorrente si era sposata nel 1972 e viveva a Schattdorf nel Cantone di Uri.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

La sig.ra Schuler-Zraggen inizia a lavorare nel 1973 per una industria denominata D. at Altdorf con sede nel Canton di Uri. Va tenuto conto che il suo datore di lavoro è sempre stato regolare nel versamento dei contributi assistenziali e previdenziali alle competenti autorità elvetiche.

Nella primavera del 1975 la ricorrente contrae la tubercolosi polmonare, sì che l'anno successivo la sig.ra Schuler-Zraggen inoltra richiesta per ottenere una pensione. Ella sosteneva la sua impossibilità di proseguire il lavoro in ragione della malattia contratta. L'Ufficio competente (Ausgleichskasse) del Schweizerische Maschinen - und Metallindustrie con decisione del 24 settembre 1976 le riconosce una pensione di invalidità per il periodo corrispondente dal 1° aprile all'ottobre del 1976, anche se per la metà dell'assegno mensile che normalmente viene erogato. La ditta per la quale la ricorrente lavora la licenzia con effetti dal 1 gennaio 1979, proprio in ragione della sua malattia.

Nel marzo 1980, in seguito ad una nuova istanza della sig.ra Schuler-Zraggen avanzata per l'ottenimento di una pensione completa, il competente ufficio stabilisce che la stessa è fisicamente e mentalmente inidonea a lavorare e decide per la corresponsione di una pensione piena con decorrenza dal 1° maggio 1978. Nel 1981 e 1982 l'autorità elvetiche riprendono in esame il caso e confermano la corresponsione della pensione di invalidità. La ricorrente, però, nel maggio del 1984 dà alla luce un bambino. L'anno dopo, quindi, la IV-Kommission del Cantone URI chiede alla sig.ra Mrs Schuler-Zraggen di sottoporsi ad un nuovo esame relativo alla sua invalidità davanti all'autorità medica centrale con sede in Lucerna (Medizinische Abklärungsstelle der Invalidenversicherung). In base alle risultanze degli esami e dai reports (Konsilien) il centro medico conclude per una invalidità al 60/70%, sì che nel marzo del 1986 l'Ausgleichskasse cancella con effetto dal 1 maggio 1986 la pensione della sig.ra Schuler-Zraggen pari a 2,016 franchi svizzeri (CHF). La motivazione della scelta risiede nel fatto che la vita familiare della ricorrente era cambiata con la nascita del figlio che la sua malattia era migliorata sì che ella al 60-70% era abile per badare alla sua famiglia ed al suo figlio.

La sig.ra Schuler-Zraggen impugna la decisione richiamata innanzi alla Commissione d'appello del Rekurskommission für die Alters – Hinterlassenen - und Invalidenversicherung. Innanzi a questa Commissione la ricorrente non ha la possibilità di estrarre copia dei documenti di causa, ma solo il diritto di prenderne visione. Successivamente, precisamente l'11 agosto 1987, la signora Schuler-Zraggen scrisse alla commissione del ricorso con il dire che ella necessitava di entrare in possesso di tutti i documenti e le relazioni di esperti, al fine di valutare le prospettive di successo nella sua azione legale: scintigrafia di perfusione, un test di funzione polmonare, analisi del sangue ed analisi di gas e un plethysmogram, etc. Riceve risposta che ella su questi documenti aveva solo un diritto di visione.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Il 20 agosto 1987 la signora Schuler-Zgraggen presentò ricorso amministrativo davanti al Tribunale federale delle assicurazioni contro la decisione della commissione di ricorso. La ricorrente concluse il ricorso chiedendo in via principale il riconoscimento una pensione completa ed in via subordinata anche l'ottenimento di tutta la documentazione che la riguardava. Il Tribunale federale delle assicurazioni con sentenza del 21 giugno 1988, ritenne la Schuler-Zgraggen abile al lavoro al 33,33% e che quindi non poteva beneficiare di una mezza pensione. Il Tribunale, poi, sosteneva di non avere elementi utili per valutare se la stessa si trovasse in difficoltà finanziarie, e che siccome non vi era alcuna prova dinanzi ad esso su questo punto rimetteva quindi il caso all'autorità di prima istanza. Questa il 17 luglio 1989, statuiva l'impossibilità per la signora Schuler-Zgraggen di pretendere una mezza pensione in quanto il suo reddito nel 1986, 1987 e 1988 aveva superato di gran lunga i massimali applicabili in quegli anni ai "casi estremi" di necessità.

La sig.ra Schuler-Zgraggen introduce il ricorso alla Corte CEDU sostenendo di essere vittima della violazione dell'art. 6 C.E.D.U., ritenendo che alla stessa non è stato garantito un processo equo.

La parte preliminare della sentenza riporta l'aspetto che maggiormente interessa, ossia quello relativo alla determinazione della natura civile dei diritti e obblighi che ella reputava violati.

Sul punto la Corte richiama numerosi sui precedenti relative all'applicabilità dell'art. 6, par. 1 a le questioni che nascono da controverso in tema di assistenza sociale (*Feldbrugge v. the Netherlands and Deumeland v. Germany*, sentenza del 29 maggio 1986, in Series A nos. 99 and 100)

La Corte rivela una diversità esistente nella legislazione e nella pratica degli Stati membri della CEDU relativamente alla natura del diritto ed alle prestazioni assistenziali, previdenziali e sociali. In ogni caso lo sviluppo della legge porta l'applicazione dell'art. 6 nel campo dell'assicurazione sociale, inclusa l'assistenza ed il *welfare* (*Salesi v. Italia*, sentenza del 26 febbraio 1993, Series A no. 257-E, pp. 59-60, para. 19). Come già deciso in altri precedenti, l'intervento dello stato non era sufficiente a determinare l'inapplicabilità dell'art. 6 in questi caso. La ricorrente, infatti, dalla condotta delle autorità svizzere non è stata colpita solo nel suo rapporti con le autorità amministrative in quanto tali, ma la stessa ha anche subito una chiara interferenza con i suoi mezzi di sussistenza. Le decisioni amministrative in tema di assistenza previdenziale hanno necessariamente natura patrimoniale, e come tali sono posizioni giuridiche rientranti in una nozione autonoma di diritto civile avente oggetto patrimoniale. Per tale ragione l'art. 6 C.E.D.U. è applicabile alle controversie relative alla violazione di diritti derivanti da prestazioni assistenziali e previdenziali. Non rileva, prosegue la Corte sulla scia di sue numerose sentenze, che anche in questo caso che il diritto che si qualifica come privato nasca dall'azione dei pubblici poteri.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

La controversia è stata qualificata di notevole importanza rientrando nelle previsioni di cui all'art. 6 par. 1, che la stessa Corte afferma essere strumento in mano al cittadino per squarciare il velo della lentezza della macchina burocratica degli Stati. La Corte europea ha concluso per la violazione da parte della Svizzera dell'art. 6 C.E.D.U. e non solo (art. 14).

Precedenti:

Si veda *Feldbrugge v. the Netherlands and Deumeland v. Germany*, sentenza del 29 maggio 1986, in *Series A nos. 99 and 100*; *Salesi v. Italia*, sentenza del 26 febbraio 1993, *Series A no. 257-E*, pp. 59-60, para. 19.

Profili di diritto interno:

Corte cost., sent. 11 del 2009, *sul diritto degli stranieri alla pensione di inabilità*;

Corte cost., 7 maggio 2008, n. 148, sulla non cumulabilità delle prestazioni previdenziali per l'esigenza di contenimento della spesa, che in ogni caso non possono pregiudicare le esigenze di vita del beneficiario.

Riferimenti bibliografici:

S. TAMIETTI, *La nozione di diritti e obbligazioni di carattere civile ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giustizia*, 1-2, 2000.

R. BLACKBURN, J. POLAKIEWICZ, *Fundamental rights in Europe*, Oxford, 2001.

(28.02.2010)

diritti-cedu.unipg.it



Principi e tutela penale

■ - Principi del diritto penale

- . I principi di legalità e di irretroattività
- . Il principio di determinatezza
- . Il principio di offensività
- . Colpevolezza, umanità della pena e punibilità

■ - Le fattispecie incriminatrici

- . Delitti contro la persona
- . Reati di opinione e reati contro l'onore
- . La tutela della libertà di religione
- . Reati contro l'ordine pubblico



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Sezione: **Principi e tutela penale** - Principi del diritto penale – *I principi di legalità e di irretroattività*

Titolo: *La stabilità della norma scritta, la temporaneità della iuris dictio: statica e dinamica del "delitto" e del "castigo"*

Autore: **DANIELA FALCINELLI**

Sentenza di riferimento: Corte Costituzionale, sentenza 12 ottobre 2012, n. 230

Parametro convenzionale: Art. 7 CEDU

Parole chiave: Principio di legalità; retroattività favorevole della legge penale; diritto "vivente"; overruling giurisprudenziale

Sommario: 1. "Scrivere" la norma penale, "leggere" la norma penale: due azioni a confronto; 2. Premessa sulla teoria del parametro convenzionale interposto, ex art. 7 CEDU; 3. Focus sugli argomenti della Corte: la ragionevole eterogeneità tra norma scritta ed interpretazione giurisprudenziale.

1. Molteplici e discordanti, sincroniche e diacroniche, le correnti interpretative che fanno il quadro "vivente" delle norme penali reclamano da tempo la ri-definizione di un equilibrio tra il momento della produzione legislativa e quello della applicazione giurisprudenziale, che segna l'esistenza giuridica della disposizione "dichiarandone" un certo significato normativo. Con l'espressione diritto vivente si intende infatti il diritto interpretato e applicato dai giudici, il diritto che "vive" in una interpretazione giurisprudenziale consolidata o costante, insomma il diritto che la giurisprudenza determina e quindi in un certo senso stabilizza. Meglio ancora: è il diritto "effettivo" in quanto accertato dall'ordinamento attraverso la mediazione giudiziale dell'interprete.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Nel panorama del diritto penale moderno questo tema classico del rapporto tra il "giudice" e la "legge" è stato ampiamente riaffrontato. Basti pensare alla diffusione dell'orientamento secondo cui il principio di irretroattività delle norme penali – principio comune a tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati membri dell'U.E., parte integrante dei principi generali del diritto di cui il giudice comunitario deve garantire l'osservanza, nonché diritto dell'uomo alla stregua della CEDU – impedisce l'applicazione retroattiva delle nuove interpretazioni giurisprudenziali sfavorevoli all'accusato ogni qual volta il loro risultato non si attesti ragionevolmente prevedibile già nel momento in cui la violazione è stata commessa, alla luce dell'interpretazione vigente a quell'epoca nella giurisprudenza con riguardo alla disposizione in considerazione (v. Corte giustizia, sez. II, 8 febbraio 2007, *Groupe Danone c. Commissione delle Comunità europee* - causa C-3/06 P, in Cass. Pen., 2007, p. 2200). Ebbene, lo stesso tema si è imposto anche alla sensibilità nazionale, che l'ha indagato adottando un approccio interrogativo: per vagliare se l'interprete - per questa via - partecipi o meno alla formazione "alla fonte" del diritto criminale.

Specificamente interrogata sul punto, la Corte costituzionale ha risposto con la sentenza n. 230 del 12 ottobre 2012. Si separano così - nella motivazione della decisione - le due dimensioni della norma penale: da un lato sta l'interpretazione, dall'altro la disposizione scritta. In dettaglio, da un lato sta la peculiarità della funzione nomofilattica della Corte di cassazione, ed in particolare delle sezioni unite, che postula la "tendenziale" uniformazione della giurisprudenza successiva alla "nuova" lettura interpretativa del fatto di reato assunta dal Consesso Supremo; dall'altro lato stanno i fenomeni normativi che - generali ed astratti, abrogativi ed abolitivi - la norma modificano nel tempo "riscrivendola". In entrambi i campi si può assistere ad una evoluzione "favorevole", che ridefinisca e restringa i confini dei fatti previsti dalla legge come reato, col risultato ultimo di consentire trattamenti radicalmente differenziati rispetto ad autori di fatti analoghi. Pure, secondo la Corte Costituzionale si tratta di situazioni non avvicinabili.

Se è vero che l'orientamento espresso dalla decisione delle sezioni unite è indirizzato a creare una lettura della norma stabilmente e generalmente omogenea, trattasi comunque di un intervento non cogente (in un ordinamento come quello italiano, di c.d. civil law, basato sul principio politico-giuridico della separazione dei poteri), e piuttosto "persuasivo", suscettibile di essere disatteso dall'operatore del diritto col supporto di adeguata motivazione. La "tangibilità" della decisione del giudice - anche se giudice di legittimità ed anche se espressione di funzione nomofilattica - non si accosta dunque agli effetti obbligatori propri della legge abrogativa e della declaratoria di illegittimità costituzionale, che incidono invece "definitivamente" sul dato letterale "scritto". Con questa logica, la Corte Costituzionale esclude rispetto all'overruling giurisprudenziale favorevole la capacità di travolgere il principio di intangibilità della res iudicata penale, espressivo dell'esigenza



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

di certezza dei rapporti punitivi: esattamente, nega una "manipolazione" costituzionalmente necessaria dell'art. 673 c.p.p. con la quale rendersi revocabile il giudicato di condanna nel caso di sopravvenienza d'una lettura giurisprudenziale che - in bonam partem - escluda la rilevanza penale del fatto per il quale la condanna stessa è intervenuta.

Segnatamente il Tribunale di Torino, sollevando la questione decisa dalla Corte costituzionale, si era proposto l'obiettivo di "far dettare" l'equiparazione tra l'uno e l'altro fenomeno - ovvero, tra revirement giurisprudenziale "decriminalizzante" e vicenda abrogativa della norma incriminatrice - in modo da incanalare entrambi nei percorsi del principio di retroattività della lex mitior, come disciplinato dall'art. 2 c.p., e quindi entrambi annodare al regime di revocabilità del giudicato in executivis ai sensi dell'art. 673 c.p.p. La spinta verso questa direzione sarebbe fornita dalla solida giurisprudenza della Corte EDU, che attorno all'art. 7 CEDU ha costruito un concetto sincretico e "sostanziale" di «diritto», formato da norme di produzione legislativa e da norme del "diritto giurisprudenziale", ossia dalle fattispecie che fuoriescono dalla applicazione processuale dei testi scritti. Una nota uniforme si avvede pure da parte del giudice interno: con la sentenza "Beschi" del 2010 (Cass., sez. un., 21 gennaio 2010, n. 18288, Beschi, in CED. Cass., n. 246651) le sezioni unite penali della Corte di cassazione hanno ritenuto rilevante il mutamento di giurisprudenza segnato dall'intervento nomofilattico ai fini del superamento del c.d. giudicato esecutivo (formula designante la preclusione sancita dall'art. 666, comma 2, c.p.p.). In particolare, le sezioni unite penali hanno inteso in ipotesi integrato un nuovo elemento di diritto e quindi ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata. Il distinguo con la fattispecie portata davanti alla Corte Costituzionale è tuttavia nitido anche agli occhi del giudice a quo torinese, che qui ammette l'insufficienza di un semplice intervento interpretativo posto in essere dal giudice ordinario: occorre piuttosto superare il confine che il divieto di analogia eleva di fronte agli eccezionali (ex art. 14 disp. prel. c.c.) presupposti operativi dell'istituto della revoca, di cui all'art. 673 c.p.p. Ecco allora che si invoca l'intervento del Giudice delle Leggi, e si promuove l'adeguamento della norma - tra l'altro (oltre agli artt. 5 e 6 CEDU, in tema di diritto alla libertà e alla sicurezza e di equo processo) - al principio europeo di "legalità allargata" ex art. 7 CEDU, tramite l'interposto parametro dell'art. 117, comma 1, Cost.: sì da rendere revocabile la sentenza di condanna passata in giudicato (e le pronunce ad essa assimilate) anche nel caso di «mutamento giurisprudenziale», determinato da una decisione delle sezioni unite.

2. La decisione della Corte costituzionale disattende con rigore la censura di violazione dell'art. 117, comma 1, Cost. per asserito contrasto con l'art. 7 CEDU, e sgombra il campo da improbabili

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

quanto inaccettabili visioni "riduttive" del principio-limite fissato dall'art. 25, comma 2, Cost. nella forma della riserva di legge penale nazionale.

Il ragionamento non fatica a rintracciare come base della invocata censura la teorica impostata dalle "sentenze gemelle" del 2007 (Corte cost., sentenze n. 348 e n. 349 del 2007), che ammette come «norme interposte» rispetto al parametro costituzionale le disposizioni della CEDU nel significato loro attribuito dalla Corte EDU, per cui trattasi di obblighi internazionali che vincolano la conformazione della legislazione interna (v. Corte cost., n. 1, n. 80, n. 113, n. 236, n. 245 e n. 303 del 2011, n. 78 del 2012). Nella specie, il giudice a quo ha ricostruito la «norma interposta» nel combinarsi di due profili dell'art. 7 CEDU estrapolati dalle pronunce della Corte di Strasburgo: il primo, portato alla luce dalla sentenza Scoppola del 2009 resa dalla Grande Camera (Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia), che vi ha riconosciuto sancito anche il principio di retroattività della norma penale più mite. L'altro, già consolidatosi nella giurisprudenza della Corte europea, per cui in seno al principio di legalità prescritto dall'art. 7 CEDU il concetto di «diritto» include sia il diritto di matrice legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale, entrambi votati a "definire" il precetto penale (cfr., tra le più recenti, Corte EDU, 24 maggio 2007, Dragotoni e altro c. Romania; Corte EDU, 12 febbraio 2008, Kafkaris c. Cipro; Corte EDU, Grande Camera, 17 maggio 2010, Kononov c. Lettonia; Corte EDU, 7 febbraio 2012, Alimuçai c. Albania; Corte EDU, 6 marzo 2012, Huhtamäki c. Finlandia).

Nel fermo obiettivo di schermare il sistema penale italiano da derive interpretative etichettate come "convenzionalmente necessarie", la Corte costituzionale ricorda la ratio di garanzia democratica che storicamente ha fatto l'inchiostro dell'art. 25 della Costituzione italiana: è il Parlamento l'organo "riservato" alla produzione normativa in campo criminale, il che «preclude una meccanica trasposizione nell'ordinamento interno della postulata equiparazione tra legge scritta e diritto di produzione giurisprudenziale». Tant'è: le disposizioni della CEDU sono suscettibili di integrare il parametro di rinvio di cui all'art. 117, comma 1, Cost. se e nella misura in cui si dimostrino - per come interpretate dalla Corte di Strasburgo - non in conflitto con altre regole della Carta Fondamentale (cfr. Corte cost., sentenze n. 93 del 2010, n. 113, n. 236 e n. 303 del 2011). Puntualizzazione, questa, volutamente rimarcata dalla Consulta, come supremo punto fermo in un quadro decisionale che pure trova la sua soluzione tranciante altrove: è difatti incontestabile che non è ai Giudici di Strasburgo che si deve l'enunciazione di un principio di "assoluta" applicazione retroattiva della lex mitior. Del resto nel sistema italico una simile retroattività è pacificamente fondata sul generale principio di eguaglianza, sicché rimane suscettibile di deroghe in presenza di adeguate ragioni giustificatrici (così Corte cost., sentenze n. 393 e n. 394 del 2006, n. 215 del 2008 e n. 236 del 2011). Né si deve alla Corte EDU l'enunciazione del principio "plasmato" dal giudice a



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

quo, in base al quale un mutamento di giurisprudenza in senso favorevole all'autore del fatto imporrebbe la revoca delle sentenze di condanna già passate in giudicato.

3. La prospettiva di una evocata "fusione" tra diritto di produzione legislativa e diritto frutto dell'interpretazione giurisprudenziale rimane quindi "delusa" dalla pronuncia della Consulta, attenta alla peculiare struttura del sistema delle fonti giuridiche italiane.

Al nocciolo della questione, il problema ermeneutico, e quindi il «mutamento giurisprudenziale», era quello relativo alla sfera soggettiva di applicabilità della contravvenzione di omessa esibizione dei documenti di identità e di soggiorno da parte dello straniero. La riscrittura della norma incriminatrice di cui all'art. 6, comma 3, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (operata dalla l. 15 luglio 2009, n. 94) aveva posto davanti alle Sezioni unite la questione: se il paradigma punitivo fosse riferibile agli stranieri irregolarmente presenti nel territorio dello Stato, in continuità con il passato dettato normativo (come ritenuto da Cass., sez. I, 23 settembre 2009, n. 44157, in CED. Cass., n. 245555; Cass., sez. I, 20 gennaio 2010, n. 6343; Cass., sez. I, 30 settembre 2010, n. 37060), o piuttosto la fattispecie punita ricorresse solo con riguardo agli stranieri regolarmente soggiornanti. Il Supremo Consesso, con la sentenza 24 febbraio 2011, n. 16543, Alacev, si è spostato verso quest'ultima linea ricostruttiva, riconoscendo determinata una parziale abolitio criminis che ha estromesso dalla norma contravvenzionale, con gli effetti dell'art. 2, comma 2, c.p., le fattispecie realizzate dagli stranieri c.d. irregolari.

"A valle" di questo pronunciamento, il Tribunale di Torino, in veste di giudice dell'esecuzione, si è trovato destinatario della richiesta del pubblico ministero di revoca parziale di una sentenza di patteggiamento per un fatto commesso - l'11 giugno 2010 - successivamente all'entrata in vigore della novella del 2009. Ciò ha consentito al Giudice delle Leggi di ricalibrare la portata della sollevata questione, non avendosi qui a che fare una legge posteriore alla perpetrazione del reato e che sia stata adottata prima della pronuncia definitiva. Al riguardo, i Giudici costituzionali chiariscono come l'art. 673 c.p.p. prenda letteralmente in considerazione due eventi – l'abrogazione e la dichiarazione di illegittimità costituzionale – il cui comune effetto è di espungere dall'ordinamento la norma incriminatrice in applicazione della quale è stata emessa la sentenza irrevocabile; effetto "diretto" che secondo la giurisprudenza di legittimità (cfr., in particolare, Cass., sez. VI, 5 novembre 2010, n. 9028, in CED. Cass., n. 249680; Cass., sez. I, 29 aprile 2011, n. 20130, ivi, n. 250041; Cass., sez. I, 28 aprile 2011, n. 22105, ivi, n. 249732) si rinviene anche per la dichiarazione di incompatibilità della norma con il diritto dell'Unione europea sancita con sentenza



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

della Corte di giustizia, in quanto ostacolo generale a che i giudici nazionali possano continuare a considerare il disposto quale parametro di decisione.

I fenomeni dell'interpretazione, in primo quelli di revisione esegetica ed ancorché conseguenza di decisioni delle sezioni unite, non accedono a questo spazio applicativo - secondo la Corte costituzionale, come già secondo la assodata posizione della Cassazione - perché privi di effetti vincolanti nei confronti dei giudici chiamati ad occuparsi di fattispecie analoghe (Cass., sez. I, 11 luglio 2006, n. 27121, in CED. Cass., n. 235265; Cass., sez. I, 13 luglio 2006, n. 27858, ivi, n. 234978; Cass., sez. I, 21 dicembre 2011, n. 545, in Dir. Pen. e Processo, 2012, p. 304). La Corte costituzionale respinge così in sequenza anche la censura di violazione dell'art. 3 Cost. per continuarsi a punire - omettendo di prevedere la revoca della sentenza definitiva di condanna - chi ha commesso un fatto che non costituisce reato alla stregua del «diritto vivente» sopravvenuto, determinato da una decisione dell'organo della nomofilachia. Tutte negazioni coerenti con un sistema costituzionale che - conforme alla tradizione degli ordinamenti di civil law - non attribuisce efficacia vincolante, ma solo "persuasiva", al precedente giurisprudenziale e di contro ammette la ragionevole assegnazione di una forza derogatrice del principio di certezza del diritto, sub specie di intangibilità della res iudicata, a soli eventi oggettivamente "stabili" e di portata cogente "generale": così l'abrogazione legislativa o la dichiarazione di incostituzionalità. Difatti, il limite dei soli effetti inter partes delle decisioni giurisdizionali viene valicato dal sistema di giustizia costituzionale in quanto "positivamente" assegnatario di un simile potere "costruttivo" dell'ordinamento, che si esplica attraverso l'annullamento delle leggi incostituzionali ovvero la declaratoria di illegittimità incostituzionale di una norma ritenuta costituzionalmente necessaria.

All'"oggettività" di questi eventi - saldata in un testo di legge, che ne fissa gli effetti generali e vincolanti - il Giudice delle Leggi contrappone la necessaria "soggettività" del fenomeno interpretativo, rimarcando come l'indirizzo espresso dalla decisione delle sezioni unite, pur nella sua particolare forza "orientativa", resta intrinsecamente "instabile", potendo essere contraddetto in qualunque momento da qualsiasi giudice (sia pure con l'onere di una congrua motivazione), ivi compreso lo stesso consesso riunito (Corte cost., sentenze n. 91 del 2004 e n. 117 del 2012). In effetti la Corte fa così eco alla Cassazione civile, che nella sentenza delle sezioni unite n. 15144 del 2011, al momento di riconoscere una "condizionata" praticabilità del prospective overruling al fine di evitare la ricaduta sfavorevole d'un improvviso revirement relativo a norme processuali, ha tenuto ben fermo il distinguo tra "fonte del diritto" ed interpretazione giurisprudenziale: la valenza soltanto dichiarativa di quest'ultima si vede radicata nella stessa funzionalità dell'esegesi, che è geneticamente limitata ad individuare una tra le possibili aree semantiche del testo (Cass. civ., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144, in CED. Cass., n. 617905). Ma non solo. A ben guardare, l'approdo



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

della Corte costituzionale nemmeno si scosta dall'ottica in cui è stato recentemente inquadrato il fenomeno del mutamento giurisprudenziale favorevole dalle sezioni unite "Beschi" della Cassazione penale, appunto nel segno di una piena valorizzazione della distinzione tra "disposizione" e "norma": nel senso di tener separato l'enunciato appartenente alla fonte del diritto (la disposizione), dal significato ascrivito allo stesso a seguito di interpretazione (la norma).

Nelle righe della pronuncia, la Corte dà allora rilievo dirimente tanto alla considerazione che la retroattività in mitius concerne, in ogni caso, la sola successione di «leggi», tanto al generale carattere di obbligatorietà dell'intervento di revoca del giudicato previsto dall'art. 673 c.p.p., che ne preclude l'estensione al fenomeno interpretativo e quindi al mutamento giurisprudenziale. L'obbligo di revoca discenderebbe altrimenti da un dato - l'interpretazione - che obbligatorio non è. Del resto è principio costituzionale quello per cui il giudice è soggetto soltanto alla legge (art. 101, comma 2, Cost.), e non già al "precedente" nemmeno delle sezioni unite della Cassazione; né è prevista alcuna sanzione per il mancato rispetto (da parte di qualsiasi giudicante) di un simile dovere di attenersi allo stare decisis. Il "costo" della soluzione contraria - estensiva della revocabilità del giudicato ex art. 673 c.p.p. - sarebbe infine l'introduzione di un "vincolo del precedente" che il sistema non conosce e non ammette, peraltro limitato in verticale in quanto valevole solo rispetto al giudice dell'esecuzione.

Simul stabunt simul cadent, cadono con ciò automaticamente, secondo la Corte, anche le residue censure di violazione degli artt. 13 e 27, comma 3, Cost. (a presidio della inviolabilità della libertà personale e della funzione rieducativa della pena): censure fondate sulla stessa inaccettabile equazione tra affermazione giurisprudenziale e creazione di nuovo diritto, che «comporterebbe la consegna al giudice, organo designato all'esercizio della funzione giurisdizionale, di una funzione legislativa, in radicale contrasto con i profili fondamentali dell'ordinamento costituzionale».

La ferma illustrazione delle ragioni dell'inavvicinabilità tra i due fenomeni - l'uno di produzione legislativa, l'altro di interpretazione giurisprudenziale - conduce così alla conclusiva immagine di una alterità che non è superabile col richiamo ad un concetto di diritto ex art. 7 CEDU, inevitabilmente "allargato" per rivolgersi anche ai sistemi di c.d. common law. Piuttosto, l'alterità si rinsalda attraverso considerazioni intra-sistematiche. Da un canto, parlare di "generale stabilità" della "legge penale" finisce per puntualizzarne la necessaria e regolare "non temporaneità" implicata dalla disciplina dell'art. 2 c.p. (salva l'eccezione di una temporaneità stabilità dalla legge stessa, ex art. 2, comma 5, c.p.); d'altro canto, l'instabilità-flessibilità che ammantava l'interpretazione del giudice non fa che sintetizzarne quei tratti "individuali" e di necessaria, intrinseca, temporaneità che lasciano la dimensione esegetica estranea agli effetti dell'intertemporalità legislativa.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Sottolineare - come fa la Corte - che il dato caratterizzante la legge penale è quello della "obbligatorietà generale", pare avere un preciso obiettivo, che si spinge ben oltre i confini della questione di legittimità posta, a riconfermare come in campo penale - a tutt'oggi - il potere di produzione normativa spetta alle sole fonti interne del diritto. Così è pure col nuovo disegno di competenze tracciato dal TFUE (l'art. 83, comma 1, assegna difatti a Parlamento europeo e Consiglio il potere di stabilire norme minime relative alla definizione di reati e sanzioni, in quelle sfere di criminalità connotate da particolare gravità e da dimensione transnazionale): nel solco della tradizione la competenza penalistica rimane comunque fuori dall'area gestibile a mezzo di Regolamento comunitario, unica fonte di effetto vincolante immediato e generale sull'intero territorio nazionale.

Riferimenti bibliografici

S. De Flammineis, Sull'applicazione retroattiva di un'interpretazione giurisprudenziale in favore del reo, in *Dir. Pen. e Processo*, 2012, 6, pp. 743 ss.

O. Di Giovine, Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale, in *Studi in onore di M. Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, pp. 2197 ss.

M. Gambardella, Eius est abrogare cuius est condere. La retroattività del diritto giurisprudenziale favorevole, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2012.

V. Manes, Art. 7, in *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, Padova, 2012.

E. Nicosia, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006.

V. Napoleoni, Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo, in *DPC - Riv. trim.*, 3-4/2012, pp. 164 ss.

F. Palazzo, Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penalistiche (a proposito della retroattività favorevole), in *Dir. Pen. e Processo*, 2012, 10, pp. 1173 ss.

R. Russo, Il ruolo della law in action e la lezione della Corte europea dei diritti umani al vaglio delle Sezioni unite. Un tema ancora aperto, in *Cass. Pen.*, 2011, pp. 26 ss.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

V. Zagrebelsky, La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale, in La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano, a cura di V. Manes, V. Zagrebelsky, Milano, 2011, pp. 69 ss.

C. M. Zanotti, L'indiscutibile rilevanza delle norme CEDU e delle sentenze della Corte Europea: il principio di legalità "allargata" e la "vincolatività" dei mutamenti giurisprudenziali, in Foro Ambr., 2010, pp. 73 ss.

(17.03.2013)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

***L'alba del concorso "eventuale" nel reato di associazione mafiosa:
la garanzia della legalità penale contro le nebbie della giurisprudenza***

- Sezione:** **Principi e tutela penale** - Principi del diritto penale – *I principi di legalità e di irretroattività*
- Titolo:** *L'alba del concorso "eventuale" nel reato di associazione mafiosa: la garanzia della legalità penale contro le nebbie della giurisprudenza*
- Autore:** **DANIELA FALCINELLI**
- Sentenza di riferimento:** Corte europea dei diritti dell'uomo, Quarta Sezione, Decisione del 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia (n. 3)* (ricorso n° 66655/13)
- Parametro convenzionale:** Art. 7 § 1 CEDU
- Parole chiave:** Principi di irretroattività; determinatezza e tassatività della legge penale; conoscibilità del precetto penale.

Sommario. 1. Il fatto, le sentenze delle autorità giudiziarie italiane, le norme penali applicate; 2. I termini di violazione dell'art. 7 CEDU nella non "riconoscibilità" dell'interpretazione e dell'applicazione della norma incriminatrice; 3. La matrice giurisprudenziale e il formante delle Sezioni unite: alle origini del concorso esterno nel delitto di associazione mafiosa; 4. Oltre la sentenza di Strasburgo: concorrente esterno – non partecipe, "chi è costui"?

1. Con decisione del 5 aprile 1996 il Tribunale di Palermo ha condannato Bruno Contrada a una pena di dieci anni di reclusione per concorso esterno in associazione di tipo mafioso, ritenendo provato che nel periodo tra il 1979 e il 1988, quale ufficiale di polizia e vice direttore del servizio segreto civile (SISDE), avesse notevolmente contribuito allo svolgimento delle attività e al raggiungimento degli obiettivi di "Cosa Nostra", fornendo ai membri della "commissione provinciale di Palermo" informazioni riservate relative alle indagini e alle operazioni di polizia riferibili agli appartenenti all'associazione in questione. La soluzione della punibilità esprime l'adesione del giudice di prime cure all'approccio esegetico favorevole alla configurazione del concorso eventuale esterno – *ex art. 110 c.p.* – in reato necessariamente plurisoggettivo quale è il delitto *ex art. 416 bis c.p.*, ciò consentendo l'incriminazione del comportamento prestato da chi, pur non facendo parte (non "partecipe") della struttura associativa criminale si presti nondimeno a corroborarla e coadiuvarla. Così, la pronta flessibilità di un simile strumento interpretativo a corrispondere alle istanze politiche e collettive di difesa sociale emerse attorno al fenomeno mafioso, viene dal Tribunale dichiaratamente contrapposta sia alla tesi che del concorrente esterno



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

*L'alba del concorso "eventuale" nel reato di associazione mafiosa:
la garanzia della legalità penale contro le nebbie della giurisprudenza*

nega la figura in termini assoluti, sia alla tesi che ne ammette il rilievo penale nei limitati tratti di specialità autonomamente tipizzati (nel delitto di favoreggiamento personale *ex art. 378 c.p.*, nel delitto di assistenza agli associati *ex art. 418 c.p.*).

La decisione della Corte d'Appello di Palermo, resa il 4 maggio 2001, è di assoluzione: l'insussistenza del fatto si motiva per la ritenuta non sufficienza degli elementi di prova raccolti. La Corte di Cassazione il 12 dicembre 2002 annulla il *dictum* con rinvio, sulla scorta di una inadeguata motivazione della sentenza assolutoria: è l'occasione per precisare l'immagine del *concorrente esterno* in quella di *chi, pur non stabilmente inserito nella struttura organizzativa dell'associazione, operi sistematicamente con i partecipi nel deviare le indagini della polizia improntate a reprimere l'attività criminale della associazione stessa o a perseguire coloro che ne sono coinvolti, fornendo un contributo specifico e concreto per la conservazione e la valorizzazione della stessa associazione.*

La nuova procedura dinanzi alla Corte di Appello di Palermo si conclude il 25 febbraio 2006 con la conferma dei termini di condanna sentenziati dal Tribunale, considerati espressione corretta dei principi elaborati dalla successiva giurisprudenza della Suprema Corte, che in sessione plenaria negli anni a seguire aveva chiarito la configurabilità del concorso esterno in associazione mafiosa. I precedenti in richiamo (Demitry, n. 16 del 5.10.1994; Mannino, n. 30 del 1995; Carnevale n. 22327 del 2002; Mannino, n. 33748 del 2005) sostengono l'argomentazione della punibilità di chi, privo di *affectio societatis* (in altri termini, non inserito nella struttura organizzativa dell'associazione), fornisca un *contributo concreto, specifico, consapevole e volontario, sia esso occasionale o continuo, a condizione che questo contributo risulti efficace per la conservazione ed il rafforzamento del sodalizio, consapevole l'agente del suo ruolo nella realizzazione, anche se parziale, del piano criminale associativo.* L'arresto del giudice di legittimità dell'8 gennaio 2008 "chiude" la vicenda giudiziaria in territorio italiano (*rectius*, verrà rigettata il 24.7.2011 dalla Corte di appello di Caltanissetta la domanda di revisione del processo, e il 25.6.2012 sarà respinto il ricorso avanti alla Corte di Cassazione): la Corte di Cassazione, su ricorso del condannato, dichiara manifestamente infondata la violazione del principio di irretroattività e di prevedibilità della legge penale, sollevata con riguardo all'imputazione per concorso esterno nel reato associativo in quanto – si opponeva - modello di incriminazione di genesi esclusivamente giurisprudenziale e non sufficientemente definito nei suoi contorni al tempo dei fatti contestati.

2. Il resoconto "stenografico" delle pronunce nazionali descrive chiaramente i tratti del "diritto umano" che la Corte EDU si trova a vagliare nella vicenda, e messo a repentaglio col titolo delittuoso formato dal combinato disposto degli artt. 110 e 416 *bis* c.p. L'art. 7 CEDU, sancendo i termini generali del principio "nulla poena sine lege" (O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra*



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

***L'alba del concorso "eventuale" nel reato di associazione mafiosa:
la garanzia della legalità penale contro le nebbie della giurisprudenza***

diritto nazionale e diritto convenzionale, in *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli, 2011, 2197 ss., in part. 2219 ss.; Grande Camera, decisione: *Del Rio Prada c. Spagna*, n. ric. 42750/09, §§ 77-80, CEDU 2013; 27.1.2015, *Rohlena c. Repubblica Ceca*, n. ric. 59552/08, § 50), si presta invero a segnare il divieto di applicazione retroattiva sfavorevole del diritto penale (Decisione del 25.5.1993, *Kokkinakis c. Grecia*, n. ric. 14307/88, par. 52; Grande Camera, decisione del 22.3.2001, *Streeletz, Kessler e Krenz c. Germania*, n. ric. 34044/96-35532/97-44801/98; Grande Camera, decisione del 12.2.2008, *Kafkaris c. Cipro*, n. ric. 21906/04). Ne discende – in generale – il Dovere per la Legge penale di una chiara, certa, definizione dei fatti di reato e delle consecutive sanzioni; e ne discende il Diritto per l'Imputato (ovvero per il Reo) di conoscere al momento del fatto la natura criminale di quanto compie, per il tramite della lettura della disposizione pertinente e, se necessario, con l'aiuto dell'interpretazione che ne è stata data dai tribunali. In altri termini, la previa riconoscibilità di quali atti e omissioni determinino una responsabilità penale vale a rendere il "diritto penale" non retroattivo, perché accessibile e prevedibile, quindi conforme *in parte qua* al precetto convenzionale siglato all'art. 7 (v. per tutte, Decisione del 15.11.1996, *Cantoni c. Francia*, n. ric. 17862/91, par. 29; decisione del 19.9.2008, *Korbely c. Ungheria*, n. ric. 9174/02. Cfr. decisione del 22.11.1995, *C.R. c. Regno Unito*, n. ric. 20190/92, par. 32-34; decisione del 22.11.1995, *S.W. c. Regno Unito*, n. ric. 20166/92, par. 34-36; Grande Camera, decisione del 18.2.1999, *Waite e Kennedy c. Germania*, n. ric. 26083/94, par. 54; Grande Camera, decisione del 25.3.1999, *Pélissier e Sassi c. Francia*, n. ric. 25444/94, par. 67; Grande Camera, decisione del 22.3.2001, *Streeletz, Kessler e Krenz c. Germania*, cit., par. 50; decisione del 28.6.2001, *Glässner c. Germania*, n. ric. 46362/99; decisione del 7.2.2002, *E.K. c. Turchia*, n. ric. 28496/95, par. 51; Grande Camera, decisione del 2.5.2007, *Behrami e Behrami c. Francia*, n. ric. 71412/01; Grande Camera, decisione del 2.5.2007, *Saramati c. Francia, Germania e Norvegia*, n. ric. 78166/01, par. 122; decisione del 12.7.2007, *Jorgic c. Germania*, n. ric. 74613/01, par. 100-101).

Il ricorso promosso sul caso *Contrada* (n. 3) affida quindi alla Corte il compito di verificare se: al momento in cui l'imputato ha commesso il fatto - che ha dato luogo al procedimento penale e alla condanna - esisteva una disposizione legale che prevedeva la punibilità del comportamento contestato; tale illiceità penale fosse oggettivamente comprensibile per l'agente (Grande Camera, decisione del 12.2.2008, *Kafkaris c. Cipro*, cit.; decisione del 19.9.2008, *Korbely c. Ungheria*, cit.); e la pena sancita in virtù di quella disposizione risultasse anch'essa (già) riconoscibile (Grande Camera, decisione del 29.3.2006, *Achour c. Francia*, n. ric. 67335/01, par. 41. Cfr. Grande Camera, decisione del 12.2.2008, *Kafkaris c. Cipro*, cit.; decisione del 20.1.2009, *Sud Fondi e altri c. Italia*, n. ric. 75909/01; decisione del 15.12.2009, *Gurguchiani c. Spagna*, n. ric. 16012/06; decisione del 17.12.2009, *M. c. Germania*, n. ric. 19359/04).



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

*L'alba del concorso "eventuale" nel reato di associazione mafiosa:
la garanzia della legalità penale contro le nebbie della giurisprudenza*

Il classico nodo garantista intrecciato attorno all'irretroattività, alla determinatezza, alla tassatività della legge penale, fa dunque da traccia alle argomentazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, che nella segnalata decisione (<http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc>) si trova al cospetto di un reato – di concorso esterno in associazione mafiosa – di dichiarata “origine giurisprudenziale” (cfr. M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011), nato e vissuto in un contesto di fluidità interpretativa particolarmente marcato, e che a tutt'oggi scorre attorno ai parametri normativi degli artt. 110 e 416 *bis* c.p. In discussione sta quindi la verifica di una applicazione retroattività occulta dell'ipotesi delittuosa in imputazione.

Difatti, si è detto: la formula ricorrente nella giurisprudenza europea, e riprodotta anche nel testo della sentenza in commento, vuole ciascuno messo in grado di conoscere quali azioni od omissioni possano comportare la responsabilità penale ai sensi della pertinente disposizione, non solo in base alla sua formulazione linguistico-grammaticale ma anche avvalendosi dell'interpretazione fornita dai tribunali. In altri termini, deve esistere un sufficiente grado di certezza sulla norma penale (intesa come precetto e come sanzione) da applicare ed applicata, non solo in teoria ma anche in pratica, pena la mancanza di accessibilità e l'efficacia necessaria; spetta allo Stato convenuto dimostrare che queste condizioni sono soddisfatte (vedi, tra le altre, Grande Camera, decisione del 10.9.2010, *McFarlane c. l'Irlanda*, n. ricorso 31333/06, § 107; Grande Camera, *Mifsud c. Francia*, n. ricorso 57220/00, § 15, CEDU 2002-VIII; decisione del 11.2.2010, *Leandro Da Silva c. Lussemburgo*, n. ricorso 30273/07, §§ 40 e 42; Grande Camera, decisione del 25.3.2014, *Vučković e altri c. Serbia*, n. ricorso 17153/11, §§ 71-72). Più esattamente, fermo l'ammettersi dell'utilizzabilità – da parte legislativa - di formule più o meno vaghe nella descrizione dei fatti di rilievo penale, ed in quanto tali aperte ad un'opera interpretativa di progressiva chiarificazione da parte degli organi giudiziari nazionali, ciò che spetta vagliare per contare una “vera” violazione del parametro convenzionale citato si sostanzia nella carenza di un risultato esegetico «pur sempre coerente con la sostanza dell'illecito e ragionevolmente prevedibile» (decisione del 22.11.1995, *C.R. c. Regno Unito*, cit.), in maniera tale da rendere accessibile al singolo la cognizione delle conseguenze della propria condotta.

La premessa così scolpita si riflette esattamente sulla questione del caso: l'ampia dicitura della fattispecie plurisoggettiva eventuale per come scritta all'art. 110 c.p., e l'elasticità dei suoi margini amplificata a contatto con il delitto di associazione mafiosa, hanno trovato una progressiva esplicitazione della portata della forma incriminatrice da parte delle autorità giudicanti dello Stato italiano. Infine, il limite invalicabile che la Corte di Strasburgo si appresta a verificare è la ragionevole prevedibilità, al momento del realizzarsi dei fatti per cui è imputazione, dell'esito interpretativo cui avrebbe potuto condurre il giudizio interno alla luce della precedente



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

*L'alba del concorso "eventuale" nel reato di associazione mafiosa:
la garanzia della legalità penale contro le nebbie della giurisprudenza*

giurisprudenza, pur in presenza di mutamenti delle condizioni socio-culturali che si addensino alla radice di metamorfosi interpretative in divenire.

Così, la statuizione finale del giudice europeo dei diritti umani scrive: violato l'art. 7 CEDU.

3. Difatti, nella vicenda indagata dalla decisione in commento il ricorrente risulta essere stato condannato per "partecipazione esterna" all'associazione mafiosa c.d. "Cosa Nostra" realizzatasi tra il 1979 ed il 1988. Al fianco di questa dinamica fattuale la Corte EDU fotografa un andamento giurisprudenziale di legittimità in cui la prima apparizione del questionato *nomen* – del titolo – del reato si data al luglio del 1987 (Cillari, n. 8092 del 14.7.1987), quando la Corte di Cassazione ne smentisce esplicitamente l'esistenza giuridica, come pure confermerà in successivi giudizi (Agostani, n. 8864 del 27.6.1989; Abbate n. 2342 e Clementi n. 2348 del 27.6.1994). Al contempo, nell'osservatorio del giudice di Strasburgo cadono altre pronunce, che frammentano in diversificati rivoli interpretativi il contestuale quadro applicativo del combinato degli artt. 110 e 416 *bis* c.p.: con la sentenza Altivalle, n. 3492 del 13.6.1987, la Corte Suprema riconosce l'esistenza di una forma di concorso eventuale nell'organizzazione di tipo mafioso nei limiti in cui le volontà di tutte le persone coinvolte nei fatti mirino al raggiungimento di un obiettivo comune; decisioni successive pongono invece l'accento sulla natura episodica delle azioni riconducibili ad una simile figura di concorrente (Barbella, n. 9242 del 4.2.1988; Altomonte, n. 4805 del 23.11.1992; Turiano, n. 2902 del 18.6.1993 e Di Corrado del 31.8.1993).

Solo con la sentenza Demitry pronunciata dalle Sezioni Unite della Suprema Corte il 5 ottobre 1994 – riconosce il giudice Europeo – si ha una tematizzazione in positivo dell'istituto: all'esito si ammette e configura l'esistenza di una concorrenza esterna ed eventuale nei reati di tipo associativo-mafioso quale titolo di imputazione nell'ordinamento giuridico italiano; secondo un approccio che poi è stato confermato in altri arresti del Supremo Consesso sempre in composizioni riunite (Mannino, n. 30 del 27.9.1995; Carnevale, n. 22327 del 30.10.2002; Mannino, n. 33748 del 17.7.2005).

Nei passaggi delle varie voci giurisprudenziali si delinea quindi la specificità della lamentata ed attestata violazione del principio di irretroattività sfavorevole, configurandosi esattamente un mutamento giurisprudenziale *in peius*, in forza del quale viene esteso il contesto di applicabilità di un dato illecito penale (qui, lo si ripete, nascente dal combinarsi degli artt. 110 e 416 *bis* c.p.) a situazioni che ad esso si ritenevano estranee. Argomento, questo, su cui non solo la disamina scientifica italiana ha in effetti mancato di sviluppare un confronto dialettico, per la pacifica efficacia retroattiva assegnata alle operazioni di "normale interpretazione", intese come estranee alla tematica della successione delle leggi penali nel tempo e quindi anche al principio di irretroattività sfavorevole che la governa (cfr. Cass., sez. un., 23.5.1987, Tuzet ed altro). Ma anche



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

*L'alba del concorso "eventuale" nel reato di associazione mafiosa:
la garanzia della legalità penale contro le nebbie della giurisprudenza*

tralasciato dai vari giudici nazionali del caso concreto, "disattenti" avanti alla vistosa segnalazione di *vulnus* che il ricorrente aveva rimarcato sulla scorta dell'ondivaga e "sofferta" espansione evolutiva della portata operativa (di incriminazione) della combinazione normativa codicistica.

Segnatamente. L'un parametro (art. 110 c.p.), prescrive il modello di pari punibilità per chiunque concorra alla realizzazione di un reato, con condotte (materiali e/o morali) tipiche o atipiche ai sensi della fattispecie speciale. L'altro, il delitto di associazione di tipo mafioso (art. 416 *bis* c.p.), al pari dell'associazione per delinquere di cui all'art. 416 c.p., postula l'esistenza di: una pluralità di soggetti attivi (almeno in numero di tre) trattandosi di fattispecie necessariamente plurisoggettiva; una organizzazione che può avere una maggiore o minore articolazione; la forza di intimidazione del vincolo associativo, cui segue una condizione di assoggettamento ed omertà; un metodo adottato dagli associati consistente nell'avvalersi della forza derivante dal vincolo; e, infine, un programma delittuoso volto alla realizzazione di uno dei fini, alternativamente previsti e descrittivamente enunciati nella norma incriminatrice (G. NEPPI MODONA, *Il reato di associazione mafiosa*, in *Dem. e dir.*, 1983, 48; G. INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Bologna, 1996, 70; cfr. Cass. pen., 25.2.1991, n. 6203). Con riguardo a quest'ultimo profilo, l'associazione di tipo mafioso non si limita difatti, come nel caso dell'art. 416 c.p., alla generica commissione di più delitti, ma ricomprende il proposito di «acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici», ovvero di «realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri» e, infine, «impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali».

Se, quindi, nel delineare la tipicità della fattispecie penale il legislatore ha proceduto muovendo da un'analisi empirica della dimensione del fenomeno criminale mafioso, individuandone così i caratteri fondamentali (necessari) nella forza di intimidazione che caratterizza l'associazione e negli ulteriori elementi della condizione di assoggettamento e di omertà che da essa derivano (G. INSOLERA, *L'associazione per delinquere*, Padova, 1983, 318), la stessa spinta induttiva è valsa alla giurisprudenza per allestire uno spazio di incriminazione "aggiuntivo", grazie all'addizione dell'art. 110 c.p., capace di accludere i contributi significativi prestati dall'esterno a favore dell'organizzazione mafiosa.

4. Le statuizioni della giurisprudenza della Corte EDU assumono che spetti in primo luogo alle autorità nazionali interpretare la propria legislazione: il suo ruolo è quindi limitato a verificare la compatibilità con la Convenzione degli effetti di tale interpretazione (Grande Camera, decisione *Waite e Kennedy c. Germania*, n. ricorso 26083/94, § 54, CEDU 1999-I; Grande Camera, *Korbely c. Ungheria*, n. ricorso 9174/02, §§ 72-73, CEDU 2008; Grande Camera, decisione *Kononov c. Lettonia*, ricorso n. 36376/04, § 197, CEDU 2010). L'applicazione dei principi CEDU alla



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

***L'alba del concorso "eventuale" nel reato di associazione mafiosa:
la garanzia della legalità penale contro le nebbie della giurisprudenza***

fattispecie singolare e concreta risolve quindi la questione del caso nel senso che all'epoca dei fatti per cui la parte ricorrente è stata condannata, commessi tra il 1979 ed il 1988, la legge applicabile non definisse chiaramente (e prevedibilmente per il reo) il reato di concorso esterno in associazione mafiosa (e quindi la sua sanzionabilità penale) (decisione del 15.7.2014, *Ashlarba c. Georgia*, n. ricorso 45554/08, §§ 35-41; decisione del 7.2.2012, *Alimucaj c. Albania*, n. ricorso 20134/05, §§ 154- 162). Ciò in quanto a dirimere il conflitto giurisprudenziale in materia sono intervenute per la prima volta le Sezioni Unite solo con l'approdo del 1994, con ciò consolidando – per effetto di quella funzione nomofilattica di cui è ben conscia la Corte, e che nell'orientare l'uniformità dell'interpretazione giudiziale quella dota di una "stabilità relativa" (v. Corte cost., 12.10.2012, n. 230) - uno sviluppo esegetico "apparso" alla fine degli anni Ottanta sulla scena giudiziale. Tanto basta al Giudice di Strasburgo per *riconoscere l'inconoscibilità* del precetto penale *ex artt. 110 e 416 bis c.p.*, o meglio la non prevedibilità della sua valenza ad incriminare e punire il tipo di comportamento realizzato dal ricorrente nel periodo che copre gli anni tra il 1977 ed 1988, quando a governare era la contraddizione degli orientamenti viventi nella giurisprudenza di legittimità; e infine tanto basta per accertare una ipotesi di retroattività occulta che fuoriesce da una interpretazione/applicazione giudiziale corrispondente ai criteri qualitativi di chiarezza e prevedibilità esatti dalla Convenzione.

La portata argomentativa della decisione della Corte EDU sul caso Contrada (n. 3) si dimostra quindi tanto dirimente quanto dirompente, capace di abbracciare nella conclusione dell'accertata violazione dell'art. 7 CEDU ogni vicenda giudiziaria che abbia riguardo all'imputazione per concorso esterno in associazione mafiosa rispetto a fatti che ricadano in una fascia cronologica antecedente all'ottobre del 1994 (*melius*, non successivi alla Sentenza Demitry). Gli interrogativi che lascia in sospeso sono, tuttavia, di dimensioni ancor più considerevoli: il ribadito "rincorrersi" di ben quattro interventi delle Sezioni Unite in ordine agli esatti termini di costruzione dell'illecito in parola, ad oggi chiusi con la pronuncia Mannino (*bis*) del 2005, ed il variare (dal 1994 in avanti) dei requisiti costitutivi, oggettivi e soggettivi, di volta in volta estratti ed identificati dalle riflessioni del Supremo Consesso, legittimano l'ombra dell'incertezza sia sulla riconoscibilità/prevedibilità dell'incriminazione di fatti di c.d. concorso esterno per il passato (dal 1994 ad oggi) sia sul destino futuro di questa forma delittuosa per come lasciata (abbandonata) al diritto vivente.

Difficile, infatti, trovare nella lettura consecutiva degli approdi raggiunti sul tema dalle Sezioni unite, quella *nettezza stabile* dei confini di punibilità dei comportamenti del concorrente non partecipe alla struttura associativa che la Corte EDU richiede per il rispetto del parametro convenzionale.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

*L'alba del concorso "eventuale" nel reato di associazione mafiosa:
la garanzia della legalità penale contro le nebbie della giurisprudenza*

Tracce di memoria. La prima composizione della *querelle*, datata all'intervento del 1994 (Cass., sez. un., 5.10.1994, n. 16, Demitry, in *Cass. pen.*, 1995, 842), aveva riservato alla figura del concorso eventuale nel reato di cui all'art. 416 *bis* c.p. uno spazio limitato alla fase della patologia, dell'emergenza della struttura associativa, per cui il contributo prestato doveva risultare necessario per il mantenimento del sodalizio, e sorretto, come confermerà l'intervento delle sezioni unite del 1995 (Cass. sez. un. Mannino, 14.12.1995, n. 30 in *Cass. pen.*, 1996, 1087) da dolo generico (volontà di contribuire alla sopravvivenza o al rafforzamento dell'associazione) o specifico (con riguardo alla realizzazione del programma criminoso).

Secondo questa sentenza: «il concorrente eventuale è (...) colui che non vuole far parte dell'associazione e che l'associazione non chiama a far parte, ma al quale si rivolge sia, ad esempio, per colmare temporanei vuoti in un determinato ruolo, sia, soprattutto, nel momento in cui la fisiologia dell'associazione entra in fibrillazione, attraversa una fase patologica, che, per essere superata, esige il contributo temporaneo, limitato, di un esterno». Prosegue la Corte, sancendo come «lo spazio proprio del concorso eventuale materiale appare essere quello dell'emergenza nella vita dell'associazione o, quanto meno, non lo spazio della normalità, occupabile da uno degli associati. Tale anomalia, la patologia, poi, può esigere anche un solo contributo, il quale, dunque, può essere anche episodico, estrinsecarsi, appunto, in un unico intervento, ciò che conta, ciò che rileva, è che quell'unico contributo serva per consentire alla associazione di mantenersi in vita».

Nel 2002 le sezioni unite Carnevale (30.10.2002 n. 22327, Carnevale, in *Cass. pen.*, 2003, 3276) hanno confermato la tesi favorevole al concorso esterno, ma ne hanno ridescritto profondamente i tratti: la figura viene ancorata all'effettiva rilevanza causale del contributo prestato dall'agente rispetto al mantenimento o rafforzamento dell'organizzazione, sì da estromettere dall'area di incriminazione *ex artt.* 110 e 416 *bis* c.p. il contributo di mera agevolazione; dal punto di vista psicologico si stringe la colpevolezza al dolo specifico, pur privo della dimensione della *affectio societatis*.

«La necessità del dolo caratterizza il concorso in ogni tipo di reato doloso (...) tenuto conto della concezione monistica del concorso di persone accolta dal nostro legislatore penale, perché si possa affermare che i concorrenti hanno commesso "il medesimo reato", come recita la disposizione dell'art. 110 c.p., necessario che le loro condotte risultino tutte finalisticamente orientate verso l'evento tipico di ciascuna figura criminosa. Nel reato di associazione per delinquere l'evento è la sussistenza dell'operatività del sodalizio (...). Ne consegue — di necessità — che non può postularsi la figura di un concorrente esterno nel cui agire sia presente soltanto la consapevolezza che altri agisca con la volontà di realizzare il programma di cui sopra. Deve al contrario ritenersi che il concorrente esterno è tale quando, pur estraneo all'associazione, della quale non intende far parte,



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

***L'alba del concorso "eventuale" nel reato di associazione mafiosa:
la garanzia della legalità penale contro le nebbie della giurisprudenza***

apporti un contributo che sa e vuole sia diretto alla realizzazione, magari anche parziale, del programma criminoso del sodalizio. Il risultato così raggiunto (...) esige nell'atteggiamento psicologico del concorrente esterno sempre la ricorrenza di un dolo diretto».

Ancora, interverranno le sezioni unite Mannino nel 2005 (12.7.2005, n. 33748, Mannino, in *Cass. pen.*, 2005, 3732) ad apportare una ulteriore riduzione del campo di visibilità del reato: estraneo alla compagine associativa, il concorrente esterno, consapevole del metodo e delle finalità dell'associazione mafiosa, è colui che fornisce un concreto, specifico, consapevole e volontario contributo di effettiva rilevanza causale rispetto alla conservazione o al rafforzamento delle capacità operative dell'associazione, comunque diretto alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso della medesima struttura.

La sentenza in richiamo si è mossa nell'argomentazione guardando all'*incontroversa giurisprudenza* e alla *pressoché unanime asseverazione dogmatica* circa l'*astratta configurabilità della fattispecie di concorso "eventuale" di persone, rispetto a soggetti diversi dai concorrenti necessari in senso stretto, in un reato necessariamente plurisoggettivo proprio, quale è quello di natura associativa*. Ed ha declinato le sue motivazioni rilevando come la efficienza causale in merito alla concreta realizzazione del fatto criminoso collettivo costituisca elemento essenziale e tipizzante della condotta concorsuale, di natura materiale o morale. Ne discende come non ne risulti sufficiente una valutazione "ex ante", risolta in termini di mera probabilità di lesione del bene giuridico protetto, ma sia necessario un apprezzamento "ex post" del singolo contributo concorsuale, in esito al quale sia dimostrata, alla stregua dei comuni canoni di "certezza processuale" (elaborati dalla Sentenza Franzese, Cass., sez. un., 10.7.2002, n. 30328), l'elevata credibilità razionale dell'ipotesi formulata in ordine alla reale efficacia condizionante della condotta atipica del concorrente. Ancora, la Corte ha precisato l'insufficienza del dolo eventuale, inteso come mera accettazione da parte del concorrente esterno del rischio di verificazione dell'evento, ritenuto solamente probabile o possibile insieme ad altri risultati intenzionalmente perseguiti.

Al dibattito manca ancora la parola "fine". Lontana da un *pacifico ed omogeneo sentore*, la giurisprudenza di legittimità è in nuove occasioni intervenuta a dettagliare ulteriori elementi del concorso esterno: un recente filone ha peraltro teso a caratterizzare questa forma criminale con la natura di reato permanente, al pari di quella di partecipazione alla medesima associazione ad opera del soggetto organicamente inserito nel sodalizio (Cass. pen., 10.5.2007, n. 542, Contrada, in *CED Cass.*, n. 23242; Cass. pen., 11.12.2009, n. 4123, B.A. e altro, *ivi*, n. 246101; Cass. pen., 09.03.2012, n. 15727, Dell'Utri, che vi ha riconosciuto un modello di "reato a consumazione alternativa", con un duplice momento consumativo legato, rispettivamente, alla conclusione dell'accordo – corruttivo, politico-mafioso - ovvero all'esecuzione dei patti con esso stipulati). Si



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

*L'alba del concorso "eventuale" nel reato di associazione mafiosa:
la garanzia della legalità penale contro le nebbie della giurisprudenza*

apre allora ben altro scenario, ove si lasciano irrimediabilmente vicini, fino alla inevitabile coincidenza, il partecipe ed il concorrente eventuale esterno. Sembra la "confessione" del dubbio dell'inesistenza di una figura antagonista (o alternativa) al "concorrente necessario", capace (legittimamente) di ampliare lo spazio della punibilità oltre i confini della tipicità stretta attorno al dettato dell'art. 416 bis c.p. (v. le considerazioni sviluppate da V. MAIELLO, *Sul preteso carattere permanente del concorso esterno*, in *Riv. Trim. – Dir. pen. contemp.*, 2014, n. 2, 40 ss., in part. 43 ss.).

Da un ventennio la Suprema Corte ha dunque accolto la tesi favorevole alla configurabilità del concorso eventuale nel reato associativo di stampo mafioso; eppure l'essersi succedute ben quattro pronunce a Sezioni unite tese a precisarne di volta in volta gli estremi costitutivi, e la catena ininterrotta di decisioni delle sezioni semplici che instancabili si sono impegnate e si impegnano a misurarne il perimetro, dimostrano le gravi lacune di certezza che, in dottrina come in giurisprudenza, hanno accompagnato ed ancora *feriscono* l'esistenza applicativa della figura criminale, segnandone una vita "a ragionevole distanza" dal diritto umano misurato dall'art. 7 CEDU attraverso la previa comprensibilità della punizione penale da applicarsi ed applicata (tra le fonti, per l'approfondimento del tema, in particolare si rinvia a A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli, 2003; C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003; V. MAIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa: la parola passi alla legge*, in *Cass. pen.*, 2009, 601 ss.; AA.VV., *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, a cura di Fiandaca-Visconti, Torino, 2010, 123 ss.; G. FIANDACA, *Il concorso esterno: un istituto (ancora) senza pace*, in *Leg. pen.*, 2012, 695 ss.; G. FIANDACA- C. VISCONTI, *Il concorso esterno come persistente istituto "polemogeno"*, in *Arch. pen.*, 2012, n. 2, 487 ss.; G.A. DE FRANCESCO, *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa torna alla ribalta del sindacato di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2012, 2552 ss.; G. DE VERO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra incessante travaglio giurisprudenziale e perdurante afasia legislativa*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1325 ss.; V. MAIELLO, *Luci ed ombre nella cultura giudiziaria del concorso esterno*, in *Riv. trim.-Dir. pen. contemp.*, 2012, n. 1, 265 ss.).

Precedenti giurisprudenziali

Grande Camera, decisione: *Del Rio Prada c. Spagna*, n. ric. 42750/09, §§ 77-80, CEDU 2013; 27.1.2015, *Rohlena c. Repubblica Ceca*, n. ric. 59552/08, § 50.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

***L'alba del concorso "eventuale" nel reato di associazione mafiosa:
la garanzia della legalità penale contro le nebbie della giurisprudenza***

Decisione del 25.5.1993, *Kokkinakis c. Grecia*, n. ric. 14307/88, par. 52; Grande Camera, decisione del 22.3.2001, *Streeletz, Kessler e Krenz c. Germania*, n. ric. 34044/96-35532/97-44801/98; Grande Camera, decisione del 12.2.2008, *Kafkaris c. Cipro*, n. ric. 21906/04.

Decisione del 15.11.1996, *Cantoni c. Francia*, n. ric. 17862/91, par. 29; decisione del 19.9.2008, *Korbely c. Ungheria*, n. ric. 9174/02. Cfr. decisione del 22.11.1995, *C.R. c. Regno Unito*, n. ric. 20190/92, par. 32-34; decisione del 22.11.1995, *S.W. c. Regno Unito*, n. ric. 20166/92, par. 34-36; Grande Camera, decisione del 18.2.1999, *Waite e Kennedy c. Germania*, n. ric. 26083/94, par. 54; Grande Camera, decisione del 25.3.1999, *Pélissier e Sassi c. Francia*, n. ric. 25444/94, par. 67; Grande Camera, decisione del 22.3.2001, *Streletz, Kessler e Krenz c. Germania*, cit., par. 50; decisione del 28.6.2001, *Glässner c. Germania*, n. ric. 46362/99; decisione del 7.2.2002, *E.K. c. Turchia*, n. ric. 28496/95, par. 51; Grande Camera, decisione del 2.5.2007, *Behrami e Behrami c. Francia*, n. ric. 71412/01; Grande Camera, decisione del 2.5.2007, *Saramati c. Francia, Germania e Norvegia*, n. ric. 78166/01, par. 122; decisione del 12.7.2007, *Jorgic c. Germania*, n. ric. 74613/01, par. 100-101.

Grande Camera, decisione del 29.3.2006, *Achour c. Francia*, n. ric. 67335/01, par. 41. Cfr. Grande Camera, decisione del 12.2.2008, *Kafkaris c. Cipro*, cit.; decisione del 20.1.2009, *Sud Fondi e altri c. Italia*, n. ric. 75909/01; decisione del 15.12.2009, *Gurguchiani c. Spagna*, n. ric. 16012/06; decisione del 17.12.2009, *M. c. Germania*, n. ric. 19359/04.

Grande Camera, decisione del 10.9.2010, *McFarlane c. l'Irlanda*, n. ricorso 31333/06, § 107; Grande Camera, *Mifsud c. Francia*, n. ricorso 57220/00, § 15, CEDU 2002-VIII; decisione del 11.2.2010, *Leandro Da Silva c. Lussemburgo*, n. ricorso 30273/07, §§ 40 e 42; Grande Camera, decisione del 25.3.2014, *Vučković e altri c. Serbia*, n. ricorso 17153/11, §§ 71-72.

Grande Camera, decisione *Waite e Kennedy c. Germania*, n. ricorso 26083/94, § 54, CEDU 1999-I; Grande Camera, *Korbely c. Ungheria*, n. ricorso 9174/02, §§ 72-73, CEDU 2008; Grande Camera, decisione *Kononov c. Lettonia*, ricorso n. 36376/04, § 197, CEDU 2010

Decisione del 15.7.2014, *Ashlarba c. Georgia*, n. ricorso 45554/08, §§ 35-41; decisione del 7.2.2012, *Alimucaj c. Albania*, n. ricorso 20134/05, §§ 154- 162.

Profili di diritto nazionale

Cass., sez. un., 5.10.1994, n. 16, Demitry, in *Cass. pen.*, 1995, 842; Cass. sez. un. Mannino, 14.12.1995, n. 30 in *Cass. pen.*, 1996, 1087; Cass., sez. un., 30.10.2002 n. 22327, Carnevale, in *Cass. pen.*, 2003, 3276; Cass., sez. un., 12.7.2005, n. 33748, Mannino, in *Cass. pen.*, 2005, 3732;



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

*L'alba del concorso "eventuale" nel reato di associazione mafiosa:
la garanzia della legalità penale contro le nebbie della giurisprudenza*

Cass. pen., 10.5.2007, n. 542, Contrada, in *CED Cass.*, n. 23242; Cass. pen., 11.12.2009, n. 4123, B.A. e altro, *ivi*, n. 246101; Cass. pen., 09.03.2012, n. 15727, Dell'Utri,

Riferimenti bibliografici

AA.VV., *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, a cura di Fiandaca-Visconti, Torino, 2010, 123;

A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli, 2003;

G.A. DE FRANCESCO, *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa torna alla ribalta del sindacato di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2012, 2552;

G. DE VERO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra incessante travaglio giurisprudenziale e perdurante afasia legislativa*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1325;

O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli, 2011, 2197.

M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011;

G. FIANDACA, *Il concorso esterno: un istituto (ancora) senza pace*, in *Leg. pen.*, 2012, 695;

G. FIANDACA- C. VISCONTI, *Il concorso esterno come persistente istituto "polemogeno"*, in *Arch. pen.*, 2012, n. 2, 487;

G. INSOLERA, *L'associazione per delinquere*, Padova, 1983;

G. INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Bologna, 1996;

V. MAIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa: la parola passi alla legge*, in *Cass. pen.*, 2009, 601;

V. MAIELLO, *Luci ed ombre nella cultura giudiziaria del concorso esterno*, in *Riv. trim.- Dir. pen. contemp.*, 2012, n. 1, 265;

V. MAIELLO, *Sul preteso carattere permanente del concorso esterno*, in *Riv. Trim. – Dir. pen. contemp.*, 2014, n. 2, 40;

G. NEPPI MODONA, *Il reato di associazione mafiosa*, in *Dem. e dir.*, 1983, 48;

C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003.

(23.04.2015)



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti umani di Strasburgo"*

Sezione: Principi del diritto penale – I principi di legalità e di irretroattività

Titolo: Sulla prevedibilità *ex ante* dell'interpretazione ed applicazione della legge penale, *id est* sulla comprensibilità del precetto penale

Autore: DANIELA FALCINELLI

Sentenza di

riferimento: Corte europea dei diritti dell'uomo, Quinta Sezione Decisione del 25 giugno 2009, *Liivik c. Estonia* (ricorso n° 12157/05)

Parametro convenzionale: art. 7 §1

Parole chiave: principi di irretroattività, determinatezza e tassatività della legge penale, conoscibilità del precetto penale

Al crocevia tra l'irretroattività, la determinatezza e la tassatività della legge penale, acquista un preciso contorno l'indefettibile premessa di garanzia che deve guidare la formulazione e l'applicazione di ogni fattispecie incriminatrice: essa è suggellata dall'*in se* dell'art. 7 § 1 della Cedu (*Nulla poena sine lege*) nei tratti della conoscibilità del precetto penale. La segnalata pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo (<http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc>), nell'incedere delle sue argomentazioni, investe trasversalmente questa tematica proprio fotografando un contesto di fluidità interpretativa che, intersecandosi con una evoluzione normativa infine sfociata nell'abrogazione della disposizione incriminatrice per difetto di precisione, mette sul tappeto la verifica di una applicazione retroattività occulta dell'ipotesi delittuosa in imputazione.

La formula ricorrente nella giurisprudenza europea, e riprodotta anche nel testo in commento, vuole del resto ciascuno messo in grado di conoscere quali azioni od omissioni possano comportare la responsabilità penale ai sensi della pertinente disposizione, non solo in base alla sua formulazione linguistico- grammaticale ma anche avvalendosi dell'interpretazione fornite dai tribunali (casi: *Kokkinakis c. Grecia*, decisione del 25 maggio 1993, ricorso n° 14307/88; *Cantoni c. Francia*, decisione del 15 novembre 1996, ricorso n° 17862/91).

La pronuncia in richiamo inserisce quindi un altro tassello nella ricostruzione che la Corte europea appresta per il sistema di garanzie discendenti dall'art. 7 Cedu, pur fermo l'ammetersi, nella descrizione dei fatti di rilievo penale, dell'utilizzabilità di formule più o meno vaghe ed in quanto tali aperte ad un'opera interpretativa di progressiva chiarificazione da parte degli organi giudiziari nazionali. La cartina al tornasole della illegittimità della norma per violazione del parametro convenzionale citato diventa infine la carenza di un risultato esegetico «pur sempre coerente con la sostanza dell'illecito e ragionevolmente prevedibile»



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti umani di Strasburgo"*

(caso *C.R. c. Regno Unito*, decisione del 22 novembre 1995, ricorso n° 20190/92), in maniera da rendere accessibile al singolo la cognizione delle conseguenze della propria condotta.

Se quindi entro l'elasticità di questi margini è consentita la progressiva esplicitazione della portata della norma incriminatrice da parte delle autorità giudicanti del singolo Stato, limite invalicabile è la ragionevole prevedibilità dell'esito interpretativo cui conduce il giudizio interno, alla luce della precedente giurisprudenza o di evidenti mutamenti delle condizioni socio-culturali.

Nel fatto indagato dalla decisione in commento il ricorrente, allora direttore generale dell'Agenzia estone per la privatizzazione, era il soggetto responsabile della vendita del pacchetto azionario di maggioranza di una compagnia pubblica ("ER") di proprietà delle ferrovie nazionali che in quel periodo versava in significativa difficoltà economica. L'accordo di privatizzazione raggiunto tra la Repubblica di Estonia, "ER" e l'investitore privato ("BRS"), per l'appunto sottoscritto dal ricorrente, prevedeva una specifica sezione dedicata alle garanzie supplementari dovute dallo Stato a "BRS"; per l'effetto, si addiveniva alla stipula di apposito protocollo, anch'esso a firma del ricorrente, specificamente relativo alle ulteriori garanzie assunte dallo Stato per i debiti di "ER" nei confronti di terzi.

Sebbene inizialmente l'ufficio del Procuratore non avesse rinvenuto nella descritta vicenda alcun profilo di rilievo penale, al ricorrente veniva di seguito contestato, proprio con riferimento all'avvenuta concessione di simili garanzie, il reato di abuso d'ufficio previsto dall'art. 161 c.p. – in un secondo momento oggetto di riforma legislativa ed infine abrogato per difetto di precisione – ai sensi del quale si puniva il pubblico ufficiale che, abusando intenzionalmente del proprio ufficio, avesse causato un danno significativo ai diritti o agli interessi di una persona, di un'impresa, di un'agenzia o di un'organizzazione protetti dalla legge o agli interessi nazionali.

I giudici di primo grado ritenevano nell'ipotesi integrato l'art. 161 c.p., condannando il ricorrente a due anni di prigione con diciotto mesi sospesi. Le garanzie supplementari stipulate dal ricorrente a nome dello Stato venivano difatti considerate come prive di base legale, in quanto le obbligazioni cui si riferivano dovevano intendersi inglobate nella privatizzazione; l'imputato avrebbe quindi con la sua condotta abusato della posizione ricoperta ponendo a rischio il patrimonio statale, anche se detto rischio non si era evoluto e concretizzato in un danno; d'altronde, in quanto funzionario di alto rango, per effetto di una simile violazione di legge egli avrebbe comunque inferito un danno morale agli interessi dello Stato, danneggiando la reputazione delle istituzioni nazionali.

La Corte d'appello confermava tale decisione di primo grado, tra l'altro ravvedendo la contrarietà del comportamento dell'imputato al generale senso di giustizia; la Corte suprema negava al ricorrente l'autorizzazione a proporre ricorso.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti umani di Strasburgo"*

Il Giudice di Strasburgo ha guardato alla vicenda descritta soppesando da un lato la lamentata violazione (per quanto ora di interesse) dell'art. 7 Cedu - per mancanza di chiarezza e comprensibilità della fattispecie incriminatrice -, dall'altro la "storicità" del dato normativo e la peculiare complessità delle dinamiche del processo di privatizzazione *de quo*. Due in sostanza, le considerazioni di partenza: l'art. 161 c.p. era stato ereditato dall'ordinamento sovietico, e pertanto non poteva che appalesare inevitabili asperità applicative al confronto con la nuova economia di mercato; inoltre, il ricorrente era stato incaricato di gestire una situazione economicamente rischiosa, nel cui ambito evitare l'abbandono delle trattative da parte dei contraenti privati.

In questo quadro la Corte ha osservato che la disposizione incriminatrice in imputazione richiedeva, quale elemento necessario del reato di abuso di posizione ufficiale, la causazione di un vero e proprio danno materiale, non lasciando spazio alla rilevanza della semplice produzione di un pericolo, sebbene un certo orientamento della Corte suprema avesse avallato questa estensione della portata del crimine, ma senza giungere a dettare alcun preciso criterio che fosse valido per la valutazione della tipicità di un simile rischio nei casi concreti.

Quanto poi al danno morale agli interessi nazionali, secondo la Corte europea esso sarebbe stato ravvisato dai giudici nazionali attraverso un percorso interpretativo puramente discrezionale, in ultima istanza "presuntivo", tale da dar luogo ad un episodio di applicazione retroattiva della legge penale. Tant'è che il danno in menzione era rimasto non provato al cospetto della vaghezza dei criteri utilizzati per accertarne sussistenza e consistenza, quali il rango del funzionario pubblico e la contrarietà della condotta incriminata al generale senso di giustizia.

Il profilo da ultimo evidenziato porta dunque in primo piano la più ampia problematica relativa alla qualificazione, come violativo del principio di irretroattività sfavorevole, di un mutamento giurisprudenziale *in peius*, in forza del quale cioè venga esteso il contesto di applicabilità di un dato illecito penale a situazioni che ad esso si ritenevano estranee. Argomento, questo, su cui la disamina scientifica italiana ha in realtà mancato di sviluppare un confronto dialettico, per la pacifica efficacia retroattiva assegnata alle operazioni di "normale interpretazione", intese come estranee alla tematica della successione delle leggi penali nel tempo e quindi anche al principio di irretroattività sfavorevole che la governa (cfr. Cass., sez. un., 23 maggio 1987, Tuzet ed altro).

Nella fattispecie concreta, invece, a risultare questionabile in simili termini è stata la ricomprensione nel concetto di danno significativo, evento del crimine di abuso d'ufficio *ex art.* 161 c.p., anche del "danno morale", che una sporadica giurisprudenza nazionale aveva sì avallato come suscettibile di integrare la fattispecie, ma che era stato riconosciuto dall'interprete del caso di specie come sussistente alla stregua di parametri da egli stesso forgiati *ex novo*, e comportanti quindi – secondo il ragionamento speso dal giudice



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti umani di Strasburgo"*

europeo – la determinazione del fatto costituente reato *ex post* rispetto alla tenuta del comportamento incriminato.

Da qua, avanza la fisionomia di un'“altra causa” della inconoscibilità del precetto penale, necessariamente concorrente con un margine di carenza di precisione ovvero con un tratto di carente tassatività della norma: è quel profilo di retroattività occulta della fattispecie incriminatrice che infine fuoriesce da una interpretazione/applicazione giudiziale non prevedibile *ex ante*, in altri termini non corrispondente ai criteri qualitativi di chiarezza e prevedibilità esatti dalla Convenzione.

Precedenti

Conformi (sul principio di previa conoscibilità del precetto penale):

Corte eur. dir. uomo: casi *Kokkinakis c. Grecia* (ricorso n° 14307/88); *Cantoni c. Francia* (ricorso n° 17862/91); *C.R. c. Regno Unito* (n° 20190/92).

Profili di diritto interno

Cass., sez. un., 23 maggio 1987, Tuzet ed altro.

Riferimenti bibliografici

www.diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti umani di Strasburgo"*

A. Cadoppi, *Il principio di irretroattività*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, I, a cura di Insolera, Mazzacuva, Pavarini, Zanotti, Torino, 2006, pp. 206 s.

A. Bernardi, *Art. 7*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole - B. Conforti - G. Raimondi, Padova, 2001, pp. 259 ss.

E. Nicosia, *Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino 2006, pp. 76 s.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

- Sezione:** **Principi e tutela penale-** Principi del diritto penale – *I principi di legalità e di irretroattività*
- Titolo:** *L'“evoluzione” del principio di retroattività della legge penale più favorevole: un nuovo diritto fondamentale*
- Autore:** **DANIELA FALCINELLI**
- Sentenza di riferimento** Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, Decisione del 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia n. 2* (ricorso n° 10249/03)
- Parametro convenzionale** Art. 7 § 1
- Parole chiave:** Principio di retroattività della legge penale più favorevole, nozione di legge penale sostanziale

E' il punto di volta, epocale, di un cammino esegetico prudentemente avanzato nella ricerca di un equilibrio tra la ricognizione letterale dell'art. 7 § 1 della Cedu (*Nulla poena sine lege*) da un canto, e la rimeditazione sui margini di espansione concettuale del disposto, abile a dare spazio ai nuovi volti della legalità (*alias* garanzia) penale, dall'altro.

La Corte europea dei diritti dell'uomo (<http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc>) torna ad occuparsi della traduzione contenutistica dell'art. 7 rimettendo sul tavolo la delicata discussione circa l'effettiva articolazione del principio in esso sancito quanto alla successione nel tempo delle leggi penali: se di caratura esclusivamente negativa, quale *divieto* di applicazione retroattiva sia della fattispecie incriminatrice sia della pena ad essa conseguente, o piuttosto implicante anche il riflesso immediatamente positivo del *diritto* di applicazione della legge sopravvenuta più favorevole.

Lo fa sullo sfondo di una giurisprudenza delle Corti Europee che preannunciava una evoluzione esegetica. La formulazione letterale dell'art. 7 – ben distante dal tenore dell'art. 15 del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici, come anche dall'art. II – 109, comma 1, della nuova Costituzione Europea - aveva consentito, sin dalla decisione del 6 marzo 1978 nel caso *X c. Repubblica federale tedesca* (ricorso n° 7900/77), l'affermarsi di un orientamento dei giudici di Strasburgo attento a valorizzare la mancata “espressione” del rilievo retroattivo dell'*abolitio criminis* e più latamente della norma di maggior favore: «in



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

effetti, ai sensi dell'articolo 7, una persona può essere condannata solo per un'azione che costituiva reato al "momento in cui è stata commessa"» (caso *Baskaya e Okçuoglu c. Turchia*, decisione dell'8 luglio 1999, ricorsi n° 23536/94-24408/94). L'intendere la norma come assertiva del principio del *tempus regit actum*, che vuole applicata la legge in vigore al momento della commissione del fatto, e non la diversa – quand'anche più favorevole – legge sopravvenuta al momento del giudizio, non ne aveva tuttavia importato una lettura in guisa tale da impedire l'applicazione retroattiva della legge complessivamente più favorevole ove dettata dalla disciplina nazionale (caso *G. c. Francia*, decisione del 27 settembre 1995, ricorso n° 15312/89), per l'appunto non vietata, né ostacolata, dall'art. 7 § 1.

Una più netta apertura verso la rilevanza della retroattività favorevole interveniva, decenni dopo, con la voce della Corte di Lussemburgo: le sentenze del 3 maggio 2005 (*Berlusconi, Adelchi, Dell'Utri e a.*, cause C-

387/02, C-391/02, C-403/02) e del 4 maggio 2006 (*Mulliez e a. e Momblano, Nizza e Pizzi, Barra, Aggio e a.*, cause C-23/03, C-52/03, C-133/03, C-337/03 e C-473/03) hanno affermato l'appartenenza del principio di retroattività della pena più mite alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, iscrivendolo quale «parte integrante dei principi generali del diritto comunitario che il giudice nazionale deve osservare».

La decisione che si annota aspira quindi a dare un preciso contenuto a tale principio di retroattività della *lex mitior*, per il tramite di una interpretazione evolutiva dell'art. 7 Cedu il cui rispetto non solo asside tra gli obblighi internazionali richiamati dall'art. 117 Cost., ma è pure fondamentale parametro esegetico per l'identificazione degli obblighi comunitari (v. CGCE 10 luglio 2003, *Booker Acquaculture Ltd e HydroSeafood GSP Ltd*, cause C-20/00 e C-64/00; CGCE 12 giugno 2003, *Schidberger, Internazionale Transporte und Planzüge/Repubblica d'Austria*, causa C-112/00).

Con uno sguardo ad un passato esegetico che si intende ormai ampiamente superato dalle dinamiche internazionali; radicata in un presente che conosce l'assunzione del principio *de quo* anche da parte della Corte penale internazionale; proiettata verso un futuro di effettività dei diritti umani sanciti dalla Convenzione, la Corte apprezza l'esigenza – diremmo, il *dovere giuridico* - di sviluppare attorno a questo testo una interpretazione aderente alla realtà sociale e culturale in cui – di tempo in tempo – esso si cala.

In questa prospettiva la Corte non trova indugi ad avvertire l'elevarsi a principio fondamentale di diritto penale di quella stessa regola – di retroattività della *lex mitior* - che, significativamente, il codice penale italiano già sanciva nel 1930 all'art. 2, commi 2 e 3, e che riflette, in fin dei conti, gli indefettibili pilastri dell'uguaglianza, della ragionevolezza, della (previa) conoscibilità del sistema penale.

La pronuncia si radica su fatti avvenuti il 2 settembre 1999, quando il ricorrente, a seguito di un litigio familiare, uccideva la moglie e feriva il figlio: a quella data la legge non prevedeva l'esperibilità del giudizio abbreviato per i reati punibili con l'ergastolo, per effetto della declaratoria di illegittimità costituzionale



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

dell'art. 442, comma 2, c.p.p. (con sent. della Corte cost. n. 176 del 23 aprile 1991) che pure tale previsione conteneva nell'originaria stesura.

L'art. 30 della l. 16 dicembre 1999, n. 479, è successivamente intervenuto a riscrivere il testo dell'art. 442, comma 2, c.p.p. sancendo che «alla pena dell'ergastolo è sostituita quella della reclusione di anni trenta»: il ricorrente ha pertanto chiesto di essere giudicato con rito abbreviato, all'esito del quale ha subito la condanna (con sentenza del G.u.p. presso il Tribunale di Roma del 24 novembre 2000), ritenuta la continuazione e previa diminuzione della pena per il rito, a trenta anni di reclusione per l'omicidio della moglie, aggravato da futili motivi, il tentato omicidio del figlio, il porto illegale di arma da sparo e maltrattamenti.

Nello stesso giorno della descritta pronuncia entrava in vigore il d.l. 24 novembre 2000, n. 341, che, di poi convertito nella l. 19 gennaio 2001, n. 4, ha dettato una "interpretazione autentica" dell'art. 442 c.p.p., scrivendo che «nell'art. 442 comma 2 ultimo periodo c.p.p. l'espressione "pena dell'ergastolo" deve intendersi riferita all'ergastolo senza isolamento diurno», ed aggiungendo (quale terzo periodo del comma 2) la previsione per cui «Alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno, nei casi di concorso di reati e di reato continuato è sostituita quella dell'ergastolo».

La Corte d'Assise d'Appello di Roma con sentenza del 10 gennaio 2003 ha confermato la decisione di prime cure applicando la pena dell'ergastolo in considerazione della sopravvenuta normativa. Dopo il rigetto del ricorso promosso dall'imputato in Cassazione per motivi attinenti al trattamento sanzionatorio, e la declaratoria di inammissibilità da parte dello stesso giudice del ricorso straordinario proposto per errori materiali (ove si contestava la violazione degli artt. 3, 6 e 7 della CEDU), Scoppola ha depositato ricorso avanti alla Corte Europea denunciando tra l'altro la violazione dell'art. 7, col sostenere che gli è stato applicato retroattivamente il disposto del d.l. n. 341/2000 pure se determinante un trattamento sanzionatorio peggiorativo col comportare la pena dell'ergastolo.

Da questo contesto fattuale muove il principio di diritto scolpito dai giudici di Strasburgo, che, superando la stretta lettera dell'art. 7 § 1, affermano ivi sedimentata non solo la garanzia dell'irretroattività delle legge penale sfavorevole, ma, *implicitamente*, anche la retroattività della legge penale più mite, con l'obbligo per il giudicante di applicare, in ipotesi di successione di leggi, quella più favorevole che sia entrata in vigore tra il momento della commissione del fatto e la pronuncia definitiva sulla responsabilità dell'imputato.

Accanto ad un simile *novum*, l'argomentare della pronuncia in commento evidenzia una salda continuità con la tradizione interpretativa della Corte. La rilevata violazione, nel caso di specie, del parametro convenzionale procede difatti attraverso la conferma dell'ambito di applicabilità dell'art. 7 all'area definitoria dell'illecito penale e della correlata sanzione penale, *ex adverso* ribadendosi la reggenza del principio del *tempus regit actum* sulla normativa processuale (v. casi: *Mione c. Italia*, decisione del 12



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

febbraio 2004, ricorso n° 7856/02; *Rasnik c. Italia*, decisione del 10 luglio 2007, ricorso n° 45989/06; *Martelli c. Italia*, decisione del 12 aprile 2007, ricorso n° 20402/03).

In questa prospettiva agli occhi della Corte l'art. 442, comma 2, c.p.p. non tarda a svelarsi nella sua veste di norme penale sostanziale (qualificazione autonoma ed indipendente rispetto a quella nazionale, caso *X c. Francia*, decisione del 31 marzo 1992, ricorso n° 18020/91), d'effetti deterrenti ed al contempo punitivi. Così, repulsa la considerazione del d.l. n. 341/2000 come legge interpretativa, per una chiarezza testuale della previgente norma che non a caso non aveva lasciato spazio a conflitti esegetici, si riconosce l'art. 442, comma 2, c.p.p. come non limitato a regolamentare lo svolgimento del processo ovvero ad introdurre misure per *l'esecuzione ed applicazione* della pena: piuttosto, si avvista come esso incida direttamente sulla determinazione della misura della risposta punitiva (caso *Welch c. Regno Unito*, decisione del 9 febbraio 1995, ricorso n° 17440/90), *melius*, sulla durata della limitazione della libertà personale da applicarsi in caso di condanna all'esito di giudizio abbreviato.

Certo: rimane sul tappeto la verifica degli effetti di un simile *decisum* rispetto alle ipotesi – delle leggi eccezionali e temporanee - che l'ordinamento italiano lascia fuori dell'operatività del principio di retroattività favorevole così come enucleato dalla Corte, i cui tratti si traspongono sull'attuale dettato dell'art. 2, comma 4, c.p. Per un verso, difatti, sembra ormai segnato l'ingresso di un "nuovo fondamento" del principio *de quo*, da oggi radicabile nella categoria degli obblighi comunitari ed internazionali. Dall'altro, occorre dar conto del pervicace atteggiamento mantenuto sin qui dalla Corte costituzionale nel ricondurre il principio di retroattività della legge penale favorevole non all'art. 25, comma 2, Cost. ma piuttosto all'art. 3 Cost. che ne legittima ragionevoli eccezioni.

Dal quadro appena descritto non sembra tuttavia conseguire una antinomia a ricomporre la quale occorra convocare la dottrina dei controlimiti, che nello svolgersi dei rapporti tra ordinamento interno e comunitario vede questo soccombere in ragione della salvaguardia dei principi e dei diritti fondamentali sanciti dal primo.

Uguali eppure diversi, il principio di irretroattività sfavorevole ed il principio di applicazione retroattiva della *lex mitior*, parimenti tratti dal tessuto normativo dell'art. 7 § 1 Cedue, si vedono difatti dalla stessa Corte espressamente riconosciuto un distinto statuto, una distinta tutela: incondizionata ed inderogabile per l'uno, derogabile per l'altro in quanto valore dell'umanità che si intende *ragionevolmente bilanciabile e sacrificabile*, tant'è che esplicitamente ammessa ne è una compromissione al cospetto di una sentenza definitiva, *id est* irrevocabile, a segnarne il confine ultimo di riconoscibilità.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Precedenti

Difformi (sul principio di applicazione retroattiva della legge penale favorevole):

Corte eur. dir. uomo: casi *X c. Repubblica federale tedesca* (ricorso n° 7900/77); *Baskaya e Okçuoglu c. Turchia* (ricorsi n° 23536/94-24408/94).

Conformi (sulla nozione di legge penale sostanziale e sull'ambito di applicabilità dell'art. 7 Cedu):

Corte eur. dir. uomo: casi *X c. Francia* (ricorso n° 18020/91); *Welch c. Regno Unito* (ricorso n° 17440/90); *Mione c. Italia* (ricorso n° 7856/02); *Rasnik c. Italia*, (ricorso n° 45989/06); *Martelli c. Italia* (ricorso n° 20402/03).

Profili di diritto interno

Corte costituzionale, sentt. n. 393 del 23 ottobre 2006 e n. 394 dell'8 novembre 2006 (sul fondamento *ex art. 3 Cost.* del principio di retroattività della legge penale più favorevole)

Cass., sez. II, 7 luglio 2009, S.A. (sull'applicazione della *lex mitior* in caso di successione di più leggi tra il momento di commissione dell'illecito ed il passaggio in giudicato della sentenza di condanna).

Riferimenti bibliografici

A. Bernardi, *Art. 7*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole - B. Conforti - G. Raimondi, Padova, 2001, pp. 290 ss.

G. De Vero - G. Panebianco, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti Europee*, Torino, 2007, pp. 88 ss.

A. Esposito, *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008,

pp.
333 ss.

E. Nicosia, *Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino 2006, pp. 65 ss.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Sezione: **Principi e tutela penale** – Principi del diritto penale – Il principio di determinatezza

Titolo: *Nella vicenda "Punta Perotti" la confisca dei terreni fu arbitraria data "l'oscurità" della legge in materia*

Autore: **MARIA CHIARA BISACCI**

Sentenza di riferimento: Corte eur.dir.uomo, Sezione Seconda, Decisione del 20 gennaio 2009, *Sud Fondi Srl e altre 2 c. Italia* (ricorso n°. 75909/01)

Parametro convenzionale: art. 7 CEDU, art. 1 , Protocollo n. 1)

Parole chiave: Lottizzazione abusiva, confisca, imprevedibilità della legge penale

La Corte europea dei diritti dell'uomo (<http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc>) ha segnato un'ulteriore tappa della travagliata vicenda della lottizzazione della località Punta Perotti di Bari, affermando l'arbitrarietà della confisca dei terreni operata ai danni delle società che procedettero alla costruzione di immobili nell'aria suddetta.

In sintesi la vicenda, così come ricostruita dalla Corte, ebbe inizio nel 1992 quando le tre società ricorrenti, proprietarie di terreni sulla costa di Bari in località Punta Perotti, ottennero dal Consiglio comunale di Bari l'approvazione di due piani di lottizzazione dalle stesse presentati, alla quale seguì la conclusione di convenzioni di lottizzazione con il Comune di Bari, il rilascio dei permessi di costruire e l'avvio dei lavori di costruzione.

Nel 1996 fu aperta una inchiesta penale per lottizzazione abusiva che si concluse con il rinvio a giudizio dei legali rappresentanti delle società coinvolte e con la successiva assoluzione degli stessi nei diversi gradi di giudizio.

In primo grado si sostenne l'illiceità della costruzione degli immobili in quanto non conformi alla c.d. Legge Galasso (l. n. 431 del 1985), che vietava di rilasciare permessi di costruire riguardanti i siti di interesse naturale, tra i quali rientravano le zone costiere. Tuttavia gli imputati furono assolti sul rilievo che agli stessi non potesse muoversi nessun rimprovero, sia perché l'amministrazione locale aveva rilasciato i permessi di costruire, sia, soprattutto, perché la normativa regionale, sotto il profilo del coordinamento con la c.d. legge Galasso, risultava lacunosa.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

In secondo grado l'assoluzione avvenne con la formula perché il fatto non sussiste, avendo riconosciuto il giudice dell'appello la legalità del rilascio dei permessi di costruire e della procedura di adozione ed approvazione delle convenzioni di lottizzazione.

Sulla vicenda si pronunciò infine la Corte di cassazione la quale cassò senza rinvio la decisione della corte d'appello riconoscendo l'illegalità dei piani di lottizzazione e dei permessi di costruire sul rilievo che i terreni interessati erano soggetti ad un divieto assoluto di costruire oltre che ad un vincolo paesaggistico imposto dalla legge.

L'aspetto della vicenda sottoposto al giudizio della Corte europea dei diritti dell'uomo riguarda la misura della confisca delle opere abusivamente costruite e dei terreni abusivamente lottizzati adottata dal giudice di primo grado in applicazione dell'art. 19 della legge n. 47/1985; misura poi revocata dalla Corte d'appello e nuovamente disposta dalla Corte di cassazione in conformità a quel consolidato orientamento giurisprudenziale, richiamato nella sentenza in epigrafe, che sgancia tale misura dal pronunciamento di una sentenza di condanna ancorandola esclusivamente all'acclarato carattere abusivo della lottizzazione (tra le tante: Corte cass., sez. III, 12 novembre 1990 Licastro; Corte cass., sez. III, 16 novembre 1995, Besana; Corte cass., sez. III, 25 giugno 1999, Negro; Corte cass., sez. III, 15 maggio 1997, Sucato; Cass., sez. III, 6 maggio 1999, Iacoangeli).

I ricorrenti lamentavano l'applicazione della misura della confisca in violazione dell'art. 7 della Convenzione poiché inflitta in un caso non previsto dalla legge.

Occorre premettere che l'indagine della Corte in ordine alla compatibilità con l'art. 7 CEDU dell'applicazione nel caso in esame della confisca prevista prima dall'art. 19 della legge n. 47 del 1985, e ora dall'art. 44 del Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia (D.P.R. n. 380 del 2001) muove dall'assunto posto a premessa dell'argomentare interpretativo della natura penale di tale sanzione. All'esito del giudizio di ricevibilità del ricorso in oggetto la Corte si era già pronunciata sul punto rilevando che la misura della confisca risulta collegata ad un illecito penale e che la stessa non assolve soltanto funzioni preventive, ma anche repressive. A ciò si aggiunga il riferimento normativo dell'inquadramento ad opera del suddetto testo unico tra le sanzioni penali (Corte europea, sez. II, 30 agosto 2007, *Sud Fondi ed altri c. Italia*, decisione sulla ricevibilità).

Si tratta invero di una pronuncia che si inserisce in maniera destabilizzante in un contesto in cui si è formato un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato; già prima dell'entrata in vigore del testo unico, la giurisprudenza infatti riconosceva alla confisca di cui all'art. 19 della legge n. 47 del 1985 natura di sanzione amministrativa. L'impatto della qualificazione offerta dalla Corte europea è testimoniato dalla questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, co. 2 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, T.U. Edilizia, nella parte in cui impone al giudice, in presenza di accertata lottizzazione abusiva, di disporre la confisca dei terreni e delle opere abusivamente costruite anche a prescindere dal giudizio di responsabilità e nei confronti di persone estranee ai fatti, sollevata dalla Corte



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

d'Appello di Bari, nell'ambito di un processo penale che non riguardava i ricorrenti, proprio sulla scia della richiamata decisione di ricevibilità. La Corte costituzionale nel dichiara inammissibile il ricorso ha tra l'altro evocato quell'orientamento secondo il quale «in presenza di un apparente contrasto fra disposizioni legislative interne ed una disposizione della CEDU, anche quale interpretata dalla Corte di Strasburgo, può porsi un dubbio di costituzionalità, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost., solo se non si possa anzitutto risolvere il problema in via interpretativa. » e che pertanto spetta agli organi giurisdizionali comuni l'eventuale opera interpretativa dell'art. 44, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001 che sia resa effettivamente necessaria a seguito della decisioni di ricevibilità della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte cost., 16 luglio 2009, n. 239).

Venendo al contenuto della decisione in epigrafe i ricorrenti denunciavano l'illegalità della confisca che aveva colpito i loro beni in quanto la stessa sarebbe stata inflitta in un caso non previsto dalla legge e dunque in contrasto con l'art. 7 della Convenzione, laddove sancisce che nessuno può essere condannato per una azione od una omissione che, nel momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto nazionale o internazionale.

La denunciata indeterminatezza avrebbe investito sia la pena che il reato. Sotto il primo profilo nel momento del rilascio dei permessi di costruire, nonché in quello della costruzione degli edifici sarebbe stato per i ricorrenti impossibile prevedere l'applicazione della confisca tenuto conto che la legge n. 47 del 1985 non prevede espressamente la possibilità di confiscare i beni di terzi in caso di assoluzione degli imputati. Pertanto, sempre ad avviso dei ricorrenti, la confisca sarebbe stata inflitta non a seguito di una interpretazione letterale dell'articolo 19 della legge n. 47 del 1985, quanto piuttosto per effetto di una interpretazione analogica incompatibile con la natura penale della previsione sanzionatoria.

Sotto il secondo profilo, relativo alla determinatezza della fattispecie penale i ricorrenti lamentavano la imprevedibilità e la inaccessibilità delle disposizioni applicabili nel caso concreto, come confermato dalla sentenza di assoluzione degli imputati per essere gli stessi incorsi in un «errore scusabile» a causa della oscurità della legislazione regionale, nonché dell'avvenuto ottenimento dei permessi di costruire, oltre che delle assicurazioni ricevute da parte delle autorità locali. Inoltre, fino all'intervento delle sezioni unite della Corte di cassazione, che l'8 febbraio 2002 si sono pronunciate sul punto, non era dato sapere se una volta accordati tutti i permessi di costruire, una lottizzazione potesse o meno essere definita abusiva.

La Corte dopo aver ribadito che l'art. 7, oltre a vietare l'applicazione della legge penale a fatti che nel momento in cui furono commessi non costituivano reato, vieta altresì l'estensione della stessa in via analogica, afferma che la legge penale deve definire in maniera chiara sia i fatti costituenti reato che le relative sanzioni. Tuttavia la stessa Corte rileva che per quanto il testo di una disposizione



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

legale possa essere chiaro, risulta inevitabile il ricorso all'interpretazione giudiziaria che permetta una evoluzione progressiva del diritto penale.

Nondimeno il risultato di questa operazione interpretativa deve essere coerente con la sostanza del reato e ragionevolmente prevedibile, tenuto conto della portata del testo e dei suoi destinatari.

L'attenzione della Corte nel considerare le ragioni dei ricorrenti si appunta proprio sul requisito della prevedibilità che la stessa, superando con ciò molte delle argomentazioni da queste addotte, reputa di dovere verificare in concreto. In altri termini, ad avviso della Corte, non occorre valutare la prevedibilità del reato *in abstracto*, quanto piuttosto se quest'ultimo fosse per i ricorrenti prevedibili. Seguendo questa impostazione la Corte ritiene di potersi basare sulle conclusioni alla quale era già addivenuta la Corte di cassazione nell'escludere che nel caso sottoposto al suo giudizio ricorressero le richieste condizioni di accessibilità e prevedibilità della legge. Pertanto non essendo la confisca in questione prevista dalla legge così come richiesto dall'articolo 7 Cedu la stessa si è tradotta in una sanzione arbitraria.

Occorre inoltre aggiungere che l'arbitrarietà della confisca dei terreni e degli edifici dei quali i ricorrenti erano proprietari viene ritenuta dalla Corte quale una ingerenza nel godimento del loro diritto al rispetto dei beni con conseguente violazione anche dell'articolo 1 del Protocollo n. 1.

La pronuncia della corte europea ruota intorno al concetto di "prevedibilità" risulta pertanto espressione di quella tendenza della Corte a privilegiare, nel trattare della nozione di legalità, l'aspetto della "conoscibilità" della norma penale da intendersi come "accessibilità" della disposizione penale e "prevedibilità" delle sue conseguenze.

Pertanto quegli stessi requisiti di conoscibilità che hanno permesso al giudice interno, nell'invocare l'ignoranza inevitabile, di escludere la colpevolezza degli imputati, agli effetti della valutazione operata dalla Corte assurgono a parametro di determinatezza.

Si tratta invero del combinarsi di due diversi piani valutativi non estraneo neanche alla giurisprudenza della Corte costituzionale. Nella nota sentenza n. 364 del 1988, con la quale è stato individuato il fondamento costituzionale del principio di colpevolezza, la Corte costituzionale delinea in maniera nitida l'interferenza tra colpevolezza e determinatezza laddove rileva come «a nulla varrebbe, infatti, in sede penale, garantire la riserva di legge statale, la tassatività delle leggi ecc. quando il soggetto fosse chiamato a rispondere di fatti che non può, comunque, impedire od in relazione ai quali non è in grado, senza la benché minima sua colpa, di ravvisare il dovere d'evitarli nascente dal precetto». Pertanto conclude la Corte costituzionale «il principio di colpevolezza, in questo senso, più che completare, costituisce il secondo aspetto del principio, garantistico, di legalità, vigente in ogni Stato di diritto».

Altro profilo di interesse è il richiamo operato dalla Corte europea non esclusivamente al testo della legge, ma all'interpretazione della stessa offerta dai giudici interni. Invero già in passato la Corte di Strasburgo, chiamata a valutare la determinatezza di una norma secondo il parametro dell'art. 7



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

CEDU, si è appellata all'esistenza di una prassi giurisprudenziale consolidata onde salvarla. In altri termini, non soltanto si è sostenuto l'utilità talora di ricorrere a formule generali e astratte, piuttosto che a cataloghi esaustivi, ma si è esclusa l'indeterminatezza di una norma qualora si fosse formata una prassi giurisprudenziale che ne avesse chiarito la portata e sempre che tale interpretazione risultasse prevedibile (*SW c. Regno Unito*, sent. 22 novembre 1995, Serie A n. 335 – B, § 36). Prevedibilità che, come ribadito in un passaggio della sentenza in epigrafe, deve essere valutata alla stregua del contenuto del testo in questione, dell'ambito di applicazione dello stesso, nonché dal numero e dalla qualità dei suoi destinatari (in questo senso: Corte, *Pessino c. Francia*, sent. 10 ottobre 2006, § 33).

Si tratta anche in questo caso di un indice di valutazione della determinatezza che si rinviene anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale laddove nel saggiare la determinatezza di una norma, si è ritenuto indicativo fare riferimento al "diritto vivente", ovvero ad una uniforme interpretazione giurisprudenziale (Corte cost., ord., 3 marzo 1972, n. 42, in *Giur. cost.*, 1972, p. 187 ss.; Corte cost., ord., 18 gennaio 1989, n. 11, in *Giur. cost.*, 1989, 26 ss., con nota di PAPA, *La questione di costituzionalità relativa alla disciplina delle armi-giocattolo: il "diritto vivente" tra riserva di legge e determinatezza della fattispecie*).

Precedenti

Corte eu. dir. uomo, *Agosi c. Regno Unito*, 24 ottobre 1986, n. 9118/80; Corte eu. dir. uomo, *Air Canada c. Regno Unito*, 5 maggio 1995, n. 18465/91 (in tema di confisca ma con riferimento a casi in cui la confisca era stata disposta a seguito della condanna degli imputati).

Corte eu. dir. uomo, *Coëme e altri c. Belgio*, sent. 22 giugno 2000, nn. 32492/96, 32547/96, § 145 (sul divieto di analogia).

Corte eu. dir. uomo, *SW c. Regno Unito*, sent. 22 novembre 1995, n. 20166/92, § 36; Corte eu. dir. uomo, *Pessino c. Francia*, sent. 10 ottobre 2006, n. 40403/02, § 33 (sulla prevedibilità dell'interpretazione della legge penale).

Profili di diritto interno

Corte cost., ord., 3 marzo 1972, n. 42, in *Giur. cost.*, 1972, p. 187 ss.; Corte cost., ord., 18 gennaio 1989, n. 11, in *Giur. cost.*, 1989, 26 ss. (in tema di determinatezza e diritto vivente).

Corte cost., sent. 24 marzo 1988, n. 364, in *Giur. cost.*, 1988, I, 1530 ss. (sulla conoscibilità della legge penale).



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Cass., sez. III, 21 settembre 2007, Arcieri, in *Giur. it.*, 2008, 715 ss. (sulla natura della confisca).

Riferimenti bibliografici

A. Bernardi, *Art. 7, in Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole - B. Conforti - G. Raimondi, Padova, 2001, p. 249 ss.

G. De Vero - G. Panebianco, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti Europee*, Torino, 2007.

A. Esposito, *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, p. 322 ss.

E. Nicosia, *Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino 2006, p. 76 ss.

A. Balsamo, *Confisca nei reati urbanistici a seguito di proscioglimento: è una pena ai sensi della Convenzione?*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3503 ss.

G. Fiandaca - G. Di Chiara, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, p. 81 s.

(24.02.2010)



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

- Sezione:** **Principi e tutela penale** – Principi del diritto penale – *Il principio di offensività*
- Titolo:** *Libertà di espressione, tra inoffensività e sproporzionalità della sanzione penale*
- Autore:** **ALDO NATALINI**
- Sentenza di riferimento:** Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, Sentenza del 29 aprile 2008, *Kutlular c. Turchia* (Ricorso n° 73715/01)
- Parametro convenzionale:** Art. 10
- Parole chiave:** Libertà di espressione, offensività

Un giornalista turco era stato condannato in sede penale per aver tenuto dei discorsi “di odio” in occasione di una cerimonia religiosa organizzata dal quotidiano di cui era proprietario e in una brochure distribuita ai partecipanti.

Il ricorrente aveva presentato un terremoto accaduto nel 1999 come una sanzione divina sia per le pressioni sulla religione esercitate in Turchia dai militari, sia per l'ingratitude del popolo verso Dio e per il suo atteggiamento peccaminoso.

La Corte europea, chiamata a pronunciarsi sulla presunta violazione dell'art. 10 Cedu (*Libertà di espressione*), si richiama innanzitutto ai consolidati principi giurisprudenziali predicati in materia, ribadendo che la libertà d'espressione costituisce uno dei fondamenti essenziali di una società democratica, «una delle condizioni di progresso e di sviluppo di ciascuno» (<http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc>).

Ribadisce in particolare che, salve le riserve di cui al paragrafo 2 dell'art. 10 Cedu, la libertà di espressione vale non soltanto per le “informazioni” o le “idee” accolte con favore o considerate come inoffensive o indifferenti, ma anche per quelle che offendono, sconvolgono o inquietano; così esigono il pluralismo, la tolleranza e l'apertura mentale, senza i quali non vi è una “società democratica”.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Come precisa l'art. 10, la libertà di espressione è soggetta ad eccezioni che, tuttavia, devono interpretarsi restrittivamente; l'esigenza di una qualsiasi restrizione deve apparire «necessaria». L'aggettivo «necessario», ai sensi del citato paragrafo 2, implica l'esistenza di «un'imperiosa esigenza sociale»: gli Stati contraenti godono di un certo margine di discrezionalità nel valutare la sussistenza di un tale bisogno, ma questo margine va di pari passo con un controllo europeo relativo sia alla legge che alle decisioni che la applicano, persino quelle derivanti da una giurisdizione indipendente. Compete, dunque, in ultima istanza, alla Corte decidere se una "restrizione" è conciliabile con la libertà di espressione protetta dall'art. 10.

Passando al caso di specie, i giudici di Strasburgo osservano che il discorso in esame, attribuendo un significato religioso ad una catastrofe naturale ed evocando un nesso di causalità fra questa e la mancata reazione della popolazione contro certi atti del Governo, era tale da ispirare superstizione, intolleranza e oscurantismo; ciononostante considerano che, per quanto scioccanti e offensive per i non credenti, le affermazioni del ricorrente non incitavano alla violenza né erano tali da fomentare l'odio contro coloro che non appartengono alla sua comunità religiosa, e dunque giudica che la condanna penale era sproporzionata rispetto agli scopi perseguiti in violazione dell'art. 10 Cedu.

Precedenti

Corte eur. dir. uomo: casi *Aydin Tatlav c. Turquie* (ricorso n° 50692/99); *Giniewski c. France* (ricorso n° 64016/00)

Riferimenti bibliografici

M. Parisi, *Simboli e comportamenti religiosi all'esame degli organi di Strasburgo. Il diritto all'espressione dell'identità confessionale tra (presunte) certezze degli organi sovranazionali europei e (verosimili) incertezze dei pubblici poteri italiani* (Relazione alla Tavola rotonda "Crocifisso, velo e turbante. Simboli e comportamenti religiosi nella società plurale", Molise 21 e 22 aprile 2005), in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2006, II, pagg. 1415 ss.

(5.03.2010)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Sezione: **Principi e tutela penale** - Principi del diritto penale – *Il principio di offensività*

Titolo: *Sulla fecondazione eterologa, al bivio tra (ir)ragionevolezza del divieto e diritto umano alla libertà di autodeterminazione*

Autore: **DANIELA FALCINELLI**

Sentenza di riferimento: Corte Costituzionale, sentenza 10 giugno 2014, n. 162

Parametro convenzionale: Artt. 8 e 14 CEDU

Parole chiave: Principi di tipicità e offensività; ragionevolezza; diritto di autodeterminazione e; diritto alla salute

Sommario: 1. La legge n. 40/2004 "riscritta" (anche) dalla sentenza Corte cost. n. 162/2014; 2. Nuovi diritti nella "nuova umanità costituzionale" della persona: la libertà di ricercare la genitorialità e il diritto individuale alla salute (psichica); 3. Il diritto penale contemporaneo davanti all'autodeterminazione e al consenso: paternalismo versus liberalismo.

1. Le contestazioni mosse contro la legge 19 febbraio 2004 n. 40 sono pressoché databili al suo nascere, quando cinque referendum abrogativi proponevano al corpo elettorale di pronunciarsi sul merito di molte scelte fatte dal legislatore, intendendo così contrapporre alla decisione del Parlamento una diversa scelta politica in materia di procreazione medicalmente assistita, ispirata alla più ampia libertà procreativa e alla piena libertà di scienza. La Corte costituzionale, com'è noto, aveva dichiarato ammissibili solo i quesiti parziali, bocciando il referendum per l'abrogazione totale della legge sulla base dell'assunto ribadito pure dalla sentenza di questi giorni: che la legge 40 fosse e sia una legge costituzionalmente necessaria, perché dettante «una prima legislazione organica», che assicura(va) «un livello minimo di tutela legislativa» a «una pluralità di rilevanti interessi costituzionali» (Corte cost., sent. n. 45/2005). L'ammissibilità dei referendum parziali era

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

coerente con questa scelta: gli elettori potevano pronunciarsi solo su singoli punti della legge, tra i quali si calava il divieto di fecondazione eterologa (Corte cost., sent. nn. 46, 47, 48 e 49/2005).

Dopo l'ondata astensionistica che ha travolto l'iniziativa referendaria, la legge n. 40 ha continuato ad essere investita da un processo di vera e propria riscrittura nei punti più qualificanti per effetto di diverse pronunce giurisdizionali, alcune delle quali opera della Corte costituzionale.

In particolare, sui limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni - segnati all'art. 14 - è intervenuta la Corte costituzionale nel maggio 2009, ammettendo una deroga al principio generale di divieto di crioconservazione. La crioconservazione sarebbe infatti necessaria in tutti i casi in cui il medico ritenga che l'impianto possa non essere compatibile con la salute della donna: segnatamente, con sentenza n. 151/2009 la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 2 dell'art. 14, limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre» e del comma 3 nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, debba essere effettuato senza pregiudizio per la salute della donna. Infine, la Corte costituzionale nell'aprile 2014, con la sentenza 162/2014 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa medicalmente assistita. In entrambi i casi, la decisione di accoglimento si fonda non sulla violazione di diritti costituzionalmente garantiti, ma sull'irragionevolezza del bilanciamento legislativo degli interessi in gioco: in assenza di precise disposizioni costituzionali, la disciplina della procreazione medicalmente assistita e, della fecondazione eterologa in particolare, rientra nello spazio aperto della politica, nel quale il legislatore può compiere molteplici scelte, col solo limite della ragionevolezza. La stessa Corte costituzionale, infatti, aveva riconosciuto - e ora ripete - che la legge n. 40 introduce una «tutela minima» e, comunque, «non costituzionalmente vincolata» (cfr. sent. n. 45/2005, 162/2014).

In dettaglio. Il Tribunale di Milano, il Tribunale di Firenze ed il Tribunale di Catania avevano sollevato, in riferimento agli artt. 3 Cost. (tutte e tre le ordinanze), 2, 31 e 32 Cost. (Milano e Catania), nonché (Tribunale di Milano) agli artt. 29 e 117, comma 1, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (tutte le ordinanze) e degli artt. 9, commi 1 e 3, limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3», e 12, comma 1, di detta legge (Milano e Catania).

La Corte, con la sentenza n. 162/2014 (Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, Pres. Silvestri, Rel. Tesauro) ha dichiarato fondate le questioni sollevate in riferimento agli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost., radicando l'osservazione giuridica esclusivamente sui parametri nazionali, e ritenendo così assorbita la questione di incostituzionalità ex art. 117, co. 1 Cost. Sembra pertanto lasciarsi fuori dal quadro del ragionamento la sentenza della Grande Camera della Corte EDU del 3 novembre



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

2011 (Corte EDU, Grande Camera, 3 novembre 2011, S.H. e al. c. Austria, ric. n. 57813/00, §§ 84; 117-118): essa, riformando la pronuncia emessa dalla prima sezione nel 1° aprile 2010, aveva affermato l'insussistenza di una violazione degli artt. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e 14 (divieto di discriminazione) della CEDU, da parte dell'art. 3, comma 1, dell'*Artificial Procreation Act* austriaco (*Fortpflanzungsmedizingesetz*) del 1992, che vieta il ricorso alla fecondazione eterologa. Con ciò, l'argomentare del Giudice delle Leggi scorre dalla premessa per cui le questioni sollevate «toccano temi eticamente sensibili, in relazione ai quali l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene "primariamente alla valutazione del legislatore" (sentenza n. 347 del 1998), ma resta ferma la sindacabilità della stessa, al fine di verificare se sia stato realizzato un non irragionevole bilanciamento di quelle esigenze e dei valori ai quali si ispirano».

Al seguito, l'annotata pronuncia del Giudice delle Leggi scrive una serie di affermazioni di principio che vanno rimarcate.

La Consulta ha ravvisato una violazione degli artt. 2, 3 e 31, in combinato disposto, dato che il divieto di realizzare la fecondazione eterologa collide con il diritto, che a tutti deve essere egualmente garantito, di «diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli», espressione pure del diritto all'autodeterminazione individuale, spettante dunque «anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana». In tale direzione, la Corte, pur negando l'esistenza di un nesso imprescindibile tra il diritto alla creazione di una famiglia e l'esercizio del diritto alla procreazione, essendo quest'ultimo soltanto un'opzione liberamente praticabile dalla coppia che costituisce il nucleo familiare, ha sottolineato come «il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico, in applicazione di principi costituzionali, come dimostra la regolamentazione dell'istituto dell'adozione». Per questa ragione, non è ritenuto ammissibile alcun limite all'esercizio del diritto a procreare, a meno che non sia giustificato dalla necessità di tutelare altri diritti costituzionali del medesimo rango (cfr. C. cost., sent. n. 332/2000). La determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera».

La Corte rileva altresì una violazione del diritto alla salute, affrontando il tema in due fondamentali passaggi.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

In primo, rilevando il contrasto tra il divieto della fecondazione eterologa e l'art. 32 Cost., si evidenzia che il concetto di salute assunto nel contesto della procreazione medicalmente assistita sia quello di "salute psichica", poiché sarebbe fuori discussione che «l'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio partner, mediante il ricorso alla PMA di tipo eterologo, possa incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia», nell'accezione predetta. In tale direzione, il Giudice delle Leggi ha ribadito che «gli atti dispositivi del proprio corpo, quando rivolti alla tutela della salute, devono ritenersi leciti»: basti pensare a tutte quelle norme che, negli ultimi quaranta anni, hanno consentito quegli interventi di menomazione fisica finalizzati al raggiungimento di un equilibrio psichico dell'individuo, come il cambiamento di sesso (legge n. 164/1982), l'interruzione della gravidanza (legge n. 194/1978) e la sterilizzazione volontaria (già vietata dall'art. 552 c.p., poi abrogato dalla predetta legge n. 194/78). Nel suo percorso argomentativo, la Corte ha altresì richiamato quanto affermato dall'Organizzazione Mondiale della Sanità nel suo atto di costituzione del 1946, secondo cui «Il possesso del migliore stato di sanità possibile costituisce un diritto fondamentale di ogni essere umano».

Accanto, si statuisce che nel caso di patologie produttive di una disabilità, la discrezionalità del legislatore nell'individuazione delle misure a tutela di quanti ne sono affetti incontra il limite del «rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati». «Un intervento sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza, non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, ma deve tenere conto anche degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati (sentenza n. 8 del 2011), anche in riferimento all'accertamento dell'esistenza di una lesione del diritto alla salute psichica ed alla idoneità e strumentalità di una determinata tecnica a garantirne la tutela nei termini nei quali essa si impone alla luce della nozione sopra posta».

L'accoglimento delle questioni comporta allora l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa, ma (in coerenza con il *petitum*) «esclusivamente in riferimento al caso in cui sia stata accertata l'esistenza di una patologia che sia causa irreversibile di sterilità o infertilità assolute». In particolare, l'accesso alla fecondazione eterologa deve ritenersi consentito solo «qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere» le cause di sterilità o infertilità e sia stato accertato il carattere assoluto delle stesse, dovendo siffatte circostanze essere «documentate da atto medico» e da questo certificate, nel rispetto degli altri principi espressi dalla legge: gradualità e consenso informato.

Né si oppongono a queste considerazioni obiezioni circa mancate garanzie o *vulnera* in ordine a controinteressi di livello costituzionale che renderebbero necessario il divieto di fecondazione eterologa.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Stabilito che l'unico controinteresse configurabile sia «quello della persona nata dalla PMA di tipo eterologo» - che, secondo l'Avvocatura generale dello Stato, sarebbe leso a causa sia del rischio psicologico correlato ad una genitorialità non naturale, sia della violazione del diritto a conoscere la propria identità genetica - la Consulta si è spinta a dettagliarne la rete che ne impedisce una offesa.

In primo, l'art. 4, comma 1, stabilendo che il ricorso alle tecniche di PMA è consentito soltanto alle coppie di cui almeno uno dei componenti sia affetto da sterilità o da infertilità, vale ad «escludere, in radice, infatti, un'eventuale utilizzazione della stessa ad illegittimi fini eugenetici». Le coppie che richiedano di accedere a una PMA eterologa dovrebbero poi presentare i requisiti soggettivi richiesti, in linea generale, dall'art. 5, occorrendo che si tratti di «coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi». La disciplina sulla prestazione del consenso informato, apprestata dall'art. 6, risulta poi applicabile anche ai fini della realizzazione di tecniche procreative di tipo eterologo poiché essa, «una volta venuto meno, nei limiti sopra precisati, il censurato divieto - riguarda evidentemente anche la tecnica in esame, in quanto costituisce una particolare metodica di PMA». Stessa sorte, ovviamente, anche per l'art. 7, che prevede l'emanazione periodica di Linee Guida «contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita», vincolanti per le strutture autorizzate a eseguire interventi di PMA, e per gli artt. 10 e 11, che stabiliscono rispettivamente la necessità dell'autorizzazione predetta e l'istituzione di un registro nazionale delle strutture autorizzate.

Il commercio di gameti, considerato dai detrattori della fecondazione eterologa come uno degli effetti perversi derivanti dalla sua diffusione, risulta inoltre già oggetto di autonoma repressione, dato che l'art. 12, comma 6, ne punisce l'organizzazione, la pubblicizzazione e la realizzazione, con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro.

La Corte si è soffermata poi su quelle disposizioni della legge 40 che, garantendo la stabilità parentale del nato da fecondazione eterologa e disciplinando il suo *status filiationis*, consentono di superare le critiche sollevate dall'Avvocatura generale di Stato circa il pregiudizio che il nascituro subirebbe a causa della dissociazione delle genitorialità genetica da quella sociale. Chiarito che anche l'art. 8 presenta un generico riferimento ai soggetti «nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita», e ribadito che la PMA eterologa costituisce «una *species* del *genus*», la Consulta ha preso atto che anche i nati a seguito di un intervento di fecondazione eterologa, «hanno lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6», come appunto disposto dall'art. 8.

Soprattutto l'art. 9, poi, è utile a dirimere i contrasti circa l'incertezza dello stato giuridico del nato e dei suoi rapporti con i genitori. La norma, che ai commi 1 e 3, contiene un esplicito riferimento al



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

divieto posto dall'art. 4, comma 3, prevede che «il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice» (art. 9, comma 1), e che «il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può fare valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi» (art. 9 comma 3). La disposizione, procedendo a regolare gli aspetti giuridici della filiazione del nato da una PMA eterologa, in un contesto normativo in cui la stessa risultava del tutto vietata, presentava *ab origine* una natura compromissoria che prendeva atto della sostanziale ineffettività del divieto, avendo il legislatore preso coscienza «della legittimità della PMA di tipo eterologo in molti paesi d'Europa [...], dato che i cittadini italiani potevano (e possono) recarsi in questi ultimi per fare ad essa ricorso, come in effetti è accaduto in un non irrilevante numero di casi». In questo senso, l'art. 9 rappresenta una disposizione perfettamente idonea a tutelare gli interessi del nascituro, garantendo che il rapporto di filiazione venga a instaurarsi tra esso e l'uomo che, ricorrendo validamente a una PMA eterologa come partner della donna richiedente, se ne assume la paternità pur essendo privo di un vincolo biologico con lo stesso: il nascituro vedrebbe così garantito il suo diritto alla doppia figura genitoriale. Come osservato dalla Corte, inoltre, già l'art. 28, ai commi 4 e 5, della legge n. 184 del 1983 aveva «infranto il dogma della segretezza dell'identità dei genitori biologici quale garanzia insuperabile della coesione della famiglia adottiva, nella consapevolezza dell'esigenza di una valutazione dialettica dei relativi rapporti»: la prima disposizione stabilisce che i genitori adottivi possono conoscere l'identità dei genitori biologici, su autorizzazione del Tribunale dei minorenni, se sussistono gravi e comprovati motivi; la seconda prevede che anche l'adottato possa richiedere di venire a conoscenza dell'origine e dell'identità dei suoi genitori naturali dopo aver raggiunto la maggiore età, se vi sono gravi motivi attinenti alla sua salute psico-fisica, e, in ogni caso, dopo i venticinque anni.

2. Sostiene il giudice costituzionale che il divieto di eterologa “incide” sulla libertà di autodeterminazione (di avere figli e di formare una famiglia con figli) e sul diritto alla salute psicofisica; di contro, una volta escluse finalità eugenetiche, nonché di protezione della salute del donante o dei donatori, l'unico interesse che a mezzo del divieto il legislatore ha inteso perseguire, la protezione della persona nata per effetto della fecondazione eterologa, è agli occhi del giudice costituzionale comunque tutelato in maniera adeguata dalla legge. Non solo sono dettate norme specifiche quanto alla regolamentazione dello *status* del nato in caso di violazione del divieto di fecondazione eterologa, ma la legge consente, per via interpretativa, di applicare anche a questa tecnica di procreazione tutte le norme previste per quella omologa a protezione del medesimo nato.

Il vizio che inficia il divieto di eterologa, dunque, sta tutto nella ragionevolezza. Irragionevole è il bilanciamento dei diritti operato dal legislatore, per la sproporzione eccessiva tra la protezione della



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

persona nata dalla fecondazione eterologa da un lato, e la tutela del diritto alla genitorialità e del diritto a formare una famiglia con prole, dall'altro. Irrazionale e discriminatoria è, in secondo luogo, la disciplina positiva, per il fatto di avere pregiudicato questi ultimi diritti soprattutto nei confronti delle coppie sterili o infertili in maniera irreversibile. Queste coppie, a differenza di quelle che possono accedere alle tecniche di procreazione omologa, vedono frustrati i loro diritti ad avere una famiglia con figli proprio per l'impossibilità di accedere alle pratiche di fecondazione esogamica, le uniche potenzialmente idonee allo scopo. Ma è una disciplina discriminatoria anche perché legittima il "turismo procreativo" sulla base della diversa capacità economica, che «assume intollerabilmente a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie per potere fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi» (punto 13, diritto). Un caso d'ingiustizia della legge derivante da differenti posizioni individuali-sostanziali.

Quella posta a fondamento della motivazione è quindi una ragionevolezza a tutto tondo, che comprende le diverse figure sintomatiche, dall'eguaglianza, alla coerenza, al bilanciamento. Propriamente, è la ragionevolezza come strumento logico che lega l'interpretazione delle norme (costituzionali e legislative) al contesto (applicativo e storico), una ragionevolezza che cambia il volto della Costituzione e le modalità dell'interpretazione giuridica delle altre fonti dell'ordinamento.

D'immediato, così, la decisione palesa una concezione della "famiglia" sempre più sganciata dal "matrimonio" secondo il paradigma costituzionale dell'art. 29; la famiglia (in effetti, la coppia eterosessuale) diventa allora una formazione sociale naturalmente legata alla procreazione, che nella sentenza assume a diritto fondamentale della persona. Da questo punto di vista, si può rilevare non solo una certa continuità tra questa pronuncia e la novella legislativa in materia di *status* unico dei figli (legge n. 219/2012 e d.lgs. n. 154/2013), per cui da un lato si pongono il diritto alla genitorialità e il diritto ad avere una famiglia con figli (riconosciuti *ex novo* nella sentenza in commento), e dall'altro il diritto dei figli ad avere una famiglia (contenuto nella riforma del 2012). Guardando oltre, si scorge, anche e più ampiamente, una "ricodificazione" dei diritti della persona (che come singolo la coppia compone) che non può non incidere profondamente il volto del sistema penale attuale. Orbene, la proclamazione del diritto alla genitorialità come diritto fondamentale della persona – attinente "alla sfera più intima della persona" – viene qui apertamente limitata alle coppie che in maniera irreversibile sono acclamate sterili o non fertili (punto 11). Ma il vincolo del *petitum*, che ivi si riflette, non sembra capace di ridurre l'ampiezza propria dell'assioma di "diritto della persona" che di tutto il ragionamento declinato dall'organo nazionale si pone a solida premessa.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

La stessa Corte di Strasburgo, nonostante la sua recente e rammentata pronuncia di rigetto, ha infatti riconosciuto che il settore della procreazione medicalmente assistita, in quanto influenzato dalla continua evoluzione del consenso sociale e della scienza, ha bisogno di essere costantemente rivisto dai legislatori nazionali, i quali disegnano giuridicamente le relazioni di rispetto del diritto alla vita privata e familiare dei cittadini anche alla luce della perimetrazione dei diritti dell'uomo censita dalla Corte EDU.

La Grande Camera nella sentenza segnalata ha inteso valutare se il divieto previsto dalla legge austriaca in tema di fecondazione eterologa costituisca un'interferenza legittima, necessaria e proporzionata ex art. 8 § 2 CEDU al confronto con il diritto al rispetto della vita privata e familiare sancito dalla suddetta norma; il Giudice di Strasburgo ha quindi valutato se vi fossero ragioni rilevanti e sufficienti (*"relevant and sufficient"*) per l'adozione di una disciplina della fecondazione eterologa tanto restrittiva, e se l'interferenza con il diritto al rispetto della vita privata e familiare da essa rappresentata potesse dirsi *proporzionata rispetto allo scopo* legittimo perseguito dal legislatore austriaco. Così, nell'*itinere* della riflessione, la Grande Camera, pur ravvisando l'esistenza nell'ambito dei Paesi del Consiglio d'Europa di una chiara tendenza verso il riconoscimento della possibilità di ammettere la donazione di gameti ai fini della fecondazione in vitro, ha nondimeno rilevato come tale tendenza non rappresenti un consolidato orientamento, bensì *"a stage of development within a particularly dynamic field of law"*, e come pertanto essa non valga a limitare in maniera rilevante la discrezionalità del legislatore nazionale. Con la pronuncia in esame, la Grande Camera ha dunque deciso di adottare un rigoroso *self restraint* e avvallare la scelta operata dalle autorità nazionali: nondimeno, essa ha lasciato aperto più di uno spiraglio per una diversa soluzione della questione in futuro, sottolineando espressamente come quello reso dalla Grande Camera sia un giudizio *pro tempore* svolto necessariamente con riferimento alla data dei fatti (1997) e non necessariamente valido per l'epoca attuale: *"even if it finds it finds no breach of Article 8 in the present case, the Court considers that this area, in which the law appears to be continuously evolving and which is subject to a particularly dynamic development in science and law, needs to be kept under review by the Contracting States"* (§ 118).

Tornati da questa rapida e pur significativa incursione sul terreno della giurisprudenza di Strasburgo, e riprendendo in mano il testo della annotata sentenza costituzionale, ci si avvede allora come il netto e nitido riconoscimento di un diritto alla (autodeterminazione della propria) salute visualizzato nei trecentosessanta gradi che compongono la complessità della persona umana non sia lasciato semplicemente a sfondo della decisione. La salute psichica, che è in fondo qui serenità individuale e di coppia-familiare, è salvaguardata attraverso la libera – consensuale – gestione (informata) personale della stessa. Un consenso che la normativa di settore "vaghiata ed approvata" dalla Corte riguarda come *elemento centrale* (per valore) e *materiale* (di natura), dando spazio oltre



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

che alla sua formalizzazione - cadenzata dall'art. 6 - anche al comportamento concludente che sia stato reso dal singolo rispetto alla fecondazione eterologa di coppia, così aprendo a nuovi scenari di riflessione in ordine al ripensamento "d'attualità" dei divieti penali: a che il singolo disponga del proprio corpo in particolare, dei propri diritti personali/personalissimi in generale.

È noto. La struttura e la definizione costituzionale del reato si muovono a confine con l'avvenuto riconoscimento di tutta una serie di fondamentali diritti di libertà, col connesso e conseguente divieto per il legislatore ordinario di incriminare fatti costituenti l'esercizio di simili diritti. L'estensione di un tale divieto di incriminazione combacia pertanto con il modo di disciplina costituzionale dello specifico diritto di libertà affermato: così, ove la Costituzione preveda in modo tassativo i presupposti di un determinato diritto, viene precluso al legislatore ordinario di subordinare l'esercizio del diritto alla presenza di ulteriori presupposti. Nell'ipotesi in cui invece l'esistenza di un determinato diritto sia affermata senza disciplina specifica, il divieto di incriminazione opera in ordine a fatti costituenti l'eventuale esercizio di quel diritto a meno che tale esercizio non comporti eccezionalmente la lesione di beni giuridici anch'essi costituzionalmente rilevanti. Gli esempi delle pronunce costituzionali in materia di incriminazione di fatti di sciopero o di manifestazione del pensiero lasciano invero precisare l'asserzione nel senso che il mero esercizio di un diritto costituzionale di libertà non può certo costituire reato, rimanendo peraltro passibile di sanzione penale quel comportamento che risulti in concreto offensivo di altro e preminente valore costituzionale.

Si tratta quindi di calare entro queste direttrici sistematiche generali la moderna identità di quel diritto alla salute che l'art. 32 Cost. lascia scritto in una formulazione di ampia prospettiva, e tutta da cesellare da parte della sensibilità dell'interprete "storico"; si tratta di verificare se e come il suo contenuto possa essere declinato non solo in negativo come diritto a non subire aggressioni rispetto alla propria salute, ma anche in positivo come libera autodeterminazione della disposizione del proprio stato di benessere (salute come qualità della vita).

Così, negli attuali ordinamenti democratici, soprattutto con l'entrata in vigore delle Costituzioni repubblicane - ove al centro del sistema dei valori sta la persona - si riscontra una tendenza nel senso di una sempre maggiore valorizzazione della libertà di autodeterminazione del soggetto in relazione alla gestione dei propri beni e dei propri diritti personali. Tendenza pienamente rispecchiata nello scenario della Costituzione italiana all'indomani della conclusa esperienza storica del fascismo, alla quale pur si deve, col codice Rocco, la prima introduzione di una disposizione penale *ad hoc*, l'art. 50 c.p. Si tratta di norma comunemente inquadrata come espressiva della possibilità per la persona offesa di consentire efficacemente alla lesione del proprio bene, e così di incidere sulla punibilità, negandola, del comportamento criminale da altri commesso, ciò intendendosi una manifestazione della autonomia e della libertà di autodeterminazione

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

dell'individuo. Si badi del resto come si faccia espresso e tassativo riferimento ad un "diritto della persona", che perimetra l'area operativa della disciplina ai soli diritti individuali e disegna così un binario di peculiare e differenziata rilevanza - rispetto agli altri beni giuridici penalmente significativi - quanto ai diritti che afferiscono "immediatamente" e direttamente alla persona. La previsione legislativa conferisce quindi veste giuridica ad un istituto i cui limiti, rimangono particolarmente «influenzati dall'evoluzione dei valori socio-culturali e soprattutto dal tipo di rapporto che storicamente si instaura tra l'esigenza di dare ampio spazio alla libertà individuale e l'esigenza contrapposta di limitare questa libertà per il soddisfacimento di interessi collettivo-solidaristici». Tant'è, la norma si è resa aderente già ed anche all'ideologia autoritaria, che segna il primato dello Stato sull'individuo.

Si tratta allora di riproporre - nello slancio dello spunto di riflessione offerto dalla sentenza della Corte costituzionale in commento - l'interrogativo generale sul ruolo penale del fattore "consenso dell'avente diritto", da calarsi nello specifico scenario della gestione individuale della salute, della sessualità, della personalità: ciò preso atto di un contesto giuridico moderno e globale in cui il diritto penale si pone come parte di un reticolato internazionale elevato a garanzia di diritti umani fondamentali culturalmente condivisi.

3. Paternalismo, liberalismo, diritto penale diventano così parole-chiave della riflessione sulla legittimazione di regole che proibiscono l'atto "dannoso" realizzato rispetto ad un'altra persona con il suo libero consenso. L'alternativa va ben compresa. Secondo l'una ideologia - quella paternalistica - la ragione di un divieto penale si può fondare anche sulla sola necessità di prevenire un'offesa ("harm") (fisica, psicologica o economica) a sé stesso da parte dell'autore. La "posizione liberale" (sui limiti morali del diritto penale) vuole invece delimitata la ragione dei precetti penali alla sola necessità ed efficacia rispetto alla prevenzione di un'offesa a persone diverse dall'autore".

Nella Costituzione italiana, sia il principio di uguaglianza, siglato come indipendente dalle differenze di opinione, ed altresì dalle differenti condizioni sociali o personali, sia il principio di laicità e pluralismo, sia l'affermazione della libertà e dell'autonomia della persona come diritti fondamentali sono argomenti forti a favore di un liberalismo "laico" e "solidale" e quindi dell'anti-paternalismo. Vengono difatti specificamente in considerazione, non solo il primato della persona e dei suoi diritti fondamentali (art. 2 Cost.); il richiamo alla sua dignità contenuto all'art. 3; l'inviolabilità della libertà personale sancita all'art. 13; il riconoscimento della salute, ex art. 32, quale diritto e non quale dovere, con il conseguente divieto assoluto di trattamenti sanitari obbligatori che violino «i limiti imposti dal rispetto della persona umana» (art. 32, comma 2); i principi del pluralismo e della laicità dello Stato, statuiti dagli artt. 7, 8, 19-21; più in generale



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

l'affermazione della pari dignità ed eguaglianza di religioni, opinioni politiche, condizioni personali e sociali, *ex art. 3, comma 1*. Ma anche il richiamo, nell'art. 2, a «doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale» e, nell'art. 3, comma 2, al «compito della Repubblica» di «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale» alla libertà, all'eguaglianza, al pieno sviluppo della persona ed ai diritti di partecipazione ivi menzionati.

In uno Stato laico così assiologicamente orientato, non è allora compito del diritto penale imporre concezioni morali ai cittadini, ma soltanto tutelare i consociati da condotte altrui, offensive - dannose o pericolose - di beni giuridici riferibili ad una o più persone. Il primato costituzionale dei diritti fondamentali dell'individuo comporta in sostanza l'esclusione della sacrificabilità di tali diritti ad interessi statuali; quella sacrificabilità affermata, al contrario, in ordinamenti orientati ad un utilitarismo collettivistico, di tipo autoritario, ivi "decisa" dall'*humus* dei valori dominanti che discernono (in senso restrittivo) gli "interessi validamente disponibili" da parte del singolo rispetto a quelli indisponibili.

Così, la formula della "valida disposizione" contenuta nell'art. 50 c.p., al tempo della codificazione si è prestata ad una lettura esimente a seconda del diritto "alla cui offesa potersi acconsentire", inteso come interesse validamente gestibile dalla persona-titolare in termini di piena ed esclusiva autonomia: categoria dalla quale rimanevano esclusi un fitto novero di beni personali, in effetti intesi come superindividuali. Basti considerare le norme in tema di omicidio del consenziente (art. 579 c.p.), e di istigazione o aiuto al suicidio (art. 580 c.p.), in rapporto alle quali, per giustificare l'indisponibilità del bene vita, se ne veniva affermando la portata anche statale.

Oggi, e già "ieri", i principi costituzionali - secondo avvedute letture - scriverebbero di contro l'opzione fondamentale per cui alla persona non possono essere imposte dall'esterno le sue scelte esistenziali, fintanto che la sua condotta non offenda beni di altri consociati. Ciò significherebbe che il fondamentale diritto dell'autonomia della persona rimanga travolto e violato quando la persona stessa venga assoggettata a decisioni "non libere" perché etero dirette, in altre parole "altrui", e segnatamente, autoritative, fondate su ciò che gli Altri - l'opinione comune e maggioritaria - ritengono essere il suo "vero bene". Così, in taluni casi la dignità umana viene intesa come componente dell'ordine pubblico, principio assoluto che deve essere rispettato anche dal suo titolare in quanto sovraordinato ad altre libertà fondamentali. In questa prospettiva, l'unico motivo per cui il potere può essere legittimamente esercitato su qualsiasi membro della comunità civilizzata, è quello di prevenire un danno agli altri (*harm to others*). Il bene dell'individuo, sia fisico sia morale, non costituisce una giustificazione sufficiente dell'interferenza. Ancora. Il solo aspetto della condotta per cui si è responsabili di fronte alla società è quello che concerne gli altri; per la parte che riguarda solo se stesso, l'indipendenza dell'individuo è, di diritto, assoluta; su se stesso, sul proprio corpo e sulla propria mente l'individuo è sovrano.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

In tal senso, il concetto, di per sé ambivalente, di dignità umana, impiegabile sia per fondare l'autonomia della persona, sia, al contrario, per negarla alla luce di superiori doveri morali dell'essere umano, andrebbe univocamente nella direzione di rendere non conforme a Costituzione l'imposizione ad un essere umano, nelle sue scelte esistenziali, di una certa concezione morale, per quanto dominante, perché considerata l'unica "degnata". Sembrerebbe allinearsi a questa ideologia la tutela costituzionale della salute individuale, per come definita dall'art. 32, comma 1, Cost. nei termini di diritto e non di dovere, e protetta - giusto il secondo comma - dal divieto di trattamenti sanitari obbligatori contrastanti con il rispetto della persona. In questo senso, allora, andrebbe pure considerato il richiamo agli artt. 2, 3, 13, 32 Cost., che nella nota sentenza Welby, resa in tema di eutanasia, conducono ad affermare il diritto del paziente-vittima di rifiutare le cure decidendo con ciò di morire e, corrispondentemente, la non punibilità del medico che interrompa un trattamento salvavita con il consenso del paziente (v. Trib. Roma, 23 luglio 2007, n. 2049, R., in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 437 ss.; cfr. Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Foro it.*, 2007, I, 3025 ss., relativa al caso Englaro).

Allo specchio, vanno certo osservati i principi di solidarietà e di eguaglianza sostanziale, che assegnano rispettivamente a consociati ed istituzioni pubbliche il compito di: garantire condizioni effettive di libertà e di autonomia della persona; di intervenire per affrontare e superare stati personali, economici e sociali di disagio; di fornire aiuto - e non di imporlo coattivamente - a persone in simili difficoltà.

Come recepire queste direttive nell'interpretazione ed applicazione delle disposizioni incriminatrici è questione *oggi* da riaffrontare (anche) alla luce della pronuncia in commento, che estromette dall'area generale ed astratta della punibilità il fatto della fecondazione eterologa realizzata entro e dalla "coppia", per aversi in essa l' "innovativo" riconoscimento della PMA come attuazione di un diritto della persona *tout court*, nella foggia del diritto a ricercare la realizzazione del proprio progetto genitoriale/familiare e del diritto alla salute psichica (serenità?).

Riferimenti bibliografici

Aa.Vv., *Le garanzie giurisdizionali. Il ruolo delle giurisprudenze nell'evoluzione degli ordinamenti*, a cura di G. Campanelli - F. Dal Canto - E. Malfatti - S. Panizza - P. Passaglia - A. Pertici, Torino 2010.

G. Balbi - A. Esposito (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale*, Torino, 2011; S. Canestrari-L. Stortoni (a cura di), *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, Bologna, 2009.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

- R. Bartoli, *La totale irrazionalità di un divieto assoluto. Considerazioni a margine del divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, pp. 101 ss.
- L. Beduschi - A. Colella, *La Corte EDU salva (per ora) la legislazione austriaca in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. pen. contemp.*, 7 novembre 2011.
- A. Cadoppi, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, in *Criminalia*, 2011, pp. 223 ss.
- S. Canestrari, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in *Bioetica e diritto penale. Materiali per una discussione*, Torino, 2012.
- S. Canestrari - F. Faenza, *Paternalismo penale e libertà individuale: incerti equilibri e nuove prospettive nella tutela della persona*, in A. Cadoppi (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Milano, 2010, pp. 167 ss.
- A. Cavaliere, *Paternalismo, diritto penale e principi costituzionali: profili di teoria generale*, in *i-lex*, 20, 2013, pp. 421 ss.
- L. Cornacchia, *Placing care. Spunti in tema di paternalismo penale*, in *Criminalia*, 2011, pp. 239 ss.
- E. Dolcini, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in Aa.Vv., *Il governo del corpo*, a cura di S. Canestrari - G. Ferrando - C.M. Mazzoni - S. Rodotà - S. Zatti, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà - P. Zatti, Milano, 2011.
- M. Donini, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.*, 2007, pp. 902 ss.
- G. Fiandaca - G. Francolini (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, 2008.
- G. Insolera, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in Aa.Vv., *Introduzione al sistema penale*, I, a cura di G. Insolera - N. Mazzacova - M. Pavarini - M. Zanotti, Torino, 2012.
- V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005.
- F.C. Palazzo, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, pp. 379.
- D. Pulitanò, *Paternalismo penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. I, Napoli 2011, pp. 489 ss.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

M. Romano, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 984 ss.

S. Seminara, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, pp. 1561 ss.

S. Tordini Cagli, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008.

A. Vallini, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, 2012.

F. Viganò, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"? Considerazioni in margine al caso Welby*, *ibidem*, pp. 5 ss.

(20.07.2014)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

- Sezione:** **Principi e tutela penale** - Principi del diritto penale – *Colpevolezza, umanità della pena e punibilità*
- Titolo:** *La violazione del “dovere di diligenza” determina la condanna dello Stato per i delitti commessi dal detenuto che fruisca di misure alternative*
- Autore:** **STEFANIA SARTARELLI**
- Sentenza di riferimento:** Corte europea dei diritti dell'uomo, Sezione Seconda, Decisione del 15 dicembre 2009, *Maiorano e altri c. Italia* (ricorso n°. 28634/06)
- Parametro convenzionale:** art. 2 CEDU
- Parole chiave:** Responsabilità dello Stato per omicidi commessi da detenuti in semilibertà; finalità rieducativa della pena; dovere di diligenza dello Stato

1. Con la sentenza in esame, la Corte europea dei diritti dell'uomo (<http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc>) condanna l'Italia per la violazione dell'art. 2 CEDU sotto un duplice profilo, quello sostanziale consistente nella inosservanza dell'obbligo di assicurare una protezione generale della società contro comportamenti delittuosi commessi da detenuti per crimini violenti che fruiscono della semilibertà; e quello procedurale ravvisabile nell'aver mancato di condurre un'indagine soddisfacente rispetto alle possibili responsabilità dei propri funzionari.

Sembrerebbe delinearci a tutti gli effetti, dunque, una responsabilità omissiva dello Stato italiano in contrasto con l'art. 2 della Convenzione, con particolare riguardo alla parte della disposizione in cui si fa riferimento all'obbligo positivo di prestazione che si traduce nell'obbligo per le autorità statali di adottare tutte le misure necessarie per la protezione delle persone sottoposte alla loro giurisdizione. In particolare, la Corte, dopo aver sottolineato la distinzione tra le controversie che hanno ad oggetto l'esigenza di una protezione “individuale” di una o più persone identificabili anticipatamente come potenziali bersagli di un'azione omicida, e quelle in cui viene in esame il dovere di diligenza volto ad assicurare una generale protezione della società contro gli eventuali comportamenti delittuosi di detenuti responsabili di crimini violenti (che si trovino in regime di semilibertà), ha ritenuto inquadrabile il caso posto al suo esame in seno a questa seconda

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

configurazione, non essendo possibile per le autorità italiane individuare le successive, potenziali vittime della condotta delittuosa.

Va subito sottolineato come tale censura non si traduca in una critica "in astratto" della Corte stessa al sistema penitenziario italiano che, anzi, ispirato dal fine legittimo di favorire il progressivo reinserimento dei detenuti, prevede misure sufficienti per assicurare la protezione della società (ciò che risulterebbe dimostrato anche dai dati statistici da cui si evince una bassissima incidenza della revoca della semilibertà a causa della commissione di nuovi reati), ma abbia ad oggetto la stretta valutazione del caso "in concreto" e delle sue peculiarità.

Merita allora un cenno la vicenda storica oggetto della pronuncia. Nel 1975 A. I. insieme ad altri due complici si rese responsabile di quello che sarebbe stato ricordato dalla cronaca italiana come "il massacro del Circeo" per aver tenuto recluse, per alcuni giorni, due giovani donne, sottoponendole a stupri e violenze brutali, finchè, ritenute morte, le vittime vennero lasciate nel portabagagli di un'auto, ma una di essa era ancora viva e denunciò gli aggressori che nel 1976 vennero condannati all'ergastolo. Dal 1992 I., sulla base delle relazioni positive dell'assistente sociale, iniziò a beneficiare di alcuni permessi, nonostante si fosse trovato implicato, durante il periodo di reclusione, in diversi episodi criminosi, la concessione di tali permessi fu però sospesa nel 1993 a causa di una fuga coadiuvata nella sua realizzazione da organizzazioni criminali.

Dal 1999, A.I. ottenne di nuovo permessi di uscita per buona condotta, ma nel 2003 durante la fruizione di un permesso venne trovato dai carabinieri in una stanza di albergo in compagnia di un giovane pregiudicato. Nel 2004, sulla base delle relazioni positive di assistenti sociali e di psichiatri che ravvisavano cambiamenti significativi della sua personalità, il detenuto venne ammesso al regime di semilibertà anche in ragione della sua cooperazione con un'associazione culturale impegnata in progetti di reinserimento per giovani disadattati ed ex detenuti. Dopo la concessione della semilibertà, un pentito aveva dichiarato ad un magistrato della Procura presso il Tribunale di Campobasso che I. si apprestava a commettere un omicidio ed altri gravi reati e ad organizzare un traffico di stupefacenti. A seguito di tali informazioni, venne predisposta nei confronti dello stesso I. una stretta sorveglianza che consentiva di riscontrare come egli avesse ristabilito effettivi contatti con la malavita, così violando le prescrizioni derivanti dal regime di semilibertà. Tutte queste informazioni, però, non vennero trasmesse al Tribunale di sorveglianza competente e pertanto il detenuto- semilibero continuava a fruire della misura alternativa.

Fu proprio in costanza di godimento di tale beneficio che l'I. programmò ed eseguì insieme a dei complici il duplice omicidio della moglie e della figlia del ricorrente, il quale presentò anche una

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

denuncia nei confronti dell'autorità giudiziaria di Campobasso che avrebbe dovuto informare l'organo competente del comportamento di I. e dei suoi propositi criminosi, ma la denuncia venne archiviata, né fu promosso alcun procedimento disciplinare a carico delle autorità denunciate.

2. Dopo aver brevemente ripercorso le tappe della complessa vicenda storica sottesa alla decisione in esame, si può osservare come le censure della Corte si siano mosse lungo due binari, per quanto concerne la violazione sostanziale dell'art. 2 della Convenzione. Per un verso, è già la stessa ammissione dell'I. al beneficio che viene reputata discutibile in quanto gli elementi di favore (ravvisabili principalmente nelle relazioni positive di educatori e psichiatri, nella sua collaborazione con la giustizia, nel tendenziale rispetto delle prescrizioni imposte, nel cooperare con un'associazione culturale volta al reinserimento di giovani disadattati ed ex detenuti) erano controbilanciati da numerosi elementi in senso contrario che pertanto avrebbero dovuto ispirare una maggiore prudenza nel decidere di concedere la possibilità di trascorrere la maggior parte della giornata fuori del penitenziario e di entrare in contatto con il mondo libero, trattandosi di criminale recidivo giudicato colpevole di reati brutali che si era in diverse occasioni dimostrato irrispettoso della autorità e della legge. Anzi, a detta della Corte, proprio la decisione di affidare a I. il reinserimento sociale di delinquenti risultava poco opportuna, stante la concreta possibilità che tale contesto potesse diventare criminogeno.

Per altro verso, la "imprudente" concessione della semilibertà come sopra rilevata va a combinarsi con la omissione, da parte dell'autorità inquirente, di informare il tribunale di sorveglianza di Campobasso delle violazioni commesse da I. alle prescrizioni inerenti il regime di semilibertà, specie con riguardo alla ricostituzione di collegamenti con il crimine, con ciò impedendo al tribunale stesso di valutare l'opportunità di infliggere una sanzione disciplinare o addirittura la revoca della semilibertà, controbilanciando l'interesse ad un progressivo reinserimento sociale del semilibero con l'interesse alla protezione della collettività. Né può valere la circostanza che le indagini condotte in merito alle attività criminose intraprese da I. durante la semilibertà fossero coperte da segreto, in quanto l'interesse a scoprire la effettiva ripresa di attività delittuose in capo al condannato non poteva di certo prevalere sull'esigenza di proteggere la società dalle eventuali condotte poste in essere da una "persona pericolosa". Secondo la Corte, dunque, l'"imprudenza" nella concessione del beneficio combinata con l'omissione della sua revoca comportano una mancanza al dovere di diligenza che scaturisce dall'obbligo di proteggere la vita imposto dall'art. 2 della Convenzione.

Per la verità, nello sviluppo logico-argomentativo della sentenza Maiorano, la Corte esplicita come la concessione della semilibertà nel caso di specie appaia discutibile a fronte di una "condotta



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

lontana dall'essere irreprensibile" tenuta dal soggetto nel corso dell'espiazione della pena dell'ergastolo (dal 1976 al 2004, anno di concessione della misura alternativa) e disseminata da vari episodi delittuosi e non. Situazione, però, che è riscontrabile in numerosi casi di concessione della semilibertà in funzione di misura alternativa alle pene detentive di lunga durata, per i quali essa costituisce una tipica forma di trattamento progressivo individualizzato. Pertanto, a meno di non voler ipotizzare la esistenza di soggetti, a priori, non rieducabili, la situazione che si presentava ai giudici al momento della concessione della semilibertà all'I. era una situazione quasi ontologica, laddove in presenza di un "retrotterra" soggettivo impegnativo e, nel lungo periodo, di ricadute recrudescenti nel crimine, si trattava di valutare, ex art. 50, comma 4, L. n. 354/1975 (la cui funzione risulta propedeutica, da un lato, al ritorno del soggetto in libertà e probatoria, dall'altro, dei risultati conseguiti tramite il trattamento risocializzativo svolto in istituto) la presenza di un preciso requisito soggettivo ovvero i «progressi compiuti nel corso del trattamento», che, di fatto, risultavano avvenuti in base alle cospicue relazioni svolte dal gruppo di esperti preposti all'osservazione della personalità del detenuto; nonché, la sussistenza delle condizioni per un graduale reinserimento del soggetto nella società (ciò che si profilava come possibile mediante l'attività di risistemazione di I. nella associazione culturale di cui si è detto).

Con particolare riguardo al requisito di merito dei progressi compiuti nel corso del trattamento, va precisato come esso, nel diritto interno, si sostanzia nella verifica relativa alla positività della risposta da parte dell'interessato alle sollecitazioni provenienti dal trattamento carcerario, oltre che alla possibilità di far fronte alla residua pericolosità mediante il beneficio della semilibertà. Tali progressi, pur non richiedendo il completamento del processo rieducativo che si identifica col sicuro ravvedimento, non possono neppure identificarsi con il giudizio positivo circa l'osservanza della disciplina carceraria e dell'espletamento dell'attività lavorativa (Cass., Sez. I, 8 giugno 1994, Solarino, in *Riv. pen.*, 1995, 671). Essi devono, invece, consistere in una evoluzione della personalità che faccia ritenere positivamente avviato il processo di revisione critica del passato e di abbandono dei disvalori che sono stati all'origine dei crimini commessi, con conseguente anticipato, ancorché parziale, reinserimento del soggetto nel contesto sociale (Cass., Sez. I, 24 giugno 1991, Tucci, in *Cass. pen.*, 1992, 2820; Cass., Sez. I, 3 aprile 2000, Ferrante, in *Cass. pen.*, 2001, 1628; posto che la semilibertà, ex art. 48, L. n. 354/1975, consiste nella concessione al condannato di trascorrere parte del giorno fuori dell'istituto per partecipare ad attività lavorative, istruttive o comunque utili al reinserimento sociale). Questa evoluzione verso modelli di vita socialmente validi va riscontrata non in via negativa, ma in via positiva e concreta, attraverso tutti gli aspetti e tutte le esplicazioni della condotta penitenziaria del soggetto, a partire dal complesso delle sue relazioni con l'universo carcerario, dalla sua disponibilità nei confronti della vita dell'istituto, e segnatamente nei



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

confronti delle opportunità trattamentali, fino alla corretta fruizione di più modesti benefici, quali i permessi premio (Cass., Sez. I, 14 ottobre 2008, Cantelli, in *CED*, rv 241430; Cass., Sez. I, 29 settembre 2009, M.A.I. in *CED*, rv 245051).

Non vi è ragione per ritenere, dunque, che nella concessione della semilibertà nel caso di specie, il tribunale di sorveglianza non si sia attenuto ai sopra detti criteri, riscontrandone, evidentemente la sussistenza, nonostante le precedenti infrazioni perpetrate dal detenuto.

Tanto ciò è vero che anche la stessa Corte EDU ha bisogno di ulteriori elementi per addivenire ad una pronuncia di condanna dello Stato italiano. La possibile "leggerezza" nella concessione del beneficio (peraltro, oggetto di una stretta valutazione discrezionale da parte del giudice interno) viene combinata con l'omesso avvio del procedimento di revoca della semilibertà, derivato dal difetto procedurale che ha visto il p.m. mancare di informare il tribunale di sorveglianza delle comprovate infrazioni alle prescrizioni imposte con la concessione della misura alternativa.

D'altronde, non è la prima volta che la Corte EDU si trova a giudicare l'Italia in merito all'osservanza del dovere di diligenza desumibile dall'art. 2 della Convenzione, in rapporto alla concessione della semilibertà: nel caso *Mastromatteo c. Italia* (decisione del 24 ottobre 2002, ricorso n.° 37703/97) lo Stato italiano era stato chiamato a rispondere per quanto commesso da due detenuti che, mentre fruivano del beneficio della semilibertà, avevano ucciso una persona nel corso di una rapina. Nel decidere il ricorso, i giudici europei, dopo aver verificato la "tenuta" della legislazione italiana sulle misure alternative alla detenzione rispetto all'art. 2 della Convenzione, avevano concluso che le autorità italiane, in virtù degli elementi in loro possesso (ovvero, proprio come nel caso *Maiorano*, i rapporti positivi adottati nei confronti dei detenuti stessi), non avrebbero potuto ragionevolmente prevedere che la rimessione in libertà di quei soggetti avrebbe costituito un serio rischio per la vita e l'incolumità pubblica, affermando, così, la mancata violazione dell'art. 2. Non solo. Sempre nel caso *Mastromatteo*, il dato sostanziale veniva supportato anche dal corretto funzionamento del meccanismo procedurale, in quanto venne rilevata l'esistenza di una efficace indagine penale che aveva portato all'identificazione, alla cattura e alla condanna degli assassini, tale da dimostrare anche un certo coordinamento interno tra gli uffici giudiziari preposti allo svolgimento della funzione giudiziaria. Ulteriore aspetto, quest'ultimo, che invece risulta carente nel caso *Maiorano*, in quanto lo Stato italiano, secondo la pronuncia in esame, non ha compiutamente adempiuto all'obbligo positivo di accertare l'eventuale responsabilità dei magistrati coinvolti nei fatti, posto che nessuna iniziativa è stata assunta nei confronti dei titolari dell'ufficio requirente che avevano omesso di trasmettere al tribunale di sorveglianza quelle notizie utili ai fini di una eventuale revoca della semilibertà, di tal guisa che si finisce per affidare al sistema

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

disciplinare anche la funzione del rispetto degli obblighi di protezione generale della società (A. Balsamo, *Quando lo Stato è responsabile per i delitti commessi da un detenuto in semilibertà*, in *Cass. pen.*, 2010, 1672).

3. La conclusione a cui si può approdare al termine del breve commento in esame ha un duplice risvolto: se, per un verso, appare innegabile una certa influenza che di fatto questa pronuncia potrebbe avere nella concessione delle misure alternative a soggetti che si siano macchiati di crimini cruenti, svolgendo, essa, quasi una funzione di "monito", per l'altro verso, sul piano strettamente giuridico, va rilevato come la concessione dei benefici penitenziari resti comunque un procedimento totalmente rimesso alla "libera" valutazione, da parte del giudice interno, della sussistenza dei requisiti a tal fine richiesti dalla legge italiana. Tale "principio" appare comprovato proprio dal fatto che la stessa Corte EDU è potuta addivenire ad una pronuncia di condanna per violazione del dovere di diligenza che scaturisce dall'obbligo di proteggere la vita di cui all'art. 2 CEDU stigmatizzando, non solo la "temeraria" concessione del beneficio (che, come già evidenziato, si fondava comunque su positivi riscontri, secondo quanto avvenuto anche nel caso Mastromatteo), ma soprattutto la mancata revoca dello stesso o meglio (trattandosi anch'essa di una valutazione discrezionale del magistrato di sorveglianza), la mancata comunicazione al giudice di sorveglianza della sopravvenienza di elementi tali da poter condurre ad un siffatto provvedimento: è il vizio procedurale, dunque, combinato con il mancato avvio di un accertamento disciplinare, il *quid pluris* che consente alla Corte (in questo caso) di censurare un procedimento come quello di sorveglianza che non può che essere fisiologicamente rimesso alla (sola) valutazione del giudice nazionale.

Precedenti

Corte eur. dir. uomo: caso *Mastromatteo c. Italia* (decisione del 24 ottobre 2002, ricorso n.° 37703/97); caso *Calvelli e Giglio c. Italia* (ricorso n.° 32967/96).

Profili di diritto interno

Normativa concernente l'ordinamento penitenziario: artt. 48, 50, 51 L. 26 luglio 1975, n. 354;

In merito alla valutazione del requisito soggettivo concernente i progressi compiuti nel corso del trattamento ai fini della concessione della semilibertà: Cass., Sez. I, 14 ottobre 2008, Cantelli, in *CED*, rv 241430; Cass., Sez. I, 29 settembre 2009, M.A.I, in *CED*, rv 245051; Cass., Sez. I, 24 giugno 1991, Tucci, in *Cass. pen.*, 1992, 2820; Cass., Sez. I, 3 aprile 2000, Ferrante, in *Cass. pen.*, 2001, 1628; Cass., Sez. I, 8 giugno 1994, Solarino, in *Riv. pen.*, 1995, 671.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Riferimenti bibliografici

A. Balsamo, *Quando lo Stato è responsabile per i delitti commessi da un detenuto in semilibertà*, in *Cass. pen.*, 2010, 1666

G. De Vero – G. Panebianco, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti Europee*, Torino, 2007, *passim*

A. Esposito, *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, 161 ss.

G. Garuti, *Il massacro del Circeo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 256

F.M. Iacoviello, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2011, 794 ss.

N. Lettieri, *L'art. 2 della Convenzione sui diritti umani sul diritto alla vita*, in *Giur. merito*, 2009, 2312

E. Nicosia, *Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, 112 ss.

C. Russo- A. Blasi, Art. 2, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole - B. Conforti – G. Raimondi, Padova, 2001, 35 ss.

S. Sartarelli, Artt. 48, 50, 51, in *Codice di procedura penale commentato, Leggi speciali e complementari*, a cura di A. Giarda- G. Spangher, Tomo III, Milano, 2010, 10566-10586 (v. anche bibliografia e giurisprudenza ivi citate).

F. Viganò, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 42 ss.

(23 maggio 2011)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

- Section:** **Criminal Law protection** - Principles of criminal Law - Guilt, human penalty and punishability
- Title:** *"Weak" statute and "strong" statute of the humanity of the penalty (proportionate): the function of re-education in the zone of the European Convention of Human Rights and of the Italian Constitution*
- Author:** **DANIELA FALCINELLI**
- Judgment:** European Court of Human Rights, Fourth Section, Judg.17.12.2012, Cases of *Harkins and Edwards v. U.K.* (Application nos. 9146/07 and 32650/07)
- Conventional Parameter:** Article 3
- Key Words:** Guiltiness, humanity of the penalty, proportion of the penalty

The decision in comment puts a focus on the latest development of the Strasbourg jurisprudence with regard to the compatibility between a life sentence in the form of imprisonment without the benefit of early release or parole and the precept of the art. 3 ECHR, as a guarantee of a penalty neither inhuman nor degrading. With the decision are unanimously sanctioned the principles for which the imposition of life imprisonment without the possibility of parole does not violate in itself the art. 3 ECHR provided the imprisonment shouldn't be considered seriously or manifestly disproportionate (or grossly or clearly disproportionate) compared to the gravity of the offense; and provided the condemned person could still benefit of a possibility, de jure or de facto, of liberation.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Under this argument scheme the Court of Human Rights rejects the appeals of the two prisoners - one British, the other American - against the decision of the British government to extradite them to the United States, where they would be at risk of being sentenced to imprisonment without the possibility of parole. The Strasbourg judges make their own, first, the criterion of "serious or gross disproportion" of the sentence to determine if already the infliction of the life sentence equipped with a "whole life order" in the concrete case is in violation of the article 3 ECHR: the first applicant - twenty years old at the time - was accused of a so called felony murder, an unintentional homicide committed during the execution of another crime (a robbery), the second applicant was instead charged with murder, committed at the age of nineteen.

Once excluded that the imposition of the penalty of life without the possibility of parole constitutes in itself an inhuman and degrading punishment as seriously and manifestly disproportionate to the singular case, the Court concludes for a "comprehensive" adequacy compared to the art. 3 ECHR, noting that compared to the two applicants is not at all certain that in the future the performance of their penalties will be not any more justifiable in relation to any of the multiple purposes of punishment, nor it's certain that the Governors of Florida and of Maryland will not use the discretionary powers of grace that justify the early release of the condemned to life sentence. A preliminary consideration on the wideness of the purposes of punishment that the decision seems to legitimize in alternative terms - so that it couldn't be believed as the assignation to it of a function of re-education well at the enforcement stage - leads to a deeper, and finally opposite, reading of this conclusion, proceeding through a reasoned comparison with the evolution of the Italian constitutional jurisprudence on the subject, which recognizes in the function of special prevention (of re-education in conformity with the art. 27, paragraph 3, of the Constitution) an informative principle of the entire "life" of the punishment "since it births, in the abstract provision of law, until in the concrete it goes out".



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

La decisione in commento mette un punto sulla più recente evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo quanto alla compatibilità tra l'ergastolo nella forma di pena detentiva senza beneficio della liberazione anticipata o condizionale ed il precetto ex art. 3 CEDU, a garanzia di una pena né disumana né degradante. Con la pronuncia si sanciscono, all'unanimità, i principi per cui l'imposizione della pena dell'ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata non viola di per sé l'art. 3 CEDU sempre che tale pena non debba considerarsi gravemente o manifestamente sproporzionata (*grossly or clearly disproportionate*) rispetto alla gravità del fatto; e a condizione che il condannato possa comunque beneficiare di una possibilità, *de iure* o *de facto*, di liberazione. In applicazione di questo schema argomentativo la Corte EDU rigetta i ricorsi di due detenuti – l'uno cittadino britannico, l'altro statunitense – contro la decisione del governo inglese di estradarli negli Stati Uniti, dove essi sarebbero stati esposti al rischio di essere condannati alla pena dell'ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata (*life imprisonment without parole*). I giudici di Strasburgo fanno proprio, anzitutto, il criterio della “grave o manifesta sproporzione” della pena per valutare se già l'inflizione dell'ergastolo corredato da un “*whole life order*” violi nel caso concreto l'art. 3 CEDU: il primo ricorrente – ventenne all'epoca dei fatti – era accusato di un *c.d. felony murder*, e cioè di un omicidio involontario commesso durante l'esecuzione di un altro delitto (una rapina a mano armata); il secondo ricorrente era invece imputato di un omicidio volontario, commesso all'età di diciannove anni. Una volta escluso che la pena inflitta costituisca in sé una punizione inumana e degradante in quanto gravemente e manifestamente sproporzionata rispetto alla fattispecie singolare, la Corte conclude per una “complessiva” adeguatezza della stessa rispetto all'art. 3 CEDU, osservando che rispetto ai due ricorrenti non è affatto certo che in futuro l'esecuzione delle rispettive pene si presenti non più giustificabile in relazione ad alcuno dei plurimi scopi della pena, né è certo che non si faccia uso, da parte dei governatori della Florida e del Maryland, dei poteri discrezionali di grazia che legittimano la liberazione anticipata dei condannati all'ergastolo. Una preliminare considerazione sull'ampiezza degli scopi della pena che la pronuncia sembra legittimare in termini alternativi - così da non ritenere necessaria l'assegnazione ad essa di una funzione rieducativa pure nella fase dell'esecuzione - conduce ad una più approfondita, ed infine opposta, rilettura di questa conclusione, passando attraverso una ragionata comparazione con l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale italiana in materia, che riconosce nella funzione di prevenzione speciale (rieducativa ex art. 27, comma 3, Cost.) un principio informativo dell'intera “vita” della pena «da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue».



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Precedents

Similar:

Corte eur. dir. uomo: sez. IV, casi Vinter e a. c. Regno Unito (ricorsi n°. 66069/09; 130/10; 3896/10); Babar Ahmad e a. c. Regno Unito (ricorsi n°. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 e 67354/09).

Different:

Corte eur. dir. uomo - Grande Camera: Kafkaris c. Cipro (ricorso n° 21906/04).

Domestic Law

Corte cost. 25 maggio 1989, n. 282; Corte cost. 26 luglio 1990, n. 313.

Bibliographical References

A. Colella, La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti, in DPC - Riv. trim., pp. 241 ss.

S. Moccia, Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e costituzione italiana, in Dir. Pen. e Processo, 2012, 8, pp. 921 ss.

F. Palazzo, Corso di diritto penale. Parte generale, G. Giappichelli, Torino, 2011, pp. 45 s.

F. Viganò, Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo, in Diritto penale contemporaneo, 2012.

(December 2012)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Sezione: **Principi e tutela penale** - Principi del diritto penale – *Colpevolezza, Umanità della pena e punibilità*

Titolo: *La giurisprudenza della Corte EDU in materia di disenfranchisement ovvero sulla privazione del diritto di voto dei detenuti*

Autore: **STEFANIA SARTARELLI**

Sentenze di riferimento: Corte EDU, [GC], *Scoppola c. Italia* (n. 3), sentenza del 22 maggio 2012; Corte EDU, [GC], *Hirst c. Regno Unito* (n. 2), sentenza del 6 ottobre 2005; Corte EDU, *Greens e M.T. c. Regno Unito*, sentenza del 23 novembre 2010; Corte EDU, *Frodl c. Austria*, sentenza del 8 aprile 2010; Corte EDU, *Anchugov e Gladkov c. Russia*, sentenza del 4 luglio 2013; Corte EDU, *Söyler c. Turchia*, sentenza del 11 settembre 2013, in *hudoc.echr.coe.int*

Parametro convenzionale: art. 3 Prot. 1 CEDU

Parole chiave: Diritti dei detenuti; privazione del diritto di elettorato dei condannati; diritto di voto dei detenuti

Una doverosa premessa.L'approccio riservato dalla Corte europea dei diritti umani alla spinosa questione della compatibilità con il sistema convenzionale della privazione del diritto di elettorato attivo per coloro che subiscano una condanna penale assume, per certi versi, la forma di un "dibattito" piuttosto acceso, intercorrente tra la Corte stessa e il Regno Unito. Tanto ciò è vero che proprio a tale Paese, ben più che agli altri, si rivolgono indirettamente le linee-guida individuate nella sentenza della Grande Camera *Scoppola c. Italia* (n. 3) del 22 maggio 2012¹. In questa sentenza, infatti, il nostro ordinamento finisce per assumere un ruolo piuttosto insolito, visti i più recenti approdi giurisprudenziali della Corte in cui l'Italia, invece, è stata sovente "redarguita" e

¹ Corte EDU, [GC], *Scoppola c. Italia* (n. 3), sentenza del 22 maggio 2012, in *hudoc.echr.coe.int*



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

“condannata” a risanare le situazioni patologiche censurate in sede europea², e cioè quello, addirittura, di una sorta di “modello” esportabile in altri Paesi membri del Consiglio d'Europa³ (primo fra tutti, il Regno Unito, appunto).

Ciò appare ancora più incredibile laddove si consideri che la medesima questione relativa alla compatibilità ai parametri convenzionali della disciplina italiana in materia di privazione del diritto di voto dei detenuti era stata risolta in senso diametralmente opposto dalla Sezione Seconda della stessa Corte EDU.

Le ragioni di questo *revirement* vanno ravvisate sia nella difesa, da parte della Grande Camera, del proprio operato e della riaffermazione del valore della continuità della propria giurisprudenza⁴; sia nella volontà della stessa Corte di porre fine alla *querelle* insorta con il Governo britannico in relazione ai limiti del suo sindacato. Il caso italiano diventa, pertanto, “strumentale” al raggiungimento di tali finalità.

In estrema sintesi, il tema del *disenfranchisement* veniva affrontato per la prima volta dalla Corte con la sentenza sul caso *Hirst*⁵ contro l'ordinamento britannico, in cui si affermava che la privazione generalizzata del diritto di voto per tutte le persone detenute a seguito di condanna penale e per tutta la durata della loro detenzione costituiva una “*general, automatic and indiscriminate restriction*”⁶ incompatibile con il diritto di voto previsto dall'art. 3 Prot. 1. Inoltre, in modo piuttosto innovativo, la Corte muoveva da una visuale che abbandonava la prospettiva della giustizia individuale per concentrarsi, invece, sulla validità delle disposizioni legislative relative alla privazione del voto. Tale pronuncia causava una profonda tensione tra la Gran Bretagna, uno dei “padri fondatori” del Consiglio d'Europa, e la Corte, tanto che, quest'ultima, di fronte all'inerzia britannica nel dare esecuzione alla sentenza, finiva per ricorrere alla procedura della “sentenza pilota” in un caso successivo avente lo stesso oggetto⁷, ovvero il caso *Greens e M.T. c. Regno Unito*⁸, imponendo così

² Si pensi, ad esempio, tra le più recenti a Corte EDU, GC, *Scoppola c. Italia* (n. 2), sentenza del 17 settembre 2009; Corte EDU, Sez. II, *Torreggiani e altri c. Italia*, sentenza del 8 gennaio 2013)

³ A. COLELLA, *La Grande Camera della Corte EDU nel caso Scoppola (n.3): la disciplina italiana della decadenza dal diritto di voto dei detenuti non contrasta con l'art. 3 Prot.1*, nota a Corte EDU, grande camera, sent. 22 maggio 2012, *Scoppola c. Italia* (n. 3), in *penalecontemporaneo.it*

⁴ C. PITEA, *Sul diritto di voto dei condannati e dei detenuti: il dilemma tra giustizia “individuale” e giustizia “costituzionale” dinanzi alla Grande Camera della Corte Europea*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 6, 2012, 665.

⁵ Corte EDU, [GC], *Hirst c. Regno Unito* (n. 2), sentenza del 6 ottobre 2005.

⁶ Corte EDU, [GC], *Hirst c. Regno Unito* (n. 2), sentenza del 6 ottobre 2005, par. 82; PITEA, *Sul diritto di voto dei condannati e dei detenuti*, cit., 663.

⁷ C. PITEA, *Sul diritto di voto dei condannati e dei detenuti*, cit., 663-664; 666-667.

⁸ Corte EDU, *Greens e M.T. c. Regno Unito*, sentenza del 23 novembre 2010.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

al governo britannico di sottoporre al Comitato dei Ministri una proposta di riforma entro sei mesi dalla data in cui tale ultima sentenza fosse divenuta definitiva⁹.

Nel frattempo, il 18 gennaio 2011, la Sezione Seconda della Corte EDU si pronunciava sul caso *Scoppola c. Italia* (n. 3), ritenendo che la restrizione prevista nella normativa italiana (artt. 19, 20, 28 e 29 c.p.) del diritto sancito dall'art. 3 Prot. 1 risultasse provvista di una base legale e perseguisse un fine legittimo (quello della prevenzione del crimine e del rispetto dello stato di diritto), in essa sarebbe mancato, tuttavia, il requisito della proporzione, riscontrando, il giudicante, secondo quanto già accaduto nel caso *Hirst*, quel carattere di automatismo evincibile, tra l'altro, dalla circostanza che della condanna all'interdizione dai pubblici uffici (e, dunque, della privazione del diritto di voto) non debba neppure essere fatta esplicita menzione nella sentenza di condanna¹⁰. Pertanto, la privazione permanente del diritto di voto imposta dalla legge al ricorrente, in assenza di una valutazione giudiziaria della proporzionalità della misura nelle specifiche circostanze del caso, inducevano la Sezione Seconda a censurare la disciplina italiana¹¹.

Nell'agosto 2011, rinviato il caso alla Grande Camera, la Corte accoglieva la richiesta del Regno Unito di far decorrere i sei mesi per la presentazione del progetto di riforma legislativa, non dalla data in cui sarebbe divenuta definitiva la sentenza *Greens e M.T. c. Regno Unito*, bensì da quella in cui la Grande Camera si fosse pronunciata sul caso *Scoppola c. Italia* (n. 3). Perciò, il Governo inglese veniva autorizzato a presentare osservazioni in quest'ultimo procedimento ai sensi dell'art. 36 § 2 CEDU che disciplina l'intervento di terzi nei procedimenti dinanzi la Corte EDU¹².

Il Regno Unito approfittava di tale possibilità per contestare apertamente e direttamente la giurisprudenza *Hirst* e per sostenere che, in ogni caso, la previsione nella sentenza intervenuta

⁹ A. COLELLA, *La Grande Camera della Corte EDU nel caso Scoppola (n.3)*, cit.

¹⁰ COLELLA, *Terza condanna dell'Italia a Strasburgo in relazione all'affaire Scoppola: la privazione automatica del diritto di voto in caso di condanna a pena detentiva contrasta con l'art. 3 Prot. 1 CEDU*, nota a Corte EDU, Sez. II, 18 gennaio 2011, Pres. Tulkens, ric. n. 126/05, *Scoppola c. Italia* (n. 3): si profila un nuovo intervento della Corte Costituzionale, in *penalecontemporaneo.it* (8.3.2011). L'A. evidenzia come la seconda sezione abbia sottolineato che la fattispecie sottoposta al suo esame si differenzi profondamente da quella oggetto della decisione *M.D. c. Italia* del 28 gennaio 2003, in cui la Corte aveva dichiarato manifestamente infondato il ricorso sollevato dal ricorrente, che lamentava la violazione dell'art. 3 Prot. 1 Cedu in relazione all'interdizione del diritto di voto conseguente a condanna penale: in quel caso, infatti, la privazione del diritto di voto aveva avuto durata limitata.

¹¹ C. PITEA, *Sul diritto di voto dei condannati e dei detenuti*, cit., 665.

¹² A. COLELLA, *La Grande Camera della Corte EDU nel caso Scoppola (n.3)*, cit.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

successivamente sul caso *Frodl*¹³, di un obbligo di determinazione giudiziaria, caso per caso, della necessità della privazione del diritto di voto non ne costituiva un'applicazione, ma un'estensione¹⁴.

La Grande Camera, di fronte ad una siffatta critica, si ergeva in difesa del proprio operato¹⁵ e decideva di ribaltare completamente il giudizio espresso dalla Seconda Sezione in merito alla compatibilità con l'art. 3 Prot. 1 della disciplina italiana sull'interdizione dai pubblici uffici, da cui discende, ex art. 28, comma 1, n. 1 c.p., la privazione dell'elettorato attivo e passivo delle persone penalmente condannate. L'automatismo della privazione del diritto di voto censurabile (che consegue direttamente alla condanna, annoverandosi tra gli effetti penali di essa, e della quale non viene neppure fatta menzione nella sentenza di condanna, così come censurato dalla Seconda Sezione) viene ridimensionato, reputandosi contrastante con l'art. 3 Prot. 1 solo quando la privazione del diritto di elettorato attivo costituisca una misura di carattere generale, automatico ed indiscriminato e si fondi esclusivamente sulla pronuncia di una sentenza di condanna, senza che vengano in considerazione la durata della pena inflitta, la natura e la gravità dei reati e le circostanze personali del detenuto; mentre non sarebbe necessario che tali elementi siano valutati concretamente dal giudice di merito per verificare se la privazione del diritto di elettorato attivo possa dirsi, nel caso di specie, proporzionata ai sensi dell'art. 3 Prot. 1¹⁶.

La Corte, pertanto, rigetta l'argomentazione avanzata dal Regno Unito e ribadisce la validità del precedente *Hirst*, (seppur restringendone la portata) avendo constatato che nessuna convergenza si è realizzata tra gli ordinamenti degli Stati contraenti in seguito a tale sentenza, i principi ivi enunciati, pertanto, rimangono pienamente validi ed attuali¹⁷.

L'assenza di uniformità di soluzioni nel panorama europeo attribuisce agli Stati membri un margine di apprezzamento particolarmente ampio, potendo decidere se demandare al giudice il vaglio di proporzionalità ovvero predeterminare in astratto, mediante apposite norme di legge, i presupposti in presenza dei quali applicare tale pena accessoria (come ad esempio, individuando uno specifico elenco di reati a cui essa consegua o una soglia di pena al di sotto della quale renderla inoperante).

In quest'ottica, la Grande Camera ha riscontrato come il legislatore italiano abbia, in effetti, considerato la gravità e la natura dei reati da cui discende la privazione del diritto di voto, stabilendo che essa consegua ad una condanna ad almeno tre anni di reclusione, o alla condanna per

¹³ Corte EDU, *Frodl c. Austria*, sentenza del 8 aprile 2010.

¹⁴ C. PITEA, *Sul diritto di voto dei condannati e dei detenuti*, cit., 665.

¹⁵ C. PITEA, *Sul diritto di voto dei condannati e dei detenuti*, cit., 665.

¹⁶ A. COLELLA, *La Grande Camera della Corte EDU nel caso Scoppola (n.3)*, cit.

¹⁷ C. PITEA, *Sul diritto di voto dei condannati e dei detenuti*, cit., 665.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

un delitto realizzato con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione o a un pubblico servizio: previsioni, queste, che consentono di escludere quel carattere generale, automatico ed indiscriminato che aveva condotto la Corte, in precedenza, a stigmatizzare la normativa inglese¹⁸.

Il parametro di riferimento. Rispetto al "nostro" art. 48 Cost., il testo dell'art. 3 Prot. 1 si caratterizza per l'impiego di alcune espressioni piuttosto generiche e vaghe («intervalli ragionevoli» «elezioni libere» «opinione del popolo sulla scelta del corpo legislativo») che ovviamente hanno dato luogo a numerose interpretazioni, tanto più che tale disposizione è l'unica tra le clausole «materiali» della CEDU e dei Protocolli a non prevedere espressamente diritti individuali, questi, semmai, e al termine di un travagliato percorso interpretativo, vengono riconosciuti come implicitamente protetti dalla norma in esame e suddivisi in quattro diverse tipologie: diritto di voto; diritto di elettorato passivo per le elezioni legislative; diritto dell'eletto di «sedere in Parlamento»; diritto istituzionale a beneficiare di elezioni legislative conformi agli standard previsti all'art. 3 Prot. 1¹⁹.

A nessuno dei diritti ivi protetti la Corte ha riconosciuto il carattere dell'assolutezza: ricavati per deduzione logica da una disposizione convenzionale, essi ammettono – sempre per inferenza – limitazioni. La natura ibrida dei diritti politici ovvero la consapevolezza che essi non tutelano soltanto un interesse individuale di partecipazione politica, ma sono anche funzionali al soddisfacimento di interessi pubblici, spinge la Corte a riconoscere agli Stati un ampio margine di apprezzamento e ad applicare principi meno rigidi rispetto a quelli utilizzati nel quadro del controllo ai sensi degli artt. 8-11 CEDU. Così, successivamente alla prima fase del controllo della Corte che attiene al rispetto del principio di legalità, si apre la seconda fase che ha ad oggetto gli scopi perseguiti dalla Stato con la misura restrittiva, scopi che variano a seconda delle circostanze storiche e politiche dei singoli Stati²⁰.

L'ampiezza del margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati spinge la Corte a riconoscere che essi possano giustificare le proprie scelte in materia di determinazione della sfera della cittadinanza politica con qualsiasi scopo, salvo verificarne la compatibilità con i principi fondamentali della *rule of law* e con gli obiettivi generali della Convenzione. Dal momento che il margine di apprezzamento che la Corte riconosce agli Stati è, almeno in linea di principio, ampio, anche il

¹⁸ A. COLELLA, *La Grande Camera della Corte EDU nel caso Scoppola (n.3)*, cit.

¹⁹ M. STARITA, sub art. 3 Prot. 1, in S. BARTOLE-P. DE SENA-V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, 832-833.

²⁰ M. STARITA, sub art. 3 Prot. 1, cit., 842-844.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

terzo passaggio nel controllo della Corte, quello relativo alla proporzionalità, sarà sempre, tendenzialmente, caratterizzato da una certa flessibilità.

Tuttavia, rispetto al controllo di proporzionalità classico quello esercitato dalla Corte sulle misure che restringono l'accesso all'elettorato si caratterizza, da una parte, per il fatto che tale controllo è svolto sulle disposizioni che nell'ordinamento statale interessato escludono dall'elettorato le classi di persone cui i ricorrenti appartengono (*categoricalbalancing* in luogo del *ad hoc balancing*); dall'altra, alla scarsa incisività del controllo di proporzionalità sostanziale corrisponde, invece, un controllo stretto sulla proporzionalità in senso formale/procedurale, sul rispetto, cioè, degli obblighi in materia di equo procedimento²¹. Va, però, conclusivamente precisato che il controllo di proporzionalità sostanziale torna ad essere stringente e caso per caso rispetto alla compatibilità di alcuni criteri di esclusione dall'elettorato che si fondino su comportamenti ritenuti dagli Stati contraenti incompatibili con lo *status activae civitatis* (ad esempio, le c.d. cause di indegnità): la Corte verificherà che la decisione di impedire ad alcuni individui la partecipazione al momento più alto della democrazia rappresentativa trovi fondamento nella natura e nella gravità dei comportamenti da essi effettivamente tenuti. Pertanto, sarà incompatibile con l'art. 3 del primo Protocollo l'indiscriminata privazione dei diritti politici nei confronti dei detenuti, senza che sia valutata la gravità del reato commesso, in quanto il principio di proporzionalità sostanziale esige un legame percettibile e sufficiente tra la sanzione e la condotta dell'individuo interessato²².

Di recente. Se nella sentenza *Söiler c. Turchia*, del 17 settembre 2013, alla stregua della sopra detta necessaria proporzionalità tra sanzione e condotta dell'individuo colpito dalla privazione del diritto di voto, si ribadisce che la privazione del diritto di voto come conseguenza di una condanna penale è illegittima se caratterizzata da una applicazione automatica e non giustificata da uno specifico nesso funzionale tra sanzione e reato commesso²³; con la sentenza *Anchugov e Gladkov c. Russia*, con cui la Corte è intervenuta per valutare la compatibilità della normativa costituzionale russa (art. 32) con il parametro posto dall'art. 3 Prot. 1., riconoscendone, all'unanimità, la violazione, si va decisamente oltre. La Corte afferma, infatti, che le limitazioni al diritto di elettorato attivo e passivo imposte dagli Stati contraenti devono rispettare il principio di proporzionalità tra la sanzione e lo scopo con essa perseguito: ciò significa che deve sussistere un sufficiente collegamento tra la privazione del diritto di elettorato e l'illecito penale. Un collegamento, secondo la Corte, che appare invece del tutto assente nel testo dell'art. 32 della Costituzione russa, il quale priva del diritto di

²¹ M. STARITA, sub art. 3 Prot. 1, cit., 844-845.

²² M. STARITA, sub art. 3 Prot. 1, cit., 847-848.

²³ Corte EDU *Söiler c. Turchia*, sentenza del 17 settembre 2013, in *Monitoraggio Corte EDU Settembre 2013*, *penalecontemporaneo.it* (10.12.2013), a cura di P. CONCOLINO, A. GIUDICI, F. MAZZACUVA, E. TIANI.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

elettorato chiunque stia scontando una pena detentiva, indipendentemente dalla durata della condanna, dalla natura o gravità del reato, nonché dalle circostanze relative alla persona del reo. Così disponendo la norma in esame finisce per oltrepassare il confine del (seppur molto ampio, ma non onnicomprensivo) margine di apprezzamento concesso agli Stati contraenti nella suddetta materia²⁴.

Se dal punto di vista del merito, in coerenza con i propri precedenti, è agevole osservare come la Corte non avrebbe potuto che giungere a tale conclusione, dal punto di vista del metodo, o meglio, dell'ambito di operatività del "suo" sindacato, la pronuncia indicata suscita qualche perplessità.

In effetti, a tutto concedere, anche nella "vicenda inglese" sopra evidenziata si scorgeva come, dietro alla questione principale del *disenfranchisement*, si (mal)celasse anche la questione relativa all'ampiezza del sindacato operato dalla Corte e oggetto delle veementi rimostranze manifestate dal Regno Unito.

Ebbene, nella sentenza *Anchugov e Gladkov c. Russia*, dove ad essere oggetto di scrutinio è addirittura una norma costituzionale, la Corte, preliminarmente, riafferma il proprio potere di pronunciarsi sulle violazioni dei diritti fondamentali anche quando esse derivino dall'applicazione di norme costituzionali, in quanto l'art. 1 CEDU impone agli Stati contraenti di riconoscere i diritti e le libertà convenzionali "ad ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione", intendendosi quest'ultimo concetto in senso ampio, tale da abbracciare ogni modalità attraverso cui il potere sovrano venga esercitato, ivi compresa l'emanazione di norme di rango costituzionale.

Dopo tali affermazioni, però, la Corte si affretta a precisare che lo scrutinio di legittimità non ha ad oggetto le norme costituzionali in astratto, bensì gli effetti da esse prodotte nel caso concreto riguardante il ricorso. Tale distinzione, astrattamente plausibile, appare, però, poco praticabile nel momento in cui la Corte si trovi a valutare la compatibilità tra le norme Convenzionali, da un lato, e una situazione giuridica direttamente derivante dall'applicazione di una disposizione della legge interna, dall'altro, risultando, l'eventuale riscontrata violazione di un diritto fondamentale del ricorrente, semplicemente il riflesso di una incompatibilità tra norme²⁵.

²⁴ S. ZIRULIA, *La privazione del diritto di elettorato attivo a seguito di condanna penale, sullo sfondo dei rapporti tra Convenzione edu e Costituzioni degli Stati contraenti: crisi della "norma interposta"*, in *penalecontemporaneo.it* (15.9.2013).

²⁵ S. ZIRULIA, *La privazione del diritto di elettorato attivo a seguito di condanna penale*, cit.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Parametri di diritto interno:

art. 48 Cost.; artt. 19, 20, 28 e 29 c.p.

Riferimenti bibliografici:

COLELLA A., *La Grande Camera della Corte EDU nel caso Scoppola (n.3): la disciplina italiana della decadenza dal diritto di voto dei detenuti non contrasta con l'art. 3 Prot.1*, nota a Corte EDU, grande camera, sent. 22 maggio 2012, Scoppola c. Italia (n. 3), in *penalecontemporaneo.it*;

COLELLA A., *Terza condanna dell'Italia a Strasburgo in relazione all'affaire Scoppola: la privazione automatica del diritto di voto in caso di condanna a pena detentiva contrasta con l'art. 3 Prot. 1 CEDU*, nota a Corte EDU, Sez. II, 18 gennaio 2011, Pres. Tulkens, ric. n. 126/05, Scoppola c. Italia (n. 3): si profila un nuovo intervento della Corte Costituzionale, in *penalecontemporaneo.it* (8.3.2011);

PITEA C., *Sul diritto di voto dei condannati e dei detenuti: il dilemma tra giustizia "individuale" e giustizia "costituzionale" dinanzi alla Grande Camera della Corte Europea*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 6, 2012, 665;

STARITA M., sub *art. 3 Prot. 1*, in S. BARTOLE-P. DE SENA-V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, 832 ss.

ZIRULIA S., *La privazione del diritto di elettorato attivo a seguito di condanna penale, sullo sfondo dei rapporti tra Convenzione edu e Costituzioni degli Stati contraenti: crisi della "norma interposta"*, in *penalecontemporaneo.it* (15.9.2013);

CONCOLINO P., GIUDICI A., MAZZACUVAFF., TIANIE. (a cura di), *Monitoraggio Corte EDU Settembre 2013*, *penalecontemporaneo.it* (10.12.2013);

SARTARELLI S., *La Corte EDU e il diritto di voto dei condannati*, in *federalismi.it*, focus Human Rights n. 4, (20.12.2013).

(6 febbraio 2014)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Sezione: **Principi e tutela penale** - Principi del diritto penale – *Colpevolezza, umanità della pena e punibilità*

Titolo: *Sul trattamento penitenziario non disumano né degradante: una guida al dialogo "a rime obbligate" tra CEDU, Costituzione italiana e norme penali*

Autore: **DANIELA FALCINELLI**

Sentenza di riferimento: Corte Costituzionale, sentenza 22 novembre 2013, n. 279

Parametro convenzionale: Art. 3 CEDU

Parole chiave: Principio di umanità della pena, finalismo rieducativo della sanzione penale, sovraffollamento carcerario, diritti dei detenuti

Sommario: 1. *La sentenza Torreggiani e altri c. Italia: tra passato, presente e futuro;* 2. *La questionata legittimità costituzionale del rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena, ex art. 147 c.p.;* 3. *Conclude la Corte costituzionale: le ragioni di una inammissibilità "di principio";* 4. *Segue: e il ruolo di "Moderno Moderatore di Sistema".*

1. La pronuncia della Corte costituzionale resa con sentenza n. 279 del 2013 si inserisce in un contesto ordinamentale che, in relazione al tema della tutela dei diritti fondamentali delle persone sottoposte a pena detentiva, mette in diretta e stretta comunicazione i due Garanti: la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte costituzionale. L'unione tra i due livelli di sindacato, e per l'effetto anche di protezione, rafforza la corrente valutazione: v'è un conflitto tra le Carte dei diritti rispettivamente applicate dai due Custodi e la situazione originata dal sovraffollamento delle carceri italiane. L'affermazione *unisona* si colloca così accanto alle altre prese di posizione "istituzionali" estrinsecatesi - da tempo, e diffusamente ripetute negli ultimi mesi - in convinte esortazioni al Parlamento nazionale ad ottemperare alla fondamentale decisione della Seconda Sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo, *Torreggiani e altri c. Italia*.

La sentenza "pilota" in citazione - *alla stregua della tecnica decisoria impiegata dalla Corte EDU in presenza di ricorsi seriali che evidenzino una violazione strutturale e sistemica dello Stato*



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

contraente di una o più norme convenzionali - ha difatti attestato il carattere strutturale e sistemico del "grave" sovraffollamento carcerario italiano, per mancanza di spazio (inferiore ai 3m² a detenuto), ed ha accertato come siffatta condizione detentiva si presti ad integrare trattamenti inumani e degradanti in violazione dell'art. 3 CEDU (Corte EDU, 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia, ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10). Ad effetto, da un lato sono stati sospesi tutti i ricorsi dei detenuti italiani aventi ad oggetto il riconoscimento della violazione patita, dall'altro, è stato concesso allo Stato italiano un termine di un anno (dalla data del passaggio in giudicato della sentenza) entro il quale adottare le misure necessarie per porre rimedio alla situazione.

Più in particolare, la Seconda Sezione della Corte EDU ha invitato l'Italia a dotarsi di «un ricorso o [di] una combinazione di ricorsi che abbiano effetti preventivi e compensativi e garantiscano realmente una riparazione effettiva delle violazioni della Convenzione risultanti dal sovraffollamento carcerario in Italia. Tale o tali ricorsi dovranno essere conformi ai principi della Convenzione [...] ed essere posti in essere nel termine di un anno dalla data in cui [la sentenza] sarà divenuta definitiva» (Corte EDU, 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia, cit. § 99).

Posto allora il "dovere in prospettiva" che si impone allo Stato, di risolvere *strutturalmente* il problema del sovraffollamento carcerario, eliminandone le cause, e quindi eliminando la distanza che corre tra il numero effettivo dei detenuti *in vinculis* ed il numero dei posti *umanamente* disponibili all'interno degli istituti, v'è un più urgente "dovere immediato" da adempiere, per far fronte allo *status quo* del sistema penitenziario violativo del fondamentale diritto a non subire trattamenti inumani.

2. Il *dictum* della Corte di Strasburgo ha con ciò prestato il destro alle ordinanze di rimessione sollevate dai Tribunali di Sorveglianza di Venezia e Milano.

In breve. I giudici *a quibus* hanno dubitato della conformità a Costituzione della norma di cui all'art. 147, comma 1, n. 2, c.p., dettata a disciplina dell'istituto del rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena, «nella parte in cui non prevede, oltre alle ipotesi espressamente indicate, da ritenersi tassative, anche il caso di rinvio dell'esecuzione della pena quando quest'ultima debba avvenire in condizioni contrarie al principio di umanità». Quanto a dire che si affida alla Corte il compito di fornire una interpretazione adeguatrice/analogica della disposizione, che la vesta - da norma tassativamente chiusa che è - a «norma "di chiusura" del sistema», valevole a meccanismo elastico e generale a tutela del diritto dei detenuti a non subire un trattamento inumano e degradante in ragione delle modalità di esecuzione della pena detentiva.

Si è difatti rilevato il contrasto tra la norma *de qua* e l'art. 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 3 della CEDU posto a presidio del divieto di tortura per come interpretato nella predetta sentenza pilota; in secondo luogo, ed in rafforzamento del medesimo significante, si è profilata la questione



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

di contrasto rispetto all'art. 27, comma 3, Cost. sul duplice piano del divieto di trattamenti contrari al senso di umanità e della funzione della pena come tesa alla rieducazione del reo, nonché in relazione agli artt. 2 e 3 Cost.

3. Chiamato, così, a tentare una "forzata conciliazione" tra l'ordinamento penitenziario italiano e il monito contenuto nella sentenza della Corte EDU, il Giudice costituzionale si attarda ad approfondire l'adeguatezza/idoneità del rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena a porsi, di per sé, quale strumento capace di ovviare al sovraffollamento carcerario in applicazione del principio rieducativo della pena.

È l'occasione per confermare da un lato e "modernizzare" dall'altro il quadro delle competenze e dei poteri - pure di "addenda" - che i Costituenti hanno assegnato alla Consulta, concludendo essa nel senso dell'inammissibilità della questione promossa.

L'esito muove da due trancianti osservazioni. La prima, che diremmo di *premessa politica*: l'istituto del rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena, indotto da una eventuale richiesta "personale" del detenuto interessato, e soggiacente ad una ampia discrezionalità valutativa della magistratura di sorveglianza, non rappresenta uno strumento adeguato rispetto alle esigenze imposte dal fenomeno del sovraffollamento. L'altra, di taglio schiettamente giuridico: va escluso (*oggi*) il carattere a rime obbligate dell'intervento additivo richiesto nel rispetto della «priorità di valutazione da parte del legislatore sulla congruità dei mezzi per raggiungere un fine costituzionalmente necessario».

Si ravvisa difatti come «necessaria la definizione di criteri in base ai quali individuare il detenuto o i detenuti nei cui confronti il rinvio può essere disposto, in modo da tenere anche conto delle esigenze di "difesa sociale"», nel rispetto del principio, consolidato nella giurisprudenza costituzionale, secondo cui «il privilegio di obiettivi di prevenzione generale e di difesa sociale non può spingersi fino al punto da autorizzare il pregiudizio della finalità rieducativa espressamente consacrata dalla Costituzione nel contesto dell'istituto della pena».

Ecco allora *la conferma*. Alla Corte costituzionale, in veste di giudice di legittimità, si riconosce (anche in campo penale) lo stretto ruolo di applicatore dei principi costituzionali, e non di costruttore di disposizioni normative. Non la lacuna, quindi, non l'insufficienza, della regolamentazione penalistica che il legislatore abbia discrezionalmente apprestato potrà entrare nel fuoco di censura, in quanto essa - come è nella casistica di specie - implichi un'opera di completamento altrettanto discrezionale. Del resto la Corte opera in uno scenario ordinamentale penalistico in cui sta scolpito il principio di riserva di Legge *ex art. 25, comma 2, Cost.*, e di questo è chiamata non solo a garantire il rispetto da parte di "terzi" ma anche a rispettarlo in prima persona. Piuttosto, è la contraddizione tra la norma di legge (o atto avente forza di legge) ed il contenuto intimo e profondo del disposto costituzionale a fornire il testo ed il contesto per una



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

soluzione declaratoria di illegittimità, in qualunque "forma" una siffatta pronuncia si esprima, anche con *modus* manipolativo-additivo.

Ebbene - riconosce in sostanza la sentenza annotata - il disposto reso oggetto di disamina - ovvero la norma di cui all'art. 147 c.p. - non dimostra di vivere questa insanabile frizione con il *tendenziale finalismo rieducativo* che fa il volto costituzionale ed umano della pena ex artt. 27, comma 3, Cost. e 3 CEDU.

L'istituto del rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena riposa del resto su intuibili quanto condivisibili esigenze di *pietas* nei confronti del condannato che versi nelle condizioni tassativamente previste: lungi dal porsi in contrasto con le esigenze - parimenti sentite - di effettività ed irrefragabilità della condanna, esso si armonizza pienamente con l'esigenza di umanizzazione "personale-individuale" della pena espressa a livello di formante costituzionale, e relativa non solo agli aspetti qualitativi delle differenti tipologie sanzionatorie ma, ancor prima, alle correlative modalità di irrogazione ed alle cronologie di esecuzione delle stesse.

La norma codicistica sta allora, di contro, in esatta - in quanto non irragionevole sebbene frammentaria - attuazione del richiamato principio fondamentale di umanità della sanzione penale, per come imposto dall'integrazione in unità dello statuto costituzionale e di quello convenzionale. «Da un lato infatti un trattamento penale ispirato a criteri di umanità è necessario presupposto per un'azione rieducativa del condannato; dall'altro è appunto in un'azione rieducativa che deve risolversi un trattamento umano e civile, se non si riduca a una inerte e passiva indulgenza» (v. già, letteralmente, Corte cost. n. 12 del 1966, in *Giur. cost.*, 1966, p. 152). «Per un verso, infatti, il perseguimento della finalità rieducativa - che la norma costituzionale addita come tendenziale sol perchè prende atto "della divaricazione che nella prassi può verificarsi tra quella finalità e l'adesione di fatto del destinatario al processo di rieducazione" [...] - non può condurre a superare "la durata dell'afflittività insita nella pena detentiva determinata nella sentenza di condanna" [...]. Per altro verso, il privilegio di obiettivi di prevenzione generale e di difesa sociale non può spingersi fino al punto da "autorizzare il pregiudizio della finalità rieducativa espressamente consacrata dalla Costituzione nel contesto dell'istituto della pena"», (Corte cost. sent. n. 306 del 1993, in *Giur. cost.*, 1993, p. 2497).

Sicché, il ragionamento intorno all'inidoneità dell'istituto del rinvio facoltativo - con la connessa analisi degli ambiti operativi demandati al legislatore e all'amministrazione penitenziaria - è funzionale ad indurre la Corte ad escludere un proprio spazio di intervento che passi attraverso la manipolazione richiesta, in ragione della pluralità di soluzioni normative astrattamente ipotizzabili. In quanto non costituzionalmente imposta, in difetto, quindi, delle c.d. "rime obbligate", l'addizione richiesta risulta eccedere le prerogative dell'organo di giustizia costituzionale, e di giusto seguito si pone alla base della declaratoria di inammissibilità della questione di costituzionalità sollevata per "pluralità di soluzioni".



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

4. Inizia da qua una riflessione che la sentenza n. 279/2013 sviluppa fino a far percepire l'avvenuta assunzione da parte della Consulta di un ruolo di *"Moderno Moderatore di Sistema"*.

Ad avviso del Giudice costituzionale, si è detto, Costituzione e CEDU poggiano sulla medesima, cogente, "piattaforma valoriale", ma con ciò non spetta alla Corte «individuare gli indirizzi di politica criminale idonei a superare il problema strutturale e sistemico del sovraffollamento carcerario», non potendo un simile problema «essere contrastato con lo strumento indicato dai rimettenti». Nondimeno, la Corte ben può svolgere, come da sempre ha svolto, un ruolo di ammonitore nei confronti del Legislatore quanto ai doverosi percorsi normativi lungo cui procedere per dare attuazione ai valori e allo spirito costituzionale. Moniti fin qui "di principio", in quanto necessariamente dotati di una struttura e di un contenuto di "ampia latitudine", descrittivi cioè di un "genere" di scelta applicativa suggerita dalla Carta Fondamentale. A stare alle attuali parole (implicite) del Giudice delle Leggi, se le "ammonizioni di principio" si confermano come doverosa prima battuta del dialogo con il Legislatore, tali sono destinate a trasformarsi una volta che la Corte si trovi costretta a successivi richiami per *bisogno di sistema* indotto da persistente inerzia riformatrice da parte dell'organo parlamentare. E divengono allora, come è nella pronuncia in commento, sempre più di portata definitoria, volti cioè a descrivere direttamente e precisamente i profili della via maestra che conduce alla conformità costituzionale, finanche scendendo nel dettaglio delle specie di alternative che si propongano alla discrezionalità decisionale dell'organo parlamentare nazionale.

Così, di fronte all'inidoneità del rimedio individuato dai giudici *a quibus*, il Giudice costituzionale, - vista inattuata l'indicazione di Strasburgo, pur oramai sulla soglia di maturazione del termine di scadenza - sceglie coerentemente di cimentarsi in un'analisi delle possibili soluzioni appannaggio del legislatore ordinario. Più in particolare, la Corte opera una distinzione tra rimedi interni e rimedi esterni.

Ovvero, tra rimedi interni al sistema penitenziario, come lo spostamento del detenuto in un'altra camera di detenzione o il suo trasferimento in altro istituto di pena: la Corte appare peraltro del tutto consapevole del fatto che, nell'attuale situazione di saturazione, i rimedi interni possono non operare efficacemente, e quindi non essere in grado di garantire un'esecuzione rispettosa dei principi costituzionali e convenzionali, come quello della rieducazione, ove comportino ad esempio il trasferimento del detenuto in un istituto lontano da quello del luogo di residenza o trasferimenti continuativi per garantire una razionale distribuzione dei detenuti.

E rimedi esterni al sistema penitenziario: viceversa idonei a garantire la fuoriuscita del detenuto dal circuito carcerario, tra cui la detenzione domiciliare «o anche altre misure di carattere sanzionatorio e di controllo diverse da quelle attualmente previste, da considerare forme alternative alla



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

detenzione». In questo senso, infatti, seguendo il rilievo della Corte di Strasburgo, ribadito da entrambe le ordinanze di rimessione e del resto scolpito nei dati statistici, «considerate le dimensioni strutturali del sovraffollamento carcerario in Italia è facile immaginare che le autorità penitenziarie non siano sempre in grado [...] di garantire ai reclusi condizioni detentive conformi alla CEDU», con la conseguenza di rendere urgente un ripensamento delle modalità in cui si estrinseca l'esecuzione della pena detentiva.

Chiaro che, precisa la Corte, per risultare efficaci tali rimedi debbono poi essere inseriti «in un contesto di effettiva tutela giurisdizionale», per cui il detenuto deve essere messo in condizione di attivare un rimedio giurisdizionale nel caso di inerzia dell'amministrazione, mentre spetta al (sollecitato) legislatore «introdurre idonei strumenti esecutivi» per rendere certa l'ottemperanza dell'amministrazione alle decisioni giudiziali.

Tratteggiato così il quadro delle possibili soluzioni, la sentenza n. 279/2013 rivolge al Legislatore un severo, ultimo, monito, affinché si assuma le sue responsabilità: «questa Corte deve tuttavia affermare come non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al grave problema individuato nella presente pronuncia» (in questi esatti termini già si era espressa la Corte con il precedente pronunciamento n. 23/2013).

Del resto, è indubitabile che il termine del 28 maggio 2014 valga a segnare una triplice scadenza di adempimento, rispetto a: un obbligo costituzionale, derivando dall'art. 117 Cost. che la potestà legislativa debba essere esercitata dallo Stato nel rispetto degli obblighi internazionali, tra i quali quello di conformarsi alle sentenze definitive della Corte europea, secondo quanto stabilito dall'art. 46 CEDU, e dei vincoli costituzionali di cui agli artt. 2 e 27, comma 3, Cost., prescrittivi di una tutela inderogabile della dignità dell'uomo, anche quando privato della libertà personale; un atto politicamente necessario, nella logica e nelle relazioni istituzionali unitarie ed integrate tra sistema nazionale e sistema CEDU; un atto di assoluta opportunità in vista dell'altrimenti - a seguito cioè di un eventuale inadempimento - immediato scongelamento dei ricorsi ora sospesi (circa 3.000).

Si badi come, ad oggi, l'approccio al tema sul piano legislativo si sia tradotto in un primo intervento dettato con il d.l., 1 luglio 2013, n. 78, convertito in l., 9 agosto 2013, n. 94 (*Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena*), e più recentemente nel d.l. n. 146 del 2013 (*Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria*, convertito in l. 21 febbraio 2014, n. 10): provvedimento, quest'ultimo, finalizzato a «diminuire le presenze in carcere, attraverso misure dirette ad incidere sia sui flussi di ingresso in carcere che su quelli di uscita dal circuito penitenziario», e congiuntamente teso a rafforzare «gli strumenti di tutela dei diritti delle persone detenute o comunque sottoposte a misure di restrizione della libertà personale, attraverso la previsione di un nuovo procedimento giurisdizionale davanti al magistrato di sorveglianza ed attraverso l'istituzione della figura del Garante nazionale dei diritti



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

delle persone detenute o comunque private della libertà personale» (così, letteralmente, la relazione introduttiva).

La Corte costituzionale sembra dunque attendere pazientemente, non solo le mosse di politica criminale ma anche il giudizio che spetterà, in ogni caso, al Comitato dei Ministri, cui è rimesso, ai sensi dell'art. 46, § 2, CEDU, il controllo sull'esecuzione delle sentenze definitive di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo; residuandogli come estremo scenario - da rivagliare ove si profili - quello di pronunciarsi per il tramite di una sentenza c.d. "additiva di principio", nella quale - dichiarata l'illegittimità della norma (impugnata per il tramite di q.l.c.) nella parte 'omissiva' - venga enunciato un principio funzionale a suggerire al legislatore una possibile risposta, ma soprattutto a guidare il giudice nel caso di inerzia legislativa: finendo allora per *attribuire al giudice il potere effettivo di 'riparare' le violazioni in atto, facendone il custode della dignità della persona detenuta.*

Riferimenti bibliografici

S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, pp. 63 e ss.;

E. Dolcini, *Carcere, surrogati del carcere, diritti fondamentali*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2013, pp. 33 e ss.

M. Dova, *Torreggiani c. Italia: un barlume di speranza nella cronaca del collasso annunciato del sistema sanzionatorio*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2013, pp. 948 e ss.

G. Fiandaca, *Il 3° comma dell'art. 27*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1991, pp. 224 ss.

F. Fiorentin, G.G. Sandrelli, *L'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali. Disciplina dell'esecuzione penale e penitenziaria*, Padova, 2007.

A. Gargani, *Trattamento disumano e rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena: verso una sentenza additiva?*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2013, pp. 572 e ss.

A. Ruggeri, *Ancora una pronuncia di incostituzionalità accertata ma non dichiarata (nota minima a Corte cost. n. 279 del 2013, in tema di sovraffollamento carcerario)*, in www.giurcost.org.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

G. Tamburino, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. Pen.*, 2013, pp. 11 ss.

F. Viganò, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2013.

F. Viganò, *Alla ricerca di un rimedio giurisdizionale preventivo contro il sovraffollamento delle carceri: una questione di legittimità costituzionale della vigente disciplina in materia di rinvio dell'esecuzione della pena detentiva*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2013.

(27.03.2014)



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

- Sezione:** **Principi e tutela penale** – Le fattispecie incriminatrici - *Delitti contro la persona*
- Titolo:** *Tutela della vita ed uso legittimo delle armi: il caso "Giuliani" al cospetto della Corte europea dei diritti dell'uomo*
- Autore:** **MARIA CHIARA BISACCI**
- Sentenza di riferimento:** Corte europea dei diritti dell'uomo, Sezione IV- Decisione del 25 agosto 2009, *Giuliani e Gaggio c. Italia* (ricorso n° 23458/02)
- Parametro convenzionale:** Art. 2
- Parole chiave:** Omicidio, uso legittimo delle armi, legittima difesa.

La Corte europea dei diritti dell'uomo (<http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc>) si pronuncia sulla vicenda della morte di un giovane dimostrante avvenuta durante i violenti scontri tra manifestanti e forze dell'ordine che nel 2001 accompagnarono lo svolgimento a Genova del G8.

Il fatto - così come ricostruito dalla Corte - ebbe luogo il pomeriggio del 20 luglio 2001 allorquando un gruppo di una cinquantina di carabinieri, a seguito della reazione violenta ad una carica volta a disperdere manifestanti all'apparenza molti aggressivi, fu costretto a ripiegare. Il gruppo era seguito da una jeep defender con a bordo tre carabinieri. Il veicolo, rimasto indietro per la presenza di un cassonetto rovesciato che ne ostruiva il passaggio, fu raggiunto da alcuni manifestanti armati di pietre, bastoni e spranghe di ferro che, inveendo contro gli occupanti, intrapresero un lancio di pietre contro il veicolo e procurarono la rottura dei vetri dei finestrini laterali e del lunotto del veicolo stesso.

A quel punto il carabiniere Mario Placanica, il quale si trovava nella parte posteriore del veicolo poiché era rimasto intossicato dai lacrimogeni lanciati negli scontri precedenti, estrasse la sua Beretta 9 mm e la puntò dal lunotto infranto urlando ai manifestanti di andarsene altrimenti li avrebbe uccisi. Dopo qualche decina di secondi esplose due colpi, uno dei quali attinse mortalmente al volto uno dei dimostranti, Carlo Giuliani.

La Corte ripercorre le varie tappe dell'inchiesta che si concluse con la richiesta di archiviazione del procedimento da parte del pubblico ministero in quanto il carabiniere Placanica avrebbe agito per

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

legittima difesa. Alla richiesta seguì l'opposizione dei familiari di Giuliani e l'archiviazione del procedimento ad opera del giudice delle indagini preliminari.

Nell'ordinanza il giudice ritenne che il colpo era stato sparato verso l'alto e che il proiettile aveva subito una deviazione per un fattore fortuito ed imprevedibile; pertanto la condotta di Placanica, tenuto conto delle circostanze di fatto, doveva ritenersi scriminata ai sensi dell'art. 53 c.p., uso legittimo delle armi, poiché l'uomo si era trovato ad agire in una situazione di estrema violenza in cui veniva direttamente messa in pericolo l'incolumità delle forze dell'ordine e avendo lo stesso graduato l'uso dell'arma in modo che risultasse il meno offensivo possibile. Il giudice ritenne poi che nella specie sussistevano anche gli estremi della causa di giustificazione della legittima difesa, tenuto conto delle circostanze dell'azione, ovvero del numero degli aggressori, degli strumenti dagli stessi utilizzati e della difficoltà ad allontanarsi dal luogo dell'aggressione. Venne al riguardo richiamata quella giurisprudenza della Corte di cassazione secondo la quale il requisito della proporzione non viene meno allorché il male inflitto all'aggressore abbia una intensità leggermente superiore a quella del male minacciato, dovendo essere considerati agli effetti del giudizio di proporzione non soltanto i beni in conflitto, ma anche i mezzi usati per difenderli.

I ricorrenti lamentavano la violazione dell'art. 2 Cedu sia sotto il profilo materiale, sia sotto il profilo procedurale. Ad avviso degli stessi il colpo era stato sparato dall'alto verso il basso e non aveva subito deviazioni, così come invece sostenuto dal giudice delle indagini preliminari; inoltre gli occupanti della jeep non erano in pericolo e l'uso della forza era risultato sproporzionato. Infine vi sarebbe stata una responsabilità dello Stato per non aver pianificato e organizzato le operazioni di mantenimento dell'ordine; responsabilità anche ascrivibile alle lacune normative ed in particolare alla presenza in materia di uso di armi da fuoco di norme non chiare e non conformi a quelle internazionali.

Sotto il profilo procedurale, poi, i ricorrenti sostenevano che l'inchiesta non era stata effettiva nel senso indicato dall'art. 2 della Convenzione sia dal punto di vista dell'ampiezza, che dell'imparzialità. In ordine al primo aspetto non sarebbero state considerate eventuali carenze nella direzione delle operazioni. Quanto all'imparzialità, non era stata accolta la loro richiesta, formulata



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

in sede di opposizione all'archiviazione, di ampliamento delle indagini su temi dagli stessi ricorrenti indicati.

Passando alla valutazione della Corte, con riguardo ai profili di carattere sostanziale vengono richiamati principi già precedentemente espressi. Si ribadisce che l'art. 2 Cedu accompagna al riconoscimento del diritto alla vita la descrizione tassativa delle situazioni in presenza delle quali la causazione della morte può essere giustificata. Tale previsione, considerato che l'affermazione del diritto alla vita rappresenta un valore fondante delle società democratiche, va incontro ad una interpretazione rigorosa ("the circumstances in which deprivation of life may be justified must therefore be strictly construed"). Nelle ipotesi descritte alle lett. a, b, e c il ricorso alla forza deve risultare "assolutamente necessario". Si tratta di una necessità che – come sottolinea la Corte operando un confronto con la "necessità" della quale parlano gli artt. 8 e 11 della Convenzione con riguardo agli interventi necessari in una società democratica – impone un accertamento più rigido (stricter and more compelling).

La Corte dunque, rifacendosi alle conclusioni alle quali era pervenuto il giudice interno, rileva come l'archiviazione dell'inchiesta non si fosse basata sull'assenza di un nesso causale, non potendo ritenersi che l'impatto tra pietra e proiettili fosse tale da interromperlo. Il giudice interno aveva tuttavia accertato la ricorrenza di una situazione di estremo pericolo nel contesto della quale il carabiniere aveva sparato per fermare la violenza in atto nei suoi confronti. Ricorreva pertanto una ipotesi di uso legittimo dell'arma, ma anche gli estremi di una difesa legittima. Sotto quest'ultimo profilo il giudice interno aveva infatti accertato la necessità della risposta tenuto conto del numero degli aggressori, dei mezzi utilizzati, del carattere continuo degli atti di violenza, delle ferite dei carabinieri presenti nella jeep e della difficoltà per il veicolo ad allontanarsi. La risposta era stata inoltre adeguata, in considerazione del fatto che, se l'uomo non avesse sparato, l'aggressione non sarebbe cessata, e proporzionata, tenuto conto che prima di sparare il carabiniere aveva urlato ai manifestanti di andarsene e aveva poi esploso il colpo verso l'alto.

Il comportamento dello stesso così scriminato fu, dunque, il frutto di una scelta personale determinata dalla situazione contingente in cui l'uomo si venne a trovare. Pertanto la Corte non



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

ritiene di dover esaminare in astratto la compatibilità con l'art. 2 delle disposizioni applicabili in materia di uso delle armi da parte di membri delle forze dell'ordine impiegati nel mantenimento dell'ordine pubblico, riguardando la vicenda un soggetto posto in un veicolo non blindato ed escluso da un ordine di servizio, ovvero una situazione regolata dagli artt. 52 e 53 c.p.

Un aspetto interessante da sottolineare è l'attenzione che la Corte riserva alla percezione del pericolo da parte dell'agredito agli effetti della valutazione della ricorrenza di quelle situazioni nelle quali la morte determinata dall'uso della forza non si pone in contrasto con il divieto di privare intenzionalmente qualcuno della vita. La Corte rileva come l'uso della forza da parte di agenti dello Stato per il raggiungimento di uno degli obiettivi indicati tassativamente all'art. 2 della convenzione può essere giustificato soltanto se si basi su una onesta convinzione (*honest belief*) considerata valida, per dei buoni motivi, all'epoca dei fatti, anche se successivamente rivelatasi sbagliata.

Già in precedenti pronunce la Corte aveva a riguardo evidenziato come una differente valutazione, avulsa dalle percezioni del singolo, condurrebbe ad imporre alle forze dell'ordine un irrealistico onere di verifica del pericolo a detrimento della loro vita e di altre vite umane (*Mc Cann e altri c. Regno Unito*, § 200). In altri termini la Corte ritiene di non dover sostituire la propria valutazione del pericolo alla percezione che dello stesso ebbe l'agente (*Bubbins c. Regno Unito*, § 139). Cosciché, nel motivare la mancata violazione dell'art. 2 sotto il profilo di un uso eccessivo della forza, i giudici giungono ad affermare che il carabiniere usò l'arma per difendersi dall'aggressione nei confronti degli occupanti della jeep, considerando altresì come non vi fossero elementi tali da indurre a dubitare della sincera convinzione dell'agente circa l'esposizione della sua via ad un pericolo.

Si tratta di un profilo di interesse poiché conduce ad attribuire, nella verifica di situazioni che nel nostro ordinamento rilevano quali cause di giustificazione e dunque su un piano oggettivo, di elementi di carattere soggettivo. Tra l'altro questa valutazione non è volta, come potrebbe ritenersi ad escludere che la morte sia stata causata "intenzionalmente" così come indica l'art. 2 con riguardo alle ipotesi di uso legittimo della forza. L'avverbio "intentionally" non limita il divieto generale di procurare la morte di una persona alle ipotesi di omicidio doloso, ma comprende anche quelle in cui la morte sia determinata colposamente (Commissione, decisione del 12 luglio 1978, DR 14 p. 31; sul punto: A. Esposito, *Il diritto penale "flessibile"*. *Quando i diritti umani incontrano i sistemi*



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

penali, Torino, 2008, p. 165). Pertanto a rigore la violazione ricorrerebbe anche qualora vi sia stato un eccesso colposo nella causa di giustificazione o ricorra una scriminante putativa.

Orbene il rilievo attribuito alla dimensione soggettiva dell'agredito potrebbe riproporre una problematica sollevata da una pronuncia della Corte di cassazione di qualche anno fa (Cass., sez. IV, 6 febbraio 2003, Fusi, in *Foro it.*, 2003, II, 434 ss., con nota di F. Albeggiani, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed uso legittimo delle armi*, in *Dir. pen. proc.* 2004, 597 ss., con nota di F. Ranzatto, *Uso delle armi per effettuare un arresto legale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, e in *Cass. pen.*, 2003, 3834, con nota di A. Tamietti, *Un caso di cattiva applicazione della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo tra confusione con il diritto comunitario e interpretazione restrittiva del diritto alla vita*). In essa il richiamo all'art. 2, e segnatamente alle ipotesi del secondo comma in cui eccezionalmente il diritto alla vita va incontro a limitazioni, venne effettuato in funzione di ampliamento della portata dell'art. 53 c.p. Si tratta di una pronuncia che è andata incontro a copiose critiche le quali, al di là dei rilievi sull'applicazione diretta dei principi contenuti nella C.e.d.u., hanno investito proprio il profilo relativo alla forza espansiva di questi ultimi. Al riguardo si è affermato che la clausola di sussidiarietà di cui all'art. 53 della Convenzione non consentirebbe di comprimere verso il basso le garanzie offerte dai singoli stati membri.

Non sembra tuttavia che nel caso in esame possa prospettarsi un simile scenario, ovvero una lettura meno rigorosa degli artt. 52 e 53 c.p. in cui la valutazione sulla percezione soggettiva si sostituisca a quella sui requisiti oggettivi delle singole scriminanti. Si tratta piuttosto di una verifica che la Corte effettua dopo aver richiamato l'accertamento operato dal giudice interno sui requisiti di adeguatezza, nel senso di stretta necessità, e di proporzione, ovvero sulle condizioni riconosciute dalla stessa Corte affinché l'uso della forza possa ritenersi legittimo (su tali requisiti: A. Esposito, *op cit.*, 172 ss.)

Passando alle doglianze in ordine all'obbligo positivo di protezione, sempre nascente dall'art. 2 Cedu, la Corte procede ad una valutazione della fase preparatoria e di direzione dell'operazione, rilevando l'impossibilità di stabilire un legame diretto ed immediato tra le lacune evidenziate dai ricorrenti e la morte di Carlo Giuliani e, altresì, escludendo che il soccorso prestato al giovane potesse considerarsi tardivo.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Questa impossibilità di valutazione viene imputata ad una carenza delle indagini in ordine all'organizzazione e alla gestione delle operazioni di mantenimento dell'ordine pubblico. Carenze che vengono, poi, evidenziate dalla Corte anche con riferimento allo svolgimento dell'autopsia; tenuto oltretutto conto che il cadavere dell'uomo fu cremato ancor prima di conoscere i risultati dell'esame autoptico. Da tutto ciò, in conclusione, si deduce una violazione dell'art. 2 Cedu sotto il profilo procedurale.

Occorre ricordare come il riconoscimento di un obbligo positivo nascente dall'art. 2 Cedu si sia tradotto anche nella individuazione da parte della Corte di una componente procedurale dello stesso. In tal senso è stato affermato che ogni qualvolta un uomo muoia in circostanze sospette si debba procedere ad una indagine minuziosa ed effettiva volta all'identificazione e alla punizione dei responsabili, consentendo altresì un accesso effettivo dei parenti della vittima al procedimento (Aktaş c. Turchia, 24 aprile 2003 (n. 24351/94), § 300; Kelly c. Regno Unito, 4 maggio 2001 (n.30054/96), § 95 ss.).

Precedenti

Bakan v. Turkey, 12 giugno 2007 (n. 50939/99), nella quale la Corte ha escluso la violazione dell'art. 2 della Convenzione in quanto la vittima era stata colpita di rimbalzo da una pallottola sparata da un gendarme.

McCann e altri c. Regno Unito, 27 settembre 1995 (n. 18984/91), §§ 146 – 149, nel senso che l'accertamento delle circostanze nelle quali la privazione della vita può essere giustificata deve essere rigoroso e che la forza esercitata deve essere proporzionata agli scopi consentiti 148 149.

Si veda anche: *Bubbins c. Regno Unito*, 17 marzo 2005 (n. 50196/99), § 139; n cui si afferma che la Corte deve considerare come l'agente che ha reagito per salvarsi abbia percepito il pericolo.

Profili di diritto interno

Cass., sez. IV, 6 febbraio 2003, Fusi, in *Cass. pen.*, 2003, 3834 ss. (in ordine all'applicabilità dell'art. 2 comma 2 lett. b) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo con riferimento ad un caso di uso delle armi nell'ipotesi di fuga dell'autore di un reato e al fine di eseguirne l'arresto).



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Riferimenti bibliografici

F. Albergiani, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed uso legittimo delle armi*, in *Foro it.*, 2003, II, 434 ss.

M. Angelini, *L'elemento soggettivo nella scriminante della legittima difesa*, in *Indice pen.*, 2001, p.191 ss.

A. Bernardi, *Art. 7*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole - B. Conforti - G. Raimondi, Padova, 2001, p. 290 ss.

G. De Vero - G. Panebianco, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti Europee*, Torino, 2007.

A. Esposito, *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008.

E. Mezzetti, *Uso legittimo delle armi*, in *Dig. disc. pen.*, XV, 1999, p. 124 ss.

E. Nicosia, *Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino 2006.

D. Pulitanò, *Uso legittimo delle armi*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1994.

F. Ranzatto, *Uso delle armi per effettuare un arresto legale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. pen. proc.* 2004, 597 p. ss.

A. Tamietti, *Un caso di cattiva applicazione della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo tra confusione con il diritto comunitario e interpretazione restrittiva del diritto alla vita*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3835.

F. Viganò, *art. 52*, in *Codice penale commentato*, a cura di Dolcini - Marinucci, Milano, 2006.

A.Ciervo, *La sentenza di Strasburgo sui fatti di Genova del 2001*, in <https://diritti-cedu.unipg.it>

(10.09.2010)



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

- Sezione:** **Principi e tutela penale** - Le fattispecie incriminatrici – *Reati di opinione e reati contro l'onore*
- Titolo:** *Il diritto di satira e l'“ingerenza necessaria”*
- Autore:** **DANIELA FALCINELLI**
- Sentenza di riferimento:** Corte europea dei diritti dell'uomo, Quinta Sezione, Decisione del 2 ottobre 2008, *Leroy c. Francia* (Ricorso n° 36109/03)
- Parametro convenzionale:** Art. 10
- Parole chiave:** Libertà di espressione, legittime limitazioni all'espressione del pensiero, bilanciamento in concreto degli interessi coinvolti

Quando il diritto di satira cede il passo all'esigenza di tutela di interessi superiori. La Corte europea dei diritti dell'uomo, all'ennesimo confronto con episodi di restrizione della manifestazione del pensiero, si trova a sciogliere il nodo della conformità ai parametri convenzionali ponendo sui piatti della bilancia il diritto di satira e la lotta al terrorismo (<http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc>).

Segnatamente, il giudizio sulla violazione dell'art. 10 della Cedu (*Diritto alla libertà di espressione*) ha davanti a sé lo scenario dell'attentato terroristico al World Trade Center dell'11 settembre 2001. La condanna per apologia di terrorismo, confermata in appello ed in cassazione, riguardava difatti la pubblicazione su un settimanale basco, alla data del 13 settembre 2001, di una vignetta raffigurante quel drammatico avvenimento accompagnata da una didascalia che riecheggiando un noto slogan pubblicitario scandiva: «tutti noi lo sognavamo ... Hamas l'ha fatto».

Le ragioni del ricorrente hanno inquadrato la vignetta come espressione di un sentimento antiamericano, che veniva a sorreggere il desiderio dell'autore di essere spettatore del crollo dell'imperialismo di quella civiltà; giustapposte, le argomentazioni del Governo francese hanno rilevato l'inammissibilità del ricorso ai sensi dell'art. 17 Cedu, sulla scorta della considerazione dell'apologia del terrorismo nei termini di attività volta a pregiudicare i diritti e le libertà che la Convenzione proclama.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

La Corte, al cospetto di questa fattispecie storica, ha scandito i due passaggi che l'hanno condotta ad escludere la violazione dell'invocato parametro convenzionale.

In primo punto, il Giudice ha risolto positivamente la questione di ammissibilità, scorgendo nell'insieme della vignetta e della didascalia non una "forma di giustificazione" dell'attentato terroristico quanto una rappresentazione umoristica del crollo dell'imperialismo americano, che pertanto rimane astrattamente coperta dallo spettro di garanzia dell'art. 10. Il momento successivo ha impegnato la Corte di Strasburgo nella verifica in concreto quanto alla sussumibilità della pubblicazione della vignetta nel paradigma di libertà sancito dalla Convenzione: si trattava di vagliare la liceità della limitazione, discesa dalla qualificazione del fatto in termini di rilievo penale, in ragione di quel controinteresse in menzione al comma 2 dello stesso art. 10 che è la necessità di tutelare l'ordine pubblico.

Ecco, allora, lo svilupparsi di un bilanciamento in concreto tra l'interesse del vignettista ad esprimere liberamente il proprio pensiero e l'interesse dello Stato francese a presidiare la collettività mediante efficaci mezzi di contrasto al terrorismo. Secondo la sintesi ricostruttiva proposta dalla Corte, se l'uno acconsente ad un linguaggio (anche tramite immagini) per sua natura provocatorio, vista la finalità della stampa consistente nell'informare i cittadini anche su questioni politiche che dividono, urtano, inquietano o scioccano l'opinione pubblica (v. casi: *Hertel c. Svizzera*, decisione del 25 agosto 1998, ricorso n° 25181/94; *Gaweda c. Polonia*, decisione del 14 marzo 2002, ricorso n° 26229/95; *Vereinigung Bildender Künstler c. Austria*, decisione del 25 gennaio 2007, ricorso n° 68354/01; *Stollo c. Svizzera*, decisione del 10 dicembre 2007, ricorso n° 69698/01; *Orban e altri c. Francia*, decisione del 15 gennaio 2009, ricorso n° 20985/05), l'altro non può tollerare l'utilizzazione di un verbo "sognare" – nella didascalia della vignetta – che, avendo ad oggetto l'attentato terroristico, esprime chiaro il sostegno ad una lotta violenta contro l'imperialismo americano. Ciò ha imposto – si conclude – la necessità dell'intervento repressivo della libertà d'espressione in quel peculiare contesto spazio-temporale, la cui sensibilità è risultata acuitizzata dall'essere trascorsi solo due giorni dal dramma delle Torri Gemelle, e dal radicarsi geograficamente nella regione basca francese: la vignetta ha dunque effettivamente rappresentato un'istigazione alla violenza ed un pericolo per l'ordine pubblico di quel territorio.

Le fattispecie che incriminano le attività di istigazione, apologia o propaganda ritenute lesive di rilevanti interessi pubblici, e recentemente oggetto di rinnovata attenzione in chiave antiterroristica, hanno sollevato e sollevano dubbi di compatibilità con il rispetto della libertà di manifestazione del



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

pensiero. Gli organi di Strasburgo con questa decisione permangono nel solco della tradizione esegetica, una tradizione che li determina a bilanciare i diversi interessi in gioco attraverso una valutazione delle circostanze del singolo caso, misurando la compatibilità con le disposizioni della Cedu dello specifico intervento penale sulla base della concreta pericolosità della condotta – per quello che essa è e per il contesto in cui si colloca - rispetto alla realizzazione di attività criminali o terroristiche (v. casi *Zana c. Turchia*, decisione del 25 novembre 1997, ricorso n° 18954/91; *Sürek c. Turchia*, decisione dell'8 luglio 1999, ricorsi n° 26682/95 – 24122/94; *Yagmurdereli c. Turchia*, decisione del 4 giugno 2002, ricorso n° 29590/96; *Abdullah Aydin c. Turchia* decisione del 9 marzo 2004, ricorso n° 42435/98). In ciò dimostrando una stretta aderenza al criterio interpretativo già costantemente applicato dalla giurisprudenza italiana, costituzionale e non.

Precedenti

Corte eur. dir. uomo: casi *Zana c. Turchia* (ricorso n° 18954/91); *Sürek c. Turchia* (ricorsi n° 26682/95 – 24122/94); *Yagmurdereli c. Turchia* (ricorso n° 29590/96); *Abdullah Aydin c. Turchia* (ricorso n° 42435/98).

Profili di diritto interno

Corte costituzionale, sentt. n. 65 del 1970, n. 108 del 1974, n. 71 del 1978 (sulla concreta pericolosità della condotta quale premessa della legittima incriminazione di attività di istigazione ed apologia).

Riferimenti bibliografici

P. Caretti, *Art. 10*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole - B. Conforti – G. Raimondi, Padova, 2001, pp. 339 ss.

E. Gallo – E. Musco, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, 1984.

E. Nicosia, *Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino 2006, pp. 213 ss.

(28.02.2010)



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Sezione: **Principi e tutela penale** - Le fattispecie incriminatrici – *Reati di opinione e reati contro l'onore*

Titolo: *I confini di liceità della cronaca, tra fatti ed opinioni*

Autore: **DANIELA FALCINELLI**

Sentenza di riferimento: Corte europea dei diritti dell'uomo, Seconda Sezione
Decisione del 17 luglio 2007, *Ormanni c. Italia* (Ricorso n° 30278/04)

Parametro convenzionale: Art. 10

Parole chiave: Libertà di espressione, presupposti del diritto di cronaca

I giudici di Strasburgo hanno più volte sottolineato il fondamentale ruolo svolto dalla stampa nella costruzione di una società democratica, dovendo essa comunicare informazioni ed idee su ogni questione di interesse generale e pur sempre nel rispetto dei suoi doveri e delle sue responsabilità: alla stessa si impongono quindi limiti che non debbono essere oltrepassati, riguardanti in particolare la protezione dell'altrui reputazione, il divieto di divulgazione delle informazioni confidenziali, la salvaguardia della sicurezza nazionale, la prevenzione dei reati e - di specifico interesse nel caso - la tutela dell'autorità del potere giudiziario (casi *Observer e Guardian c. Regno Unito*, decisione del 26 novembre 1991, ricorso n° 13585/88; *Sunday Times c. Regno Unito*, decisione del 26 novembre 1991, ricorso n° 13166/87).

E' difatti pacifico, nella giurisprudenza europea, che la valutazione della legittimità delle ingerenze statali alla libertà di stampa si avvalga di un metro peculiare ove la cronaca e la critica giornalistica si dirigano avverso il potere giudiziario (*Castells c. Spagna*, decisione del 23 aprile 1992, ricorso n° 11798/85; *Thorgeir Thorgeirson c. Islanda*, decisione del 25 giugno 1992, ricorso n° 13778/88). La tutela dei diritti all'onore ed alla reputazione spettanti ai magistrati deve infatti tener conto della necessità di garantire la fiducia dell'opinione pubblica nel potere giudiziario, ovvero la fiducia quanto alla loro terzietà ed imparzialità nello svolgimento delle funzioni, ciò anche considerando

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

che il dovere di riservatezza generalmente impedisce ai magistrati "attaccati" di reagire alle offese loro rivolte (*Prager e Oberschlick c. Austria*, decisione del 26 aprile 1995, ricorso n° 15974/90).

La Corte europea dei diritti dell'uomo affronta questo versante della tematica nell'esaminare la controversia di specie (<http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc>), ove il ricorrente, giornalista italiano di un settimanale a diffusione nazionale, era stato condannato (assieme al direttore della testata) per il reato di diffamazione a mezzo stampa di cui all'art. 595 c.p. - con decisioni del Tribunale e della Corte d'appello di Milano confermate dalla Corte di Cassazione - per aver pubblicato un articolo relativo ad una vicenda giudiziaria seguita dalla magistratura penale di Cosenza. In dettaglio, l'articolo incriminato narrava un fatto con protagonista un ballerino-coreografo di una certa notorietà: questi aveva presentato denuncia alla procura per la scomparsa di un fascicolo contenente la richiesta che egli aveva indirizzato alla Regione ai fini dell'organizzazione di corsi di formazione professionale per l'insegnamento della danza; a fronte delle proteste avanzate a seguito dell'archiviazione della denuncia, gli veniva risposto che l'organizzazione dei corsi era già stata affidata ad altra società riferibile al cognato di un magistrato della procura di Cosenza; il ballerino, successivamente, veniva a sua volta accusato di violenza sessuale su minorenni, subendo arresto ed un processo penale accompagnato da minacce e pressioni, e quindi connotato da numerose e gravi irregolarità. I giudici nazionali avevano quindi condannato il giornalista a fronte della querela sporta dal menzionato magistrato casentino per lesione dell'onore e della reputazione: sebbene i fatti descritti fossero veri - si era concluso - l'articolo, nell'esplicitare le opinioni del ballerino, trasmetteva al lettore l'idea che il magistrato fosse illecitamente intervenuto nella procedura per favorire il cognato, ed al contempo per danneggiare il denunciante.

La Corte europea, nella valutazione di sua spettanza quanto alla lamentata violazione dell'art. 10 Cedu (*Diritto alla libertà di espressione*), premetteva la considerazione della legalità e dell'adeguatezza dell'ingerenza rispetto alla libertà di espressione, ciò considerando la previsione dell'art. 595 c.p. e la legittimità dell'interesse statale a tutelare l'onore e la reputazione del cittadino; procedeva quindi a vagliare la configurabilità della condanna inflitta al ricorrente come *misura necessaria in una società democratica* per la sussistenza di un *imperativo bisogno sociale*.

Da un canto i Giudici di Strasburgo hanno ribadito come i giornalisti possano far ricorso ad un certo grado di esagerazione e provocazione, benché sempre nell'ambito di una corretta (anche deontologicamente) esposizione dei fatti, in funzione del loro dovere di comunicare al pubblico informazioni di interesse generale che siano affidabili e precise (v. *Colombani e altri c. Francia*, decisione del 25 giugno 2002, ricorso n° 51279/99). Dall'altro, hanno segnalato come nella fattispecie non fosse in discussione la (comprovata) veridicità dei fatti narrati, ed hanno quindi

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

ritenuto sproporzionata la condanna inflitta al ricorrente rispetto al legittimo scopo di tutela dell'altrui reputazione, per avere egli scritto un articolo – in parte riprendendo testualmente le dichiarazioni rese dal ballerino indagato – che non conteneva giudizi personali di valore sulle qualità umane o professionali di chi ritenutosi persona offesa.

Del resto – ha affermato la Corte – sanzionare un giornalista per aver agevolato la diffusione delle dichiarazioni rese da un terzo nell'ambito di un'intervista, ovvero esigere che egli prenda formalmente e sistematicamente le distanze dal contenuto di una citazione che possa considerarsi insultante rispetto a soggetti terzi, pregiudicherebbe notevolmente il compito della stampa di contribuire alla discussione di problemi di pubblico rilievo.

In sostanza, sono stati ravvisati tutti gli estremi legittimanti la libertà di cronaca (v. caso *Perna c. Italia*, 6 maggio 2003, ricorso n° 48898/99; principi estensibili anche a chi non eserciti professionalmente l'attività giornalistica, v. caso *Riolo c. Italia*, decisione del 17 luglio 2008, ricorso n° 42211/07), in quanto le espressioni utilizzate sono state considerate dotate di una corrispondenza sufficientemente stretta con i fatti accaduti - di evidente interesse generale coinvolgendo il funzionamento dell'attività giudiziaria a Cosenza - e alle stesse non è stata riconosciuta la consistenza di un attacco personale e professionale rivolto al magistrato. Al quale, d'altra parte, era stata data la possibilità di replica con l'espone la propria versione sulla dinamica dei medesimi fatti attraverso una intervista successivamente resa allo stesso giornale.

La lettura così fornita dalla giurisprudenza di Strasburgo non solo si presenta sovrapponibile ai requisiti del diritto di cronaca che secondo l'indirizzo interpretativo nazionale giustificano (ex art. 51 c.p.) i fatti diffamatori; ma altresì evidenzia tratti di compatibilità con la ricostruzione offerta dalla Corte di Cassazione italiana quanto ai margini di legittimità dell'intervista diffamatoria.

L'orientamento segnato sul tema dalla pronuncia della Sezioni unite (Cass., sez. un., 30 maggio 2001, Galiero), incarica difatti il giudice del caso concreto di valutare l'«effettivo grado di rilevanza pubblica dell'evento – dichiarazione», «il contesto valutativo e descrittivo», «la prospettiva [assunta dal giornalista-intervistatore] di terzo osservatore dei fatti».

Pertanto, si ritiene che il cronista sia esonerato dall'onere di provare la verità delle dichiarazioni dell'intervistato solo a fronte della “notorietà” rivestita da quest'ultimo: in simili casi la notizia va pubblicata perché è lo stesso fatto della dichiarazione, *id est* dell'intervista resa, a rispondere all'interesse della collettività ad essere informata sul pensiero dell'intervistato in ordine a quel particolare argomento. In altri termini, qui la verità si riferisce al fatto stesso dell'intervista, al fatto che l'intervistato ha esternato una certa affermazione.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Al di fuori di quest'ipotesi - riconosciuto che normalmente l'intervista, poiché si svolge attraverso un colloquio, non è la pura e semplice riproduzione di pensiero dell'intervistato, ma la conferma (più o meno corrispondente) delle opinioni del giornalista (che guida ed indirizza domande e risposte) espresse attraverso una fonte che apparentemente si presenta come terza (Cass., sez. V, 11 aprile 2000, Ferrara) - non può escludersi l'obbligo da parte del giornalista del rispetto dei limiti della verità, dell'interesse sociale e della continenza. Tale obbligo, difatti, è sempre sussistente dal momento che è lui stesso che crea i contenuti dell'intervista (Cass., sez. V, 12 gennaio 2007, Morelli e altro), e gli impone di assumere la prospettiva del terzo osservatore dei fatti, ovvero di "testimone obiettivo" che agisce per conto dei suoi lettori, di contro soggiacendo a punibilità ove la vicenda concreta lo dimostri essere solo un dissimulato coautore della dichiarazione diffamatoria (Cass., sez. un., 30 maggio 2001, Galiero).

Precedenti

Corte eur. dir. uomo: casi *Observer e Guardian c. Regno Unito* (ricorso n° 13585/88); *Sunday Times c. Regno Unito* (ricorso n° 13166/87); *Castells c. Spagna* (ricorso n° 11798/85); *Thorgeir Thorgeirson c. Islanda* (ricorso n° 13778/88); *Prager e Oberschlick c. Austria* (ricorso n° 15974/90); *Colombani e altri c. Francia* (ricorso n° 51279/99); *Perna c. Italia* (ricorso n° 48898/99); *Riolo c. Italia* (ricorso n° 42211/07).

Profili di diritto interno

Cass. civ., sez. I, 18 ottobre 1984, n. 5259; Cass., sez. un., 30 giugno 1984, Ansaloni; Cass., sez. V, 14 dicembre 2000, Jannuzzi; Cass., sez. V, 20 settembre 2001, Rinaldi Tufi; Cass. civ., sez. III, 13 febbraio 2002, n. 2066; Cass., sez. V, 16 dicembre 2004, Scalfari (sui presupposti del diritto di cronaca quale causa di giustificazione dei fatti diffamatori).

Cass., sez. V, 11 aprile 2000, Ferrara; Cass., sez. un., 30 maggio 2001, Galiero; Cass., sez. V, 12 gennaio 2007, Morelli e altro (sull'operatività della scriminante ex art. 51 c.p. nei confronti del giornalista in caso di intervista diffamatoria).

Riferimenti bibliografici

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

A. Esposito, *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, pp. 458 ss.

P. Spagnolo, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il "decalogo del buon giornalista": un caso italiano al limite tra il diritto alla prova e diritto di cronaca*, in *Leg. pen.*, 2004, pp. 83 ss.

A. Tamietti, *Libertà di espressione della stampa e diritto all'onore delle persone diffamate nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3575.

(28.02.2010)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Sezione: **Principi e tutela penale** - Le fattispecie incriminatrici – *Reati contro l'ordine pubblico*

Titolo: *Appartenenza ad associazioni massoniche e libertà di riunione*

Autore: **ALDO NATALINI**

Sentenza di riferimento: Corte europea dei diritti dell'uomo, Prima Sezione, Decisione del 31 maggio 2007, *Grande oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani c- Italia* (Ricorso n° 2670/08)

Parametro convenzionale: Artt. 11 e 14

Parole chiave: Libertà di riunione e di associazione, divieto di discriminazione

Cinque anni dopo il precedente caso *Grande oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani c. Italie* (req. n° 35972/97), avente ad oggetto una legge della Regione Marche, la Corte europea dei diritti dell'uomo torna ad occuparsi della conformità agli artt. 11 (*Libertà di riunione e associazione*) e 14 (*Divieto di discriminazione*) della Cedu dell'obbligo di dichiarazione di appartenenza ad associazioni massoniche o, comunque, segrete (<http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc>).

La controversia in esame stavolta ha ad oggetto la legge della Regione Friuli Venezia Giulia (n. 1 del 15 febbraio 2000), che, dettando regole per le nomine nei Consigli di amministrazione di società a partecipazione regionale, negli enti regionali e nei Comitati di nomina regionale, all'art. 55 impone ai candidati nei predetti organismi di dichiarare "la loro eventuale appartenenza a società massoniche o comunque a carattere segreto". L'assenza di dichiarazione è sanzionata con il rigetto della candidatura; la sua presenza implica, invece, non già l'automatica esclusione dalle funzioni pubbliche bensì l'esercizio del potere discrezionale da parte dell'amministrazione, che ha il compito di accertare se il legame tra il candidato e la loggia possa, in combinazione con altri fattori, contribuire alla decisione di scartarlo.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

L'odierna ricorrente è una associazione italiana di tipo massonico esistente dal 1805, raggruppante molteplici logge ed affiliata alla massoneria universale.

Lamentando la violazione dell'art. 11 in combinato disposto con l'art. 14 Cedu, la ricorrente si duole della sottoposizione al «regime speciale» applicabile alle associazioni segrete, con inevitabili ripercussioni sulla sua immagine, sulla sua reputazione e sulla partecipazione alla vita associativa. In effetti, l'obbligo di dichiarare l'affiliazione a una loggia indurrebbe nel pubblico l'idea che l'adesione alla massoneria sia illegale o che possa influire negativamente sulla carriera; in più, certi affiliati potrebbero essere indotti a porre fine al loro legame con la massoneria per poter «senza macchia» candidarsi agli impieghi regionali o per evitare di essere scartati a prescindere dalle loro qualità professionali.

La Corte, rifacendosi al suindicato precedente (parr. 15-16), ritiene l'associazione in parola «vittima» di una violazione al suo diritto alla libertà di associazione, con conseguente ricaduta dei fatti in questione nell'art. 11 e, per l'effetto, anche dell'art. 14 Cedu, la cui esistenza – precisa – non è indipendente, ma vale unicamente per «il godimento di diritti e libertà» che le altre disposizioni contenute nella Convenzione e nei Protocolli garantiscono.

Nel merito, per quanto concerne la dichiarazione di appartenenza introdotta dalla legge regionale scrutinata i giudici di Strasburgo rimarcano la discriminatorietà della differenza nel trattamento tra i membri della ricorrente e i membri di ogni altra associazione non segreta, il tutto senza che sussista una giustificazione oggettiva e ragionevole.

Secondo la Corte – in via generale – il divieto di nominare a cariche pubbliche gli appartenenti alla massoneria, pur perseguendo fini legittimi di protezione della sicurezza nazionale e di difesa dell'ordine, non è una misura «necessaria in una società democratica», essendo ingiustificato penalizzare una persona per la sua appartenenza, in sé legittima, ad una associazione.

Nel caso di specie, tuttavia, pur non prevedendosi l'esclusione dalle cariche, si realizza una violazione dell'art. 14 Cedu in combinazione con l'art. 11, in quanto non è giustificato richiedere la dichiarazione di appartenenza per le sole associazioni massoniche, così discriminate rispetto a tutte le altre associazioni non segrete, le quali potrebbero anch'esse porre un problema per la sicurezza nazionale e la difesa dell'ordine.

Precedenti

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Corte eur. dir. uomo: caso *Grande oriente d'Italia di Palazzo Giustiziani c. Italia* (ricorso n° 35972/97).

Profili di diritto interno

Legge Regione Friuli Venezia Giulia, 15 febbraio 2000, n. 1, recante «Disposizioni in materia di [...] disciplina delle nomine di competenza regionale in Enti ed Istituti pubblici».

Riferimenti bibliografici

G. M. Salerno, *La "chiusura" crea una discriminazione rispetto ad altre associazioni non segrete*, in *Guida al diritto – Comunitario ed internazionale*, 2007, f. 4, pp. 68 ss.

(5.03.2010)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Diritti sovranazionali e processo penale

- -Garanzie dell'imputato
- -Indagini e prova
- -Tutela della vittima



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Sezione: Diritti sovranazionali e processo penale - Garanzie dell'imputato

Titolo: *Il diritto dell'imputato a partecipare personalmente al processo: "l'influenza" della giurisprudenza della Corte EDU nella decisione della Corte costituzionale e nella giurisprudenza di legittimità*

Autore: MARIANGELA MONTAGNA

Sentenza di riferimento: Corte cost., sent. n. 317 del 2009

Parametro convenzionale: Art. 6 CEDU

Parole chiave: Processo penale; diritto a partecipare al processo; imputato; contumace; rimedi interni; impugnazione; restituzione in termini

1. La giurisprudenza della Corte EDU ed i rimedi per il procedimento *in absentia*

Il settore delle sentenze pronunciate in contumacia dell'imputato e dei rimedi affinché sia garantito al contumace "incolpevole" il diritto alla piena partecipazione al processo è stato frequentemente al centro del dibattito dottrinario e giurisprudenziale. Il tema, invero, è uno dei più delicati in quanto coinvolge garanzie costituzionali e sovranazionali. Non a caso proprio in quest'ambito si è registrata una certa pressione "internazionale" affinché il meccanismo normativo della contumacia e dei possibili rimedi fosse improntato ad un maggiore rispetto delle garanzie di giurisdizione (GARUTI, *Sub art. 175. Le novità apportate dalla novella legislativa del 2005: quid iuris?*, in *Codice di procedura penale ipertestuale*, a cura di Gaito, 3° ed., Torino, 2008, 786). Sotto questo profilo, invero, l'assetto normativo interno per il procedimento contumacia ha rappresentato uno dei motivi per i quali, più volte, l'Italia ha ricevuto il diniego all'extradizione da parte di Stati esteri in riferimento a soggetti italiani, latitanti all'estero, condannati nel nostro Paese in contumacia. Ciò a causa della mancanza di adeguate garanzie per la riapertura del processo. D'altro canto, la Corte europea dei diritti dell'uomo, con riferimento ai processi *in absentia*, ha più volte "censurato" l'Italia, in quanto priva di un meccanismo normativo adeguato ad assicurare il diritto dell'imputato alla piena partecipazione al processo penale.

L'art. 6 CEDU non menziona espressamente il diritto dell'accusato alla partecipazione del processo al contrario di quanto accade nell'art. 14, 3° comma, lett. *d* del patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, firmato a New York il 16 dicembre 1966. Tuttavia, il § 3 dell'art. 6 CEDU, alle lettere *c*, *d*, *e* attribuisce all'accusato diritti che egli non è in grado di esplicare se non attraverso una partecipazione personale all'udienza. In linea di principio, un processo svolto in assenza dell'imputato, non si pone in contraddizione con la garanzia fissata nell'art. 6 CEDU. Però, ai fini dello svolgimento di un giusto processo conforme ai principi fondamentali dell'individuo garantiti



dalla Convenzione, il soggetto condannato in contumacia deve "poter ottenere che una giurisdizione statuisca di nuovo, dopo averlo sentito, sulla fondatezza dell'accusa in fatto come in diritto, quando non è accertato in modo non equivoco ch'egli abbia rinunciato al suo diritto di comparire e di difendersi" (C.e.d.u., 18 maggio 2004, Somogy c. Italia, § 66). Ne deriva che il rifiuto di riaprire un procedimento che si è svolto in contumacia, quando l'imputato non ha rinunciato al diritto a comparire è da considerarsi al pari di un diniego di giustizia e, dunque, in contrasto con l'art. 6 CEDU (C.e.d.u., Gr. Ch., 1° marzo 2006, Sejdovic c. Italia, §§ 82-85; C.e.d.u., Gr. Ch., 21 dicembre 2006, Zuic c. Italia, §§ 58-60).

I principi enucleati dalla giurisprudenza sovranazionale in tema di rimedi processuali per il contumace incolpevole (C.e.d.u., 9 giugno 2005, R.R. c. Italia, § 50 ss.; Id., 10 novembre 2004, Sejdovic c. Italia, § 29 s.; Id., 18 maggio 2004, Somogy c. Italia, § 65 s.; Id., 26 marzo 1998, Belziuk c. Polonia, § 37; Id., 28 agosto 1991, F.C.B. c. Italia, § 33; Id., 12 febbraio 1985, Colozza c. Italia, § 27) sono importanti al fine di comprendere l'approccio che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 317 del 2009, ha inteso sviluppare in riferimento all'art. 175 c.p.p. I parametri enucleati nel tempo dai giudici sovranazionali in ordine al giusto processo che si realizzi anche tramite la piena partecipazione dell'imputato, invero, hanno svolto un peso determinante per l'esito interpretativo cui si è giunti con la citata decisione costituzionale.

Al quadro di "principi" risultante dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, inoltre, per quel concerne la tutela del contumace a livello internazionale, occorre aggiungere la Risoluzione del 21 maggio 1975 n. 11 con cui il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha precisato i parametri da osservare nello svolgimento del giudizio *in absentia*, specificando, tra le "regole minime", che "ogni persona giudicata in sua assenza deve poter impugnare la decisione con tutti i mezzi di gravame che le sarebbero consentiti qualora fosse stata presente" (raccomandazione n. 7).

E poi, ancora l'art. 3 del Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione europea di estradizione che prevede che l'extradizione di un condannato, al fine di veder eseguita una pena inflitta con provvedimento contumaciale, possa essere subordinata al fatto che la parte richiedente dia assicurazioni sufficienti per garantire all'estradata il diritto ad un nuovo giudizio rispettoso del diritto di difesa. In pari prospettiva si è, poi, mossa la Decisione Quadro del Consiglio dell'Unione Europea 13 giugno 2002 (2002/584/GAI) relativa al mandato d'arresto europeo. Ed infine la recente Decisione Quadro del 26 febbraio 2009 relativa al reciproco riconoscimento delle decisioni pronunciate *in absentia* che contempla dettagliate regole sulle garanzie da assicurare al condannato in contumacia e, a tal fine, interviene modificando ben 5 precedenti decisioni quadro, tra cui quella inerente al mandato d'arresto europeo.

2. La q.l.c. dell'art. 175, 2° comma, c.p.p. all'attenzione dei giudici costituzionali

In questo quadro "sovranazionale" sinteticamente delineato si inserisce la sentenza della Corte costituzionale n. 317 del 2009 che ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 175, 2° comma, c.p.p., nella parte in cui non consente la restituzione dell'imputato, che non abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento, nel termine per proporre impugnazione contro la sentenza contumaciale, nel concorso delle ulteriori condizioni indicate dalla legge, quando analoga impugnazione sia stata proposta in precedenza dal difensore dello stesso imputato.



La stessa sentenza ha, inoltre, deciso nel senso della manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 175, 2° comma, c.p.p., nella parte in cui non consente all'imputato restituito nel termine l'esercizio del diritto alla prova, sollevata, in riferimento agli artt. 24, 111, 1° comma e 117, 1° comma, Cost., dalla Corte di cassazione.

Occorre sottolineare che il giudice che ha sollevato entrambe le questioni, in riferimento agli artt. 24, 111 e 117, 1° comma, Cost., è la Corte di cassazione, Prima Sezione penale (ordinanza del 17 settembre 2008, V.F., iscritta al n. 428 del registro ordinanze e pubblicata in *Gazz. Uff.*, 1° Serie speciale, 2009, n. 1, p. 83 ss.).

La specificazione circa "l'identità" del giudice *a quo* è importante per cogliere il significato e la portata della decisione dei giudici costituzionali in riferimento alla garanzie processuali previste nell'ordinamento ed all'applicazione che le stesse ricevono, nonché per segnalare il singolare "dialogo" intercorso, questa volta, tra Sezioni Unite, Prima Sezione penale (giudice *a quo*) e Corte costituzionale. Un dialogo, che come meglio si vedrà più avanti, ha avuto ad oggetto oltre alla sussistenza ed alla praticabilità di rimedi interni per il soggetto contumace "incolpevole", la natura delle norme CEDU e l'efficacia delle sentenze della Corte di Strasburgo.

3. I rimedi per l'imputato contumace nella giurisprudenza di legittimità

L'imputato era stato condannato in contumacia dalla Corte d'assise di Piacenza. A seguito di impugnazione proposta dal difensore d'ufficio, la sentenza di primo grado veniva confermata dalla Corte d'assise d'appello di Bologna e, in mancanza di ulteriore impugnazione, la sentenza di secondo grado diveniva irrevocabile.

La questione di legittimità costituzionale dell'art. 175 c.p.p. posta all'attenzione dei giudici costituzionali è sorta nell'ambito di un procedimento avente origine dal ricorso in cassazione del difensore di fiducia di imputato contumace promosso avverso la decisione della Corte d'assise d'appello di Bologna che, investita della richiesta di restituzione in termini proposta dal difensore di fiducia di V.F. al fine di proporre appello avverso la sentenza contumaciale di primo grado, ne disponeva la trasmissione alla Corte di cassazione, "per competenza". I giudici dell'appello, invero, in relazione a quello specifico caso, hanno ritenuto che, essendo il ricorso per cassazione l'unica impugnazione ancora esperibile, dovesse essere la Corte di cassazione a valutare la richiesta di remissione in termini (vd. l'ordinanza di promozione del giudizio di costituzionalità, Cass., Sez. I, 17 settembre 2008, V.F., cit., p. 84).

La Corte d'assise d'appello, sebbene non l'abbia espressamente dichiarato nel dispositivo, ha, in sostanza, ritenuto inammissibile la richiesta di restituzione in termine, sulla base del convincimento che l'impugnazione proposta dal difensore d'ufficio avesse "consumato" il diritto di appellare spettante all'imputato e che a costui residuasse soltanto la possibilità di adire il ricorso in cassazione, una volta restituito nel termine. I giudici d'appello, pertanto, non hanno verificato la sussistenza delle condizioni di cui all'art. 175, 2° comma, c.p.p. La difesa del condannato in contumacia ha proposto ricorso in cassazione avverso la decisione del giudice d'appello di Bologna sul presupposto che si trattasse di una dichiarazione di inammissibilità e la Corte di cassazione ha condiviso tale impostazione, trovandosi, così, a valutare la congruità del ragionamento giuridico posto a fondamento della decisione impugnata, la presenza dei presupposti di cui all'art. 175, 2°



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

comma, c.p.p., nonché la relativa questione di legittimità costituzionale promossa dal difensore del ricorrente.

In particolare, la Prima Sezione penale della Corte di cassazione, dopo aver acquisito specifica documentazione, ha potuto verificare la sussistenza delle condizioni prescritte dall'art. 175, 2° comma, c.p.p. (in particolare, provvedimenti restrittivi mai eseguiti per irreperibilità dell'imputato) e la tempestività della richiesta di restituzione in termini.

Tuttavia, nella specie, l'impugnazione era stata già proposta, nei termini, dal difensore d'ufficio ed, in tal caso, sulla base della giurisprudenza prevalente, la restituzione in termini per impugnare era da intendersi preclusa. Su questo punto sono intervenute le Sezioni Unite della S.C. nel 2008 rilevando come, a fronte del silenzio normativo ed in ragione del principio di unicità dell'impugnazione, il controllo del giudice superiore attivato dalla difesa - sia di fiducia, sia d'ufficio - consuma il diritto dell'imputato contumace ad impugnare e, dunque, ad essere restituito nel termine *ex art. 175, 2° comma, c.p.p.* (Cass., Sez. Un., 31 gennaio 2008, H.L.V., *CED Cass.*, 238472).

La Prima Sezione della S.C. ha ritenuto di condividere tale impostazione sul piano logico e sistematico. Ciò, tuttavia, non ha impedito ai giudici della singola sezione di rilevare come tale risultato interpretativo incida negativamente sulle garanzie sovranazionali riconosciute all'imputato in fatto di presenza al processo e di esplicazione del proprio diritto alla prova. In particolare, una divergente visione tra le Sezioni Unite e la singola sezione si è profilata in riferimento al ruolo riconosciuto alle norme CEDU come interpretate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Su questo aspetto, le Sezioni Unite del 2008, richiamando le note sentenze della Corte costituzionale n. 348 e 349 del 2007, hanno riconosciuto alle norme convenzionali la natura di "fonte interposta" nell'ambito della gerarchia delle fonti, sempre che la norma convenzionale come risultante dall'interpretazione del giudice sovranazionale sia compatibile con la tutela di interessi costituzionalmente protetti ed idonea a realizzare un corretto bilanciamento tra l'esigenza del rispetto degli obblighi internazionali e la necessità di evitare un pregiudizio della Costituzione. Di conseguenza, come vedremo, nel bilanciamento di interessi, il Supremo Consesso ha ritenuto di dare prevalenza al principio della ragionevole durata rispetto al diritto dell'imputato a presenziare al processo.

A questo proposito, la Prima Sezione penale della S.C., nel rimettere la questione di legittimità costituzionale dell'art. 175, 2° comma, c.p.p. dinanzi al giudice di legittimità delle leggi, in riferimento agli artt. 24, 111, 117, 1° comma, Cost., ha sottolineato come <<occorre nella specie interrogarsi sulla idoneità delle norme C.E.D.U. in questione a costituire "fonte interposta" dell'art. 117, primo comma, Cost. alla quale "confrontare" la legittimità costituzionale del disposto dell'art. 175, comma 2, c.p.p.>> (Cass., Sez. I, 17 settembre 2008, V.F., cit., p. 86). In ragione di tale dubbio, il giudice *a quo* ha ritenuto di non poter condividere la conclusione del Supremo Collegio secondo cui la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul diritto a presenziare al processo non può essere considerata fonte di integrazione dell'art. 117 Cost., essendovi prevalenti interessi costituzionali sintetizzabili nel principio della unicità delle impugnazioni avente come riferimento costituzionale l'art. 111 Cost. nella parte in cui salvaguarda la ragionevole durata del processo.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

In prospettiva opposta, nell'ordinanza di rimessione si evidenzia che il diritto dell'imputato a presenziare al processo ed ivi esercitare il proprio diritto alla prova non può considerarsi soccombente rispetto ad un principio di unicità delle impugnazioni che non trova "diretta copertura costituzionale" (Cass., Sez. I, 17 settembre 2008, V.F., cit., p. 86). L'interesse dell'imputato contumace incolpevole ad esercitare in ogni tempo e luogo il diritto alla prova non può essere limitato dal principio di unicità dell'impugnazione e di celere definizione del processo, venendosi altrimenti, a realizzare un ingiustificato pregiudizio per il diritto al giusto processo, sancito dall'art. 111, 1° comma, Cost. (Cass., Sez. I, 17 settembre 2008, V.F., cit., p. 86).

In questo modo, ancora una volta, dopo un sostanziale arretramento in termini di garanzie dovuto all'impostazione seguita dalle Sezioni Unite del 2008 per ciò che concerne la contumacia ed i relativi rimedi, la Corte di cassazione, nelle vesti della Prima Sezione penale, si è fatta promotrice di un interrogativo capace di sfociare, poi, nella decisione costituzionale n. 317 del 2009 che rappresenta, senza dubbio, un passo avanti nella costruzione di un sistema di rimedi per il processo *in absentia* ben sintonizzato con le garanzie sovranazionali.

Già nel passato, una speciale sensibilità verso gli obblighi internazionali ed i richiami più volte provenienti dalla giurisprudenza europea in tema di giusto processo e di processo contumaciale era stata manifestata dalla Corte di cassazione. In un caso, la S.C. ha ritenuto che, nonostante il sopravvenire del giudicato, se il relativo provvedimento rappresenta l'esito di un procedimento in contumacia, valutato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in contrasto con i principi sanciti dalla C.e.d.u., non può comunque essere negato all'imputato il diritto ad un nuovo processo (Cass., Sez. I, 12 luglio 2006, Somogyi, CED 235035). Ancora più clamorosa, poi, la decisione della Corte di cassazione con cui si è affermata l'ineseguibilità del giudicato, ai sensi dell'art. 670 c.p.p., se la relativa condanna è il frutto di un procedimento giudicato non conforme agli *standards* europei del *fair trial* (Cass., Sez. I, 1° dicembre 2006, Dorigo, in *Giur. It.*, 2007, 2281). In quest'ultimo caso, la S.C. ha messo in evidenza come a seguito di una condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo per un processo "non equo", il condannato abbia comunque diritto alla rinnovazione del processo, in forza dell'obbligo, gravante sullo Stato, ai sensi dell'art. 46 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, resa esecutiva in Italia con legge 4 agosto 1955, n. 848, di conformarsi alle sentenze definitive della suddetta Corte. Qualora il sistema normativo interno risulti sprovvisto di siffatto "rimedio", deve, quantomeno, non darsi esecuzione alla decisione conclusiva del processo "non equo" (Cass., Sez. I, 1° dicembre 2006, Dorigo, cit.).

Il passo compiuto dalla Corte di cassazione ha segnato in modo indelebile un percorso, non ancora concluso, sicuramente tormentato, di cui la sentenza costituzionale in commento rappresenta un ulteriore determinante tratto non solo per il risultato interpretativo raggiunto, ma anche per le modalità attraverso le quali ad esso si è giunti.

Una declaratoria, tra l'altro, che colpisce la norma per quella parte di "non detto" dal legislatore; un silenzio su cui si è sviluppato un "diritto vivente" non in sintonia con i diritti e gli obblighi internazionali.

4. Le censure dei giudici sovranazionali e le conseguenti modifiche apportate all'art. 175 c.p.p. con la novella del 2005



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Nel 2004 (caso *Sejdovic c. Italia*), la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato l'Italia a causa della inadeguatezza dei rimedi concessi all'imputato condannato con sentenza contumaciale. In quell'occasione, i giudici sovranazionali manifestarono forti perplessità circa l'onere probatorio gravante sull'imputato che doveva dimostrare la non volontaria sottrazione alla conoscenza degli atti del procedimento. Accenti critici, inoltre, furono proferiti in riferimento all'esigua entità del termine entro cui poteva essere chiesta la restituzione in termini.

L'intervento del legislatore, a quel punto apparso assolutamente indifferibile essendo stato specificamente sollecitato dal giudice sovranazionale, si concretizzò nel d.l. 21 febbraio 2005 n. 17 conv. in l. 22 aprile 2005, n. 60, il cui art. 1 ha modificato l'originario testo dell'art. 175, 2° comma, c.p.p., prevedendo che, a fronte di una sentenza contumaciale o di un decreto di condanna, l'imputato, previa richiesta, è restituito nel termine per impugnare o proporre opposizione "salvo che lo stesso abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento e abbia volontariamente rinunciato a comparire ovvero a proporre impugnazione od opposizione". Profili, questi ultimi, sui quali - sempre secondo il riformato art. 175, 2° comma, c.p.p. - sarà l'autorità giudiziaria a dover effettuare le necessarie verifiche poiché non spetta più all'imputato contumace dover dimostrare di non aver avuto effettiva conoscenza del provvedimento e di non essersi sottratto volontariamente alla conoscenza degli atti del procedimento. E' stato, inoltre, modificato il termine entro cui proporre la richiesta *ex art. 175, 2° comma, c.p.p.*, passando dagli originari 10 giorni agli attuali trenta.

L'insieme delle apportate modifiche ha migliorato il meccanismo dei rimedi per l'imputato contumace, ma non può dirsi che abbia pienamente soddisfatto le istanze di una completa rinnovazione del giudizio per il contumace incolpevole. Malgrado i suddetti miglioramenti, invero, per tale soggetto continua a sussistere soltanto la possibilità di usufruire - una volta restituito nel termine per impugnare - del giudizio d'appello, nel cui ambito, tra l'altro, la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale per l'imputato contumace (art. 603, 4° comma, c.p.p.) è connessa alla sussistenza di presupposti coincidenti con quelli all'origine previsti dall'art. 175, 2° comma, c.p.p. Senza contare, poi, che nel giudizio d'appello, non possono essere esercitati facoltà e diritti che soltanto nel giudizio di primo grado trovano realizzazione (si pensi alla scelta dei riti o all'esercizio del diritto alla prova).

In definitiva, il nostro ordinamento presenta un vistoso limite in tema di rimedi per il procedimento *in absentia*: da sempre, il rimedio in caso di giudizio svoltosi in contumacia è stato calibrato sulla restituzione in termini per attivare un giudizio d'impugnazione. Non sono mai state elaborate soluzioni che, a fronte di circostanze legittimanti la dichiarazione di contumacia dell'imputato, portino alla sospensione del processo, con contestuale sospensione del decorso dei termini prescrizionali, ovvero alla c.d. purgazione, vale a dire la possibilità di realizzare un nuovo processo (una soluzione in tal senso era delineata dall'art. 475 c.p.p. 1913). Soluzioni presenti in altri ordinamenti e certamente più consone ad un sistema che si vuole improntato ad un modello accusatorio. In verità, non sono mancati disegni di legge volti ad introdurre soluzioni migliorative, ma nessuno di essi è sfociato in provvedimenti normativi definitivi.

Un vizio d'origine, quello appena accennato, relativo ai rimedi al processo *in absentia*, alimentato dalle prime censure ricevute dalla Corte di Strasburgo. Dopo la sentenza *Colozza c. Italia* del 1985, invero, il legislatore si mosse puntando da subito l'attenzione sulla restituzione in termini per



impugnare quale strumento atto a garantire all'imputato contumace incolpevole "la possibilità di partecipare ad almeno un grado di giudizio di merito pieno, essendo obbligatoria, su sua richiesta, la rinnovazione del dibattimento in appello" (v. *Rel. d.d.l. n. 1706, X° Legisl.*). In questa prospettiva, vale a dire quella del rimedio dato dalla rimessione in termini per impugnare, ha continuato a muoversi il legislatore della riforma del 1988 ed anche quello della novella del 2005.

5. La partecipazione dell'imputato contumace assicurata dall'impugnazione del difensore?

In questo quadro, già di per sé critico, si inserisce l'ulteriore problematica affrontata nella sentenza costituzionale n. 317 del 2009 circa il "valore" da dare all'impugnazione proposta dal difensore del contumace ai fini della successiva restituzione in termini.

Le modifiche apportate nel 2005 all'art. 175 c.p.p. hanno inciso anche nel senso di elidere da questa norma quella parte che contemplava la preclusione, per il contumace incolpevole, ad essere restituiti nel termine per impugnare ove il controllo del giudice superiore fosse già stato attivato dal difensore.

A questo proposito, però, occorre ricordare che l'art. 571, 3° comma, c.p.p., nel testo originario, prevedeva, per il difensore dell'imputato contumace, la necessità di uno specifico mandato al fine di impugnare. Si trattava di prescrizione volta ad impedire che l'imputato contumace potesse vedersi precluso il diritto alla restituzione nel termine per impugnare. Secondo l'originaria formulazione dell'art. 175, 2° comma, c.p.p., invero, l'impugnazione già proposta dal difensore costituiva una condizione ostativa per la restituzione del termine ad impugnare. E proprio l'esigenza di coordinamento tra le due norme era alla base della specifica previsione contenuta nel secondo periodo dell'art. 571, 3° comma, c.p.p. Prospettiva, quest'ultima, esplicitata nella Relazione al progetto preliminare del c.p.p. (cfr. *Rel prog. prel. c.p.p.*, in *Gazz. uff.*, 24 ottobre 1988 n. 250, *Suppl. ord.* n. 2, p. 126) e confermata dalla Corte costituzionale (sent. n. 315 del 1990, sebbene in riferimento all'art. 192, 3° comma, c.p.p. 1930 come risultante a seguito delle modifiche apportate dalla l. 23 gennaio 1989 n. 22). In altri termini, la richiesta di uno specifico mandato corrispondeva all'esigenza di piena consapevolezza da parte dell'imputato circa l'attivazione di controlli che, se avviati su iniziativa esclusiva della difesa, avrebbero inciso in modo pregiudizievole su possibili scelte successive.

Molteplici furono le questioni interpretative di carattere formale sorte in ordine ai tempi ed alle modalità di concessione dello specifico mandato (v., dettagliatamente, MOSCARINI, *La contumacia dell'imputato*, Milano, 1997, 409 ss.). Inoltre, un punto appariva assolutamente controverso: per quale ragione l'impugnazione proposta dal difensore deve precludere la restituzione in termine per impugnare del contumace? Se l'art. 571, 3° comma, c.p.p., con riguardo alla previsione di un mandato *ad hoc* per impugnare, rappresentava una sorta di scelta imposta dal coordinamento con quanto previsto in punto di restituzione in termini e relative condizioni ostative, il problema, allora, era a monte, vale a dire nell'art. 175 c.p.p.

Sta di fatto che, ad un certo punto, il legislatore ha soppresso (art. 46 l. 16 dicembre 1999, n. 479) quella parte del comma 3 dell'art. 571 in cui si prescriveva la presenza di uno specifico mandato ad impugnare per il legale del contumace. Di conseguenza, il difensore del contumace, sia esso di fiducia o d'ufficio, si è trovato privo di vincoli nella scelta di impugnare la sentenza adottata a seguito di procedimento *in absentia*. Resta ferma, comunque, la possibilità per l'imputato di togliere



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

efficacia all'impugnazione proposta dal difensore nei modi previsti per la rinuncia, ai sensi di quanto disposto dall'art. 571, 4° comma, c.p.p.

Questa assenza di mandati *ad hoc* per impugnare la sentenza contumaciale, realizzata con la novella del 1999, però, ha continuato, sino al 2005, a convivere con una versione dell'art. 175, 2° comma, c.p.p. in cui era previsto che la restituzione in termini per impugnare all'imputato contumace fosse preclusa a fronte dell'avvenuta impugnazione del difensore. Il che, come è evidente, ha comportato dei notevoli problemi applicativi per il contumace "incolpevole", soprattutto laddove vi era un difensore d'ufficio, privo di alcun collegamento con l'imputato, che, impugnando, esauriva il diritto al gravame per l'assistito.

Nel 2005, la condizione ostativa – prefigurata dall'art. 175, 2° comma, c.p.p. - alla restituzione nel termine per impugnare derivante dall'impugnazione del difensore è venuta meno.

In realtà, nel testo del d.l. n. 17 del 2005, la condizione preclusiva, in un primo momento era stata riprodotta, per essere poi eliminata in sede di prima lettura del disegno di legge di conversione dalla Camera dei deputati ed essere ancora reinserito dal Senato (che aveva pure reintrodotta quel secondo periodo dell'art. 571, 3° comma, c.p.p. soppresso dall'art. 46 della legge n. 479 del 1999). Una volta sottoposto il provvedimento alla seconda lettura da parte della Camera entrambe le previsioni furono soppresse ed il disegno di legge di conversione fu definitivamente approvato.

Questo "tormentato" *iter* parlamentare farebbe pensare che il legislatore si è ben posto il problema di vedere esaurita la facoltà di impugnare del contumace a seguito di impugnazione avvenuta su iniziativa del difensore e che lo abbia risolto nel senso di escludere la previsione di tale circostanza impeditiva per la restituzione in termini.

L'accennato percorso legislativo, tuttavia, non è stato considerato dalle Sezioni Unite del 2008 elemento capace di orientare univocamente l'interpretazione nel senso di escludere la presenza di una condizione ostativa derivante dall'impugnazione del difensore. Il Supremo Collegio, invero, ha scelto di dare prevalenza al principio di unicità dell'impugnazione, considerando esaurita la facoltà di impugnare del contumace ove il difensore abbia già fatto uso della corrispondente scelta che pure l'ordinamento gli affida con l'art. 571, 3° comma, c.p.p.

Nella scelta di questa opzione interpretativa, tra l'altro, determinante è stato il modo con il quale si è guardato al panorama sovranazionale, sia per ciò che concerne le norme della C.e.d.u., sia per quanto riguarda la portata delle sentenze dei giudici di Strasburgo.

6. Il diritto dell'imputato a partecipare al processo tra Corte di cassazione e Corte costituzionale

La Corte costituzionale, nella sentenza n. 317 del 2009, dopo aver riepilogato i punti salienti delle vicende normative che hanno riguardato l'art. 175 c.p.p. ed i principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul diritto dell'imputato ad essere presente in udienza, ha preso in considerazione l'interpretazione data dalle Sezioni Unite del 2008 al novellato art. 175 c.p.p. Su questo punto, constatata l'assenza di decisioni difformi e registrata, dunque, la sussistenza di un "diritto vivente", ha ritenuto di dover intervenire incentrando le proprie valutazioni sull'interpretazione dominante di quella norma, condivisa, peraltro, dal giudice *a quo*. In particolare, i giudici costituzionali hanno evidenziato come la declaratoria di accoglimento non fosse evitabile tramite un'interpretazione adeguatrice e conforme a Costituzione di cui il giudice



rimettente poteva farsi interprete. Ciò in quanto lo stesso giudice *a quo* ha evidenziato come non sia possibile dare all'art 175 c.p.p. un'interpretazione diversa da quella offerta dalle Sezioni Unite ed ha manifestato condivisione per l'impostazione ermeneutica raggiunta dal Supremo Consesso.

Nel ragionamento seguito dai giudici costituzionali per addivenire alla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 175, 2° comma, c.p.p., parte rilevante ha avuto la presenza di una "tutela multilivello" del diritto in questione riconosciuto all'imputato. Il giudice di legittimità delle leggi ha dato specifico rilievo al fatto che è il legislatore l'organo primario cui compete il bilanciamento di interessi per assicurare la massima tutela dei diritti fondamentali come risultanti dalla somma della tutela convenzionale e di quella costituzionale (sent. n. 348 e 349 del 2007). Tuttavia, la Corte costituzionale ha ritenuto di non potersi sottrarre del tutto ad un controllo cui risulta comunque chiamata nell'interpretazione delle norme costituzionali. La tutela dei diritti fondamentali - si è sottolineato nella commentata sentenza - *<<deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro>>*. A tal riguardo, i giudici costituzionali hanno ricordato come la Corte di Strasburgo sia giudice del singolo caso ed in qual modo la Corte costituzionale non possa sostituire la propria interpretazione a quella fatta propria dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (sul punto si veda pure Corte cost., sent. n. 311 del 2009) sebbene possa *<<valutare come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano>>*.

In questa prospettiva, i giudici costituzionali si sono chiesti se il diritto di difesa del contumace inconsapevole debba bilanciarsi con il principio di ragionevole durata del processo, garantito dall'art. 111, 2° comma, Cost. La risposta è stata in senso negativo, poiché si tratta di due diritti che non possono entrare in comparazione fra loro e far prevalere il secondo significherebbe porre in essere un grave *vulnus* nei riguardi del primo. A maggior ragione, per sostenere la legittimità costituzionale della norma ed, in buona sostanza, finire per limitare un diritto fondamentale dell'individuo non può farsi ricorso a principi quali l'unicità del diritto di impugnazione e del divieto di *bis in idem*. Questi principi, ci ricorda la Corte costituzionale, sono da tenere in considerazione per trovare, all'interno dell'ordinamento, dei rimedi o per predisporli, ove mancanti, ad opera del legislatore. Ne consegue, secondo i giudici di legittimità delle leggi che, a fronte dell'attuale normativa, il rimedio attribuito all'imputato contumace inconsapevole deve essere effettivo e non può essere consumato dall'atto di un soggetto, il difensore - in questi casi solitamente nominato d'ufficio, a causa dell'assenza o dell'irreperibilità dell'imputato - che non ha ricevuto un mandato *ad hoc* ed agisce di propria iniziativa. La Corte costituzionale, in particolare, ha sottolineato come *<<l'esercizio di un diritto fondamentale non può essere sottratto al suo titolare, che può essere sostituito solo nei limiti strettamente necessari a sopperire alla sua impossibilità di esercitarlo e non deve trovarsi di fronte all'effetto irreparabile di una scelta altrui, non voluta e non concordata, potenzialmente dannosa per la sua persona>>*.

Il recente intervento della Corte costituzionale acquisisce uno specifico rilievo in considerazione del quadro internazionale con il quale ci colloca nuovamente "in sintonia". Non dobbiamo, invero, dimenticare che dopo la prima sentenza Sejdovic (Corte EDU 10 novembre 2004, Sejdovic c. Italia), da parte del Governo italiano fu presentata impugnazione ai sensi dell'art. 43 CEDU. Nelle more del giudizio, sopravvenne la modifica legislativa dell'art. 175 c.p.p. ad opera della novella del 2005 e, così, la Grande Camera, preso atto di tale intervento legislativo, non si è pronunciata sulla



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

compatibilità della stessa con le norme convenzionali, ritenendo che ciò fosse prematuro e preferendo attendere l'interpretazione giurisprudenziale che la nuova norma avrebbe poi ricevuto. Significativa, ancora, sotto questo profilo la decisione della Corte di Strasburgo del 25 novembre 2008, Cat Berro c. Italia, con cui si evidenzia come il legislatore attraverso le modifiche apportate all'art. 175 c.p.p. abbia sopperito ad alcune delle carenze normative dalla stessa Corte in passato censurate ed in qual modo sia però necessario attendere l'interpretazione che la giurisprudenza darà della mutata norma.

In definitiva, il sistema dei rimedi interni concernenti il diritto ad un rinnovato giudizio per il condannato contumace incolpevole, anche dopo le modifiche apportate nel 2005, ha continuato ad essere posto sotto la "lente di ingrandimento" del giudice di Strasburgo. Determinante, perciò, al fine di evitare ulteriori condanne dell'Italia risulta essere la decisione costituzionale n. 317 del 2009. Sta di fatto che, dopo tale decisione, occorrerà valutare come risolvere il contrasto di giudicati che potrebbe sorgere a seguito della duplice impugnazione, quella del difensore che agisca di sua iniziativa e quella del contumace restituito nel termine. Un conflitto che potrebbe trovare soluzione in sede esecutiva, dando applicazione alle regole contemplate dall'art. 669 c.p.p. anche se, così facendo, si finirebbe, forse, per ampliare eccessivamente l'ambito operativo della norma nata per ovviare a situazioni di carattere "patologico" e non a situazioni di *bis in idem* in un certo senso predeterminate dal legislatore.

Resta, inoltre, aperto il "fronte" del diritto alla prova negato al contumace incolpevole visti i limiti contemplati dall'art. 603 c.p.p. con riferimento al quale la Corte costituzionale ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata dal giudice *a quo*, rilevando che tale questione è sorta in un procedimento pendente dinanzi al giudice di legittimità e si presenta ancora come <<astratta e prematura, e quindi irrilevante per la definizione del giudizio>>.

In definitiva, seppure risulti confortante la sensibilità manifestata sia dal giudice *a quo*, sia dalla Corte costituzionale nel dare tutela ad un diritto fondamentale, inserito in un complesso e ricco quadro di garanzie internazionali, meno rassicurante appare il sistema normativo interno che quel diritto deve tutelare. Malgrado gli interventi correttivi già operati, una rivisitazione completa del sistema appare opportuna affinché si cominci a ragionare non più e non solo in termini di restituzione nel termine per impugnare, ma di sospensione del processo per il contumace incolpevole oppure di "piena" rinnovazione del giudizio con la possibilità di esplicitare tutte le scelte difensive tipiche del giudizio di merito. Ciò anche alla luce di un principio di "ragionevole durata" che sebbene non possa entrare in competizione con il diritto fondamentale dell'imputato a partecipare al processo, come rilevato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 317 del 2009, rappresenta, comunque, un parametro imprescindibile per il legislatore secondo quanto prescritto dall'art. 111, 2° comma, Cost.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Precedenti giurisprudenziali

Corte eur. dir. uomo: 25 novembre 2008, *Cat Berro c. Italia*; Gr. Ch., 21 dicembre 2006, *Zuic c. Italia*; Gr. Ch., 1° marzo 2006, *Sejdovic c. Italia*; 9 giugno 2005, *R.R. c. Italia*; 10 novembre 2004, *Sejdovic c. Italia*; 18 maggio 2004, *Somogy c. Italia*; 11 novembre 2003, *Sejdovic c. Italia*; 26 marzo 1998, *Belziuk c. Polonia*; 28 agosto 1991, *F.C.B. c. Italia*; 12 febbraio 1985, *Colozza c. Italia*

Profili di diritto interno

Cass., Sez. Un., 31 gennaio 2008, H.L.V., *CED Cass.*, 238472 (sui rapporti tra impugnazione del difensore ed impugnazione dell'imputato in riferimento alla sentenza contumaciale)

Cass., Sez. I, 12 luglio 2006, Somogyi, *CED Cass.*, 235035 (sul diritto dell'imputato giudicato *in absentia* ad un nuovo processo)

Riferimenti bibliografici

GARUTI, Sub art. 175. *Le novità apportate dalla novella legislativa del 2005: quid iuris?*, in *Codice di procedura penale ipertestuale*, a cura di A.Gaito, 3° ed., Torino, 2008, 786.

GARUTI, *Nuove norme sulla restituzione nel termine per l'impugnazione di sentenze contumaciali o decreti di condanna*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 683 ss.

LATTANZI, *Costretti dalla Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2005, 1125.

MOSCARINI, *Il giudizio in absentia nell'ottica delle giurisdizioni internazionali ed in una recente legge italiana*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 588 s.

MOSCARINI, *La contumacia dell'imputato*, Milano, 1997, 409 ss.

TAMIETTI, *Processo contumaciale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: la Corte di Strasburgo sollecita l'Italia ad adottare riforme legislative*, in *Cass. pen.*, 2005, 989.

UBERTIS, *Contumaci, doppia restituzione in termine*, in *ID.*, *Argomenti di procedura penale*, II, Milano, 2006, 211 ss.

(29.03.2010)



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Sezione: Diritti sovranazionali e processo penale - *Garanzie dell'imputato*

Titolo: *Prova del DNA, conservazione di dati personali e censure della Corte europea dei diritti dell'uomo nei riguardi del Regno Unito.*

Autori: MARIANGELA MONTAGNA – ANNALISA MANONI ^(1*)

Sentenza di riferimento: Corte Europea dei diritti dell'uomo. Grande Camera. Decisione del 4 dicembre 2008, *S. e Marper c. Regno Unito* (ricorsi nn. 30562/04 e 30566/04).

Parametro convenzionale: Artt. 8 e 14 CEDU

Parole chiave: Processo penale; prova del DNA; banca dati del DNA; conservazione dei dati personali; diritto alla riservatezza; divieto di discriminazione.

1. Raccolta e conservazione di campioni biologici. L'intervento della Corte EDU ed il sistema di raccolta dei dati da parte del Regno Unito

Il crescente utilizzo di "database" contenenti riferimenti di tipo genetico ed il loro utilizzo in ambito giudiziario si pone in termini problematici con riguardo al rispetto ed alla tutela di diritti fondamentali dell'individuo. Tali strumenti presentano indubbi vantaggi: contribuiscono in modo notevole all'accertamento del reato, garantiscono rapidità di intervento a livello investigativo, consentono risparmio di risorse umane ed economiche, assicurano la possibilità di realizzare uno scambio di informazioni tra Paesi. D'altro canto, il ricorso a questo tipo di strumenti investigativi pone l'esigenza di un'adeguata regolamentazione per l'utilizzo e la conservazione dei dati raccolti al fine di salvaguardare la diffusione e l'accesso ai dati personali. In particolare, suscettibile di specifica tutela è l'esigenza di garantire la giusta protezione per la "privacy genetica" dell'individuo.

Ed è proprio su questo tema che la Corte europea dei diritti dell'uomo si è soffermata, nella sentenza in commento (*S. e Marper v. The United Kingdom*), denunciando le carenze insite nel sistema inglese e fissando delle importanti linee direttive in tema di conservazione dei dati biologici raccolti a fini giudiziari ed investigativi negli appositi *database*.

Il caso all'origine del pronunciamento dei giudici sovranazionali ha visto protagonisti due cittadini del Regno Unito di Gran Bretagna e dell'Irlanda del Nord che lamentavano la violazione degli artt. 8 e 14 C.e.d.u. posto che l'autorità giudiziaria aveva conservato le impronte digitali, i campioni biologici contenenti le loro cellule ed i loro profili genetici anche successivamente alla conclusione,

^(1*) Mariangela Montagna ha curato i §§ 1 e 2; Annalisa Manoni ha curato i §§ 3-5.



per assoluzione e per non luogo a procedere, delle azioni penali promosse nei loro confronti. La Corte EDU, come vedremo, riconducendo questa tematica nell'ambito di protezione assicurato dall'art. 8 C.e.d.u. , ne rileva la violazione come denunciato dai ricorrenti.

2. Conservazione dei dati personali in ambito giudiziario: i parametri di riferimento europeo.

Con riferimento alla tutela dei dati personali, dall'Europa sono pervenute più volte indicazioni che, pur rilevando l'importanza dell'utilizzo dei dati personali nel campo delle indagini di polizia e, più in generale, per fini giudiziari, hanno sottolineato la necessità di una regolamentazione di un archivio che contenga tali dati e, in particolare, hanno evidenziato l'esigenza che la conservazione di quei dati avvenga per il tempo necessario a soddisfare gli scopi cui la raccolta degli stessi era destinata. In altre parole, dalle varie indicazioni che da tempo a livello europeo si sono susseguite e sovrapposte si desume un principio di proporzionalità tra conservazione di dati personali e raggiungimento dello specifico obiettivo.

A questo proposito, uno dei primi "segnali" è contenuto nella Convenzione del Consiglio d'Europa del 28 gennaio 1981 sulla protezione delle persone in merito al trattamento automatizzato dei dati personali, che all'art. 5, lett. e), prevede che i dati a carattere personale siano conservati in modo tale da consentire l'identificazione della persona interessata *"per una durata non superiore a quella necessaria ai fini per i quali sono registrati"*.

Nella stessa prospettiva, si colloca l'art. 7 della Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (87) 15 del 17 settembre 1987 e la Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa n. R (92) 15 del 10 febbraio 1992, sull'utilizzazione delle analisi del DNA nel settore della giustizia penale. Quest'ultima, all'art. 8, riguardo alla conservazione dei dati biologici raccolti, detta il principio per cui debbano essere distrutti i dati una volta che sia stata pronunciata la sentenza, fatte salve talune specifiche eccezioni.

Su questo tema si è soffermato, nel 2005, anche il Trattato di Prum che all'art. 37 paragrafo 3 prevedeva che *"i dati personali trasmessi o ricevuti nell'ambito dello scambio informativo tra gli Stati contraenti debbano essere cancellati quando non avrebbero dovuto essere trasmessi o ricevuti, quando non sono più necessari per le finalità per le quali è avvenuta la trasmissione nonché al termine del periodo massimo di conservazione dei dati stabilito dal diritto nazionale della Parte contraente che li ha trasmessi"*.

Infine, la Decisione Quadro 2008/977 GAI sulla protezione dei dati personali che all'art. 4, co. 2, stabilisce che i dati personali debbano essere cancellati se non sono più necessari per le finalità per le quali sono stati legalmente raccolti o in seguito legalmente trattati; l'art. 5 della medesima Decisione impone agli Stati membri di prevedere adeguati termini per la cancellazione dei dati personali o per un esame periodico della necessità della memorizzazione.

In sintesi, a livello sovranazionale, emerge, oramai da tempo, il "criterio di proporzionalità", in base al quale la conservazione dei dati genetici negli appositi *database* deve avvenire per un periodo di tempo proporzionato ed essere vincolata ad un utilizzo specifico.



3. Il DNA *database* inglese

Nel Regno Unito, un archivio nazionale volto a gestire e conservare i profili del DNA esiste sin dal 1994, istituito dal *Criminal Justice and Public Order Act (CJPOA)*. E' il più grande archivio genetico ad uso forense nel mondo ed il *Criminal Justice and Public Order Act* del 1994, nell'istituirlo, ha seguito le raccomandazioni della Commissione Runciman, modificando, tra l'altro, le disposizioni del *Police Criminal Evidence Act (PACE)* del 1984.

Riguardo ai prelievi dei campioni il *PACE*, alle sezioni 62 e 63, distingueva tra *non-intimate sample* ed *intimate sample*, prevedendo differenti procedure. I campioni *intimate* potevano essere prelevati soltanto in presenza del consenso della persona interessata, dell'autorizzazione di un ufficiale o di un agente avente almeno il grado di sovrintendente e dovevano sussistere ragionevoli motivi, ovvero doveva trattarsi di un reato di particolare difficoltà (*recordable offence*) ed esservi da parte dell'operatore di polizia il sospetto di coinvolgimento dell'individuo da cui prelevare il campione ed il prelievo fosse ritenuto utile a confermare tale coinvolgimento.

Diversa era la disciplina per i prelievi non invasivi, riguardo ai quali non era richiesto il consenso.

Gli operatori di polizia potevano conservare soltanto i campioni biologici provenienti da soggetti già condannati.

Con il *CJPOA* del 1994 si è introdotto il tampone faringeo tra i prelievi non invasivi e si è esteso tale potere anche ai casi di persone sospettate, ma non detenute.

Inoltre, la sezione 63 ha attribuito alla polizia il potere di confrontare i campioni acquisiti durante un'indagine, con quelli esistenti nell'archivio, riferibili ad altri delitti, sottolineando come la creazione dei *database* fosse la finalità collegata al prelievo di campioni biologici.

I profili di DNA ed i relativi campioni contenuti nel DNA *database*, istituito nel 1995 dal *Forensic Science Service*, dovevano essere distrutti se la persona sospettata non fosse stata successivamente incriminata per il reato in ordine al quale il campione era stato prelevato (sezione 64 del *PACE*).

Nel 2001, il *Criminal Justice Police Act (CJPA)* ha segnato una tappa importante di cambiamento. In tale atto, invero, si è cercato di reperire le proposte avanzate in tema di ricerca speculare tramite *database* e conservazione dei dati. In particolare, la sezione 81 del *CJPA* 2001 ha ampliato la lista degli archivi che possono essere utilizzati dalla polizia per le sue ricerche, includendo quelle aventi ad oggetto le impronte digitali e i campioni di DNA. La sezione 82 **CJPA 2001**, invece, ha apportato delle modifiche drastiche in tema di conservazione dei dati: ha abrogato la sezione 64 del *PACE* del 1984 - relativa alla distruzione dei dati in caso di mancata successiva incriminazione - e **garantito la conservazione di tutti i dati**, così gettando le basi per un *database* "universale".

Vi è, poi, un altro documento, il *Criminal Justice Act* del 2003 che, alle sezioni n. 9 e n. 10 modificanti la sezione 63 del *PACE*, riconosce alla polizia il potere di eseguire dei prelievi tramite tecniche non invasive anche nei confronti di soggetti sospettati di un reato grave, se si ritiene che i campioni possano essere utilizzati per provare la colpevolezza o innocenza del sospettato, e persino anche indipendentemente dall'utilizzabilità di tali dati.

Con questa nuova disposizione si è configurata una situazione nella quale basta essere sospettati dalla polizia per essere sottoposti al prelievo di campioni biologici per l'analisi del DNA, con la conseguente "entrata" del profilo di DNA nel relativo *database* e senza che vi sia alcuna possibilità di chiederne la distruzione.



Occorre, inoltre, evidenziare che i profili del DNA sono registrati elettronicamente, in forma di documenti digitali e la loro custodia avviene in conformità di quanto stabilito dal *Data Protection Act* stipulato nel 1997 che fissa le linee guida per il trattamento e la tutela dei dati personali, enunciando nell'Allegato I otto clausole di salvaguardia: *a)* i dati personali devono essere trattati nel rispetto della legge e secondo criteri di trasparenza; *b)* essi devono essere acquisiti solo per finalità specifiche e non per scopi differenti; *c)* le informazioni personali devono essere adeguate, rilevanti e non in eccesso in relazione a tali scopi; *d)* i dati personali devono essere accurati e aggiornati; un dato non è accurato se non riflette l'attuale situazione; *e)* essi non devono essere conservati per un tempo più lungo di quello necessario per lo scopo per cui sono trattati; *f)* la loro gestione deve avvenire nel rispetto dei diritti dei soggetti in base alla stessa legge; *g)* deve essere adottata qualsiasi precauzione tecnica volta ad evitare un trattamento inappropriato o illegale; *h)* i dati personali non devono essere trasferiti in nessuna area o Paese al di fuori dell'Unione europea che non offra queste stesse garanzie normative. La sezione 29 prevede, però, che la prima clausola di salvaguardia non si applichi al trattamento dei dati personali effettuato a fini di prevenzione o di individuazione dei reati penali.

4. Le censure della Corte EDU

In questo quadro così delineato si inserisce la pronuncia della Corte EDU del 4 dicembre 2008 che censura il potere riconosciuto alle forze di polizia inglesi in forza del quale è possibile conservare i profili di DNA per utilizzarli contro i sospettati, ma non incriminati, in modo indiscriminato ed a tempo indeterminato.

La vicenda trae origine dal ricorso congiunto di due cittadini inglesi contro il Regno Unito. In particolare, il primo ricorrente, minorenne all'epoca dei fatti, era stato accusato di tentata rapina e sottoposto al prelievo delle impronte digitali e dei campioni di DNA, poi, assolto; l'altro protagonista della vicenda, sottoposto al medesimo trattamento invasivo, era stato invece arrestato per molestia, ma, poi, il caso fu archiviato a seguito del ritiro della denuncia.

Entrambi avevano richiesto la cancellazione dei propri dati personali dalla banca dati del DNA, ottenendo, però, una risposta negativa da parte della polizia. Gli interessati si rivolsero alla *Administrative Court* che rigettò la loro richiesta. Decisero, allora, di interpellare la *Court of Appeal*, che confermò la decisione precedente. Nel 2004, i ricorrenti fecero appello alla *House of Lord*, ma anche in questa sede i ricorsi non trovarono soddisfazione.

Infine, dopo l'esaurimento degli strumenti interni di controllo, si rivolsero alla Corte EDU, lamentando la violazione degli artt. 8 e 14 C.e.d.u.

La prima questione controversa che la Corte EDU si trovò a risolvere fu se la conservazione da parte delle autorità delle impronte digitali, dei campioni biologici e dei profili di DNA dei ricorrenti costituissero una ingerenza nella vita privata degli interessati.

Le argomentazioni dei ricorrenti a sostegno dei loro ricorsi si basavano sull'assunto che la conservazione dei dati personali costituissero una interferenza nel godimento del loro diritto alla vita privata così come tutelato dall'art. 8 C.e.d.u., visto che i campioni contengono il patrimonio genetico della persona interessata e le informazioni genetiche dei parenti più prossimi.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Il governo britannico, per parte sua, difendeva la legittimità della pratica consentita dall'articolo 64 del *Police Criminal Evidence Act* del 1984, sostenendo che la conservazione dei dati non era sufficientemente grave da costituire un'ingerenza e che, anche se lo fosse stata, sarebbe risultata, comunque, giustificata ai termini del secondo paragrafo dell'articolo 8 C.e.d.u.

A questo riguardo, la Corte EDU, ripercorrendo la sua precedente e consolidata giurisprudenza (in particolare, v. *caso Van der Velden c. Paesi Bassi*, n. 29514/05) sulla nozione di vita privata, ha rilevato come la conservazione di tutte e tre le categorie di dati personali, vale a dire impronte digitali, profili di DNA e campioni di cellule, costituisce ingerenza nella vita privata. Secondo la Corte, il fatto che i profili di DNA forniscano un modo per identificare le relazioni genetiche tra gli individui è di per sé sufficiente per concludere che la loro conservazione costituisce una ingerenza nel diritto alla vita privata degli individui.

Ciò posto, si trattava di capire se una tale conservazione fosse proporzionata e riflettesse il giusto bilanciamento tra interessi privati ed interessi pubblici, secondo quel meccanismo di bilanciamento evocato dall'art. 8 C.e.d.u.

Nello specifico, la Corte EDU ha ravvisato una violazione dell'art. 8 C.e.d.u. ed ha censurato il **carattere generale ed indifferenziato** della conservazione dei profili genetici **di persone sospettate**, ma **non successivamente riconosciute colpevoli** di fatti illeciti. In particolare, si legge nella pronuncia che *"la conservazione dei dati personali oggetto della presente controversia costituisce una ingerenza sproporzionata nel diritto dei ricorrenti rispetto alla vita privata; tale ingerenza non può essere considerata come necessaria in una società democratica. Il Regno Unito è, pertanto, tenuto ad adottare misure a carattere individuale o generale volte a porre rimedio e a prevenire ulteriori violazioni della specie"*.

5. Uno "sguardo" all'Italia

La necessità e l'importanza di creare un archivio per la conservazione dei dati genetici a fini giudiziari ed investigativi hanno fatto sì che l'Italia sopperisse all'inerzia legislativa caratterizzante gli ultimi anni. Con la legge del 30 giugno 2009 n. 85, infatti, è stata prevista anche nel nostro ordinamento la creazione di una banca dati nazionale del DNA presso il Ministero dell'Interno, Dipartimento di Pubblica sicurezza, con finalità di raccolta e comparazione dei profili di DNA a fini identificativi. Tale intervento del legislatore risponde ad uno specifico obbligo assunto dal nostro Paese a seguito dell'adesione al Trattato di Prum del 27 maggio 2005 relativo all'approfondimento della cooperazione transfrontaliera, alla lotta contro il terrorismo, la criminalità transfrontaliera e la migrazione illegale e da cui proviene l'invito cogente a creare e gestire banche dati nazionali del DNA per il perseguimento dei reati.

I principali canali di alimentazione della banca dati del DNA, come prefigurata dalla recente novella legislativa, sono rappresentati dal prelievo di campioni biologici nei confronti dei soggetti tassativamente indicati dall'art. 9 della legge n. 85 del 2009 e dai reperti biologici acquisiti nel corso del procedimento penale.

Di peculiare interesse, considerato il tema affrontato nella sentenza in commento, è quanto previsto dall'art. 13 legge n. 85 del 2009 che ha per oggetto la cancellazione dei profili di DNA e la distruzione dei campioni.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Al 1° comma di questa norma è individuata la prima ipotesi di cancellazione dei campioni biologici e dei profili di DNA acquisiti ai sensi dell'articolo 9: qualora si sia proceduto al prelievo nei confronti di persone poi assolte con formula piena ovvero perché il fatto non sussiste, perché non ha commesso il fatto, perché il fatto non costituisce reato o perché il fatto non è previsto dalla legge come reato.

La medesima disposizione si applica anche nel caso in cui il soggetto sia stato condannato in via definitiva e intervenga, in sede di revisione, una sentenza assolutoria.

Il 2° comma dell'art. 13 legge n. 85 del 2009 prevede, inoltre, la distruzione di campioni biologici e profili di DNA relativi a persone scomparse o loro consanguinei quando ci sia stato il ritrovamento, e dei campioni e profili di DNA di resti cadaverici non identificati quando ci sia stata l'identificazione.

Al 3° comma è contemplata una forma di soppressione, per così dire, "sanzionatoria" che mira a salvaguardare il diritto alla riservatezza: quando si sia proceduti ai sensi dell'articolo 9 legge n. 85 del 2009 al prelievo in modo illegittimo, seguendo modalità di raccolta non conformi a quanto previsto dalla legge ovvero si sia agito nei confronti di persone non rientranti nell'elenco tassativo, è imposta l'immediata cancellazione dei relativi dati biologici.

Infine, l'art. 13 legge n. 85 del 2009 all'ultimo comma prevede che "in ogni altro caso" i profili di DNA inseriti nella banca dati ed i relativi campioni biologici non devono essere distrutti ed è previsto un termine massimo di conservazione di quaranta anni per i primi e di venti anni per i secondi.

Il termine massimo di conservazione decorre dall'ultima circolazione che ne ha giustificato l'inserimento, per quanto concerne i profili di DNA, e dall'ultima circostanza che ne ha determinato il prelievo, per i relativi campioni biologici.

Da una lettura sistematica dell'articolo nell'insieme, si deduce che non vi rientrano i reperti biologici acquisiti nel corso di un procedimento penale e i relativi profili, i reperti acquisiti anteriormente alla legge ma che sono stati trasferiti nella banca dati nazionale. Ed ancora, non sono "toccati" dalla disciplina dell'articolo 13 legge n. 85 del 2009 i campioni biologici dei soggetti di cui all'articolo 9 legge n. 85 del 2009 nei confronti dei quali è stata pronunciata una sentenza di condanna, di non luogo a procedere, o di assoluzione con formule diverse da quelle menzionate nel primo comma dell'articolo 13, ovvero un provvedimento di archiviazione.

Diversa sorte spetterà ai campioni biologici prelevati ai sensi degli artt. 224-bis e 359-bis c.p.p., dato che i profili non confluiscono nella banca dati del DNA.

Precedenti giurisprudenziali

Corte eur. dir. uomo: 23 marzo 2006, *Van der Velden c. Paesi Bassi*; 11 gennaio 2005, *Sciacca c. Italia*; 16 novembre 2004, *Unal Tekeli c. Turchia*; 22 luglio 2003, *Y.F. c. Turchia*; 28 gennaio 2003,



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Peck c. Regno Unito; 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito*; 7 febbraio 2002, *Mikulic c. Croazia*; 6 febbraio 2001, *Bensaid c. Regno Unito*; 16 febbraio 2000, *Amann c. Svizzera*; 25 febbraio 1997, *Z. c. Finlandia*; 31 gennaio 1995, *Friedl c. Austria*; 22 febbraio 1994, *Burghartz c. Svizzera*; 26 marzo 1987, *Leander c. Svezia*.

Riferimenti bibliografici

CASASOLE, *La conservazione di campioni biologici e di profili del DNA nella legge italiana, alla luce del dibattito europeo*, in *Cass. Pen.*, 2009, p. 4435 ss.

FANUELE C., *Dati genetici e procedimento penale*, Padova, 2009.

FANUELE C., *Un archivio centrale per i profili di DNA nella prospettiva di un "diritto comune" europeo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 386.

Mc CARTNEY, *Forensic Identification and Criminal Justice. Forensic Science, justice and risk*, London, Willan Publishing, 2006.

QUATTROCOLO S., *Profili genetici, indagini penali e riservatezza: un monito della Corte europea ai legislatori*, in *Leg. pen.*, 2008, 471 ss.

TONINI, *Accertamento del fatto e informazioni genetiche: un difficile bilanciamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 3 ss.

(5.11.2010)



Sezione: Diritti sovranazionali e processo penale – Garanzie dell'imputato

Titolo: *La pubblicità dell'udienza quale diritto fondamentale dell'individuo nel
procedimento di prevenzione tra Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte
costituzionale*

Autore: MARIANGELA MONTAGNA

Sentenza di Riferimento: Corte eur. diritti uomo, 5 gennaio 2010, *Bongiorno e altri c. Italia*

**Parametro
Convenzionale:** Art. 6 § 1 CEDU

Parole chiave: Processo penale; procedimento di prevenzione; misure di prevenzione
patrimoniale; pubblicità dell'udienza

1. Ancora una volta, il dialogo tra le Corti verso l'effettività dei diritti

La sentenza in commento (Corte EDU, 5 gennaio 2010, *Bongiorno c. Italia*) si colloca nell'ambito di altre pronunce dello stesso tenore e sul medesimo argomento adottate dalla Corte di Strasburgo (Corte EDU, 8 luglio 2008, *Pierre e a. c. Italia*; Corte EDU 13 novembre 2007, *Bocellari e Rizza c. Italia*). Il tema sui cui i giudici sovranazionali si soffermano concerne la pubblicità dei procedimenti giudiziari, sancita dall'art. 6 § 1 C.e.d.u. tra i diritti fondamentali per la realizzazione di un *fair trial*, valutata con specifico riferimento al nostro procedimento di prevenzione.

In quest'ultima decisione, i giudici sovranazionali, come già avevano fatto nelle precedenti sentenze, hanno evidenziato l'importanza del principio sancito dall'art. 6 § 1 C.e.d.u. a proposito della pubblicità dell'udienza, sottolineando come esso protegga gli accusati dai pericoli di una giustizia segreta sottratta al controllo del pubblico e costituisca, anche, uno strumento per preservare la fiducia del singolo nei riguardi degli organi giurisdizionali. Si tratta di un diritto fondamentale dell'individuo necessario per la realizzazione di un processo equo e deve trovare realizzazione in tutte le società democratiche.

La sentenza in commento, oltre a riprendere e ribadire principi già ampiamente consolidati nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, acquisisce una rilevanza specifica, poiché, pochi mesi dopo, la Corte costituzionale, intervenuta a valutare la conformità a Costituzione delle norme sul procedimento di prevenzione nella parte in cui non prevedono una pubblica udienza tra le modalità da seguire per l'applicazione delle misure di prevenzione, sia personali che patrimoniali, ne ha dichiarato l'illegittimità, facendo riferimento all'interpretazione emersa in seno alla Corte EDU.



Si è, dunque, ancora una volta dinanzi ad un dialogo tra le due Corti, quella sovranazionale e quella costituzionale, all'esito del quale la normativa interna risulta più in linea con i principi del giusto processo, anche se ancora molti passi restano da compiere.

2. Il principio di pubblicità dell'udienza tra Costituzione e Convenzione europea

Nella nostra Carta costituzionale non vi è un riferimento espresso alla pubblicità delle udienze. Tale principio, invece, trova esplicita menzione sia nella Convenzione dei diritti dell'uomo (art. 6 § 1 C.e.d.u.), sia in altre Carte internazionali, tra cui, l'art. 14 § 1 Patto internazionale sui diritti civili e politici dell'uomo, l'art. 10 Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, l'art 47 § 2 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Neppure dopo la riforma dell'art. 111 Cost. - che molti dei principi sovranazionali ha incluso espressamente in Costituzione – il principio di pubblicità dell'udienza ha trovato espressa collocazione tra le norme costituzionali.

Quando si tratta della pubblicità dell'udienza, tra l'altro, occorre distinguere tra la c.d. pubblicità interna al processo, data dalla conoscenza che i soggetti coinvolti dal procedimento possono avere tramite l'assistenza agli atti dello stesso, e la c.d. pubblicità esterna, vale a dire la conoscenza da parte della collettività su quel che accade nel processo. Nella specie, è la seconda forma di pubblicità ad assumere rilevanza.

Il principio della pubblicità delle udienze, seppure non espressamente contemplato in Costituzione, ha assunto, comunque, da sempre, una rilevanza costituzionale ad opera dei giudici costituzionali che, in mancanza di una specifica disposizione costituzionale da identificare come parametro normativo di riferimento, hanno evidenziato, tra l'altro, il collegamento esistente tra sovranità popolare (art. 101 Cost.) è il regime di pubblicità, sottolineando come tale regime sia indispensabile in un ordinamento democratico fondato sulla sovranità popolare al quale l'amministrazione della giustizia - che in quella sovranità trova fondamento – deve conformarsi (in tal senso Corte cost., sent. n. 373 del 1992; sent. n. 12 del 1971).

La "dimensione" di diritto fondamentale dell'individuo e, dunque, di aspetto da tenere necessariamente in considerazione in considerazione degli interessi dell'imputato ai fini della realizzazione di un processo equo, tuttavia, tale principio l'ha assunta grazie alla sua previsione nelle accennate Carte sovranazionali. In tali previsioni internazionali sono, comunque, indicate le situazioni legittimanti una deroga allo stesso.

Non è che il problema del rilievo costituzionale da dare al regime di pubblicità delle udienze non si fosse poste in seno all'Assemblea costituente, ma prevalse la scelta di non prevedere una specifica norma costituzionale al riguardo, lasciandone la regolamentazione al legislatore ordinario (sul punto, cfr. VOENA, *Mezzi audiovisivi e pubblicità delle udienze penali*, Milano, 1984, 115 ss.). Posto che la pubblicità dell'udienza non è, in assoluto, l'unico modo per definire le controversie giudiziarie, essendovi, invece, situazioni che meritano attenzione in senso opposto per la tutela dei soggetti e degli interessi coinvolti, la scelta di non "costituzionalizzare" tale principio ha prodotto delle conseguenze sul rapporto tra regola (pubblicità dell'udienza) ed eccezioni (assenza di



pubblicità) a livello di legislazione ordinaria. Invero, mancando dei parametri di riferimento costituzionali idonei ad individuare gli spazi di derogabilità della regola, al legislatore ordinario è rimasto ampio margine operativo per la costruzione di tale rapporto ed un ruolo importante nella correzione di tali spazi è stato, poi, svolto dalla Corte costituzionale.

3. Il procedimento di prevenzione: norme di riferimento e peculiarità

Discrezionalità – quella del legislatore - ampia al punto che, per il procedimento di prevenzione, il rapporto regola-eccezioni, solitamente fissato nelle Carte sovranazionali, si inverte sino a configurare il procedimento camerale, vale a dire l'udienza in assenza di pubblico, come l'unico modo per esaminare l'opportunità di adottare la misura di prevenzione.

E' bene chiarire che nel procedimento di prevenzione non si tratta della responsabilità penale dell'individuo in relazione ad uno o più fatti di reato. A taluni soggetti considerati "sulla base di elementi di fatto", come prescrive l'art. 1 legge 27 dicembre 1956, n. 1423, abitualmente dediti a traffici delittuosi o "utilizzatori" di proventi illeciti e ritenuti pericolosi per la sicurezza pubblica (art. 3 legge n. 1423 del 1956), si applicano misure di prevenzione personali quali la sorveglianza speciale, il divieto di soggiorno o l'obbligo di soggiorno. Qualora, poi, vi siano soggetti "indiziati" di appartenenza ad associazioni criminali di particolare rilievo ovvero di alcuni reati particolarmente gravi che dispongono, direttamente o indirettamente, di beni il cui valore risulta sproporzionato alle capacità reddituali dei singoli o alle attività economiche dagli stessi svolte o ci siano indizi sufficienti a ritenere che si tratti di frutto di attività illecite ed il soggetto interessato non ne provi la legittima provenienza, tramite il procedimento di prevenzione si può giungere all'adozione di misure patrimoniali, quali sequestro e confisca.

Si tratta, dunque, di un settore la cui finalità ed il cui oggetto si rivelano del tutto peculiari e della cui conformità ai principi costituzionali si è sempre molto dubitato, sebbene incrollabili interpretazioni giurisprudenziali abbiano impedito ogni lettura evolutiva della materia: la considerazione, non condivisibile, secondo cui questo procedimento non afferisca al "penale" strettamente inteso e, dunque, non goda delle garanzie per quel settore scritte in Costituzione, ha fatto sì che potesse venirsi a creare un procedimento sostanzialmente attinente a fatti delittuosi in cui, attraverso il ricorso a mere presunzioni, si giunge a misure afflittive assimilabili per entità e portata alle pene in senso stretto.

E' un settore, quello delle misure di prevenzione, che, nato nel 1956, ha subito nel corso del tempo innumerevoli mutamenti volti quasi sempre ad un potenziamento delle stesse. In particolare, da un sistema di prevenzione inizialmente basato soltanto sulle misure personali si è passati, con la l. 13 settembre 1982, n. 646, ad un sistema contemplante anche misure di prevenzione patrimoniali, in particolare sequestro e confisca. Su queste ultime, si è concentrata, negli anni più recenti, l'attenzione del legislatore volta ad individuare efficaci strumenti di contrasto alla criminalità organizzata. In questa prospettiva le misure di prevenzione patrimoniale hanno assunto un ruolo



preponderante nella costruzione di meccanismi idonei a contrastare la formazione di patrimoni illecitamente costruiti.

A fronte di codesta espansione, in parte generata dalle sollecitazioni "emotive" dell'emergenza criminale, è da registrarsi, però, una scarsa attenzione ai profili processuali, rimasti, in buona parte fermi a quanto originariamente dettato dal legislatore del 1956.

Contraddizioni e lacune avvertite da tempo, ma emerse in modo innegabile (e non più rinviabile) grazie agli interventi dei giudici di Strasburgo, cui ha fatto seguito, come si vedrà (§ 5), una censura di illegittimità costituzionale della Corte costituzionale.

In particolare, occorre evidenziare, come la lacuna dell'ordinamento interno circa l'assetto procedimentale delle misure di prevenzione per ciò che attiene alla pubblicità delle udienze appare da tempo in tutta la sua rilevanza negativa, soprattutto ove si ponga mente agli interessi che talune misure di prevenzione, in specie, quelle patrimoniali coinvolgono e limitano.

Il procedimento di prevenzione, invero, (quantomeno sino a prima della censura costituzionale mossa con sentenza n. 93 del 2010, su cui v. § 5) sia che miri all'applicazione di misure personali, sia patrimoniali, si svolge in camera di consiglio, senza la partecipazione del pubblico. In tal senso si esprime l'art. 4, commi 6, 10 ed 11, legge n. 1423 del 1956 con riferimento, rispettivamente al giudizio di primo grado ed al giudizio d'appello. In particolare, il procedimento camerale rappresenta l'unica ed assoluta modalità attraverso cui giungere all'adozione delle misure di prevenzione: non vi sono eccezioni di sorta a questa regola. Tra l'altro, tale disciplina, prevista inizialmente per le misure di prevenzione personali, opera anche per quelle patrimoniali da applicare nei riguardi degli indiziati di appartenenza ad associazioni criminali e, dato il frequente ricorso agli strumenti di prevenzione atti a colpire il patrimonio, la sua "limitatezza" ha assunto una rilevanza maggiore.

4. Il principio di pubblicità dell'udienza e la giurisprudenza della Corte EDU

L'art. 6, § 1, C.e.d.u., prevede che «ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata pubblicamente», che «la sentenza deve essere resa pubblicamente» e che l'accesso alla sala d'udienza «può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia».

La Corte di Strasburgo, chiamata a valutare la conformità al suddetto principio di taluni procedimenti di prevenzione sviluppatasi all'interno del nostro Paese, ha rilevato come, posta l'incidenza sui diritti individuali derivante dai procedimenti di prevenzione e dalle conseguenti misure applicative, il controllo del pubblico sull'esercizio della giurisdizione sia requisito indispensabile per il rispetto dei diritti dei soggetti coinvolti e tale da dover essere offerta a questi soggetti "almeno la possibilità di sollecitare una pubblica udienza davanti alle sezioni specializzate



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti umani di Strasburgo"*

dei tribunali e delle corti d'appello" competenti (Corte EDU, 5 gennaio 2010, *Bongiorno c. Italia*, Corte EDU, 8 luglio 2008, *Pierre c. Italia*, cit.; Corte EDU, 13 novembre 2007, *Bocellari e Rizza c. Italia*, cit.; e, più in generale, sulla portata ed il significato sancito dall'art. 6 § 1 C.e.d.u. a proposito della pubblicità del giudizio, cfr. Corte EDU, 14 novembre 2000, *Riepan c. Austria*; Corte EDU, 25 luglio 2000, *Tierce e a. c. San Marino*).

Il diritto alla pubblicità dell'udienza previsto dall'art. 6 § 1 C.e.d.u. può subire delle deroghe specificamente contemplate dalla norma sovranazionale a proposito del divieto di partecipare all'udienza posto alla stampa ed al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, ovvero quando lo esigano gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, ancora, nella misura ritenuta strettamente necessaria dal giudice qualora, in situazioni speciali, la pubblicità dell'udienza possa pregiudicare gli interessi della giustizia.

Secondo la Corte europea, la pubblicità delle procedure giudiziarie tutela i soggetti coinvolti dai pericoli di una giustizia segreta, priva del controllo da parte del pubblico e rappresenta, inoltre, un mezzo per mantenere la fiducia negli organi giurisdizionali e nel loro operato. Vi sono, altresì, delle ragioni che permettono di derogare legittimamente a tale diritto, ma si tratta di situazioni correlate alla particolarità della vicenda oggetto di giudizio, alla natura delle questioni da trattare, come nel caso del carattere "altamente tecnico" del contenzioso ovvero a questioni che per motivi cautelari occorre trattare con particolare celerità (in proposito, ad esempio, con riferimento a procedure di accertamento concernenti l'immigrazione clandestina, Corte EDU, Sez. II, 18 maggio 2010, *Udorovic c. Italia*, ric. n. 38532/02).

Ben diversa, secondo i giudici di Strasburgo, la situazione del procedimento di prevenzione, ove, sia nel giudizio di primo grado, sia nel giudizio d'appello, si prefigura una procedura "sul merito" in totale assenza di pubblicità. Ciò in ragione di una norma generale, priva della possibilità di essere derogata. Tale procedura non può essere considerata conforme all'art. 6 § 1 C.e.d.u. Invero, salvo casi eccezionali preventivati dalla stessa norma sovranazionale, la persona coinvolta nel procedimento di prevenzione deve quantomeno essere messa nelle condizioni di chiedere lo svolgimento del procedimento con pubblica udienza. Tale richiesta, peraltro, potrà essere disattesa se la procedura "a porte chiuse" risulti giustificata da specifiche situazioni attinenti alla causa, conformi alle eccezioni contenute nell'art. 6 § 1 C.e.d.u. (su questo punto, Corte EDU, 12 aprile 2006, *Martinie c. Francia*).

Per quanto concerne il procedimento di prevenzione, la Corte europea, nel motivare le censure da muovere al sistema italiano nella sua concreta applicazione non ha ritenuto che vi fossero, in tal caso, questioni di "elevato tecnicismo" idonee a giustificare un'eccezione al principio di pubblicità dell'udienza, né tantomeno esigenze di tutela di alcuni dei soggetti coinvolti, vale a dire i "terzi" indirettamente "toccati" dai controlli e dai provvedimenti dell'autorità giudiziaria. Piuttosto, il giudice sovranazionale ha ritenuto che gli interessi "posti in gioco", molto spesso di rilevante portata economica ove si tratti di confisca e sequestri, siano di portata e dimensioni tali da ritenere



che il controllo del pubblico sull'esercizio della giurisdizione, quantomeno su sollecitazione della persona coinvolta, rappresenti una condizione indispensabile per considerare garantito il diritto dell'interessato alla pubblicità dell'udienza.

Il procedimento di prevenzione, del resto, ha le sue peculiarità per origini e finalità, ma si tratta pur sempre di procedimento le cui misure applicative incidono su interessi rilevanti dell'individuo ed aventi, direttamente o indirettamente, una tutela costituzionale. Il riferimento è a beni quali la libertà personale (art. 13, comma 1, Cost.) ed il patrimonio, nonché la libertà di iniziativa economica (a quest'ultimo riguardo v. in particolare l'art. 10 l. n. 575 del 1965). Poste queste aree come quelle su cui il procedimento di prevenzione finisce per incidere, ne discende che il principio di pubblicità delle udienze assume una indiscutibile rilevanza.

5. L'intervento della Corte costituzionale: sentenza n. 93 del 2010

Sul piano interno le norme disciplinanti il procedimento di prevenzione (artt. 4 legge n. 1423 del 1956 e 2-ter legge n. 575 del 1965) sono state sottoposte al vaglio di costituzionalità, poiché, secondo il giudice *a quo*, non consentendo alcuna eccezione al rito camerale, generavano una lesione dell'art. 117, comma 1, Cost., in quanto contrastanti con il principio di pubblicità dei procedimenti giudiziari, sancito dall'art. 6 § 1 C.e.d.u., così come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo proprio con specifico riferimento al procedimento di prevenzione. Inoltre, tali norme sarebbero state in contrasto con l'art. 111, comma 1, Cost., poiché, data la gravità delle misure adottabili dall'autorità giudiziaria in sede di "prevenzione", attribuire agli interessati la facoltà di richiederne la trattazione in udienza pubblica sarebbe condizione indispensabile ai fini dell'attuazione di un "equo processo".

La Corte costituzionale ha ritenuto fondati i dubbi di costituzionalità e, sulla scorta del rapporto interpretativo tra norme interne, principi sovranazionali ed interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo, così come tracciato dalle sentenze costituzionali n. 348 e n. 349 del 2007 (sulla mancata considerazione dei profili innovativi introdotti dal Trattato di Lisbona circa i rapporti tra norme C.e.d.u. ed ordinamento interno, v. A. GAITO – S. FURFARO, *Consensi e dissensi sul ruolo e sulla funzione della pubblicità delle udienze penali*, in *Giur. cost.*, 2010, 1065 ss.; F. ROMOLI, *Pubblicità dell'udienza e articolo 6 CEDU. Riflessioni a margine della sentenza della Consulta n. 93/2010: gli auspici frustrati per un nuovo corso "comunitariamente orientato"*, in www.foroeuropa.it, n. 1 del 2010) e, poi, riprodotto in altre decisioni costituzionali, anche più recenti (Corte cost., sent. n. 311, n. 317 ed anche n. 239 del 2009; sent. n. 38 del 2008), ha evidenziato che la trattazione in camera di consiglio del procedimento di prevenzione, espressamente prevista anche per le misure di prevenzione patrimoniali, si svolge secondo la disciplina generale fissata dall'art. 127 c.p.p. e, dunque, come previsto dal comma 6 di questa norma, "l'udienza si svolge senza la presenza del pubblico", sempre che non vi siano previsioni derogatorie sul punto.



In particolare, la Corte costituzionale ha sottolineato come la mancanza di una norma che sancisca in Costituzione il principio di pubblicità dell'udienza non diminuisce il valore costituzionale di quel principio, consacrato, tra l'altro anche in altre Carte internazionali, quali, il Patto internazionale di New York relativo ai diritti civili e politici, adottato il 16 dicembre 1966 e reso esecutivo con l. 25 ottobre 1977, n. 881 (art. 14), l'art. 47 § 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (cosiddetta Carta di Nizza), recepita dall'art. 6 § 1 del Trattato sull'Unione europea, nella versione consolidata derivante dalle modifiche ad esso apportate dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 ed entrata in vigore il 1° dicembre 2009. Invero, già prima di questa decisione, la Corte costituzionale aveva affermato che la pubblicità del giudizio, specie in sede penale, è "principio connaturato a un ordinamento democratico fondato sulla sovranità popolare, cui deve conformarsi l'amministrazione della giustizia, la quale, in forza dell'art. 101, comma 1, Cost., trova in quella sovranità la sua legittimazione (Corte cost., sentt. n. 65 del 1965, n. 12 del 1971, cit., n. 16 e 17 del 1981, n. 212 del 1986, n. 50 del 1989, n. 69 del 1991 e n. 373 del 1992, cit.). Principio, tra l'altro, che non ha – sempre secondo i giudici costituzionali – valore assoluto: può cedere a fronte di specifiche ragioni giustificative, "purché ... obiettive e razionali" (Corte cost., sent. n. 212 del 1986 cit.) e, nell'ipotesi del dibattimento penale, connesse a esigenze di tutela di beni a rilevanza costituzionale (Corte cost., sent. n. 12 del 1971, cit.).

La Corte costituzionale, nella sentenza n. 93 del 2010, condividendo le considerazioni emerse nel ragionamento operato dalla Corte di Strasburgo, ha evidenziato, tra l'altro, come sia impossibile conformare la disciplina in oggetto alle decisioni della Corte europea per via d'interpretazione ed, in particolare, tramite il ricorso all'applicazione analogica (in tal caso, parametro di riferimento sarebbe potuto essere l'art. 441, comma 3, c.p.p. che, per il giudizio abbreviato, stabilisce che, piuttosto che procedere in camera di consiglio, si svolga un'udienza pubblica qualora tutti gli imputati ne fanno richiesta; l'interpretazione per analogia, però, secondo la Corte costituzionale, è impedita dall'assenza di un vuoto normativo nel procedimento prevenzione e dalle profonde differenze tra le due situazioni procedimentali).

In definitiva, si è dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 legge n. 1423 del 1956 e dell'art. 2-ter legge n. 575 del 1965, nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione, sia personali, sia patrimoniali, si svolga in udienza pubblica, per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost., risultando, per tale via, assorbite le censure relative all'art. 111, comma 1, Cost.

La decisione della Consulta, pur avendo soltanto in parte risolto i dubbi e le aporie del nostro ordinamento interno con riguardo alla pubblicità del procedimento di prevenzione (manca nella decisione costituzionale ogni riferimento ai procedimenti dinanzi alla Corte di cassazione), rappresenta comunque un importante passo in avanti nel percorso di "giurisdizionalizzazione" del procedimento di prevenzione e nella sua collocazione all'interno delle garanzie del giusto processo.

Passo, quello accennato, il cui compimento è sicuramente stato determinato, come già accaduto per altri temi del processo penale, dalla stimolante forza d'urto della giurisprudenza



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani di Strasburgo"

europea che, dunque, sempre più contribuisce a garantire effettività ai diritti sanciti nella Convenzione europea.

Precedenti giurisprudenziali

Corte EDU, Sez. II, 18 maggio 2010, *Udorovic c. Italia*; Corte EDU, 8 luglio 2008, *Pierre c. Italia*; Corte EDU 13 novembre 2007, *Bocellari e Rizza c. Italia*; Corte EDU, 12 aprile 2006, *Martinie c. Francia*; Corte EDU, 14 novembre 2000, *Riepan c. Austria*; Corte EDU, 25 luglio 2000, *Tierce e a. c. San Marino*

Profili di diritto interno

Corte cost., sent. n. 93 del 2010; sent. n. 373 del 1992; n. 69 del 1991; n. 50 del 1989; n. 212 del 1986; n. 16 e 17 del 1981; n. 12 del 1971; n. 65 del 1965.

Riferimenti bibliografici

CHIAVARIO, *Commento all'art. 6*, in AA.VV., *Commentario alla convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 199 ss.

DI CHIARA, "Against the administration of justice in secret": *la pubblicità delle procedure giudiziarie tra Corte europea e assetti del sistema italiano*, in AA.VV., *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di Balsamo - Kostoris, Torino, 2008, 293 ss.

FURFARO, *Il diritto alla pubblicità dell'udienza tra sistema interno e giusto processo europeo*, in *Giur. it.*, 2008, 1762 ss.

GAITO – FURFARO, *Consensi e dissensi sul ruolo e sulla funzione della pubblicità delle udienze penali*, in *Giur. cost.*, 2010, 1065 ss.

ROMOLI, *Pubblicità dell'udienza e articolo 6 CEDU. Riflessioni a margine della sentenza della Consulta n. 93/2010: gli auspici frustrati per un nuovo corso "comunitariamente orientato"*, in www.foroeuropa.it, n. 1 del 2010

UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, Cortina, 2009, 39 ss.

(2.2.2011)

www.diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Sezione: Diritti sovranazionali e processo penale – Garanzie dell'imputato

Titolo: *Diritto al confronto e testimone irreperibile nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*

Autore: CHIARA CONTILLI

Sentenza di riferimento: Corte eur.dir.uomo, II sez., sent. 18 maggio 2010, *Ogaristi c. Italia* (Ric. n° 231/07)

Parametro convenzionale: Artt. 6, §1 e §3, lett.d) CEDU

Parole chiave: Prova penale; testimonianza; diritto al confronto

1. Il caso Ogaristi c. Italia

Il ricorrente Ogaristi, all'epoca dei fatti, fu accusato di aver fatto parte del commando che il 18 febbraio 2002 a Casal di Principe uccise un cittadino italiano e ferì gravemente il cognato della vittima, un cittadino albanese; venne arrestato a seguito della testimonianza di quest'ultimo che sulla base di alcune foto segnaletiche dei carabinieri indicò il "killer" proprio nell'Ogaristi.

Il 23 settembre 2002 il ricorrente chiedeva la fissazione di un'udienza *ad hoc* dinanzi al Giudice per le indagini preliminari, in presenza degli avvocati della difesa, per poter interrogare il teste e procedere ad una ricognizione personale, ma tale richiesta fu rigettata. Nel frattempo, il testimone, recatosi in Albania per un periodo di vacanze, diveniva irreperibile.

Rinviato a giudizio per omicidio, tentato omicidio e porto abusivo di armi, con l'aggravante di aver agito per favorire un'organizzazione criminale di tipo mafioso, il ricorrente, in primo grado, fu assolto per non aver commesso il fatto. In particolare, facendo riferimento a quanto previsto dagli art. 111 Cost. e 526 c.p.p., la Corte d'assise valutò inutilizzabili le dichiarazioni del testimone acquisite durante le indagini preliminari in quanto il cittadino albanese si era volontariamente sottratto all'esame degli imputati e dei loro difensori ed aveva impedito all'accusato di esperire il suo diritto al confronto.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

All'esito del giudizio di secondo grado, tuttavia, la Corte d'assise d'appello nel 2005 condannò Ogaristi all'ergastolo ritenendo non provata la volontà del teste di sottrarsi all'esame e, al contempo, valutando le dichiarazioni dei testimoni a discarico come contraddittorie e l'alibi fornito dal ricorrente non del tutto convincente. Rigettato anche il ricorso in Cassazione dell'Ogaristi, lo stesso proponeva ricorso dinanzi alla Corte EDU.

2. La decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo

La Corte Europea dei diritti dell'uomo, ritenendo la motivazione della condanna all'ergastolo fondata esclusivamente, o almeno in misura determinante, sulle dichiarazioni rese dal testimone, prima del giudizio, ha constatato la violazione dell'art 6, paragrafi 1 e 3 lett. d) CEDU.

Infatti la possibilità di utilizzare le dichiarazioni rese prima del dibattimento da testimoni divenuti irreperibili, prevista dall'art. 512 c.p.p., nella versione in vigore all'epoca dei fatti, non avrebbe dovuto privare l'imputato del diritto, riconosciuto dall'art. 6, § 3 lett. d), ad esaminare o far esaminare in contraddittorio ogni elemento di prova sostanziale a suo carico.

La Corte di Strasburgo, nel caso Ogaristi, soffermandosi ancora una volta sulla tutela del diritto al confronto, si è pronunciata in modo significativo, stabilendo che, nel caso in cui una condanna si basi, unicamente o in misura determinante, su dichiarazioni rese da una persona che l'imputato non ha potuto esaminare o far esaminare, né durante le indagini preliminari, né in dibattimento, i diritti di difesa risultano limitati in modo incompatibile con le garanzie dell'art. 6, par. 1 e 3 lett. d) CEDU. Invero, ai fini di un equo processo, è essenziale che all'imputato venga data concretamente la possibilità di procedere ad un confronto diretto con il testimone a suo carico, al fine di garantire e ottenere il contraddittorio su un mezzo di prova decisivo.

Con specifica attenzione, inoltre, all'acquisizione della prova testimoniale, i giudici di Strasburgo hanno ricordato che in alcune circostanze può rendersi necessario per le autorità giudiziarie ricorrere a deposizioni rese nella fase delle indagini preliminari e, se in tal caso, l'imputato ha avuto occasione adeguata e sufficiente di contestare dette deposizioni, nel momento in cui sono state rese o in seguito, il loro utilizzo non è di per sé contrario all'art. 6, par. 1 e 3 lett. d). Al contrario, i diritti della difesa risultano limitati in modo incompatibile con le garanzie dell'art. 6 CEDU nel caso in cui una condanna si basi, unicamente o in misura determinante, su dichiarazioni rese da una persona che l'imputato non ha potuto esaminare o far esaminare, né durante le indagini preliminari, né in dibattimento.

Va, da ultimo, rilevato che, riguardo alla presunta violazione dell'art. 14 CEDU, la Corte europea ha osservato che la disparità di trattamento non può essere riconosciuta solo per il semplice fatto, che nello stesso procedimento penale o in quelli connessi, alcuni imputati sono stati assolti ed altri condannati, non dimostrando lo stesso ricorrente che la sua situazione era simile a quella del coimputato e, per quanto concerne invece la violazione dell'art. 3 CEDU, la Corte ha ritenuto che l'impossibilità di esaminare il testimone a carico non poteva costituire un trattamento tale da raggiungere il livello di gravità minima richiesto ai fini dell'applicazione della disposizione de quo.



3. Il diritto al confronto

La Corte di Strasburgo, attraverso la propria giurisprudenza in tema di diritto al confronto, ha inteso tracciare le *guidelines* necessarie per garantire una proporzione equa tra la tutela del principio del contraddittorio e il pieno accertamento dei fatti di causa.

Gli interessi in gioco, che necessitano di un attento bilanciamento, sono sia il diritto di ogni accusato ad esperire l'esame testimoniale nei confronti dell'individuo le cui dichiarazioni possono arrecare grave pregiudizio alla sua reputazione e libertà personale, sia il raggiungimento di una più completa ricostruzione dei fatti di causa cui si collega un'adeguata protezione delle vittime e dei testimoni da intimidazioni e/o minacce.

Il diritto sancito dall'art. 6, § 3 lett. d), CEDU si intende realizzato nel momento in cui le dichiarazioni testimoniali siano rese pubblicamente, sotto giuramento, da un soggetto la cui identità sia resa nota all'accusato, in presenza di questi e del suo difensore, oltre che dell'organo giudicante, per poi essere sottoposte al confronto con le ragioni della difesa. Tuttavia, tale modello appare spesso difficilmente applicabile a causa delle differenti modalità, di volta in volta, previste dai vari sistemi interni e, pertanto, la Corte europea, optando per uno standard di confronto qualitativamente inferiore, ossia per evitare il verificarsi di una violazione delle regole convenzionali riguardanti l'equo processo, ritiene necessario unicamente che l'accusato abbia a disposizione "*un'opportunità adeguata e sufficiente di contestare una testimonianza a carico e di interrogare l'autore, nel momento della deposizione o più tardi*" (Corte EDU, 13 ottobre 2005, *Bracci c. Italia*).

Il problema che emerge infatti è quello di stabilire "se" e "quando" riconoscere efficacia di prova a dichiarazioni assunte attraverso metodi che non permettono all'accusato di confrontarsi con il proprio accusatore. Come già specificato, i giudici di Strasburgo considerano testimonianza non solo quella resa in aula dinanzi al giudice, ma anche una qualunque dichiarazione che ad essi pervenga, senza tener conto del *modus*. Proprio nel caso *Ogaristi* infatti, viene qualificata come "testimonianza" la dichiarazione resa in fase preliminare da una persona che, poi, non si è presentata al dibattimento per confermarla e la Corte europea, proprio in circostanze simili a questa, mira ad attribuire un valore probatorio minore alla dichiarazione resa. Nonostante ciò, l'intento è sempre stato quello di utilizzare, ove possibile, quali fonti di prova, le dichiarazioni precedentemente rese e in seguito non confermate, elaborando un vero e proprio criterio secondo cui tali dichiarazioni non devono costituire la fonte di prova unica o prevalente a carico dell'accusato. La Corte riduce pertanto il valore probatorio di tali dichiarazioni e subordina il loro impiego al criterio della *corroboration*.

Per quanto concerne poi l'applicazione degli artt. 512 e 513 c.p.p., appare opportuno ricordare che con sentenza n. 255 del 1992, la Corte Costituzionale è intervenuta sul metodo di formazione della prova nel processo penale e, in particolare, sulla regola che prevedeva che le dichiarazioni rese nella



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

fase delle indagini preliminari dalle persone informate sui fatti non potessero essere utilizzate a fine di prova, ma soltanto al fine di valutare la credibilità del teste.

Una radicale modifica è stata apportata anche dalla legge n. 267 del 1997, in cui veniva reintrodotta, ai fini della lettura, la distinzione tra l'impossibilità di ottenere la presenza del dichiarante e l'esercizio da parte del dichiarante presente della facoltà di non rispondere. Nel primo caso, il giudice, a richiesta di parte, disponeva a norma dell'art. 512 c.p.p. la lettura delle dichiarazioni rese in precedenza qualora l'impossibilità di ripetizione dipendesse da fatti o circostanze imprevedibili al momento delle dichiarazioni, come nel caso di specie; mentre, nel caso in cui il dichiarante fosse stato presente, e si fosse avvalso della facoltà di non rispondere, la lettura dei verbali delle precedenti dichiarazioni si sarebbe potuta disporre solo con l'accordo delle parti. Il subordinare, però, l'utilizzabilità dibattimentale delle dichiarazioni precedentemente rese dalle persone informate sui fatti alla condizione che l'esame di queste ultime sia divenuto impossibile per fatti o circostanze imprevedibili, deroga al principio del contraddittorio nella formazione della prova, come previsto dall'art. 111 comma 5, Cost.

Prima della modifica dell'art. 111 Cost., la disciplina codicistica veniva interpretata sia dalla Corte costituzionale, sia dalla Corte di Cassazione, nel senso di permettere l'acquisizione di dichiarazioni pre-dibattimentali rese da chi si avvaleva della facoltà di non rispondere o da chi sceglieva di non presentarsi al processo, riconoscendo ampio ambito applicativo all'applicazione dell'art. 512 c.p.p.

Dopo la modifica dell'art. 111 Cost. e la "costituzionalizzazione" dei principi inerenti il contraddittorio nella formazione della prova, invece, l'art. 512 c.p.p. è stato "re-interpretato", potendo, ad oggi, essere lette ed acquisite al fascicolo del dibattimento le dichiarazioni rese dal teste nella fase delle indagini preliminari, qualora tale teste, per cause imprevedibili al momento del suo esame, risulti, ad esempio, irreperibile, come nel caso che qui interessa. Si tratta di oggettiva impossibilità di formazione della prova in contraddittorio, prevista dal comma 5 dell'art. 111 Cost, quale possibile deroga al contraddittorio. Ne consegue che, in questa nuova prospettiva interpretatrice, al quesito se "l'irreperibilità del teste integra o meno un'oggettiva impossibilità sopravvenuta che consente la lettura delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari?" è stata data risposta affermativa con una sentenza della Corte di cassazione a Sezioni Unite (Cass., S.U., 28 maggio 2003, *Torcasio*). Si esclude, invece, la lettura ex art. 512 c.p.p. delle dichiarazioni del teste che, sebbene regolarmente citato si sia reso liberamente irreperibile. Invero, l'art. 526, comma 1-bis, c.p.p., riproducendo quanto sancito dall'art. 111, 4° comma, Cost., stabilisce che "la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'esame da parte dell'imputato o del suo difensore".



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

La Corte di cassazione, intervenuta sul punto (Cass., Sez III, 8 luglio 2004, Kola, in *Cass. pen.*, 2006, 138), ha affermato che "l'impossibilità di ripetere a dibattimento il mezzo probatorio è oggettiva – e quindi consente la lettura delle precedenti dichiarazioni – solo quando non dipende da una libera scelta del testimone di sottrarsi all'esame, per esempio l'impossibilità derivata dall'irreperibilità, dalla morte o anche dall'incapacità a testimoniare sopravvenuta; mentre è soggettiva o volontaria – e quindi impedisce il recupero probatorio delle precedenti dichiarazioni – quando dipende da una libera scelta di sottrarsi all'esame dibattimentale, precisando però che la "libera scelta" è quella non coatta, non condizionata da minacce, violenze o altre illecite interferenze esterne".

L'art. 512 c.p.p. deve essere necessariamente interpretato facendo riferimento a quanto previsto dall'art. 111, comma 5, Cost. Pertanto, l'organo giurisdizionale, dopo accurate ricerche, dovrà accertarsi sia del fatto che la situazione di impossibilità di esaminare il teste in giudizio era imprevedibile al momento in cui l'atto di indagine fu assunto, sia che l'impossibilità non è imputabile ad una libera scelta del testimone di volersi sottrarre al contraddittorio dibattimentale.

4. La prova testimoniale nella giurisprudenza della Corte EDU

L'art. 6, § 3 lett. d) CEDU disciplina, quale diritto garantito ad ogni accusato, quello di "esaminare o far esaminare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico". Principio, quest'ultimo, affermato anche dall'art. 111, comma 3, Cost.: "nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato... abbia la facoltà, davanti al Giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore".

La Corte EDU annovera nel concetto di "testimone" una variegata casistica. Nel caso in cui, infatti, alcune dichiarazioni vengano prodotte, sia attraverso una deposizione orale resa da un terzo, sia mediante lettura, l'autore delle stesse deve essere qualificato come testimone, (Corte EDU, 26 aprile 1991, *Asch c. Austria*; Corte EDU, 19 febbraio 1991, *Isgrò c. Italia*). La Corte, a tal fine, non si cura in alcun modo della presenza o meno del testimone in udienza. Appare pertanto evidente come l'unico requisito essenziale per poter includere un individuo nella categoria dei "testimoni" sia che le dichiarazioni testimoniali rese dallo stesso giungano alla conoscenza del giudice, ritenendosi a tal uopo necessario e fondamentale che tali dichiarazioni possano influire in modo efficace nel processo di formazione del convincimento dello stesso (S. MAFFEI, *Prova d'accusa e dichiarazioni dei testimoni "assenti" in una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2001, 2841 ss.). La Corte di Strasburgo, però, non limitandosi a dette qualificazioni, con la sua giurisprudenza ha creato tre diverse categorie di testimoni: "testimoni vulnerabili", "testimoni anonimi" e "testimoni assenti" (S. MAFFEI, *The European Right to Confrontation in Criminal*



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Proceedings: Absent, Anonymous and Vulnerable Witnesses, Groningen, Europa Law Publishing, 2006).

Con riferimento alla sentenza in commento, assume rilievo la figura del "testimone assente", vale a dire colui che, dopo aver reso delle dichiarazioni durante le fasi precedenti al giudizio, non presta nuovamente la sua testimonianza in fase dibattimentale, per confermare, modificare o negare la propria versione dei fatti di causa. Le dichiarazioni così rese, di fronte al pubblico ministero o agli organi di polizia incaricati, non sono state ovviamente rese in pubblica udienza. Né si tratta di dichiarazioni alle quali ha presenziato l'accusato o il suo difensore, né, ancor meno, il giudice.

La Corte europea non impone che le dichiarazioni precedentemente rese e non confermate in dibattimento debbano *a priori* essere escluse dal materiale valutabile ai fini dell'accertamento della colpevolezza o meno dell'imputato. I giudici di Strasburgo, però, richiedono che tali dichiarazioni non possano costituire la fonte di prova unica o prevalente a carico dell'accusato.

In questa prospettiva, nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo (Corte EDU, 13 ottobre 2005, *Bracci c. Italia* e Corte EDU, 19 ottobre 2006, *Majadallah c. Italia*), si è sviluppato l'orientamento secondo cui gli elementi di prova sui quali può basarsi una condanna penale devono essere assunti in presenza dell'imputato e in un'udienza pubblica. A tale regola seguono due eccezioni di rilievo:

a) in determinate circostanze, potrebbe essere necessario ricorrere a deposizioni raccolte in segreto prima del dibattimento. L'uso di precedenti dichiarazioni rese dall'accusatore in segreto può essere ammessa, però, solo nel caso in cui sia stata concessa all'imputato un'occasione adeguata e sufficiente per contestare la testimonianza a carico e, cioè, di interrogare l'autore della dichiarazione durante il momento della deposizione o in seguito;

b) l'art. 6 CEDU può ritenersi rispettato se la condanna non si fonda esclusivamente sulle dichiarazioni raccolte in segreto. Dunque, se l'imputato, non ha potuto interrogare o far interrogare l'accusatore, né durante la fase istruttoria, né in dibattimento, la Convenzione risulterà comunque rispettata se la sentenza di condanna non è fondata né in modo esclusivo, né in modo determinante sulla dichiarazione dell'accusatore.

Proprio nel caso *Bracci c. Italia* ad esempio, il giudice italiano, per uno dei reati addebitati all'imputato, si era fondato solo ed unicamente sulle dichiarazioni rese in segreto dalla vittima prima del processo. Infatti, proprio nel momento in cui si svolgeva il dibattimento, il testimone si era reso irreperibile e si era proceduto alla lettura della testimonianza *ex art.* 512 c.p.p. per impossibilità sopravvenuta. In detta occasione il ricorrente non aveva avuto un'occasione adeguata e sufficiente per contestare le dichiarazioni su cui si fondava la sua condanna. Pertanto, la Corte di Strasburgo condannò l'Italia.

Altra decisione di notevole rilievo ed impatto, che riporta ancora una volta i principi già enunciati e trattati, è la sentenza *Craxi c. Italia* del 17 luglio 2003. In questo caso, la Corte europea dei diritti



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

dell'uomo esaminò alcuni aspetti introdotti dal ricorso, tra cui l'impossibilità per i legali di Craxi di controinterrogare nel pubblico dibattimento o in altra sede le persone che avevano reso dichiarazioni accusatorie. Nel caso di specie le prove ritenute a carico dell'on. Craxi erano le affermazioni fatte da quattro persone tutte coinvolte, in modo diverso, nella serie di processi per reati contro la pubblica amministrazione, durante l'inchiesta "mani pulite". Le dichiarazioni, a prescindere dal loro contenuto e dalla qualificazione dei soggetti che le avevano rese, costituirono, come affermato dalla Corte di cassazione nella sentenza del 12 novembre 1996, la base legale della condanna dell'on. Craxi. A fronte di ciò, i giudici di Strasburgo, evidenziando come la condanna in questione si fondasse in maniera determinante, se non esclusiva, sulle dichiarazioni di persone alle quali l'accusato non aveva potuto in alcun modo, né in alcuno stato della procedura, porre domande, dichiararono la violazione dell'art. 6, § 3 lett. d) CEDU, nella parte in cui è stabilito che ogni imputato deve poter esaminare i testimoni a carico.

Nel caso *Lucà c. Italia* (Corte EDU, 27 febbraio 2001) il reato contestato riguardava il traffico illecito di sostanze stupefacenti e nel corso delle indagini preliminari erano state rese da un soggetto, anch'esso implicato nella vicenda, delle dichiarazioni accusatorie a carico di altri. Il testimone, coimputato in un procedimento connesso, dichiarandosi acquirente di tali sostanze, nel ricostruire la vicenda aveva dichiarato che la vendita della cocaina avveniva nell'abitazione del ricorrente e che era proprio il ricorrente ad avergli fornito il quantitativo pattuito. Tali affermazioni costituivano l'unico elemento che identificava il ricorrente come venditore di una quantità di stupefacente. Il testimone, però, nel giudizio a carico del ricorrente si era avvalso della facoltà di non rispondere e perciò i giudici italiani avevano utilizzato le dichiarazioni precedentemente rese e non confermate dal testimone in questione *ex art. 513 c.p.p.*, enunciando esplicitamente che la fonte di prova prevalente a carico del ricorrente era costituita proprio dalle dichiarazioni di quel teste.

Un'altra pronuncia della Corte di Strasburgo è *Unterpertinger c. Austria* (Corte EDU, 24 novembre 1986), nel cui procedimento erano presenti le dichiarazioni di due testimoni assenti, oltre ad una relazione della Polizia, ad una perizia medica e ad una testimonianza orale autonoma. La Corte di Strasburgo, in tal caso, ritenne che la condanna del ricorrente fosse basata principalmente sulle prime e, dunque, fosse incompatibile con il diritto al confronto a lui riconosciuto. Le dichiarazioni infatti avevano avuto un ruolo primario nella decisione delle Corti Austriache.

Ancora nel caso *Asch c. Austria* (Corte EDU, 26 aprile 1991) vi erano alcune dichiarazioni di un teste assente, supportate da certificati medici, da atti di indagine di polizia e dalla relazione di un agente che riproduceva il contenuto di una sua conversazione con quello stesso testimone durante le indagini. La Corte europea, in tal caso, ha considerato la condanna compatibile con l'art. 6 § 3 lett. d) CEDU.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Si ripropone anche il procedimento *Artner c. Austria* (Corte EDU, 28 agosto 1992): la Corte europea, in tal caso, ha sostenuto che alcuni documenti prodotti a supporto delle dichiarazioni di un testimone assente, nonostante non contenessero una precisa indicazione dell'ammontare delle commissioni ricevute dal ricorrente, in un caso di usura, potevano comunque essere utili per i giudici nella formazione del loro convincimento. Nella nota sentenza *Saidi c. Francia* (Corte EDU, 20 settembre 1993), la Corte di Strasburgo ha sottolineato come gli elementi di prova debbano normalmente essere prodotti davanti all'imputato in un'udienza pubblica, non escludendo ciò la possibilità di acquisire al fascicolo per il dibattimento dichiarazioni testimoniali unilateralmente assunte, a patto però che all'imputato sia sempre consentita un'occasione adeguata e sufficiente per contestare una testimonianza a carico e per interrogare l'autore al momento della deposizione o successivamente.

Ci sono casi in cui la Corte EDU ha escluso la violazione dell'art. 6 CEDU, nonostante il giudice abbia utilizzato dichiarazioni rese da un testimone irreperibile, anteriormente al giudizio e senza la presenza del difensore, come in *Isgrò c. Italia*. In tal caso, i giudici sovranazionali hanno dato importanza sia al fatto che l'accusato aveva la possibilità di contestare le dichiarazioni a suo carico mediante il confronto con il suo accusatore, sia alla situazione di parità in cui, per la contemporanea assenza del difensore e del p.m., le dichiarazioni del testimone irreperibile erano state raccolte. Anche nella sentenza *Ferrantelli e Santangelo c. Italia* (Corte EDU, 7 agosto 1996), la Corte ha escluso la violazione dell'art. 6 CEDU sia a causa della sopravvenuta morte del chiamante in correatà, sia grazie alla *corroboration* fornita da altri elementi probatori.

5. Conclusioni

Dopo una rapida esposizione della giurisprudenza sovranazionale, in tema di testimonianza e diritto al confronto, il quadro dei principi sprigionati ci permette di rilevare che nel caso in cui si intenda procedere all'utilizzo ed al "recupero" di dichiarazioni rese durante le indagini preliminari, la questione verte sul quanto sia possibile comprimere il diritto al confronto. L'art. 6, § 3 lett. d) CEDU prescrive di accordare all'accusato "un'occasione adeguata e sufficiente" per contestare una deposizione a carico e per interrogarne l'autore al momento dell'escussione o più tardi. Inoltre, nel caso di irreperibilità del teste giustificare una deviazione al principio espresso dall'art. 6 CEDU, giustificandolo sulla base del fatto che le autorità giudiziarie non sono state in grado di rintracciare questo potenziale teste non può essere sufficiente. L'irreperibilità infatti, in sé per sé considerata, non consente l'utilizzo a fini di prova delle dichiarazioni precedentemente rese, a meno che le autorità non provino che il soggetto sia stato intimidito dall'accusato.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Pertanto, per quanto concerne il valore da attribuire a tali dichiarazioni, è possibile affermare, secondo quanto elaborato dai giudici di Strasburgo, che in mancanza di un'occasione adeguata e sufficiente di confronto, la sola compensazione disponibile sarà rappresentata dalla riduzione di tale valore. Sarà, dunque ingiusta la condanna dell'imputato che si fondi soltanto, o in maniera decisiva, sul contributo narrativo di uno o più assenti (S. MAFFEI, *Il diritto al confronto con l'accusatore*, Piacenza, 2003, 174). Ed ecco, quindi, che, alla regola generale secondo cui gli elementi di prova, su cui può basarsi una condanna penale, devono essere assunti in presenza dell'imputato e in un'udienza pubblica, si aggiunge una prima eccezione, cioè l'utilizzo di dichiarazioni rese dal teste durante le indagini preliminari, può essere ammessa a condizione che sia stata concessa all'imputato un'occasione adeguata e sufficiente per contestarle, interrogando l'autore della dichiarazione durante la deposizione o in seguito. Se, invece, non è stata assicurata all'imputato tale occasione adeguata e sufficiente di contestare la dichiarazione raccolta, l'eventuale condanna non dovrà fondarsi esclusivamente sulle dichiarazioni così raccolte. L'art. 6 CEDU sarà, comunque, non compreso soltanto nell'ipotesi in cui la sentenza di condanna non si fondi né in modo esclusivo, né in modo determinante sulla dichiarazione resa dall'accusatore. Principio, quest'ultimo, fatto proprio dalla sentenza *Ogaristi c. Italia*. Il tutto, rilevando che l'impiego di dichiarazioni assunte durante la fase "istruttoria" non contrasta con i principi dettati dall'art. 6, § 3 lett. d) CEDU nella misura in cui trovino, comunque, osservanza i diritti della difesa.

Malgrado la condanna della Corte EDU, la mancanza di uno strumento interno per rimediare in modo effettivo alle violazioni accertate della CEDU ha per lungo tempo impedito al diretto interessato, Ogaristi, di vedere sino in fondo riconosciuti i suoi diritti. Ciò sino a quando non è sopraggiunta la dichiarazione confessoria di alcuni collaboratori di giustizia che, autoaccusandosi del delitto addebitato ad Ogaristi, lo hanno pienamente scagionato. Ne è seguito un giudizio di revisione della sentenza di condanna nel cui ambito Ogaristi è stato rimesso in libertà.

Precedenti giurisprudenziali:

Corte eur. dir. uomo: *Unterpertinger c. Austria*, 24 novembre 1986; *Isgro' c. Italia*, 19 febbraio 1991; *Asch c. Austria*, 26 aprile 1991; *Artner c. Austria*, 28 agosto 1992; *Saidi c. Francia*, 20 settembre 1993; *Ferrantelli e Santangelo c. Italia*, 7 agosto 1996; *Lucà c. Italia*, 27 febbraio 2001; *Craxi c. Italia*, 17 luglio 2003; *De Lorenzo c. Italia*, 12 febbraio 2004; *Jerinò c. Italia*, 7 giugno 2005; *Bracci c. Italia*, 13 ottobre 2005; *Majadallah c. Italia*, 19 ottobre 2006.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Riferimenti bibliografici:

LONATI S., *Il diritto dell'accusato a interrogare o fare interrogare le fonti di prova a carico*, Torino 2000.

MAFFEI S., *Il diritto al confronto con l'accusatore*, Piacenza, 2003.

MAFFEI S., *Prova d'accusa e dichiarazioni di testimoni "assenti" in una recente sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2001, 2841 ss.

MANTOVANI G., *L'"Affaire Craxi" e la doppia pronuncia della Corte europea*, in *Leg. pen.*, 2004, 100 ss.

PANZAVOLTA M., *Il testimone irreperibile alla luce dei principi costituzionali*, in *Cass. pen.*, 2003, 111 ss.

TAMIETTI A., *Il diritto dell'imputato ad esaminare o far esaminare i testimoni a carico tra Convenzione Europea e diritto interno*, in *Cass. pen.*, 2003, 1088 ss.

TONINI P., *Il testimone irreperibile: la Cassazione si adegua a Strasburgo ed estende l'ammissibilità dell'incidente probatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 878 ss.

(11 aprile 2011)



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Sezione:	Diritti sovranazionali e processo penale – Garanzie dell'imputato
Titolo:	<i>Corte europea dei diritti dell'uomo e sovraffollamento carcerario: il caso Torreggiani e altri c. Italia</i>
Autore:	MARIANGELA MONTAGNA
Sentenza di riferimento:	Corte eur.dir.uomo, 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia
Parametro convenzionale	Art. 3 CEDU
Parole chiave:	Processo penale; ordinamento penitenziario; esecuzione di pene detentive

1. Una sentenza pilota: quale significato?

Negli ultimi anni, sono stati molteplici i mutamenti che hanno riguardato il funzionamento della Corte europea dei diritti dell'uomo. Tra questi un ruolo di assoluto rilievo per gli effetti che ne conseguono è da attribuirsi alle c.d. "sentenze pilota", di cui la decisione in commento è un significativo esempio.

E' noto come, in alcuni casi, la Corte di Strasburgo abbia abbandonato la connotazione di giudice del "caso concreto" - riguardo al quale limitarsi a riscontrare la violazione di uno dei diritti fondamentali sanciti nella Convenzione europea - per avviarsi verso una prospettiva più specifica ed incisiva, nel cui ambito andare oltre la "mera" segnalazione dell'avvenuta violazione e indicare nella sentenza allo Stato membro responsabile della violazione le "lacune" normative e strutturali interne all'origine della inosservanza.

Lo scopo perseguito con tale tipo di pronunciamenti è stato quello di fornire un aiuto allo Stato responsabile della violazione al fine di individuare la misura idonea a risolvere il problema strutturale interno. Ciò sia con l'intento di garantire maggiore effettività ai diritti sanciti nella Convenzione europea, sia per evitare il ripetersi delle violazioni e, di conseguenza, il riproporsi di ricorsi del medesimo tenore.

La diversa impostazione assunta dalla stessa Corte europea dei diritti dell'uomo fa seguito alle sollecitazioni in tal senso mosse da parte del Comitato dei ministri



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

nella Raccomandazione REC(2004)6 del 12 maggio 2004 in cui si evidenzia la necessità di garantire dei rimedi interni da parte degli Stati membri per conformarsi alle violazioni accertate dalla Corte europea ed, al contempo, si registra l'oggettivo incremento dei ricorsi presentati ai giudici di Strasburgo, identificandolo quale fattore di rallentamento del controllo da parte della Corte e, dunque, di pregiudizio per l'effettività dei diritti. Significativa, in tal senso, è anche la Raccomandazione REC(2004)5 del 12 maggio 2004 ove, al fine di realizzare una sorta di prevenzione delle possibili violazioni dei diritti sanciti nella Convenzione europea, si raccomanda agli Stati membri di porre in essere meccanismi di verifica circa la compatibilità tra progetti di legge, leggi in vigore e pratiche amministrative con il sistema di protezione dei diritti previsto dalla CEDU.

In questa "nuova" prospettiva, lo Stato membro, responsabile della violazione, al fine di risultare adempiente rispetto a quanto sancito dall'art. 46 CEDU, non si può limitare al pagamento di una somma di danaro a titolo di equa soddisfazione, ma deve trovare misure individuali atte a rimuovere la violazione accertata dalla Corte europea. Inoltre, deve adottare misure generali idonee a prevenire il verificarsi di una nuova violazione del medesimo genere di quello denunciato¹.

Un primo esempio di questa nuova tecnica decisoria ("sentenze pilota") da parte della Corte EDU si rinviene nella sentenza della Grande Camera, 22 giugno 2004, Broniowski c. Polonia. Tale impostazione è stata, poi, ripresa con riguardo all'Italia in casi concernenti il processo penale svolto in contumacia, in riferimento al quale la Corte di Strasburgo ha evidenziato le lacune interne cui lo Stato italiano doveva porre mano per evitare il ripetersi delle violazioni (Corte EDU, 10 novembre 2004, Sejdovic c. Italia).

2. Il caso Torreggiani c. Italia: una sentenza pilota

L'8 gennaio 2013, la Corte EDU ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU a causa del sovraffollamento carcerario vissuto dai ricorrenti all'interno delle strutture che li ospitano. In particolare, i giudici di Strasburgo, dopo aver constatato l'elevato numero di ricorsi pendenti basati sulla medesima violazione, hanno adottato una "sentenza pilota" con cui si chiede all'Italia di adottare, nel termine di un anno da quando la decisione diverrà definitiva, rimedi interni "preventivi" e "compensativi"

¹ In questa prospettiva, v. già la Raccomandazione REC(2000)2 del 19 gennaio 2000 circa la necessità che gli Stati membri assicurino a livello di legislazione interna una *restitutio in integrum* per il soggetto la cui lesione in uno dei diritti fondamentali sanciti dalla CEDU, sia stata accertata con decisione dei giudici di Strasburgo.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

idonei a fornire soddisfazione adeguata nei casi di sovraffollamento carcerario. Nel corso di questo termine, resteranno sospesi i giudizi dinanzi alla Corte EDU concernenti situazioni analoghe. La sentenza *Torreggiani c. Italia* diverrà definitiva se, nel termine di tre mesi dalla sua adozione nessuna delle parti interessate chiederà che la questione sia esaminata dalla Grande Camera (artt. 43 e 44 CEDU).

Prima della decisione adottata contro l'Italia, il 10 gennaio 2012, la Corte EDU, ha emesso un'altra sentenza di condanna – questa volta nei riguardi della Russia – (*Ananyev e altri c. Russia*) con cui, sempre secondo lo schema della “sentenza pilota”, si chiede alle autorità russe di adottare, nel termine di sei mesi, un quadro di impegni vincolanti per la realizzazione di misure preventive e compensatorie idonee a rispettare l'art. 3 CEDU. Ciò dopo aver constatato il sussistere della violazione di quella norma da parte della Russia in più di 80 sentenze sin dal 2002 e che oltre 250 casi simili sono pendenti dinanzi alla Corte EDU.

3. Il caso di specie

Alla sentenza in commento si è giunti grazie al ricorso proposto da sette persone detenute negli istituti carcerari di Busto Arsizio e di Piacenza.

Con tale ricorso essi lamentavano le condizioni vissute all'interno del carcere: condivisione da parte di tre persone di una cella di complessivi 9 metri quadri e, dunque, uno spazio di soli 3 metri quadri riservato a ciascuno di loro. A ciò si aggiungevano limitazioni nell'uso della doccia a causa, talvolta, della mancanza di acqua calda, nonché un'illuminazione della cella insufficiente e inadeguata.

Occorre ricordare che il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti (CPT), nell'ambito dei suoi annuali rapporti generali, ha più volte rilevato come il sovraffollamento sia questione di diretta attinenza al mandato affidato allo stesso. In particolare, con riferimento allo spazio da destinare a ciascun detenuto, il CPT, pur evidenziando la complessità del tema, ha avvertito l'esigenza di fissare talune linee guida secondo le quali una cella di polizia

(o qualsiasi altro luogo di sistemazione di un detenuto/prigioniero) dovrebbe essere nell'ordine di 7 metri quadrati, 2 metri o più tra le pareti, 2 metri e mezzo tra il pavimento e il soffitto [CPT, 2° Rapporto Generale [CPT/Inf (92) 3]. Indicazioni che lo stesso CPT ritiene siano valori auspicabili più che parametri minimi.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, con riguardo allo spazio vitale da assegnare a ciascun detenuto, ha rilevato come non possa agevolmente quantificarsi tale spazio alla luce dei diritti sanciti in Convenzione, tenendo anche conto della molteplicità di fattori atti ad incidere su tale “quantificazione”. Tuttavia, in alcuni



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

casi – rileva la Corte EDU – “la mancanza di spazio personale per i detenuti [è] talmente flagrante da giustificare, da sola, la constatazione di violazione dell’articolo 3. In quei casi, in linea di principio, i ricorrenti disponevano individualmente di meno di 3 metri quadri” (così Corte EDU, 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia, § 1; Aleksandr Makarov c/Russia, n. 15217/07, § 93, 12 marzo 2009; si vedano anche Lind c/Russia, n. 25664/05, § 59, 6 dicembre 2007; Kantyrev c/Russia, n. 37213/02, §§ 50-51, 21 giugno 2007; Andreï Frolov c/Russia, n. 205/02, §§ 47-49, 29 marzo 2007; Labzov c/Russia, n. 62208/00, § 44, 16 giugno 2005, e Mayzit c/Russia, n. 63378/00, § 40, 20 gennaio 2005).

In questa prospettiva, la mancanza di spazio all’interno della struttura carceraria può assumere rilevanza determinante al fine di stabilire se vi è violazione o meno dell’art. 3 CEDU, soprattutto se si tratta di una situazione protratta nel tempo (Corte EDU, 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia, § 78).

4. Il caso dell’Italia

La Corte EDU, nel condannare l’Italia, osserva come il problema del sovraffollamento carcerario sia un dato oggettivo del nostro Paese che emerge con chiarezza, tra l’altro, dalle dichiarazioni delle principali autorità istituzionali del Paese.

La decisione in commento segue un’altra sentenza della Corte EDU (16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia, cit.), in cui si condannò il nostro Paese per violazione dell’art. 3 CEDU causa delle condizioni detentive subite dal ricorrente per il periodo in cui lo stesso si trovò a poter usufruire di uno spazio personale corrispondente a soli 2,70 metri quadri, vale a dire uno spazio inferiore a quella superficie minima considerata auspicabile dal CPT (16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia, cit., § 43).

Poste queste premesse, la Corte EDU, nella decisione in commento, richiamandosi alla sua stessa precedente giurisprudenza, evidenzia come la limitazione della libertà personale per ragioni di giustizia non faccia “perdere al detenuto il beneficio dei diritti sanciti dalla Convenzione”. Tutt’altro: “la persona incarcerata può avere bisogno di una maggiore tutela proprio per la vulnerabilità della sua situazione e per il fatto di trovarsi totalmente sotto la responsabilità dello Stato” (Corte EDU, 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia, cit., § 65).

5. Principio di sussidiarietà e rimedi interni

Nella sentenza Torreggiani c. Italia, vi è una parte molto rilevante dedicata all’analisi del rispetto del c.d. principio di sussidiarietà, vale a dire della regola



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

secondo cui si può ricorrere alla Corte di Strasburgo soltanto dopo aver esperito tutti gli strumenti di controllo previsti all'interno dell'ordinamento.

Su questo punto, il Governo italiano aveva proposto specifica eccezione, in ragione del fatto che ciascun detenuto ha la possibilità di proporre reclamo dinanzi al magistrato di sorveglianza, secondo quanto previsto dagli artt. 35 e 69 legge n. 354 del 1975.

Un ruolo di controllo circa l'organizzazione degli istituti di pena è affidato dall'art. 69 legge n. 354 del 1975 al Magistrato di sorveglianza. Nel caso di specie, la magistratura di sorveglianza di Reggio Emilia, sollecitata da alcuni dei ricorrenti sul problema del sovraffollamento e delle condizioni di detenzione, era intervenuta e aveva accolto i reclami, evidenziando come il ristretto spazio a disposizione dei detenuti integrasse un trattamento inumano e degradante e ponesse in essere anche una disparità di trattamento, posto che altri detenuti potevano trovarsi a vivere in spazi più ampi. La decisione, però, malgrado sia stata dal giudice comunicata al Ministero della giustizia ed all'amministrazione penitenziaria non ha avuto un seguito in termini "concreti".

Su questo profilo si è soffermata la Corte EDU nella sentenza in commento per verificare se effettivamente il principio di sussidiarietà fosse stato rispettato prima di adire il giudice sovranazionale. Ed, al proposito, la Corte di Strasburgo ha evidenziato come non sia determinante stabilire la natura amministrativa o giurisdizionale del reclamo di cui all'art. 35 ord. penit., ma come, piuttosto, occorra valutare l'effettività di quel rimedio (§ 51 e 52). Un interrogativo al quale la stessa

Corte ha fornito risposta negativa in considerazione del fatto che, nella specie, alcuni detenuti avevano fatto ricorso a tale strumento senza però che esso sortisse alcun effetto concreto (§ 52). La valutazione in termini negativi data dalla Corte EDU a proposito dell'effettività del reclamo, inoltre, ha tenuto conto della generale situazione strutturale di sovraffollamento carcerario nel cui ambito – sottolinea la Corte EDU – non è stata dimostrata l'effettività di tale rimedio, cioè che si tratti di

strumento idoneo a "impedire il protrarsi della violazione denunciata e assicurare ai ricorrenti un miglioramento delle loro condizioni materiali di detenzione. Questi non erano quindi tenuti ad esaurirla prima di adire la Corte" (§ 55).

6. Le possibili soluzioni

Alcune possibili soluzioni al problema del sovraffollamento all'interno del carcere sono state, in passato, suggerite anche dal CPT che nel 7° Rapporto Generale [CPT/Inf (97) 10] ha evidenziato come, per affrontare il problema del



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

sovraffollamento, la strada maestra non sia quella di aumentare il numero degli istituti carcerari. Ad avviso del CPT, infatti, la costruzione di nuovi carceri non costituisce "una soluzione duratura", poiché si arriva al "solo risultato che la popolazione carceraria si trova a crescere in parallelo con l'aumentata capacità acquisita dai propri complessi carcerari". Piuttosto, è auspicabile "la presenza di politiche volte a limitare o modulare il numero delle persone mandate in carcere". E' siffatta politica che ha consentito in alcuni Stati di fornire un rilevante "contributo nel mantenere la popolazione carceraria ad un livello gestibile".

Ed allora l'attenzione dovrà essere puntata su una nuova politica legislativa penale in cui il ricorso all'esecuzione della pena detentiva sia ridotto, potenziando strumenti alternativi sia in termini numerici che di loro efficacia. Altro ambito sul quale intervenire concerne l'esigenza di diminuire il ricorso all'uso della custodia cautelare in carcere. Come riportato dalla stessa sentenza in commento (§ 29) il 42% dei detenuti sono in attesa di essere giudicati.

Sta di fatto che, dopo la sentenza della Corte EDU Torreggiani c. Italia, qualcosa si è subito mosso al fine di trovare dei rimedi interni atti ad offrire soluzioni preventive o compensative per il detenuto, dato l'oggettivo stato di sovraffollamento delle strutture carcerarie.

Sul piano della ricerca di rimedi "compensativi" per chi, detenuto in carcere, subisca una violazione dei diritti fondamentali e riceva, a causa del sovraffollamento, un trattamento disumano e degradante, la Corte di cassazione, con sentenza del 15 gennaio 2013, n. 4722, Vizzari, ha escluso la possibilità che il magistrato di sorveglianza possa decidere sul risarcimento del danno non patrimoniale nei confronti del detenuto, ma, al contempo, si è fatta carico delle emergenze segnalate dalla Corte EDU nella sentenza Torreggiani c. Italia e degli obblighi che ne derivano per il nostro Paese.

Del resto, già dopo la sentenza Sulejmanovic c. Italia, si era posto il problema della risarcibilità del danno al detenuto per ragioni dovute al sovraffollamento. In particolare, sulla scia della appena citata sentenza, il Magistrato di sorveglianza di Lecce, con ordinanza del 9 giugno 2011, accolse il reclamo di un detenuto che denunciava una serie di situazioni (spazio della cella, letto, mancanza di spazi per lo svolgimento di attività sociali) in cui si trovava a vivere l'esecuzione della pena. In quell'occasione, si ritenne che la situazione denunciata integrasse violazioni sia della legge interna sia dei diritti fondamentali sanciti nella CEDU e si riconobbe un indennizzo a favore del ricorrente dovuto da parte dell'amministrazione penitenziaria.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Era la prima volta che si assumeva una decisione di tal genere nel nostro ordinamento. Il caso è rimasto unico, poiché altri magistrati di sorveglianza hanno ritenuto che il riconoscimento di tale indennizzo non rientrasse nelle loro competenze (Magistrato di sorveglianza di Vercelli, ord. 18 aprile 2012).

Con riferimento alla ricerca di rimedi interni "preventivi" volti – allo stato dell'attuale normativa – ad impedire il perpetrarsi delle violazioni dei diritti fondamentali, il Tribunale di sorveglianza di Venezia, in data 13 febbraio 2013 ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 147 c.p. nella parte in cui non prevede, oltre ai casi espressamente contemplati, l'ipotesi di rinvio facoltativo

dell'esecuzione della pena quando essa debba svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità, per violazione degli artt. 27, comma 3, 117, comma 1, 2 e 3 Cost. Si tratta della prima risposta – sempre per via giurisprudenziale – che all'interno dell'ordinamento si tenta di sviluppare sul rilevante, ed oramai non più differibile, tema affrontato dalla sentenza Torreggiani c. Italia. Vedremo come la Corte costituzionale risponderà e, sulla scia di quanto già verificatosi in altri settori del

procedimento penale, si può immaginare il proseguimento di un dialogo tra Corti che ha sempre visto i giudici costituzionali particolarmente attenti e sensibili a recepire le "sollecitazioni" mosse dalla Corte di Strasburgo, in un quadro di tutela multilivello dei diritti fondamentali sempre più proteso verso l'effettività degli stessi (sul tutto, volendo, M. MONTAGNA, Dialogo tra Corti ed effettività dei diritti fondamentali nel processo penale, in Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo, a cura di L. Cassetti, Napoli, 2012, p. 399 ss.; EAD., Processo

contumacia e pubblicità dell'udienza nella prospettiva di un dialogo tra Corti, in Arch. pen., 2012, 127 ss.)

Precedenti giurisprudenziali:

Corte EDU, 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia; Corte EDU, 10 gennaio 2012, Ananyev e altri c. Russia

Riferimenti giurisprudenziali interni:

Cass., 15 gennaio 2013, n. 4722, Vizzari
Magistrato di sorveglianza di Lecce, ord. 9 giugno 2011



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Magistrato di sorveglianza di Vercelli, ord. 18 aprile 2012

Riferimenti bibliografici:

F. VIGANO', Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno, in <http://www.penalecontemporaneo.it>.

N. PLASTINA, L'Italia condannata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per l'insufficienza temporanea dello spazio individuale nella cella assegnata a un detenuto nel carcere di Rebibbia nel 2003, ma assolta per la gestione, in quel contesto, della sovrappopolazione carceraria, in Cass. pen., 2009, 4928.

(26 febbraio 2013)



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Efficacia delle sentenze della Corte EDU e rimedi interni nel processo penale

- - Giurisprudenza Corte EDU
- - Giurisprudenza interna
- - Legislazione Interna



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Sezione: **Efficacia delle sentenze della Corte EDU e rimedi interni nel processo penale**
– Giurisprudenza interna

Titolo: *Intangibilità del giudicato e valore delle decisioni della Corte EDU: osservazioni
a prima lettura sulla sentenza della Corte costituzionale n. 113 del 2011*

Autori: **MARIANGELA MONTAGNA**

**Sentenza di
riferimento:** Corte Costituzionale, Sentenza n. 113 del 2011

**Parametro
convenzionale:** artt. 6 e 46 CEDU

Parole chiave: Processo penale; revisione; giudicato penale; efficacia sentenza Corte EDU.

1. Il tema oggetto di attenzione

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 113 del 2011, ha dato risposta ad un problema “aperto” sul fronte dei rapporti con l’ordinamento sovranazionale e la tutela dei diritti fondamentali dell’individuo garantiti dalla CEDU. In particolare, da tempo vi è l’esigenza di predisporre nel nostro ordinamento un rimedio processuale idoneo a realizzare una *restituito in integrum* per il cittadino, leso nei suoi diritti fondamentali a seguito di un processo penale il cui svolgersi sia stato giudicato “non equo” dalla Corte EDU. Su questo tema, malgrado le sollecitazioni da più parti provenute, l’inerzia del legislatore si è perpetrata per lungo tempo. A fronte dell’evidente lacuna legislativa, perciò, si trattava di trovare una soluzione volta a rendere effettiva, sul piano interno, la decisione dei giudici sovranazionali che accerti la violazione di una norma convenzionale nell’ambito di un procedimento penale. Molti, su questo punto sono stati i richiami ed i moniti rivolti al nostro Paese da parte del Comitato dei Ministri presso il Consiglio d’Europa affinché ci si dotasse di adeguate iniziative restitutorie per il soggetto che avesse visto riconosciuto dalla Corte di Strasburgo lo svolgimento a suo carico di un processo non equo. Richiami rimasti irrealizzati sul piano legislativo, ma che hanno trovato - come vedremo più avanti - importanti “riposte” sul piano giurisprudenziale e, dunque, a livello interpretativo, con tutti i limiti, però, che una tale operazione comporta.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Il tema, di centrale importanza nell'ambito dei rapporti sovranazionali, si dibatte tra due realtà apparentemente inconciliabili: da un lato, lo sbarramento del giudicato con le caratteristiche della definitività, intangibilità e irrevocabilità della sentenza, dall'altro le pronunce della Corte europea che, accertata la violazione di una norma convenzionale, devono poter trovare realizzazione effettiva. E tale è quella che consente di operare una *restitutio in integrum*, nel senso di rimuovere il processo "ingiusto" e consentire al ricorrente di essere giudicato *ex novo* attraverso una procedura "equa".

2. Il caso di specie

La sentenza costituzionale n. 113 del 2001 trae origine da un caso molto noto e discusso (c.d. caso *Dorigo*) su cui già più provvedimenti erano stati adottati sia dalla stessa Corte costituzionale, sia dalla Corte di cassazione.

Prima di accedere ad un'analisi dei principali profili interpretativi ed applicativi scaturenti dalla decisione in commento, è necessario (ed interessante) enucleare, seppure in estrema sintesi, i passaggi dell'intera vicenda per tentare di cogliere il laborioso cammino che in tale decisione è, poi, sfociato:

- la Corte d'assise di Udine, con sentenza del 3 ottobre 1994, divenuta irrevocabile il 27 marzo 1996 aveva condannato *Dorigo* alla pena di 13 anni di reclusione per reati di terrorismo;
- *Dorigo* attivava il controllo dinanzi alla Corte di Strasburgo: all'epoca, non essendo ancora entrato in vigore il protocollo n. 11, concernente una serie di modifiche attinenti ai rimedi giurisdizionali dinanzi alla Corte EDU, la necessaria verifica e la conseguente determinazione del sussistere di una violazione dell'art. 6 CEDU, con condanna dell'Italia, fu assunta dalla Commissione EDU con decisione del 9 settembre 1998 in risposta al ricorso n. 33286 del 1996; in particolare, si giudicò non equo il processo, posto che la decisione era basata sulle dichiarazioni di coimputati che, al dibattimento, avvalendosi della facoltà di non rispondere, avevano impedito il realizzarsi del principio del contraddittorio nella formazione della prova;
- dopo il rapporto della Commissione EDU, il procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Udine, posto l'accertamento del giudice sovranazionale, aveva promosso incidente di esecuzione al fine di valutare la legittimità della detenzione del condannato e, contestualmente, aveva richiesto la sospensione dell'esecuzione della pena;
- la Corte d'assise di Udine aveva rigettato tale richiesta;
- la Corte di cassazione, aveva accolto il ricorso del p.m. proposto avverso la decisione di rigetto della Corte d'assise e, con sentenza del 1° dicembre 2006 (Cass., Sez. I, 1° dicembre 2006, *Dorigo*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1073) dichiarato l'inefficacia dell'ordine di carcerazione emesso nei confronti del condannato, disponendone la liberazione. Questa pronuncia, in particolare, si rivelò in termini significativi ed innovativi, poiché enunciava il principio secondo cui "il giudice dell'esecuzione deve dichiarare, a norma dell'art. 670 c.p.p., l'ineseguibilità del giudicato quando la Corte europea dei diritti dell'uomo abbia accertato che la condanna è stata pronunciata per effetto della violazione delle regole sul processo equo sancite dall'art. 6 CEDU e abbia riconosciuto il



diritto del condannato alla rinnovazione del giudizio, anche se il legislatore abbia ommesso di introdurre nell'ordinamento il mezzo idoneo ad instaurare il nuovo processo";

- già prima dell'accennata sentenza della Corte di cassazione, il difensore del condannato aveva proposto richiesta di revisione dinanzi alla Corte d'appello di Bologna (in quanto giudice competente ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 633, comma 1 ed 11 c.p.p. ai fini della revisione) rilevando un contrasto di giudicati tra la decisione della Corte EDU (*rectius*: Commissione) e la decisione del giudice italiano pari a quello individuato dall'art. 630, comma 1, lett. a), c.p.p., idoneo a far sorgere una richiesta di revisione:

- in quest'ambito la Corte d'appello bolognese (che tra l'altro, sospese l'ordine di esecuzione a carico di Dorigo, ancora prima della sentenza della Corte di cassazione) aveva sollevato, in riferimento agli artt. 3, 10 e 27 Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 630, comma 1, lett. a), c.p.p., "nella parte in cui esclude, dai casi di revisione, l'impossibilità che i fatti stabiliti a fondamento della sentenza o del decreto di condanna si concilino con la sentenza della Corte Europea che abbia accertato l'assenza di equità del processo, ai sensi dell'art. 6 CEDU";

- la q.l.c. fu dichiarata infondata con sentenza costituzionale n. 129 del 2008 (vd. dopo § 4);

- ripresa la trattazione del procedimento dinanzi alla Corte d'appello bolognese, è stata nuovamente eccepita (dal procuratore generale) la questione di legittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p., ma - questa volta - con riferimento agli artt. 117 Cost. e 46 § 1 CEDU.

3. Le norme di riferimento nella CEDU e gli obblighi fissati circa l'esecuzione delle sentenze dei giudici di Strasburgo

Nell'ambito della Convenzione, l'art. 46 § 1 CEDU, relativo alla forza vincolante ed all'esecuzione delle sentenze, prevede che "le Alte parti contraenti si impegn(i)no a conformarsi alle sentenze definitive della Corte nelle controversie nelle quali sono Parti". La medesima norma, poi, attribuisce determinati poteri di controllo sull'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo al Comitato dei Ministri. Poteri, questi ultimi, rafforzati a seguito delle modifiche apportate all'art. 46 CEDU dall'art. 16 Protocollo n. 14, ratificato e reso esecutivo in Italia con l. 15 dicembre 2005, n. 280.

Inoltre, l'art. 41 CEDU prevede che qualora la Corte riscontri eventuali violazioni della Convenzione o dei suoi Protocolli e "se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette che in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, quando è il caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa".

Posto, dunque, a carico dello Stato contraente, l'obbligo sul piano internazionale, ex art. 46 Cedu, di fare cessare il comportamento illecito e di provvedere alla riparazione in favore della vittima, con piena libertà nella scelta dei mezzi per adempiervi, l'Italia è intervenuta con la c.d. "Legge Pinto" (l. 24 marzo 2001, n. 89) nel cui ambito è prevista un'equa riparazione in caso di violazione del termine di ragionevole durata del processo¹. Si è sviluppato, poi, un intervento legislativo con cui si sono previsti alcuni adempimenti del Presidente del Consiglio di comunicazione alle Camere delle pronunce della Corte EDU (l. 9 gennaio 2006, n. 12). Tutte iniziative, però, che sul piano dell'effettività dei diritti CEDU non hanno dato reale soddisfazione.



4. Segue: l'orientamento "recente" della Corte EDU

Per riuscire a dare un quadro pressoché completo del panorama normativo e giurisprudenziale sottostante la sentenza in commento, va ricordato come, soltanto di recente, in seno alla Corte EDU, si è sviluppata una prassi giurisprudenziale in base alla quale i giudici di Strasburgo indicano specificamente l'ambito di intervento per i singoli Stati membri "necessitato" dall'accertamento di una violazione delle norme convenzionali e l'esigenza di un rinnovamento del processo o di una sua riapertura al fine di rimuovere "concretamente" il pregiudizio apportato al cittadino ricorrente (v. Corte EDU, 11 dicembre 2007, *Cat Berro c. Italia*; Corte EDU, 18 maggio 2004, *Somogyi c. Italia*). Un "attivismo", quello ora accennato, espresso dai giudici di Strasburgo prevalentemente per ciò che attiene alla violazioni dei diritti fondamentali afferenti al processo penale (in particolare, all'art. 6 CEDU) e che si colloca in posizione peculiare all'interno dell'analisi del ruolo della Corte quanto al contenuto dell'obbligo di esecuzione (sul punto, v. M. DE SALVIA, *L'obbligo degli Stati di conformarsi alle decisioni della Corte Europea e del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. Balsamo – R.E. Kostoris, Torino, 2008, 73 ss.) perché se, da un lato, rappresenta qualcosa di più rispetto a quella giurisprudenza arroccatasi sul principio per il quale le decisioni CEDU avrebbero soltanto valore declaratorio rimandando al Comitato dei Ministri il compito di individuare specificamente il contenuto dell'obbligo a carico dello Stato, dall'altro lato, in tema di diritti patrimoniali la giurisprudenza sovranazionale si spinge oltre, sino ad indicare allo stato condannato l'alternativa tra restituire il bene illegittimamente sottratto o versare un indennizzo corrispondente al valore di mercato dello stesso.

Più in generale, si può affermare che i rapporti tra ordinamento interno ed ordinamento sovranazionale sono mutati anche in ragione del diverso modo con cui la Corte EDU ha operato, rispetto al passato, al fine di garantire l'esecuzione delle proprie sentenze: l'indicazione nelle proprie decisioni di quali misure di carattere generale o individuale (v., ad esempio, Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*; Corte EDU, 10 novembre 2004, *Sejdovic c. Italia*) fossero necessarie per assicurare, in quella fattispecie sottoposta all'attenzione dei giudici sovranazionali, l'obbligo di esecuzione previsto dall'art. 46 CEDU ha inevitabilmente prodotto delle conseguenze sulla "reazione" e gli obblighi dello Stato membro.

5. Proposte sul piano legislativo e rimedi sul piano giurisprudenziale

Al fine di trovare soluzione idonea a rispondere alle sollecitazioni da più parti provenienti a livello europeo (Raccomandazioni del Comitato dei Ministri e Corte EDU), si sono sviluppati dei tentativi sul piano legislativo per realizzare gli strumenti di "rimozione" concreta delle violazioni CEDU accertate dalla Corte di Strasburgo, alcuni focalizzati sulla possibilità di inserire un "nuovo" caso di revisione tra quelli già previsti dal codice di rito collegato all'accertata violazione dell'art. 6 CEDU (si veda, ad esempio, il Disegno di legge n.1440 – Alfano – XVI° Legislatura – Senato 10 marzo



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

2009 o il Disegno di Legge n. 1797 – Prodi – XV° Legislatura – Senato 18 settembre 2007) altri, volti a prevedere un rimedio, diverso dalla revisione, per i casi di accertata violazione dei diritti sanciti in CEDU con predeterminazione di criteri per l'individuazione del giudice competente a decidere e previsione del "potere del giudice di valutare la congruità della violazione rispetto all'effettiva incidenza della stessa sull'esito del giudizio e di sospendere il titolo esecutivo" (v. art. 104.8 della Bozza di delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale, elaborato dalla Commissione Riccio per la riforma del codice di procedura penale - 27 luglio 2006).

Nessuno degli accennati tentativi legislativi di inserire il necessario rimedio è, stato, mai "tradotto" in legge. Di fronte alla sostanziale colpevole inerzia del legislatore, in questi ultimi anni, si sono elaborate molteplici soluzioni a livello interpretativo da parte della giurisprudenza "interna" per far fronte all'esigenza di "composizione" delle accertate violazioni dei diritti fondamentali garantiti dalla CEDU nel processo penale. Soluzioni, quelle che accenneremo, nate tutte dall'esigenza di sopperire al vuoto normativo e, contestualmente, rispondere alle sollecitazioni sempre più specifiche e mirate dei giudici di Strasburgo.

Su questo fronte, posto lo sbarramento dato dal giudicato, si sono registrate, sostanzialmente due, alternative. La prima inerente l'ambito applicativo dell'art. 670 c.p.p. e, dunque, la possibilità di sospendere l'esecuzione del provvedimento, disponendo, se del caso, la liberazione dell'interessato (in tal senso, v. Cass., Sez. I, 1° dicembre 2006, Dorigo, cit.; Trib. Roma, 25 settembre 2006, Bracci, in *Cass. pen.*, 2007, 242), l'altra vertente sulla possibilità di adire il rimedio straordinario predisposto dall'art. 625-bis c.p.p. (Cass., Sez. V, 11 febbraio 2010, Scoppola, in *CED Cass.*, 247244; Id., Sez. VI, 12 novembre 2008, Drassich, in *Cass. pen.*, 2009, 1457; nonché Cass., Sez. I, 18 gennaio 2011, Raffaelli, in *CED Cass.*, 249328, che nega l'operatività di tale strumento "riparatore" a fronte di una violazione delle norme CEDU "lamentata" dal ricorrente ma non dichiarata da una sentenza della Corte di Strasburgo). Ulteriore possibilità per assicurare una specifica misura riparatoria in caso di processi contumaciali seguiti da declaratoria di condanna da parte della Corte EDU è stata individuata nella restituzione in termini configurata dall'art. 175, comma 2, c.p.p. (Cass., Sez. I, 12 febbraio 2008, A.A., in *CED Cass.*, 239141; Id., Sez. V, 15 novembre 2006, C.B.F., in *CED Cass.*, 235446).

6. La precedente sentenza della Corte costituzionale: sent. n. 129 del 2008

Già con una precedente sentenza la Corte costituzionale era intervenuta sull'argomento. In quell'occasione, era stata dichiarata la non fondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'articolo 630, comma 1, lett. a), c.p.p., in relazione agli artt. 3, 10, 27 Cost. In particolare, i giudici costituzionali erano chiamati a valutare la conformità a Costituzione della norma processuale "nella parte in cui esclude, dai casi di revisione, l'impossibilità che i fatti stabiliti a fondamento della sentenza o del decreto di condanna si concilino con la sentenza della Corte europea che abbia accertato l'assenza di equità del processo, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo".



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

In quell'occasione, la Corte costituzionale dichiarò infondata la questione di legittimità, pur sottolineando l'"assenza di un apposito rimedio, destinato ad attuare l'obbligo dello Stato di conformarsi (anche attraverso una eventuale rinnovazione del processo) alle conferenti sentenze definitive della Corte di Strasburgo, nell'ipotesi in cui sia stata accertata la violazione della Convenzione o dei suoi protocolli" e la "evidente, improrogabile necessità che l'ordinamento predisponga adeguate misure atte a riparare, sul piano processuale, le conseguenze scaturite dalle violazioni" alla CEDU (punto 3 del *Considerato in diritto*).

In particolare, i giudici costituzionali, sulla base delle eccezioni mosse dal giudice *a quo*, evidenziarono come il contrasto che legittima la revisione non concerne la "difforme valutazione di una determinata vicenda processuale in due diverse sedi della giurisdizione penale", bensì "nella inconciliabile alternativa ricostruttiva che un determinato accadimento della vita", essenziale ai fini della ricostruzione della responsabilità penale, "può aver ricevuto all'esito di due giudizi penali irrevocabili" (punto 4.1. del *Considerato in diritto*).

7. La "svolta": la sentenza costituzionale n. 113 del 2011

Del tutto diverso, questa volta, l'esito della Consulta. Premesse le differenze con la precedente questione di legittimità costituzionale sia per quanto attiene all'oggetto (ora più ampio: non soltanto il primo comma, lett. a) dell'art. 630 c.p.p., ma la norma nella sua interezza) sia per ciò che concerne il parametro di costituzionalità invocato dal giudice *a quo* (artt. 117, comma 1, Cost. e 46 CEDU) ed alle argomentazioni apportate, i giudici costituzionali sono giunti alla declaratoria di illegittimità 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".

Per giungere a tale conclusione, la Corte costituzionale, riprendendo l'impostazione seguita nell'ordinanza di remissione, fa riferimento al tradizionale schema, emerso a seguito delle sentenze costituzionali n. 348 e 349 del 2007 e più volte confermato dalle successive sentenze della Consulta (da ultimo v. sent. cost. n. 80 del 2011) secondo il quale le norme CEDU sono da considerarsi come "norme interposte" - nel significato loro attribuito dalla stessa giurisprudenza della Corte EDU - e tali da integrare il parametro costituzionale di cui all'art. 117, comma 1, Cost, nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali. In questa prospettiva, la Corte costituzionale, nella decisione in commento, ha evidenziato come la stessa Corte di Strasburgo, nelle proprie decisioni, abbia più volte richiamato l'attenzione dei singoli Stati di rispettare l'obbligo di conformarsi alle decisioni dei giudici sovranazionali facendo esplicito richiamo alla possibilità di una *restituito in integrum* data dalla riapertura del processo (v. *infra* § 4).

Un'impostazione giurisprudenziale, quella sin qui accennata, che, agli occhi della Consulta è apparsa come interpretazione delle norme CEDU da far "vivere" all'interno del nostro ordinamento, valutandone la compatibilità con i principi costituzionali.

A questo riguardo, il "dilemma" cui la Corte costituzionale si sente chiamata a rispondere è tra il rispetto della Convenzione e dei diritti fondamentali dell'individuo, da un lato, ed il giudicato della



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

decisione interna, dall'altro. La soluzione è che, pur consapevoli della "indubbia rilevanza dei valori della certezza e della stabilità della cosa giudicata", non è contrario ai principi costituzionali ammettere il venir meno degli effetti preclusivi del giudicato a fronte di lesioni dei diritti fondamentali dell'individuo sanciti dall'art. 6 CEDU e riprodotti, tra l'altro, nell'art. 111 Cost. (punto 8 del *Considerato in diritto*).

Ciò posto, la revisione, quale strumento straordinario di impugnazione capace di travolgere il giudicato, "costituisce l'istituto, fra quelli attualmente esistenti nel sistema processuale penale, che presenta profili di maggiore assonanza con quello la cui introduzione appare necessaria al fine di garantire la conformità dell'ordinamento nazionale al parametro evocato" (punto 8 del *Considerato in diritto*).

Ne consegue, pertanto, non soltanto una precisa scelta da parte della Consulta in favore del rispetto degli obblighi internazionali e del rispetto dei diritti fondamentali nel processo sanciti, tra l'altro, anche in Costituzione, a discapito del "giudicato", di cui, comunque, richiamato il valore, non si rinviene una "copertura" costituzionale che ostacoli l'efficacia delle norme CEDU. Ma vi è anche l'indicazione rivolta al legislatore circa la necessità di intervenire sul tema, ferma restando la libertà nell'individuare le modalità che riterrà più adeguate per conformarsi alle sentenze della Corte EDU. La decisione costituzionale n. 113 del 2011, sicuramente apprezzabile per il passo avanti compiuto nei rapporti con l'ordinamento sovranazionale e per aver colmato un vuoto non ulteriormente differibile, lascia, però, aperti taluni problemi interpretativi. Tant'è che la Corte costituzionale tenta di elaborare alcune linee-guida nel ricorso alla revisione connessa all'efficacia delle sentenze della Corte EDU, evidenziando come essa non sarà possibile nei casi in cui la violazione alle norme convenzionali consista nell'inosservanza del principio di ragionevole durata, considerato che la riapertura del processo "approfondirebbe l'offesa".

Inoltre, i giudici costituzionali sottolineano in qual modo il giudice della revisione dovrà apprezzare, oltre che la natura oggettiva della violazione accertata, anche "le indicazioni contenute nella sentenza della cui esecuzione si tratta" (punto 8 del *Considerato in diritto*).

A ciò si aggiungano le peculiarità che caratterizzano il "tradizionale" istituto della revisione che dovrà essere diversamente "calibrato" ove faccia seguito alle decisioni della Corte EDU e miri a dare ad esse efficacia. Invero, la revisione, così come strutturata nel nostro ordinamento, è rimedio attivabile al solo fine di ottenere il proscioglimento del condannato. Si tratta di un limite all'ammissibilità della richiesta, codificato nell'art. 631 c.p.p. e ripreso nell'art. 630, comma 1, lett. c), c.p.p. Mentre, la riapertura del processo quale conseguenza dell'accertata violazione di un processo equo non implica tale prognosi, né un necessario diverso e contrapposto esito del "nuovo" processo. Di ciò è ben consapevole la Corte costituzionale quando ricorda come la revisione che, dopo la declaratoria d'incostituzionalità dell'art. 630 c.p.p., seguirà alle sentenze della Corte EDU non dovrà superare il vaglio di ammissibilità di cui all'art. 631 c.p.p., né troveranno applicazione i commi 2 e 3 dell'art. 637 c.p.p. in base ai quali l'accoglimento della richiesta di revisione determina il proscioglimento dell'interessato ed il proscioglimento non può basarsi esclusivamente su una diversa valutazione delle prove assunte nel precedente giudizio.

Fondamentale, poi, per i nuovi orizzonti applicativi che si prospettano è quanto evidenziato dai giudici costituzionali a proposito del rapporto tra vizi processuali e giudicato: nell'ipotesi di revisione connessa all'obbligo di conformarsi ad una sentenza della Corte EDU, invero, "il giudice



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

della revisione valuterà anche come le cause della non equità del processo rilevate dalla Corte europea si debbano tradurre, appunto, in vizi degli atti processuali alla stregua del diritto interno, adottando nel nuovo giudizio tutti i conseguenti provvedimenti per eliminarli" (punto 8 del *Considerato in diritto*).

In definitiva, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 113 del 2011, ha certamente (e, si può ben dire, *finalmente*) colmato una lacuna dell'ordinamento interno, compiendo un passaggio importante verso un completo ed integrato sistema di tutela "effettiva" dei diritti fondamentali sanciti dalla CEDU. Il rilievo da attribuire a tale decisione, poi, va ben oltre la sua collocazione nell'ambito del dialogo tra Corti che pure in altri momenti e settori del processo penale si è potuto registrare. Quest'ultima sentenza definisce un ambito più vasto, facendo leva sull'art. 46 CEDU ed attiene non ad un singolo profilo operativo dell'art. 6 CEDU, ma a tutte le possibili e future violazioni dell'equo processo che saranno accertate dalla Corte EDU.

Precedenti giurisprudenziali interni:

Corte cost., sent. n. 129 del 2008

Riferimenti bibliografici

CARTABIA M., *La CEDU e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in *All'incrocio tra Costituzione e Cedu*, a cura di R. Pin - G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, Torino, 2007, 1 ss.

CHIAVARIO M., *Giusto e processo "iniquo": la Corte si pronuncia (ma non è la parola definitiva)*, in *Giur. cost.*, 2008, 1522.

MITJA GIALUZ, *Il riesame del processo a seguito di condanna della Corte di Strasburgo: modelli europei e prospettive italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1844.

UBERTIS G., *Conformarsi alle Condanne europee per violazione dell'equità processuale: doveroso e già possibile*, in *Argomenti di procedura penale. III*, Milano, 2011, 29 ss.

UBERTIS G., *L'adeguamento italiano alle condanne europee per violazioni dell'equità processuale*, in *Argomenti di procedura penale. III*, Milano, 2011, 57 ss.

(30 maggio 2011)



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Giusto processo amministrativo

- -Processo amministrativo e diritti civili
- -Imparzialità del giudice e funzioni consultive
- -La c.d. forza della prevenzione
- -La ragionevole durata



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

- Sezione:** **Giusto processo amministrativo** – Imparzialità del giudice e funzioni consultive
- Titolo:** *Imparzialità del giudice e funzioni consultive attribuite ad organi di giustizia amministrativa*
- Autore:** **MARTA MENGOZZI**
- Sentenza di Riferimento:** Corte eur. dir. uomo, decisione del 6.5.2003, *Kleyn and others v. the Netherlands*, ricc. nn. 39343/98, 39651/98, 43147/98 e 46664/99
- Parametro convenzionale:** art. 6 CEDU
- Parole chiave:** Giusto processo; processo amministrativo; imparzialità del giudice; funzioni consultive; Consiglio di Stato

1. Il problema della compresenza di funzioni consultive e giurisdizionali in capo al medesimo organo.

L'attribuzione agli organi di giustizia amministrativa di funzioni consultive ed ausiliarie dell'esecutivo, accanto a quelle giurisdizionali, è un modello tradizionalmente utilizzato in diversi Paesi europei aderenti alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (oltre all'Italia, si possono citare, tra gli altri, la Francia, il Lussemburgo e l'Olanda). Si è, tuttavia, manifestato qualche dubbio sulla compatibilità di tale assetto con il diritto riconosciuto all'art. 6 ad un giudice "indipendente ed imparziale", poiché i singoli giudici e/o l'organo nel suo complesso potrebbero apparire privi del necessario distacco qualora si trovino a decidere in sede giurisdizionale sulla legittimità di un atto sul quale lo stesso organismo abbia in precedenza reso un parere in veste di consulente del Governo. Così, la Corte di Strasburgo è stata chiamata, in diverse occasioni, a pronunciarsi sulla questione e la sentenza del 6 maggio 2003 nel caso *Kleyn and others v. the Netherlands*, risulta essere, ad oggi, l'ultima delle decisioni in materia.

Nel caso di specie, la pronuncia riguarda il Consiglio di Stato olandese, ma il tema – obiettivamente assai delicato – coinvolge, com'è si è già accennato, una pluralità di Paesi aderenti alla Convenzione, dotati di organismi strutturati in modo analogo (l'Italia e la Francia, infatti, sono



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

intervenute nel giudizio in questione, sostenendo le posizioni del governo olandese).

Con la decisione in parola, la Corte di Strasburgo, non si pone in una posizione di rottura rispetto alle precedenti decisioni sul medesimo tema (già affrontato nelle pronunce *Procola v. Luxembuorg* del 28.9.1995 e *McGonnell v. United Kingdom* del 8.2.2000) ma, anzi, in asserita linea di continuità con esse: tuttavia, rispetto agli sviluppi che le precedenti sentenze, e soprattutto la prima, lasciavano intravedere come possibili (se non addirittura probabili), quella in parola sembra segnare se non addirittura un passo indietro, almeno, certamente, una battuta di arresto.

2. Il caso oggetto del ricorso.

Questa la fattispecie dalla quale ha origine il giudizio deciso con la pronuncia in esame. Alcuni cittadini olandesi avevano presentato ricorso avverso l'atto con il quale era stato fissato il percorso della costruenda "*Betuweroute*", linea ferroviaria destinata ad attraversare la regione olandese della Betuwe.

Tale decisione trovava il proprio fondamento giuridico, non soltanto per il suo contenuto, ma anche per gli aspetti procedurali, in un atto normativo sulla pianificazione delle infrastrutture e dei trasporti sul quale il medesimo Consiglio di Stato aveva espresso il proprio parere in sede consultiva. In quell'occasione, il Collegio che si era pronunciato aveva mostrato di condividere le esigenze di celerità nella realizzazione dei progetti che stavano alla base della disciplina con esso dettata. Di qui i dubbi prospettati dai ricorrenti circa l'imparzialità del giudice del ricorso giurisdizionale, tanto più gravi in quanto ricorreva la circostanza che uno dei membri del Collegio giudicante in questa sede aveva preso personalmente parte al Plenum che aveva a suo tempo reso il parere.

3. I precedenti giurisprudenziali

I precedenti della Corte di Strasburgo sul tema erano tali, invero, da far ipotizzare un accoglimento del ricorso, con condanna dello Stato olandese.

Vengono, in particolare, in rilievo due precedenti. Il primo è costituito dalla sentenza *Procola* del 1995.

In tale decisione, la Corte aveva censurato la circostanza che quattro su cinque membri del Collegio del Consiglio di Stato del Lussemburgo, chiamato a decidere in sede giurisdizionale, si fossero già occupati della medesima questione in sede consultiva. L'accento era stato posto sulla concreta



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

coincidenza delle persone fisiche dei magistrati che si erano occupati della medesima questione nelle due vesti: tale elemento, secondo la Corte, consente di ritenere che il relativo collegio giurisdizionale non possa essere considerato quale giudice "imparziale".

La decisione si fonda su tale punto. Tuttavia, in essa, la Corte si spinge anche ad aggiungere, sia pure solo incidentalmente, che il fatto che i membri del Consiglio di Stato lussemburghese potessero esercitare entrambe le funzioni con riguardo allo stesso atto era tale da ingenerare dubbi circa l'"imparzialità strutturale" dell'istituzione.

Nella successiva decisione *McGonnell*, del 2000, invece, la Corte lascia cadere ogni valutazione su tale profilo più generale, accentuando la necessità di considerare le concrete circostanze del caso ed affermando di non poter valutare in astratto la compatibilità di un determinato modello organizzatorio con la Convenzione.

Essa, piuttosto, continua ad attenersi ai criteri già indicati, riaffermando che non ci può essere coincidenza tra le persone fisiche incaricate dei due diversi compiti; e, in questo caso, applica tale principio in modo molto rigoroso. La fattispecie concreta all'esame viene, infatti, sanzionata come violazione dell'art. 6 della CEDU poiché nel caso in questione il giudice era la medesima persona fisica che aveva preso parte – in veste consultiva – al procedimento di adozione di un atto preliminare rispetto a quello della cui legittimità è stato poi chiamato a giudicare.

4. La decisione *Kleyn*

In occasione della sentenza *Kleyn*, invece, la Corte, come si è già anticipato, sembra fare un passo indietro o, comunque, dare un brusca frenata, pur senza rinnegare alcuno dei principi già espressi nelle precedenti decisioni.

Innanzitutto, esprime in termini molto netti il proprio rifiuto di valutare astrattamente la compatibilità con l'art. 6 CEDU della struttura dell'istituzione, affermando che, benché il principio della separazione dei poteri (con riguardo ai rapporti tra potere politico di governo e magistratura) abbia un ruolo di rilievo ed una crescente importanza nella stessa giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo, tuttavia la Convenzione non impone agli Stati l'adozione di una determinata concezione dei rapporti tra poteri e che la Corte deve pertanto limitarsi a valutare le circostanze del singolo caso, riprendendo alcune considerazioni soltanto accennate nella decisione *McGonnell*.

Ma, soprattutto, in questa occasione, la Corte accompagna tale espressione di principio con una lettura del caso concreto assai più "benevola" nei riguardi dell'organismo giudicante di quanto non avesse fatto nei precedenti citati, negando che si fosse verificata una violazione dell'art. 6.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

La situazione al suo esame (per la cui descrizione si fa rinvio a quanto illustrato sopra) viene, infatti, giudicata tale da non destare dubbi obiettivamente fondati sull'imparzialità del giudice, nonostante la coincidenza fisica di un giudice nei due collegi che hanno operato nelle diverse sedi (consultiva e giurisdizionale) sulla base della considerazione che la questione giudicata nelle due diverse vesti non fosse la "medesima": mentre il ricorso in sede giurisdizionale investiva la scelta del percorso della linea ferroviaria, nei suoi aspetti più puntuali, il parere dato in sede consultiva sulla normativa destinata a disciplinare le decisioni sui progetti per tali infrastrutture non aveva affrontato tali questioni di dettaglio.

La Corte, dunque, esclude ogni violazione dell'art. 6, attraverso una lettura molto rigida del concetto di "medesima questione" che essa stessa aveva elaborato nella precedente giurisprudenza.

5. Le opinioni dissenzienti

L'adozione di una tale interpretazione restrittiva ha, tuttavia, creato qualche contrasto all'interno della stessa Corte: mentre entrambe le precedenti sentenze *Procola* e *McGonnell* erano state adottate all'unanimità, nel caso *Kley* la decisione è stata assunta con 12 voti favorevoli e 5 contrari.

Nelle opinioni dei giudici dissenzienti si sottolinea, in particolare (v. soprattutto l'opinione dei giudici Thomassen e Zagrebelsky), che laddove non esista una chiara separazione di funzioni all'interno dello stesso organismo, occorre effettuare uno scrutinio particolarmente rigoroso, diversamente da quanto deciso dalla maggioranza, circa l'imparzialità obiettiva del Collegio decidente (anche con riguardo alla circostanza che, come è noto, secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, è particolarmente importante che il giudice appaia imparziale ed ispiri fiducia in chi è sottoposto al suo giudizio).

In una delle due opinioni dissenzienti (quella dei giudici Tsatsa-Nikolovska, Straznickà e Ugrekhelidze), si va anche oltre, stigmatizzando in termini più generali la commistione tra funzioni giurisdizionali e quelle di governo in capo ai medesimi organi ed auspicando, come la soluzione in assoluto più efficace per rimuovere qualsiasi dubbio sull'imparzialità di questi, la separazione netta tra le due funzioni.

6. La situazione italiana

In Italia, com'è noto, la compresenza di funzioni consultive e giurisdizionali riguarda sia il



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Consiglio di Stato che la Corte dei Conti. Per entrambi gli organi, peraltro, tale assetto è fissato direttamente dalla Carta costituzionale.

Nonostante la spaccatura che è emersa in seno alla Corte sul tema, deve oggi ritenersi che la scelta di siffatto modello non sia in grado di determinare, di per sé, una condanna in sede europea per violazione dell'art. 6 Cedu, non essendovi, secondo le ultime pronunce della Corte di Strasburgo, alcuna incompatibilità con l'art. 6 della Cedu rispetto a tale scelta, considerata in astratto (e, del resto, l'opposta conclusione avrebbe riflessi di non poco conto sull'organizzazione di diversi Stati aderenti).

Resta, però, l'esigenza di garantire che non vi sia coincidenza tra i giudici-persone fisiche chiamati a rendere i pareri e quelli facenti parte dei collegi incaricati di definire i contenzioni in sede giurisdizionale sulle medesime questioni.

Il rispetto di tale garanzia "minima" potrebbe, in effetti, in alcuni casi non essere sempre assicurato, benché non risulti che, concretamente, il problema si sia mai posto.

Per quanto riguarda il Consiglio di Stato, ad esempio, qualche difficoltà potrebbe nascere dalla circostanza che il nuovo codice del processo amministrativo (emanato con d.lgs. 2.7.2010, n. 104) ha abrogato il caso speciale di astensione un tempo previsto dall'art. 43, comma 2, del t.u. delle leggi sul Cons. St., il quale espressamente stabiliva il divieto di prendere parte alle decisioni in sede giurisdizionale per i magistrati che avessero concorso a dare parere, nella sezione consultiva del Consiglio di Stato, sulla questione oggetto del ricorso. La fattispecie, invero, potrebbe dirsi oggi confluita nella fattispecie di astensione obbligatoria di cui all'art. 51, n. 4 c.p.c. (alle norme processual-civilistiche fa, infatti, rinvio l'art. 17 del codice del processo amministrativo per la determinazione delle cause di astensione e ricusazione), nella parte in cui prevede che debba astenersi il giudice che abbia "dato consiglio" nella causa.

Resta il problema di stabilire, in concreto, quando si tratti della stessa causa. Ma si tratta del medesimo nodo interpretativo cui si è trovata a far fronte la Corte Europea dei diritti dell'uomo (adottando, peraltro, orientamenti assai diversi nella decisione *Kleyn* rispetto a quanto accaduto nella precedente causa *McGonnell*). Ma forse, considerata la delicatezza del tema, sarebbe stato più opportuno lasciare in vigore lo specifico caso di astensione già esistente.

Inoltre, la non coincidenza delle persone fisiche chiamate a decidere nelle due sedi non sembra poter essere in nessun caso garantita laddove a rendere il parere sia l'Adunanza Generale del Consiglio di Stato, composta dalla totalità dei magistrati in servizio presso il Consiglio di Stato (come potrebbe accadere su richiesta della sezione consultiva per gli atti normativi o del Presidente, in base alla disciplina prevista dall'art. 17, comma 28, della legge n. 127 del 1997). Qualora, ad



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

esempio, venisse impugnato un atto regolamentare sul quale abbia espresso il proprio parere tale consesso si troverebbero necessariamente a giudicare della sua legittimità magistrati che hanno già conosciuto del medesimo atto e che su di esso si sono già pronunciati in sede consultiva.

Le possibilità che si verificano occasioni di possibile "prevenzione" da parte dei giudici sembrano, poi, oggi aumentate, con la scelta, introdotta dall'art. 54 del d.l. n. 25.6.2008, n. 112 (convertito in legge 6.8.2008, n. 133), di eliminare la ripartizione rigida delle funzioni consultive e giurisdizionali tra le varie sezioni del Consiglio di Stato (le prime tre con funzioni consultive, le altre con funzioni giurisdizionali) a favore di una ripartizione "flessibile", destinata a mutare ogni anno su determinazione del Presidente del Consiglio di Stato, il quale, sentito il Consiglio di Presidenza, con proprio provvedimento, individua quali sezioni svolgono un tipo di funzioni e quali l'altro.

Precedenti giurisprudenziali

Corte eur. dir. uomo, sentenza *Procola v. Luxembuorg*, del 28 settembre 1995

Corte eur. dir. uomo, sentenza *McGonnell v. United Kingdom*, del 8 febbraio 2000

Riferimenti bibliografici

A. Proto Pisani, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, in *Foro It.*, 2001, V, 26 ss.

S. Giacchetti, *Bicamerale e giurisdizione amministrativa*, in *Cons. St.*, 1997, II, 1011

S.P. Panunzio, *Il ruolo della giustizia amministrativa in uno Stato democratico. Osservazioni sul caso italiano*, in V. Parisio (a cura di), *Il ruolo della giustizia amministrativa in uno stato democratico*, Milano 1999, 71 ss.

U. Allegretti, *Giustizia amministrativa e principi costituzionali*, in *Amministrare*, 2001, 200 ss.

C. Calabrò, *Il giusto processo e la scommessa del nuovo diritto amministrativo*, Relazione al Convegno *Art. 111 Costituzione: rivoluzione dell'ordinamento?*, pubblicata sul sito internet www.giustizia-amministrativa.it

R. Romboli, nota alla sentenza *Kleyn*, in *Foro It.*, 2004, IV, 565 ss.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

C. Calvieri, *Giustizia amministrativa e Stato democratico: il conflitto endemico. Appunti e riflessioni su di uno scritto di Sergio Panunzio*, in F. Cerrone- M. Volpi (a cura di), *Sergio Panunzio. Profilo intellettuale di un giurista*, Napoli 2007, 335 ss.

S. Lariccia, *Indipendenza dei giudici amministrativi e unità della giurisdizione*, in F. Cerrone- M. Volpi (a cura di), *Sergio Panunzio. Profilo intellettuale*, cit., 159 ss.

(1.2.2011)



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Fisco e diritti

- - Giusto processo tributario
 - . Cedu e Processo Tributario
 - . Giurisprudenza interna e Processo Tributario

- - Giusto procedimento tributario
 - . Cedu e Procedimento Tributario
 - . Giurisprudenza Interna e Procedimento Tributario



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

- Sezione:** **Fisco e diritti** – Giusto processo tributario – CEDU e processo tributario
- Titolo:** *Può il processo tributario essere "giusto"?*
- Autore:** **SIMONE FRANCESCO COCIANI (*)**
- Sentenza di riferimento:** Corte EDU, Camera Grande, 12 luglio 2001 (ricorso n. 44759/98) *Ferrazzini c. Italia*
- Parametro convenzionale:** art. 6 par. 1
- Parole chiave:** Processo tributario, eccessiva durata del processo

Con ricorso presentato alla Corte CEDU il 26 febbraio 1998, il sig. Ferrazzini, cittadino italiano, deducendo la violazione dell'art. 6, par. 1 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ha sollevato la questione dell'eccessiva durata di tre procedimenti tributari nei quali era stato parte in causa. Il 18 maggio 2000, la sezione cui era stato assegnato il procedimento ha dichiarato la propria incompetenza, rimettendo la causa alla Camera Grande.

La controversia ha preso le mosse da alcuni atti, posti in essere dal ricorrente, di conferimento di beni, anche immobili, in favore di una società a responsabilità limitata, avente ad oggetto l'esercizio dell'attività di agriturismo, della quale il ricorrente possedeva quote di controllo. La società aveva chiesto di poter beneficiare di un'agevolazione nell'applicazione dell'aliquota di alcune imposte sul trasferimento di proprietà, conformemente ad una disposizione legislativa interna a suo avviso applicabile, versando all'erario i relativi importi.

Il 31 agosto 1987, l'amministrazione finanziaria notificava al ricorrente un avviso di accertamento ritenendo che il valore dei beni trasferiti alla società non fosse stato calcolato conformemente alle disposizioni in tema di INVIM (imposta sull'incremento del valore degli immobili), liquidando così la maggiore imposta dovuta ed irrogando le relative sanzioni. Il 16 novembre 1987, poi, l'amministrazione notificava alla società (altri) due avvisi di accertamento in quanto quest'ultima non poteva beneficiare della riduzione dell'aliquota dell'imposta in discorso.

Quanto al primo atto, il 14 gennaio 1988 il ricorrente proponeva ricorso per ottenerne l'annullamento. Con comunicazione del 23 febbraio 1998, la Commissione Tributaria informava dell'avvenuta fissazione dell'udienza di discussione per il successivo 21 marzo 1998, data rispetto alla quale la causa veniva cancellata dal ruolo per avere l'amministrazione nel frattempo aderito alle osservazioni del ricorrente. Quanto agli altri due atti, il 15 gennaio 1988 il Ferrazzini, a suo nome, proponeva due ricorsi per i quali, con comunicazioni del 20 marzo 1998, la Commissione Tributaria informava della fissazione delle udienze per il



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

successivo 9 maggio 1998, poi rinviate al 24 aprile 1999. Con sentenze depositate in cancelleria il 16 luglio 1999, la Commissione Tributaria rigettava entrambi i ricorsi, in quanto i beni trasferiti non potevano essere considerati tipici di una società agricola.

Attivando il procedimento avanti alla Corte CEDU, il ricorrente sosteneva che la vicenda giudiziaria sopra riassunta fosse stata caratterizzata da una durata eccessivamente prolungata.

Il Governo sosteneva, in via preliminare, l'inammissibilità del ricorso, non ritenendo l'art. 6 CEDU

applicabile al processo tributario, individuato invece quale branca del diritto pubblico non rientrante nel diritto penale e, a maggior ragione, non facente parte nemmeno delle obbligazioni di carattere civile.

La Corte, ritenendo che tale motivo ponesse delle questioni particolarmente complesse non liquidabili in sede di vaglio preliminare sull'ammissibilità della causa, decideva di trattare l'argomento assieme al merito dichiarando perciò il ricorso ammissibile.

Quanto alla branca dell'ordinamento giuridico da individuare come "contenitore" del diritto tributario ai fini dell'esame dell'applicabilità dell'art. 6 CEDU, concordando le parti che la questione devoluta non riguardasse un'accusa in materia penale, la Corte si soffermava sulla valutazione dell'assimilabilità ad un'obbligazione di carattere civile, ritenendo la Convenzione uno strumento vivo da interpretare alla luce delle condizioni di vita attuali. Richiamando la propria giurisprudenza, il collegio affermava che la nozione di "diritti ed obblighi di natura civile" non può essere interpretata alla sola stregua dell'ordinamento interno, godendo invece di una propria autonomia. Tuttavia, pur coinvolgendo il procedimento tributario un aspetto indubbiamente patrimoniale, questo non sarebbe di per sé sufficiente a giustificare l'equiparazione con gli altri istituti di carattere civile. Ciò in quanto, anche a prescindere dalle prestazioni patrimoniali imposte a titolo di sanzione penale, sarebbe dato rinvenire obbligazioni di natura patrimoniale anche nei confronti dello Stato o di altri soggetti pubblici che non possono essere ricomprese nella nozione di obblighi di carattere civile, come in caso di adempimento di doveri civici imposti dalla società democratica. Più in particolare, quanto alla materia fiscale, le evoluzioni verificatesi nella società non sarebbero tali da intaccare i caratteri essenziali di branca dell'ordinamento facente parte del "nocciolo duro" delle prerogative della potestà pubblica, ciò malgrado le conseguenze patrimoniali che il relativo contenzioso inevitabilmente determina. Pertanto, pur ritenendo il ricorso ammissibile, la Corte, con otto voti contro sei¹, giudicava l'art. 6 par. 1 CEDU non applicabile alla fattispecie e respingeva il ricorso.

¹ Sul punto specifico, più in particolare, vale senz'altro la pena precisare che - secondo la *dissenting opinion* del Giudice Lorenzen resa nell'ambito della sentenza in rassegna - l'obbligo di pagare le tasse colpisce direttamente e in modo sostanziale gli interessi patrimoniali dei cittadini e che, in una società democratica, l'imposizione di tasse si fonda sull'applicazione di regole di diritto e non sulla discrezionalità. Con il che l'art. 6 deve quindi applicarsi anche a tali controversie, a meno che non siano ravvisabili speciali circostanze che possano giustificare la conclusione che il dovere di pagare le tasse non deve essere considerato "civile" ai sensi dell'art. 6, par. 1, della Convenzione.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

In seguito all'approvazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali², una delle prime discussioni che hanno animato il dibattito giurisprudenziale e dottrinale è da subito stata quella della rilevanza di alcune disposizioni in ambito tributario. Più in particolare, molto discusso, ed a tutt'oggi privo di una soluzione definitiva, quanto meno in giurisprudenza, è stato il problema dell'applicabilità ai rapporti di matrice tributaria del diritto ad un processo equo e di durata ragionevole, di cui all'art. 6³.

Ça va sans dire, poi, che la questione non concerne solo tale aspetto, ma solleva anche quesiti intorno l'applicabilità al diritto tributario, non solo processuale ma anche sostanziale (*rectius*: procedimentale), di altri diritti fondamentali tutelati dalla Convenzione.

La sentenza in esame, pur lungi dal rappresentare un approdo sul lido della pienezza della tutela in favore del cittadino-contribuente, riveste una particolare importanza in quanto sembra portare con sé le prime incrinature rispetto alla monolitica superficie dell'orientamento giurisprudenziale "tradizionale" che, per parte sua, e fino ad allora, aveva visto l'affermazione di un'impostazione per così dire minimalista (*rectius*: negatoria) in tema di possibilità di accordare al cittadino-contribuente le particolari garanzie in discorso nelle ipotesi di lite con il fisco. Difatti, proprio la *dissenting opinion* resa nell'ambito della sentenza Ferrazzini è quanto mai espressiva di una maturazione che, successivamente, si è resa via via sempre più evidente.

² Roma, 4 novembre 1950, esecutiva in Italia con L. 4 agosto 1955 n. 848, in *Gazz. Uff.*, 24/09/1955, n. 221

³ Si riporta il contenuto dell'art. 6 nel testo attualmente in vigore: "**Articolo 6 Diritto a un equo processo**
1 Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia.

2 Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata.

3 In particolare, ogni accusato ha diritto di:

a essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico;

b disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa;

c difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia;

d esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico;

e farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza.", in http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/0D3304D1-F396-414A-A6C1-97B316F9753A/0/ITA_CONV.pdf



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Pertanto, si ritiene opportuno segnalare tale pronuncia assegnando alla medesima il ruolo, anche se non previsto dagli stessi estensori, di "punto di svolta" in un, ancora ipotetico e tutto da verificare, ideale percorso di progressiva estensione delle garanzie convenzionali alla materia tributaria.

La Corte, nell'esaminare insieme col merito la questione preliminare sollevata dal Governo riguardo all'inammissibilità del ricorso, ha dapprima passato in rassegna le principali pronunce⁴ che hanno dato corpo all'impostazione per la quale il processo tributario resterebbe escluso dalle garanzie di cui all'art. 6 e, infine, ha concluso per l'inapplicabilità al caso di specie dell'art. 6, par. 1 della Convenzione. Ciò in quanto, avendo tutte le parti convenuto che il nodo centrale della vicenda non riguardasse sicuramente una "accusa penale", nonostante che la lite concernesse una questione con conseguenze evidentemente patrimoniali, la stessa sarebbe comunque sicuramente da ascrivere alla materia del diritto pubblico, ed anzi a quel "nocciolo duro" delle prerogative dello Stato-soggetto che non ne permette la sussunzione nella categoria dei "diritti ed obblighi di carattere civile" ed, anzi, legittima addirittura la compressione di quelli che, almeno nelle altre branche del diritto pacificamente coperte dalle garanzie convenzionali, vengono ormai considerati diritti fondamentali del cittadino.

Fin qui, nulla di nuovo sotto il sole.

Cionondimeno – come accennato – è dato rinvenire nella parte motiva dell'arresto in esame delle espressioni, degli "accenni" ad una, seppur timida e – forse soprattutto – inconsapevole, apertura che, letta assieme alla *dissenting opinion* del Giudice Lorenzen, sembra poter legittimare le speranze di una progressiva evoluzione dell'interpretazione del testo convenzionale nella materia *de qua*. Il Collegio ha, infatti, chiaramente affermato che *"La Convenzione è [...] uno strumento vivo che deve essere interpretato alla luce delle condizioni di vita attuali [...] e la Corte è chiamata a verificare, considerati i cambiamenti intervenuti nella società [...], se il campo di applicazione dell'art. 6 par. 1 deve o meno essere esteso [...]"*⁵. Già in precedenti occasioni la Corte aveva ricondotto all'ambito di applicazione dell'art. 6 alcune contestazioni tra cittadini e P.A. che, seppur soggette al diritto pubblico in base alla normativa interna del paese chiamato in causa innanzi ai Giudici di Strasburgo, sono state nondimeno fatte rientrare nell'ambito dell'operatività dell'art. 6 sotto il profilo "civile", in quanto l'esito del contenzioso si dimostrava determinante per diritti ed obblighi di natura privata. Ciò, peraltro, determina il riconoscimento del principio, già utilizzato in occasione di pronunce vertenti su materie diverse, dell'irrelevanza in linea di principio della natura pubblica di una delle parti della controversia o della matrice della legislazione applicabile in materia. Di conseguenza, non si tratterebbe solo delle ipotesi in cui la P.A. agisce *iure privatorum*, ma anche delle ipotesi in cui la stessa, agendo in base a poteri di imperio conferiti dalla

⁴ Cfr. le sentenze riportate nella sezione bibliografica della presente scheda.

⁵ Corte CEDU, 12 luglio 2001, Ferrazzini c./ Italia, par. 26.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

legislazione di natura pubblicistica, intervenga con atti e comportamenti in grado di incidere direttamente su situazioni soggettive di origine privata⁶.

Nonostante il carattere "vivo" e dinamico della Convenzione, stando al livello attuale dei rapporti tra cittadino-contribuente ed amministrazione fiscale, e la circostanza che l'obbligo di contribuire alle pubbliche spese posseda indubabilmente una sostanziale rilevanza patrimoniale, secondo i Giudici (o la maggioranza di essi) è la natura essenziale dell'obbligazione in esame a fuoriuscire dalla tutela accordata dalla Convenzione, predominando il carattere "pubblico" del rapporto tributario tra Stato e contribuente.

Le tradizionali conclusioni, confermate e fatte proprie dal Collegio con la sentenza in esame, tuttavia, non scoraggiano, anzi rafforzano, l'opinione secondo la quale, allo stato attuale dei rapporti sociali, politici ed economici, le garanzie fondamentali enucleate dalla Convenzione in tema di "giusto processo" non possono essere applicate "a singhiozzo", solo sulla base dei caratteri della situazione dedotta in giudizio o per via della natura di una delle parti in causa, dovendosi piuttosto esprimere la convinzione che queste (garanzie) rappresentino ormai un patrimonio incompressibile dell'individuo che ne "certifica" il passaggio effettivo e non solo formale dalla condizione di "suddito" (quale soggetto pressoché inerme di fronte alla potestà della mano pubblica ancora fino ai tempi, pur recenti, che hanno visto la nascita delle moderne codificazioni sui diritti umani) a quella di "cittadino" non a servizio ma quale fine verso il quale si deve rivolgere l'attività dello Stato.

Come anche sostenuto nella *dissenting opinion* del Giudice Lorenzen, la "necessità" di accordare una tutela piena in ambito processuale al cittadino, anche inteso come contribuente, è ormai evidente e potrebbe essere soddisfatta, argomentando in base alla mancata precisa definizione nel testo pattizio della locuzione "diritti ed obblighi di carattere civile", estendendo la tutela dell'art. 6 par. 1 a tutte le controversie in cui si discuta di una condotta dell'autorità pubblica determinante per la situazione giuridica di una persona privata, elevando così la nozione di "carattere civile" al rango di valvola di chiusura che permette di tutelare tutti gli aspetti in cui non sia coinvolta una questione di carattere penale.

In conclusione, nell'ordinamento giuridico proprio dei moderni stati democratici occorre senz'altro distinguere la posizione (e la funzione) dello Stato-ordinamento che, a sua volta, presuppone l'esistenza e il riconoscimento di un interesse fiscale alla (giusta) imposizione e alla sollecita riscossione dei tributi come condizione di esistenza della stessa collettività organizzata⁷, dalla posizione dello Stato-persona (*id est*: amministrazione finanziaria), la cui funzione altro non è che dare corretta (ed imparziale) attuazione alla legge; tant'è che – come noto – il potere amministrativo del fisco di attuare la norma tributaria è tipicamente vincolato. L'amministrazione finanziaria, infatti, non esercita più un potere sovrano (espressione questo della supremazia dello Stato sul contribuente-suddito), essa attende semplicemente ad

⁶ Nonostante tale affermazione di principio, la Corte ha sottolineato che alcuni diritti di matrice pubblicistica per l'ordinamento di provenienza sono tali anche ai fini della Convenzione e pertanto i rapporti cui danno luogo non sono riconducibili al concetto di "civile" di cui all'art. 6.

⁷ Il riferimento al principio di solidarietà emerge quindi in tutta la sua evidenza.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

una funzione: appunto quella di dare corretta e imparziale attuazione – secondo il principio di legalità della relativa azione amministrativa – alla norma tributaria che, a sua volta, per essere tale deve necessariamente essere “giusta”, cioè conforme al principio della capacità contributiva.

Da quanto sopra – come pure osservato⁸ – consegue necessariamente che il processo tributario non è la prosecuzione, in sede contenziosa, del procedimento amministrativo d'imposizione (rispetto al quale procedimento, peraltro, la stessa Corte CEDU ha successivamente fatto ulteriori aperture⁹), esso altro non è che la sede (giurisdizionale¹⁰ appunto) ove – secondo la più classica tripartizione dei poteri – si verifica la legalità e la correttezza dell'imposizione e quindi, come tale, merita il normale *standard* di garanzie proprie di qualsivoglia processo che voglia dirsi tale.

Precedenti in tema:

1. Corte CEDU, 28 giugno 1978, Konig vs. Repubblica federale di Germania;
2. Corte CEDU, 8 luglio 1987, Baraona vs. Portogallo;
3. Corte CEDU, 26 marzo 1992 Editions Périscope vs. Francia;
4. Corte CEDU, 21 ottobre 1997, Pierre-Bloch vs. Francia;
5. Corte CEDU, 9 dicembre 1994, Schouten e Meldrum vs. Paesi Bassi;

Riferimenti bibliografici:

1. A.A. FERRARIO, *La Convenzione europea dei “diritti dell'uomo” ed il diritto tributario*, in *Dir. prat. trib.*, 2002, II, pp. 227 e ss., nota a Corte CEDU, 12 luglio 2001, Case of Ferrazzini vs. Italian Republic;
2. P. VAN DER BROEK, *Taxation and the European Convention on Human Rights* in *European taxation*, 1985, vol. 25, n. 12, 344 e ss.;
3. S. FROMMEL, *The European Court of Human Rights and the right of the Accused to Remain silent: can it be invoked by taxpayers?*, in *British tax review*, 1994, 598-634;
4. M. GREGGI, *Giusto processo e diritto tributario europeo: applicazioni e limiti del principio (il caso Ferrazzini)*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2002, 529 e ss.;
5. F. GALLO, *Verso un giusto processo tributario*, in *Rass. Trib.*, 2003, 11 e ss.;
6. P. RUSSO, *Il giusto processo tributario*, in *Rass. Trib.*, 2004, 11 e ss.;
7. G. TESAURO, *Giusto processo e processo tributario*, in *Rass. Trib.*, 2006, 11 e ss.;
8. A. MARCHESELLI, in AA.VV., *Giusto processo e riti speciali*, Giuffrè, Milano, 2009, 322-333;
9. L. DEL FEDERICO, *I principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo in materia tributaria*, in *Riv. dir. fin. e sc. fin.* 2010, 206 ss.

⁸ Cfr. L. DEL FEDERICO, *I principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo in materia tributaria*, in *Riv. dir. fin. e sc. fin.* 2010, 206 ss., 213.

⁹ Cfr. Corte Cedu, sent. 21 febbraio 2008, Ravon vs. Francia, già oggetto di commento all'interno della presente progetto di ricerca.

¹⁰ Difatti, anche secondo l'etimologia, la giurisdizione altro non è che lo *ius dicere*.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

(*) L'autore intende ringraziare il Dott. Pietro Frascarelli per la collaborazione prestata nell'organizzazione dei materiali e nella ricerca bibliografica e giurisprudenziale.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Sezione: **Fisco e Diritti** – Giusto processo tributario – Giurisprudenza – CEDU e processo tributario

Titolo: *Sanzioni tributarie e garanzie processuali*

Autore: **SIMONE FRANCESCO COCIANI (*)**

Sentenza di riferimento: Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Adunanza Plenaria (Pres. Costa), 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandie* (requête n. 73053/01)

Parametro convenzionale: Art 6 § 1

Parole chiave: Processo tributario, udienza pubblica, sanzioni tributarie, sanzioni amministrative e sanzioni penali

Nell'ultimo scorcio del 2006 la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è tornata, ancora una volta, sul tema dell'applicabilità dell'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione (diritto ad un processo equo) ai processi che vedono il cittadino contrapposto al fisco.

La controversia si è originata dal recupero di maggiore imposta e maggiorazioni d'imposta (sanzioni) operato da parte dell'Ufficio dell'Amministrazione finanziaria di Hame nei confronti di un cittadino a motivo di errori nella dichiarazione IVA. Il relativo provvedimento ha dato origine ad un contenzioso avanti la magistratura amministrativa finlandese (Tribunale Amministrativo in primo grado e Tribunale supremo amministrativo in grado di appello) nel corso del quale il ricorrente, nonostante la concessione della facoltà di depositare memorie scritte a confutazione delle deduzioni proposte dall'ufficio, ha esplicitamente domandato che fosse celebrata un'udienza orale pubblica ove potessero essere sentiti sia i funzionari che avevano provveduto ad effettuare le ispezioni sia un proprio consulente tecnico.

Il rigetto, sia in primo grado che in appello, di tale istanza è stato posto come motivazione della devoluzione del caso alla Corte di Strasburgo, avanti alla quale il ricorrente ha lamentato la violazione dell'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione.

In primo luogo, la Corte riteneva di dover risolvere la questione dell'applicabilità di tale disposizione al procedimento di irrogazione di sanzioni tributarie in generale ed al caso di specie.

Sul primo profilo la Corte, inizialmente ripercorrendo i propri precedenti, affermava che l'accertamento dell'imposta e l'applicazione della sovrattassa (*rectius*: sanzione amministrativa) non rientrano nella previsione operata dall'art. 6 in punto di giudizi che abbiano ad oggetto diritti ed obblighi di carattere civile. Il Collegio riteneva, però, di proseguire nell'esame della questione valutando se la stessa potesse essere considerata come avente ad oggetto un'accusa penale sulla



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

base della medesima disposizione da ultimo richiamata e definendo il significato che il concetto di "penale" assume alla luce della Convenzione. Proponendo un'applicazione dei parametri enucleati in pronunce precedenti e tra loro non conformi, l'Adunanza Plenaria componeva gli orientamenti contrastanti ritenendo che la considerazione della sola misura ridotta della sanzione tributaria non potesse essere ritenuto elemento sufficiente per negare alla medesima le qualità assimilabili alle conseguenze minacciate in caso di reato. Così argomentando, la Corte prescriveva che la necessaria verifica dell'assimilabilità della sanzione tributaria a quella penale dovesse essere effettuata attraverso l'applicazione degli altri due parametri già enucleati nel precedente Engel.

In tal modo, quanto al caso di specie, mentre da una parte veniva riconosciuto come non soddisfatto il requisito dell'appartenenza al sistema penale dell'ordinamento giuridico di provenienza, dall'altra parte veniva giudicato prevalente il criterio secondo il quale le sanzioni irrogate al contribuente sono previste da disposizioni generali ed astratte e sono dotate di quella finalità punitiva e deterrente nei confronti dei trasgressori che è caratteristica preminente delle conseguenze scaturenti da reato.

Senza valutare altro, la Corte riteneva quindi che ciò, solo, potesse determinare la natura penale dell'offesa e la conseguente applicabilità alla fattispecie concreta dell'art. 6 della Convenzione.

Stabilita l'applicabilità dell'art. 6 CEDU al caso sottoposto all'attenzione, l'Adunanza Plenaria procedeva poi alla verifica della conformità al dettato convenzionale del procedimento di irrogazione delle sanzioni adottato nel caso concreto. Nonostante quanto esplicitamente contenuto nella disposizione di riferimento, il Collegio affermava che l'obbligo di tenere un'udienza pubblica non è da intendersi come assoluto. Ciò accadrebbe quando il giudizio non verta sulla credibilità di testimoni o quando non ci siano fatti contestati che necessitino di un'udienza, o ancora quando le Autorità nazionali pongano in maggiore considerazione le esigenze di efficienza ed economia del giudizio in materie come l'ordine pubblico. Onde valutare la doverosità della celebrazione dell'udienza pubblica, la Corte predicava di tenere in considerazione i principi di ragionevolezza e correttezza, immanenti nell'art. 6.

Dunque, (almeno) per quanto riguarda il caso di specie, La Corte non riconosceva che il tema delle maggiorazioni d'imposta (sanzioni tributarie) potesse rientrare nel "nocciolo duro" della materia penale nei confronti del quale le previsioni dell'art. 6 CEDU, invece, debbono trovare un'applicazione rigorosa. Ancora, il Collegio considerava preminente, sia sotto il profilo quantitativo, sia dal punto di vista delle analisi delle intenzioni processuali del ricorrente, l'importanza rivestita dal procedimento di applicazione del tributo e dall'analisi della correttezza dell'operato dell'Amministrazione finanziaria in punto di validità dell'accertamento tributario che, come tale, fuoriesce dall'applicazione dell'art. 6.

Per tali motivi, per quattordici voti a tre, la Corte concludeva per il rigetto del ricorso.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Lo stato dell'elaborazione giurisprudenziale da cui questa decisione prende le mosse è quello cristallizzato dalla nota sentenza resa dalla Corte EDU sul caso Ferrazzini, per cui l'art. 6 della Convenzione non veniva ritenuto applicabile alla materia tributaria¹.

A cinque anni da quella pronuncia, la Corte, in adunanza plenaria, ha tuttavia manifestato una nuova sensibilità verso il problema, suscettibile – in futuro – di più dirompenti sviluppi, come peraltro alcune *dissenting opinions* lasciano intravedere.

Infatti, la Corte ha esplicitamente stabilito l'applicabilità dell'art. 6 CEDU ogni volta in cui il giudizio verta sul recupero dell'imposta (verosimilmente evasa), purché in connessione con questioni attinenti all'irrogazione di sanzioni per quella violazione sostanziale ed indipendentemente dalla misura e dalla natura pecuniaria della sanzione irrogata.

Per motivare le conclusioni adottate, la Corte, fermo restando quanto enunciato nel precedente Ferrazzini – nell'ambito del quale era stata esclusa la copertura offerta dall'art. 6 della Convenzione alla più generale materia tributaria in quanto non ritenuta ricompresa nell'alveo dei "diritti ed obblighi di carattere civile" – si sofferma sulla natura punitiva propria anche delle sanzioni amministrative tributarie per assimilare queste alle "accuse in sede penale" quale espressione paradigmatica di una "categoria sanzionatoria *lato sensu* intesa", alla quale – invece – la garanzia in parola pacificamente si estende tenuto conto della innegabile (ed omogenea) funzione afflittiva².

La Corte prende quindi le mosse dal mancato accoglimento dell'insieme delle sanzioni tributarie – e, più genericamente ancora, di quelle amministrative – già enunciato nel precedente Ferrazzini, ma procede poi ad esaminare le conseguenze che sorgono dall'esame della funzione delle sanzioni amministrative tributarie.

La parte dell'elaborazione che costituisce il nocciolo della pronuncia in rassegna investe dunque l'interpretazione assegnata alla nozione di "accuse di natura penale" ai sensi dell'art. 6 CEDU. Tale concetto, nella valenza autonoma³ acquisita nell'"ordinamento convenzionale", non coincide con quello valevole nei diversi ordinamenti nazionali, arrivando a comprendere anche *altri* provvedimenti di natura altrimenti afflittiva. In questa seconda prospettiva, il concetto di "accusa di carattere penale" si presenta ricco di nuove prospettive di applicazione, anche alla materia

¹ Per un breve commento alla sentenza Ferrazzini v. questo stesso sito.

² Variando unicamente variare il tipo di risposta dell'ordinamento, potendo consistere nella privazione della libertà personale ovvero nell'obbligo di pagamento di una somma di denaro.

³ Si ritiene opportuno rinviare ad altra sede l'esame della potestà, ormai consolidata e pacificamente accettata, che la Corte si è attribuita nell'enucleare la portata dei concetti espressi dalla Convenzione, anche in rapporto alla valenza che i medesimi concetti ed istituti possiedono nell'ambito degli ordinamenti nazionali dei Paesi contraenti.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

tributaria, arrivando – forse – a poter sostituire la mancata tutela accordata al contribuente nell'ambito degli "obblighi di carattere civile"; ciò con riferimento sia alle sanzioni pecuniarie di cui al D.Lgs. 471/1997, sia alle altre sanzioni disciplinate dalla normativa speciale tributaria sia, ancora, alle sanzioni c.d. "improprie" in cui la prestazione imposta al contribuente prescinde da un immediato ed intelligibile indice di capacità contributiva innestandosi invece su una condotta irregolare nella determinazione del debito tributario.

"Aggiustando il tiro" rispetto alla ricostruzione proposta in alcuni precedenti⁴, la Corte ha affermato che un'accusa (*rectius* una sanzione) possa essere considerata "penale" ai sensi dell'art. 6 della Convenzione a prescindere dall'entità della medesima, ma avendo riguardo alla finalità punitiva e non risarcitoria della prestazione pecuniaria imposta, escludendo che la natura tributaria della violazione possa evitare il sindacato sulla base della disposizione da ultimo citata, pur in considerazione della specialità della materia in questione per la vita degli Stati. Secondo il Collegio, pertanto, ogni volta che una sanzione abbia una funzione che vada oltre le mere esigenze compensative del ritardato pagamento dell'imposta dovuta, allora è innegabile la sua valenza afflittiva, dalla quale discendono due conseguenze: i) la necessità della verifica che il controllo giurisdizionale sull'irrogazione della medesima sia svolto secondo i modi e le forme più garantistici previsti dalla Convenzione; ii) l'irrilevanza, ai fini ora accennati, di qualsiasi eccezione basata sulla scarsa entità della sanzione stessa.

In definitiva, quello che pare opportuno sottolineare in relazione all'arresto giurisprudenziale ora in rassegna, è che da esso – al di là del (deludente) dispositivo – sembrano poter discendere rilevanti future conseguenze: difatti non sembra più possibile postularsi il diritto ad un processo giusto nel (solo) caso in cui il giudizio abbia ad oggetto sanzioni, agevolazioni e/o rimborsi di imposta e, invece, negare tale garanzia in tutte le altre ipotesi in cui siano coinvolti interessi, sia patrimoniali ma anche non patrimoniali, comunque connessi ad una posizione del contribuente (o più in generale del cittadino) evidentemente caratterizzata da una qualche soggezione rispetto all'esercizio dei poteri da parte dell'amministrazione fiscale.

⁴ Si vedano le pronunce rese nei casi *Engels at al. vs. Netherlands* (*réquete n. 5100/71*), in occasione della quale la Corte ha proposto la verifica della sussistenza: i) della definizione assegnata nell'ordinamento di appartenenza; ii) di un carattere offensivo della condotta; iii) di un determinato livello di severità della sanzione (con gli ultimi due criteri in applicazione alternativa tra loro) e *Bendenoun vs. République Française* (*réquete n. 12547/86*), in cui invece veniva richiesta la verifica dei requisiti di generalità della norma impositiva della sanzione medesima e di assenza di finalità compensativa per le ragioni dell'ente impositore.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Precedenti in tema:

1. Corte EDU, 8 luglio 1987, Case of Baraona Vs. Portugal;
2. Corte EDU, 9 dicembre 1994, Case of Schouten & Meldrum Vs. Netherlands;
3. Corte EDU, 12 luglio 2001, Case of Ferrazzini vs. Italian Republic, con nota di FERRARIO, *La Convenzione europea dei "diritti dell'uomo" ed il diritto tributario*, in *Dir. prat. trib.*, 2002, II, pp. 227 e ss.;
4. Corte EDU, 23 luglio 2002, Case of Janosevic Vs. Sweden;
5. Corte EDU, 23 luglio 2002, Case of Vastberga Taxi Aktiebolag and Vulic Vs. Sweden;
6. Corte EDU, 23 ottobre 2003, Affaire SA Cabinet Diot et SA Gras Sayoye c. République Française;

Profili di diritto interno:

1. Corte Cass., sez. trib., 17 giugno 2004, n. 11350, con nota di DEL FEDERICO, *Il giusto processo tributario: tra art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed art. 111 della Costituzione*, in *Riv. giur. trib.*, 2005, pp. 151 e ss.;

Riferimenti bibliografici:

1. GALLO, *Verso un giusto processo tributario*, in *Rass. trib.*, n. 1/2003, pp. 13 e ss.;
2. RUSSO, *Il giusto processo tributario*, in *Rass. trib.*, n. 1/2004, pp. 14 e ss.;
3. FORTUNA, *Giusto processo tributario e professionalità del giudice*, CEDAM, Padova, 2006;
4. TESAURO, *Giusto processo e processo tributario*, in *Rass. trib.*, n. 1/2006, pp. 22 e ss.;
5. MICELI, *Giusto processo tributario: un nuovo passo indietro della giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, II, 759 e ss.;
6. CARINCI, *La questione fiscale nella Costituzione europea, tra occasioni mancate e prospettive per il contribuente*, in *Rass. trib.*, n. 2/2005, pp. 545 e ss.;
7. PERRONE, *Diritto tributario e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rass. trib.*, n. 3/2007, pp. 675 e ss.;
8. LA SCALA, *Principi del "giusto processo" tra diritto interno comunitario e convenzionale*, in *Riv. dir. trib.*, 2008, IV, pp. 34 e ss.;
9. Blandini: *il giusto processo anche per le liti con il Fisco. L'inaugurazione il Procuratore Generale apre l'anno tributario* in "Il Corriere della Sera", RCS S.p.A., Milano, 1° marzo 2008;
10. ATTARDI, *Il ruolo della Corte europea nel processo tributario*, IPSOA, Milano, 2008;
11. BODRITO ET AL. *Giusto processo e riti speciali*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pp. 319 e ss.

(*) L'autore intende ringraziare il Dott. Pietro Frascarelli per la collaborazione prestata nell'organizzazione dei materiali e nella ricerca bibliografica e giurisprudenziale.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Sezione: **Fisco e diritti** – Giusto procedimento tributario – Giurisprudenza – CEDU e procedimento tributario

Titolo: *Il canone RAI, tra misure di contrasto all'evasione, interesse fiscale e principio di proporzionalità*

Autore: **SIMONE FRANCECO COCIANI (*)**

Sentenza di riferimento: Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. XII (Pres. Tulkens), 31 marzo 2009, *Faccio c. Italia* (ricorso n. 33/04)

Parametro convenzionale: Artt.8 e 10

Parole chiave: Servizio pubblico radiotelevisivo, risoluzione, apposizione dei sigilli, principio di proporzionalità.

Nel 1999 il ricorrente trasmetteva all'Ufficio del registro degli abbonamenti RAI (Radiotelevisione Italiana) una domanda di risoluzione del suo abbonamento al servizio di televisione pubblica. Il 29 agosto 2003, ai sensi dell'art. 10 R.D.L. 21/02/1938 n. 246, la polizia tributaria apponeva i sigilli al televisore del contribuente, imballando l'apparecchio in un sacco di nylon al fine di renderlo del tutto inutilizzabile.

Il cittadino invocava tutela da parte della Corte EDU, sostenendo la violazione degli artt. 8 e 10 della Convenzione, posti a garanzia del suo diritto a ricevere informazioni in uno col diritto al rispetto della vita privata e familiare, in quanto l'apposizione dei sigilli aveva comportato non solo l'impossibilità di ricevere i programmi trasmessi dal servizio radiotelevisivo pubblico, ma anche quelli trasmessi da emittenti private. Inoltre, citando l'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 alla Convenzione, l'attore lamentava la lesione del suo diritto di proprietà, sostenendo che il provvedimento adottato nei suoi confronti non fosse giustificato da ragioni di utilità pubblica.

Il Governo sosteneva, in primo luogo, l'irricevibilità della questione per il mancato esaurimento di tutte le possibilità di tutela accordate al cittadino dall'ordinamento nazionale, con particolare riferimento alla mancata proposizione di un giudizio civile, sottolineando altresì l'orientamento sul tema espresso dalla magistratura ordinaria ed il rigetto della questione di legittimità costituzionale a suo tempo avanzata nei confronti dell'art. 10 R.D.L. 246/1938. Nel merito, pur riconoscendo l'ingerenza nella vita privata del cittadino, il Governo sosteneva poi che l'apposizione dei sigilli fosse proporzionata al diritto dello Stato ad ottenere il finanziamento parziale del servizio pubblico



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

di radio-televisione, evidenziando altresì la natura tributaria di tale prelievo, definito un'imposta dovuta in ragione del possesso di un apparecchio atto a ricevere qualsiasi programma televisivo.

La Corte, che riteneva la questione ammissibile per non aver il Governo dimostrato l'esistenza della possibilità di replicare le questioni sottoposte all'attenzione del collegio sovranazionale in sede interna, rilevava come l'attore avesse omissso di sostenere il motivo basato sul proprio diritto al rispetto della vita familiare, rigettando tale domanda ai sensi dell'art. 35 della Convenzione. Per il resto, pur riconoscendo che l'apposizione dei sigilli all'apparecchio televisivo del ricorrente rappresenta comunque un'ingerenza al diritto del medesimo a ricevere informazioni, la Corte giudicava che tale misura fosse fondata sul legittimo scopo della dissuasione dei contribuenti dal non pagare il canone e dal proporre la risoluzione dall'abbonamento, ritenendo altresì tale misura rispettosa del principio di proporzionalità alla luce della natura fiscale dell'interesse perseguito, sulla scorta della quale era ritenuto legittimo operare una simile compressione dei diritti dei cittadini come più volte ritenuto in precedenti sentenze. In conclusione, nel rigettare – a maggioranza – la domanda del contribuente, la Corte affermava che un sistema che permettesse di vedere solo i programmi trasmessi da emittenti private senza pagare il canone – anche ammettendone la realizzabilità tecnica –, equivarrebbe a privare l'imposta della sua natura di contributo ad un servizio alla collettività, in nessun modo costituente il prezzo pagato quale corrispettivo per la ricezione dei programmi di una determinata emittente.

In questa sede si ritiene utile preliminarmente sottolineare come la controversia avviata dal Faccio avanti alla Corte EDU si sia posta in modo del tutto originale: sia rispetto al contenzioso da tempo sviluppatosi in sede domestica in tema di canone RAI, sia riguardo all'interpretazione resa in argomento da altre istituzioni sovranazionali; ma sia in ogni caso tale da rientrare sicuramente fra le materie regolate dalla Convenzione.

In proposito, vale osservare come quella sul canone di abbonamento ai servizi radiotelevisivi sia una delle leggi istitutive di imposta più longeve e che ha subito nel tempo il minor numero di modifiche. Essa, peraltro, adottata in un periodo in cui il tasso di sviluppo tecnologico era sensibilmente inferiore a quello attuale, in cui i segnali televisivi erano assenti e le comunicazioni radio via etere particolarmente ridotte, non è stata più aggiornata per tener conto dell'evoluzione tecnologica e di costume successivamente intervenute con riferimento agli apparecchi atti a ricevere il segnale radiotelevisivo. E questo – come vedremo più innanzi – potrebbe determinare la necessità di ulteriori interventi da parte della Corte.

Senza ora soffermarsi sulla natura tributaria (e non corrispettiva) del prelievo in discorso, né sul rapporto trilatero tra contribuente, concessionario del pubblico servizio ed erario¹, riteniamo di

¹ Per il cui esame ci limitiamo a indicare i seguenti riferimenti: Corte Cost., 26/06/2002, n. 284, ove è stato affrontato il tema della coerenza di una forma di prelievo di cui è stata (ri)confermata la natura tributaria, annoverandola tra le imposte cd. "di scopo", fondata sul presupposto del solo possesso di un apparecchio radiotelevisivo pur in mutato



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

sottolineare come il caso oggetto della sentenza in rassegna sia stato incentrato sulle conseguenze – in capo al contribuente – degli effetti derivanti dal recesso dal rapporto di abbonamento al servizio di televisione pubblica.

In particolare il ricorrente, nell'avviare il procedimento avanti alla Corte EDU, non contestava la debenza del contributo in quanto tale, ma gli effetti del predetto recesso, nel senso dell'impossibilità di fruire anche di ogni altro servizio radiotelevisivo e dell'impossibilità di utilizzare qualsiasi altro strumento idoneo alla stessa finalità con la conseguente completa e totale lesione del diritto all'informazione. Lo stesso contestava altresì le modalità attraverso cui la sospensione del servizio veniva assicurata. Difatti tale "recesso", pur salvaguardando, almeno in linea teorica, la proprietà dell'apparecchio radiotelevisivo, comporta la conseguente impossibilità di ogni futuro utilizzo dello stesso.

E' dunque su questa particolare forma di sospensione della fruizione del servizio come conseguenza del recesso e sul rapporto di proporzionalità tra la decisione di non versare più il canone e le conseguenze di tale decisione, che si è soffermata la Corte EDU la quale, pur nella possibilità di reinterpretare nel suo complesso l'istituto in esame – alla luce del principio più volte rivendicato per cui il Collegio non si ritiene vincolato dall'esegesi che dei concetti impiegati dalla Convenzione è data dai giudici nazionali -, non ha nemmeno messo in discussione la natura tributaria del prelievo.

Ad un'attenta analisi delle argomentazioni della Corte, sembra potersi rintracciare nel richiamo alla teoria dell'"interesse fiscale" quel *quid* che renderebbe possibile comprimere i diritti del cittadino fino ad impedirgli – tramite l'apposizione dei sigilli – qualsiasi uso dell'apparecchio.

Invero una simile valorizzazione dell'interesse fiscale sembra travalicare i limiti tradizionalmente ad esso assegnati – da interpretare nell'ottica di un equo bilanciamento rispetto ai diritti del contribuente –, inteso quale espressione (quasi necessaria) finalizzata, essenzialmente, alla più efficace determinazione del tributo ed alla speditezza della realizzazione del relativo credito².

contesto economico e tecnologico che vede altri soggetti – la cui attività prescinde dall'impiego delle radiofrequenze "coperte" dal prelievo in discorso – contendere al concessionario del servizio pubblico quello che in origine era una sorta di "monopolio" dell'etere. Ciò in quanto la Consulta ha giudicato tutt'ora permanente l'esigenza di un "miglior soddisfacimento del diritto dei cittadini all'informazione".

² E' infatti, assai schematicamente, possibile osservare che se l'interesse fiscale trova la sua fonte di legittimazione nel principio di doverosità della contribuzione ai carichi pubblici in ragione del principio della capacità contributiva – come d'altronde previsto dal primo comma dell'art. 53 Cost. – esso (l'interesse) sembra presupporre quindi l'attualità di un rapporto (tributario) tra l'organizzazione collettiva e il singolo che ad essa partecipa, di modo che sia possibile richiedere (ed esigere) dal contribuente il pronto pagamento di un tributo al verificarsi di un dato fatto imponibile, appunto manifestativo di attitudine alla contribuzione. Ma quando il rapporto tra l'ente collettivo e il singolo allo stesso ente partecipante non possa qualificarsi come "tributario" nel senso appena chiarito (non essendosi appunto verificato il presupposto d'imposta che legittima la richiesta del tributo), può dirsi effettivamente sussistente un qualche interesse fiscale (tale da prevelare sui diritti personali del singolo)? Da quale referente normativo poi tale interesse fiscale – prevalente sugli interessi del privato – trarrebbe la sua fonte di legittimazione?



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Diversamente, la misura esaminata dalla Corte EDU nel caso in rassegna sembra più propriamente doversi inquadrare all'interno di un rapporto nel quale la parte privata non ha più il ruolo di "contribuente" in senso stretto, ma piuttosto quello di semplice cittadino che, avendo appunto rinunciato a ricevere il servizio di trasmissione del segnale, è tenuto a subire una misura di cautela – preventiva rispetto al rischio di evasione (consistente nel successivo riallaccio clandestino alla rete delle trasmissioni con evasione del relativo canone) – connotata da una evidente invasività, e comunque tale da impedire ogni forma di esercizio del diritto di utilizzazione dell'apparecchio, ivi comprese quelle modalità di esercizio di tale diritto incompatibili con la ricezione del segnale stesso.

In altri termini la Corte EDU – nell'arresto in commento – finisce così per sacrificare sull'altare di un supposto "interesse fiscale", quanto meno nei termini in questo è stato tradizionalmente elaborato, anche quel diritto all'uso della cosa di proprietà secondo modalità diverse da quelle consistenti nella ricezione del segnale radiotelevisivo.

In aggiunta a quanto sopra, la (scarsa) considerazione data dalla Corte al principio di proporzionalità nel caso di specie pone non pochi interrogativi.

Difatti, dovendo la stessa azione amministrativa conformarsi al predetto principio di proporzionalità, all'amministrazione risulterebbe per questa via imposto di limitare gli effetti sfavorevoli al destinatario dell'attività amministrativa stessa nella misura strettamente necessaria alla soddisfazione dell'interesse pubblico.

Diversamente, sulla base di quanto consentito dalla normativa in tema di risoluzione del rapporto di abbonamento radiotelevisivo, a fronte della possibilità di recesso positivamente accordata in favore del contribuente l'amministrazione viene autorizzata a porre in essere un'attività dai contenuti talmente invasivi che parte della dottrina arriva a definire "parasanzionatori" (ma in assenza di violazioni), comprimendo la potestà di godimento di un bene ad un punto tale che non sembra privo di fondamento il ragionamento di chi definisce il risultato di tale attività come sostanzialmente espropriativo. Ciò in quanto l'apposizione dei sigilli all'apparecchio radiotelevisivo non solo impedisce di ricevere le informazioni trasmesse sulla TV pubblica, non solo impedisce di ricevere le informazioni trasmesse dalle altre emittenti private, ma rende impossibile qualsiasi altro utilizzo dell'apparecchiatura anche se non necessariamente legato alla fruizione di programmi TV (si pensi alla riproduzione di contenuti da supporti magnetici e ottici o la visualizzazione di dati elaborati da altri strumenti informatici).

Nel tentativo di indagare la *ratio* posta a fondamento dell'attività dell'amministrazione a seguito della comunicazione del recesso, sembrerebbe quindi avere valenza predominante l'interesse a scongiurare future condotte evasive del prelievo tributario in presenza dell'abusiva fruizione del servizio. Senonché la ricostruzione appena lumeggiata sembra porsi in insanabile conflitto con la circostanza che il nostro ordinamento non conosce (né potrebbe fare altrimenti) concrete misure di contrasto preventivo ad un'evasione fiscale solo potenzialmente considerata.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Tali riflessioni fanno auspicare una modifica alle disposizioni normative sul canone TV o, quanto meno, a quelle che regolano le conseguenze del diritto di recesso dall'abbonamento le quali, sebbene congrue al momento della loro emanazione, non lo sembrano essere più in un contesto socio-economico e tecnologico in cui l'apparecchio TV è divenuto strumento atto a consentire la fruizione di contenuti provenienti da diverse fonti, come pure strumento tale da permettere l'espressione di diversi interessi propri del soggetto utilizzatore; per non dire della possibilità di utilizzare altri strumenti tecnici (es. *personal computer, smartphones, i pad ecc.*) per fruire della trasmissione di programmi televisivi (ad esempio via *internet*) che, se materialmente sigillati, risulterebbero così inservibili anche per usi tali da non costituire realizzazione del presupposto per il pagamento del canone TV.

Tutto ciò rende dunque auspicabile il verificarsi di ulteriori sviluppi giurisprudenziali sul tema della tutela del contribuente (*rectius*: del cittadino), così come apprestata dalla Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo che – per parte sua – non ci sembra non poter più differire un'adeguata riflessione sul tema anche alla luce dei principi (come quello di proporzionalità) recati dall'*aquis communautaire*.

Precedenti in tema:

1. Corte EDU, 12/07/2001, Case of Ferrazzini vs. Italian Republic, con nota di FERRARIO, *La Convenzione europea dei "diritti dell'uomo" ed il diritto tributario*, in *Dir. prat. trib.*, 2002, II, pp. 227 e ss.;

Profili di diritto interno:

1. Corte Cost., 26/06/2002, n. 284

Riferimenti bibliografici:

1. ZENO-ZENCOVICH, *Natura del canone radiotelevisivo e limiti al suggellamento dell'apparecchio tv*, in *Riv. Dir. Com.*, 1983, II, pp.93 e ss.;
2. FANTOZZI, *Brevi note sulla qualificazione tributaria del canone radiotelevisivo*, in *Giur. Cost.*, 1988, I, pp. 2535 e ss.;
3. FALSITTA, *Canone TV, utenti nell'ombra e giudici nella nebbia*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1995, II, pp. 813 e ss.;
4. GREGGI, *Il canone RAI tra libertà di informazione e tutela dell'interesse fiscale dello Stato nel sistema della Convenzione europea per i diritti dell'uomo*, in *Rass. Trib.*, 2009, pp.1495 e ss.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

(*) L'autore intende ringraziare il Dott. Pietro Frascarelli per la collaborazione prestata nell'organizzazione dei materiali e nella ricerca bibliografica e giurisprudenziale



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

- Sezione:** **Fisco e diritti** – Giusto procedimento tributario – Giurisprudenza – CEDU e procedimento tributario
- Titolo:** *L'applicabilità della CEDU agli atti istruttori d'indagine in materia tributaria*
- Autore:** **SIMONE FRANCESCO COCIANI (*)**
- Sentenza di riferimento:** Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sez. III, 21 febbraio 2008, *Ravon et al. c. France* (requête n. C-18497/03)
- Parametro convenzionale:** art. 6 § 1, art. 13
- Parole chiave:** Atti istruttori (accesso e ispezione), effettività della tutela, contraddittorio.

Il 10 giugno 2003, il cittadino francese *Maurice Ravon*, unitamente a due Società dallo stesso controllate, presentava ricorso alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

La controversia si originava a seguito delle indagini condotte dall'amministrazione fiscale francese nei confronti dei ricorrenti a motivo di una sospetta evasione nel pagamento della tassa sulle imprese e sul valore aggiunto. Gli atti istruttori relativi a tale attività d'indagine, nel corso del luglio 2000, si realizzavano anche attraverso perquisizioni nella casa di abitazione del *Ravon*, nonché nelle sedi delle due società, con successivo sequestro di documenti sulla base di ordinanze emesse ai sensi dell'art. L. 16 B del libro delle procedure fiscali francese.

Ritenendo che nel corso delle indagini fossero state commesse delle irregolarità, i ricorrenti avviavano procedimenti presso il *Tribunal de Grande Instance* di Parigi e di Marsiglia, per l'annullamento delle relative operazioni. I rispettivi giudizi si concludevano con il rigetto delle domande proposte per irricevibilità, in quanto i collegi ritenevano che, ad operazioni istruttorie ormai concluse, l'unico organo competente a giudicare fosse la Corte di Cassazione. Anche quest'ultima, investita della questione, negava ragione ai ricorrenti sostenendo che la propria competenza fosse limitata ad un sindacato sulla sola legittimità delle ordinanze autorizzatorie delle ispezioni e che eventuali irregolarità negli atti compiuti nel corso di queste potevano essere censurate solo: a) in pendenza delle operazioni medesime, ricorrendo al giudice che le aveva autorizzate, ciò nonostante il fatto che i funzionari esecutori degli atti di indagine non fossero tenuti ad informare i soggetti passivi dell'esistenza degli accennati rimedi; b) ad operazioni concluse e sfociate in procedimenti di accertamento, avanti all'Autorità tenuta a conoscere delle doglianze sull'eventuale azione intrapresa sulla base dei risultati dell'accertamento medesimo.

A seguito di tali pronunce, i ricorrenti adivano la Corte Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali (Corte CEDU) lamentando la mancanza della possibilità di ricorrere al fine di



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

ottenere una tutela giurisdizionale effettiva e denunciando la pretesa violazione dell'art. 6 par. 1 e dell'art. 13, in combinato disposto con l'art. 8 della relativa Convenzione.

Il Governo Francese replicava sostenendo in via principale che, da un lato, l'art. 6 CEDU non poteva trovare applicazione alla fattispecie in esame in quanto la materia trattata era caratterizzata da quella particolare natura che, secondo quanto esposto dalla medesima Corte CEDU con la sentenza "Ferrazzini", la escludeva dall'ambito delle questioni di "carattere civile" e che, dall'altro lato, i ricorrenti non avevano utilizzato tutte le possibilità di tutela giurisdizionale accordate dalla normativa interna (requisito indispensabile per adire la Corte CEDU a mente dell'art. 35 della Convenzione), utili per ottenere un risarcimento a causa del danno asseritamente provocato dall'ispezione domiciliare contestata, quali quelle a tutela della vita privata e del domicilio ed altre nei confronti del funzionario del Tesoro, onde essere così risarciti sulla base della responsabilità oggettiva dello Stato. In via subordinata, nel merito, il Governo chiedeva che il ricorso fosse dichiarato manifestamente infondato, in quanto i ricorrenti dovevano ritenersi sufficientemente garantiti dal procedimento di valutazione dell'istanza di autorizzazione delle ispezioni che – dal canto suo – prevedeva la continua attività e il controllo da parte di un magistrato, ed inoltre in quanto gli stessi avevano avuto a disposizione un "ricorso effettivo" a posteriori ai sensi dell'art. 13 CEDU, individuato nella possibilità di adire la Corte di Cassazione in caso di ritenuti vizi di legittimità dell'ordinanza autorizzatoria delle ispezioni, rimedio già ritenuto conforme al dettato convenzionale da parte della stessa Corte CEDU.

I ricorrenti replicavano: 1) che la giurisprudenza sul caso Ferrazzini non risultava pertinente al *thema decidendum*, in quanto la prima riguardava l'applicabilità dell'art. 6 CEDU al "contenzioso fiscale sulla determinazione della base imponibile", mentre il caso in esame doveva assimilarsi ad un' "accusa penale", in quanto le ispezioni erano volte a ricercare elementi di prova di un supposto reato di frode fiscale. Pertanto, il citato art. 6 CEDU doveva essere ritenuto applicabile nella sua parte riferibile a questioni di natura penale; 2) che non avevano avuto a disposizione un rimedio giurisdizionale ai sensi dell'art. 35

CEDU, in quanto un'azione di risarcimento del danno non avrebbe permesso una decisione in merito alla regolarità delle ispezioni fiscali; 3) nel merito, che la partecipazione di un magistrato al procedimento di autorizzazione delle ispezioni e, successivamente, al controllo di queste, di per sé non risultava sufficiente; ciò in quanto la procedura comunque non ammetteva il contraddittorio da parte dei soggetti passivi degli atti d'indagine in sede di verifica dell'ammissibilità dei relativi atti istruttori, ovvero rendeva tale prerogativa di difficoltoso utilizzo durante lo svolgimento degli stessi atti istruttori. Il tutto con l'aggravante che, ad ispezioni concluse e qualora alle stesse non avesse fatto seguito un procedimento penale o tributario, i soggetti passivi non avevano più la possibilità di ricevere tutela nel merito.

Chiamata a pronunciarsi, la Corte CEDU stabiliva in via preliminare che la natura "penale" del caso in esame era evidentemente da escludersi, ma che l'art. 6 della Convenzione era comunque ritenuto applicabile alla controversia in quanto, sebbene la materia del "contenzioso fiscale" fosse stata dichiarata non rientrante nell'ambito dei diritti ed obblighi di natura civile, l'effettivo oggetto della questione era il diritto dei ricorrenti al rispetto del domicilio, fattispecie il cui carattere "civile" è manifesto nel diritto nazionale. Il ricorso veniva perciò dichiarato ammissibile. Nel merito, il Collegio affermava che l'art. 6 CEDU si pone in raffronto al successivo art. 13 secondo un rapporto di specialità, con esigenze più rigorose rispetto a quelle



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

poste dalla disposizione da ultimo citata. In tale ottica, affinché una procedura possa assumere la qualifica di "processo" ai sensi dell'art. 6, è necessario che ricorrano determinate caratteristiche tra le quali, non ultima, va annoverata quella del contraddittorio. Tale indefettibile garanzia veniva ritenuta completamente elusa nell'ambito della procedura di autorizzazione delle ispezioni e oltremodo affievolita durante lo svolgimento delle stesse, in quanto la normativa nazionale non prescrive la necessità che il soggetto passivo venga informato della possibilità di ricorrere al giudice che ha autorizzato gli atti di indagine. Quanto poi all'effettività della tutela garantita dal ricorso per Cassazione sulla legittimità delle ispezioni, la Corte argomentava che la stessa andava ritenuta mancante in quanto una tale tipologia di procedimento giurisdizionale pregiudica qualsiasi esame della realtà fattuale.

La Corte concludeva, quindi, nel senso che i ricorrenti non avessero avuto accesso ad un "tribunale" per ottenere una decisione sulla loro "contestazione", con la conseguente violazione dell'art. 6 CEDU.

Si ritiene ora opportuno brevemente accennare agli effetti che dalla decisione in commento possono determinarsi nell'ambiente domestico italiano. Infatti, pur constatando come certe garanzie risultano finalmente accordate – da parte della Corte CEDU – mediante elaborazioni concettuali in un certo senso "opportunistiche", ovvero in quanto fondate su giustificazioni di volta in volta diverse fra loro e ciò – con tutta probabilità – anche in relazione alle caratteristiche della singola fattispecie scrutinata (nel caso Jussila, ad esempio, la Corte CEDU – nell'affermare l'esigenza di tutela – aveva fatto leva sull'assimilazione della materia sanzionatoria tributaria a quella tipica dell'accusa penale) e, come tali, non sempre perfettamente ancorate all'effettivo dato normativo di riferimento (sia nazionale che convenzionale), è comunque innegabile che – dopo un primo periodo di chiusura – si assiste ora ad un sempre più completo recepimento dell'esigenza di "copertura" convenzionale reclamata dalla materia tributaria, sia che si tratti di processo, sia che si tratti di procedimento, con inevitabili riflessi – sotto molteplici aspetti – riguardo le questioni regolate dalle norme interne¹.

In primo luogo, in considerazione del fatto che il problema posto all'attenzione della Corte CEDU è relativo agli *standards* minimali delle garanzie accordati al cittadino, è utile sottolineare come le "ricadute" sopra evocate vadano inserite in un contesto in cui, fino ad ora, non risultano previsti momenti di effettivo contraddittorio tra l'amministrazione controllante ed il privato sottoposto a talune attività istruttorie – spesso alquanto invasive – da parte del fisco.

Infatti – con particolare riferimento al tema degli accessi e delle ispezioni domiciliari ovvero, in generale, della violazione della sfera più intima dell'individuo –, balza subito all'occhio come la procedura attualmente codificata preveda l'autorizzazione da parte del Procuratore della Repubblica che – anche per essere parte della magistratura c.d. "requirente" – porta con sé intuibili incertezze in merito al doveroso rispetto dei parametri di terzietà ed imparzialità; incertezze che, quantunque potrebbero risultare (almeno

¹ In relazione alle quali la stessa giurisprudenza interna italiana appare ancora alquanto lontana dall'assicurare quelle coperture invece riconosciute dalla Corte Cedu nel caso qui annotato (cfr., di recente, Cons. Stato, sez. IV, 5 dicembre 2008, n. 6045, in *Fiscalitax*, 2009, 625 ss.).



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

in buona parte) fugate attribuendo natura sostanzialmente amministrativa all'autorizzazione *de qua*², vengono in ogni caso ad accompagnarsi ad evidenti riserve sull'impraticabilità di ogni tutela (diretta ed immediata) di fronte agli atti d'indagine illegittimi. Peraltro, analoghe riserve sembrano potersi manifestare anche nei casi in cui l'autorizzazione all'accesso sia richiesta con riferimento a locali diversi da quelli adibiti a privata abitazione, dovendo in questi casi l'autorizzazione essere rilasciata da parte del capo del medesimo ufficio dell'amministrazione finanziaria procedente.

Ancora, anche nelle ipotesi in cui è previsto l'intervento dell'autorità giudiziaria, pur se il controllo si estende dal merito alla legittimità della richiesta di autorizzazione, il più pregnante strumento di garanzia del contribuente, così come pure del terzo eventualmente sottoposto alle indagini, è rappresentato unicamente dall'obbligo di motivazione del provvedimento adottato (che fra l'altro – il più delle volte – è stereotipo e di mero stile), restando del tutto esclusa qualsiasi concreta forma di partecipazione endoprocedimentale in contraddittorio da parte del soggetto sottoposto all'atto istruttorio per il quale l'autorizzazione è richiesta.

Per quanto concerne, poi, l'aspetto dei rimedi – ammessi quindi solo *a posteriori* – nei confronti di un provvedimento autorizzatorio illegittimo che – ad esempio – consenta l'esercizio dei poteri di accesso e ispezione domiciliare, è a dire che le norme relative non prevedano alcun tipo di specifica tutela *ad hoc*, nei confronti cioè del solo atto istruttorio illegittimo, risultando altresì inapplicabile anche il ricorso ai sensi dell'art. 111 Cost. e lasciandosi spazio unicamente alla censura avanzata in sede di "reazione" nei confronti degli atti di accertamento, eventualmente e successivamente emanati dall'amministrazione finanziaria, cui semmai consegue l'inutilizzabilità in giudizio degli atti istruttori compiuti dopo il rilascio di un provvedimento autorizzatorio illegittimo (esito questo, fra l'altro, non sempre del tutto scontato sulla base di quella giurisprudenza tributaria di legittimità risultata alquanto tollerante nei confronti dei vizi ora richiamati).

Tale impostazione, dunque, risulta evidentemente carente di sensibilità per i profili, invece, giustamente considerati dalla sentenza *Ravon* e, a onor del vero, da tempo segnalati dalla nostra dottrina. Difatti, l'attuale disciplina interna degli atti istruttori (in particolare) di accesso e ispezione, sembra non tener conto della posizione – che diversamente riteniamo senz'altro degna di tutela – anche di un eventuale soggetto passivo dei richiamati atti di indagine che risulti terzo rispetto alle parti del rapporto d'imposta, e – nel caso in cui il soggetto passivo degli atti istruttori sia anche il contribuente – pure nell'ipotesi in cui agli atti istruttori posti (illegittimamente) in essere non faccia seguito alcuna ulteriore attività di rettifica da parte dell'amministrazione, di tal guisa privandosi il contribuente – così come, nel primo caso, il terzo – dell'oggetto (atto di accertamento) da impugnare per far valere, seppur indirettamente, i vizi dell'atto istruttorio illegittimo.

La questione pare potersi risolvere – stando almeno a quanto evidenziato in dottrina (da ultimo, P. Russo) – ammettendo l'impugnazione (immediata e diretta) degli atti istruttori *de quibus* viziati e, quanto al giudice

² Che, in quanto tale, dovrebbe appunto rispettare il canone di cui all'art. 97 Cost.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

chiamato a conoscere della controversia, facendo leva sulla distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, nonché sull'art. 7 comma IV dello Statuto dei diritti del contribuente, l'azione non potrà che svolgersi, rispettivamente, avanti al giudice ordinario o al giudice amministrativo, e non anche avanti al giudice tributario che – per parte sua – è invece chiamato a decidere sull'obbligazione d'imposta e non su eventuali violazioni della sfera personale (anche di soggetti diversi dal contribuente) che all'attività di controllo si possano accompagnare.

Quanto appena osservato sembra tanto più degno di particolare attenzione quanto più si prende atto dell'autonomia della fase di controllo (e delle attività che nell'ambito di questa funzionalmente s'inseriscono), nel quadro del più ampio procedimento di accertamento (*lato sensu* inteso³) che – dal canto suo –, pure in quanto espressione di una funzione "vincolata" e non discrezionale, risulta dunque eventuale e non anche necessitato per il solo fatto che si sia svolta una qualche attività d'indagine (in tal senso, recentemente, F. Gallo).

Infatti, come evidenziato nella ricostruzione del caso in commento, va preso atto dell'ineludibile rilevanza delle situazioni giuridiche soggettive che, pure, possono essere compromesse da un'attività istruttoria *lato sensu* non conforme ai parametri legali di riferimento (basti pensare, in generale, alla violazione della sfera più intima del soggetto sottoposto all'attività istruttoria). Sembra poi certamente utile adeguare anche la complessa disciplina dell'attività "conoscitiva" all'evoluzione del sistema tributario verso moduli sempre più partecipativi, ma ciò – si badi – non tanto al fine di (riduttivamente) estendere al procedimento tributario le norme sulla partecipazione degli interessati al procedimento amministrativo in generale (dunque nell'interesse, particolare, del soggetto passivo dell'attività amministrativa), ma con l'intento di garantire che l'azione amministrativa si svolga secondo quei canoni di imparzialità, buon andamento ed economicità che, proprio attraverso il contraddittorio, sembra più facile ed immediato assicurare (dunque nell'interesse, generale, dell'ordinamento); con l'effetto ulteriore di pervenire al progressivo superamento dei momenti meramente coercitivi, di tal guisa "decolpevolizzando" il contribuente sottoposto a controllo al quale, appunto, dovrebbe essere consentito prendere parte ad un'attività, non più preordinata al solo scopo dell'accertamento ma, semplicemente, espressione dell'esigenza di pervenire alla giusta attuazione amministrativa della norma tributaria, avendo appunto abbandonato la presunzione che il soggetto controllato – in quanto tale – sia per ciò stesso un evasore.

Affermare l'autonomia delle due fasi (di controllo e di accertamento), pur nel doveroso riconoscimento del collegamento funzionale della prima alla seconda, rende dunque il procedimento di controllo la sede deputata al reperimento di precise risultanze istruttorie e, consentendo altresì di valorizzare la partecipazione del contribuente, nel contempo, permette di anettere per ciò stesso un maggior valore – ed un maggior grado di attendibilità – all'attività, tendenzialmente vincolata e comunque imparziale,

³ Sull'accezione descrittiva ed atecnica che si accompagna all'impiego del termine "procedimento" nel diritto tributario si veda, da ultimo, S. LA ROSA, *Istruttoria e poteri dell'ente impositore*, in *Riv. Dir. trib.*, 2009, I, pp. 530 e ss.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

dell'amministrazione controllante, con i conseguenti riflessi sulla qualità dell'accertamento e, in ultimo, aumentando la "credibilità" dell'intera dimensione dell'attuazione amministrativa della norma tributaria⁴.

In conclusione, sembra utile annotare come già ora la sentenza *Ravon* faccia apparire lo Statuto dei diritti del contribuente (nella parte di esso che appresta determinate garanzie al soggetto sottoposto a controllo), come uno strumento in parte inadatto a garantire la piena tutela del cittadino di fronte all'agire dell'Amministrazione, specie ove tale *corpus* normativo venga posto a confronto con la disciplina, molto più consistente ed articolata, vigente in Francia e – ciononostante – sotto alcuni aspetti censurata dalla Corte di Strasburgo in quanto non recante garanzie sufficienti a salvaguardare la riservatezza degli ambiti più delicati di espressione della personalità umana.

Dunque, accogliendo le posizioni già espresse da coloro che, in dottrina, ammettono l'influenza della sentenza in esame anche sul nostro ordinamento interno (cfr. S. Muleo, L. Del Federico, M. Basilavecchia), pare certamente non più differibile un intervento di attenta revisione delle norme domestiche che regolano l'attività istruttoria di controllo, magari prima che intervenga una successiva pronuncia della Corte CEDU avente ad oggetto una questione di carattere interno che, come tale, esporrebbe il nostro Paese ad una sicura responsabilità.

Precedenti in tema:

1. Corte CEDU, 28 settembre 1999, *Civet vs. République Française*;
2. Corte CEDU, 12 luglio 2001, *Case of Ferrazzini vs. Italian Republic*, con nota di FERRARIO, *La Convenzione europea dei "diritti dell'uomo" ed il diritto tributario*, in *Dir. prat. trib.*, 2002, II, pp. 227 e ss.;
3. Corte CEDU, 08 gennaio 2002, *Keslassy vs. République Française*;
4. Corte CEDU, 16 aprile 2002, *Colas Est et al. vs. République Française*;

Profili di diritto interno:

1. Corte Cost. le, nn. 347 e 348/2007;

Riferimenti bibliografici:

1. MULEO, *L'applicazione dell'art. 6 CEDU anche all'istruttoria tributaria a seguito della sentenza del 21 febbraio 2008 della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso Ravon e altri c. Francia e le ricadute sullo schema processuale vigente.*, in *Riv. dir. trib.*, 2008, IV, pp. 198 e ss.;
2. MULEO, DEL FEDERICO, BASILAVECCHIA, *Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e indagini fiscali*, in *Dialoghi Tributari*, n. 4/2009, pp. 381 e ss.;
3. BODRITO ET AL. *Giusto processo e riti speciali*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pp. 319 e ss.;

⁴ Secondo La Rosa, *op. ult. cit.*, 542, infatti – se si è ben compreso il pensiero dell'Autore –, un adeguato sistema di tutele deve costituire espressione non tanto di garanzia "dall'accertamento", ma come garanzia "nel" procedimento di accertamento.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

4. Russo, *Il riparto della giurisdizione fra giudice tributario e giudice amministrativo e contabile*, in *Riv. dir. trib.*, 2009, I, pp. 17 e ss.;
5. GALLO, *L'istruttoria nel sistema tributario*, in *Rass. trib.*, n. 2/2009, pp. 25 e ss.;
6. LA ROSA, *Istruttoria e poteri dell'ente impositore*, in *Riv. dir. trib.*, 2009, I, 523 ss.

(*) L'autore intende ringraziare il Dott. Pietro Frascarelli per la collaborazione prestata nell'organizzazione dei materiali e nella ricerca bibliografica e giurisprudenziale.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Globalizzazione e diritti

- - **Corte Interamericana dei diritti umani**
- - **Corte Africana dei diritti dell'uomo e dei popoli**
- - **Commissione Africana dei diritti dell'uomo e dei popoli**



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

Section: **Globalization and Human Rights** – Inter-American Court of Human Rights

Title: *Protecting “At-Risk Children”: The Pioneering and Paradigmatic “Street Children” Case (Villagrán Morales et al. v. Guatemala) before the Inter-American Court of Human Rights – Part I*

Author: **SABRINA VANNUCCINI**

Judgment: IACtHR (Judgment) 19 November 1999, *Case of the “Street Children” (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala (Merits)*, Series C No. 63.

Conventional Parameters: Article 1(1) ACHR; Article 4 ACHR; Article 5(1), (2) ACHR; Article 7 ACHR; Article 8(1) ACHR; Article 19 ACHR; Article 25 ACHR, Article 1 IACPPT; Article 6 IACPPT; Article 8 IACPPT.

Key Words: Street children; obligation to respect rights; right to life; right to humane treatment; right to personal liberty; right to a fair trial; rights of the child; right to judicial protection; obligation to prevent and punish torture; obligation to take effective measures to prevent and punish torture; right to impartial examination, investigation and criminal process of a case.

“In the face of the imperative of the protection of human life, and of the concerns and thoughts aroused by death, it is very difficult to separate dogmatically the considerations of juridical order from those of moral order: we are before an order of superior values, – substratum of legal norms, – which help us to seek out the meaning of the existence and of the destiny of each human being”.

(Judges A.A. Cançado Trindade and A. Abreu-Burelli)



1. Who Are “Street Children”? A Concern of Definition

Millions of children throughout the world live on the street. In 1989, the World Health Organization (WHO) and the United Nations Children's Fund (UNICEF) estimated the number of street children worldwide to be about 100 million. Fourteen years later UNICEF reported: “The latest estimates put the numbers of these children as high as 100 million”. And even more recently: “The exact number of street children is impossible to quantify, but the figure almost certainly runs into tens of millions across the world. It is likely that the numbers are increasing as the global population grows and as urbanization continues apace”.

A major difficulty in estimating street children population is that definitions of the term “street children” are contested. This term is problematic as it can be employed as a stigmatizing label. Well then, who are “street children”? A commonly accepted definition of street children does not exist, though countless attempts to establish one have been made. Because children create different bonds with the street, no one definition can catch all the experiences of street children worldwide. The reasons for children migrating to street life are individual and complex: poverty, neglect, physical, emotional and sexual abuse, abandonment, school failure, disease, disability, parental death, peer pressure, hope for a better future, regional and country-specific factors.

The term “street children” was used for the first time in 1851 by Henry Mayhew when writing *“London Labour and the London Poor”*. Street children were referred to as homeless, abandoned or runaways. Nevertheless, the term in question came into general use only in 1979 on the occasion of the International Year of the Child, a United Nations (UN) initiative that marked the 20th anniversary of the Declaration of the Rights of the Child. The UN defines street children as “boys and girls for whom the street has become their home and/or source of livelihood and who are inadequately protected or supervised by responsible adults”. The most habitually used definition derives from UNICEF, which distinguishes two groups: 1) children on the street (“home based” children who spend much of the day on the street but have some family support and usually return home at night); 2) children of the street (“street based” children who spend most days and nights on the street and are functionally without family support).

Up till now, this phenomenon, commonly considered as a “global problem of growing magnitude”, is especially acute in the developing countries of Latin America, where poverty is pervasive and extreme. Street children are among the most physically visible of all children, living and working on the roads and public squares of cities. Nevertheless, paradoxically, they are also among the most invisible and thus hardest children to reach with essential services, and the most difficult to defend. These children are among the most deprived; they usually have no access to



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

health care or education, and some of them have been victims of violence even before taking to the street. Street children are seen by many as worthless. As one might expect, these children suffer profoundly and face enormous economic, political and social challenges. In addition to economic poverty, which often leads to malnutrition and even starvation, in several cases they are exploited and victimized by their own governments, which use violent and punitive measures to remove them: those who are entrusted to defend them become the perpetrators of crimes against them. So, they often find themselves in conflict with the police and other authorities.

Street children are generally minors in risky situations. According to Judge García Ramírez, a child at risk is one who is in a situation which involves no legally defined crime: the conduct of the child (by action or omission) has not been legally defined as criminal as such, but the child is extremely vulnerable, for any number of reasons (material and intellectual impoverishment, family breakdown, misery, etc.) and this abnormal situation carries great risks, including loss of life.

In the past decade or more, advocates have relied on international human rights law and treaties to try to force governments to protect street children and provide for their welfare. One such treaty is the American Convention on Human Rights (ACHR).

The so-called “*Street Children*” case (*Villagrán Morales et al. v. Guatemala*), the landmark 1999 decision by the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR, Court), has been the very first case in the history of the IACtHR where the victims of human rights violations were children, and in which the Court referred to the “measures of protection” laid down in Article 19 (Rights of the Child) ACHR, a specific provision for the protection of children without parallel in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Liberties (ECHR) and the African Charter on Human and People’s Rights. This case has also been the first one of the kind in which the cause of the children abandoned in the streets was brought before an international human rights tribunal.

2. Guatemalan Background Context of the “Street Children” Case

The events of the instant case took place in the context of the 36-year Guatemalan civil war, six and a half years before the signing of the Peace Accords, during which the death toll has been estimated at 200.000. In 1990, some street children were casualties of displacement and family fragmentation caused by the army counter-insurgency campaigns of the early 1980s, whilst others were refugees escaping political violence in neighbouring El Salvador and Nicaragua.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

The background to the case *Villagrán Morales et al. v. Guatemala* stood out for gross and systematic human rights violations in general, and for the atmosphere of extreme societal violence that is left deep-rooted in Central America’s most populous country, combined with an institutionalised culture of impunity for security forces.

The State of Guatemala has signed of the UN Convention on the Rights of the Child (CRC) on 26 January 1990, by which it has pledged to safeguard children from harm, abuse, exploitation, violence and neglect. Moreover, Article 51 of the Guatemalan Constitution (*Constitución Política de la Republica de Guatemala*), in force since 14 January 1986, requires the State to protect the physical, mental and moral health of minors, and guarantee their rights to food, health, education, security and social welfare

(“Artículo 51 (Protección a menores y ancianos). El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores de edad y de los ancianos. Les garantizará su derecho a la alimentación, salud, educación y seguridad y previsión social”).

Yet the problem of street children lasts. In the late 1980s and early 1990s, violence, murder and torture of street children were usual, but these practices persist to some extent up to today.

Shocking statistics prove that 408 children were killed in the first ten months of 2002, which is a 27% increase from 2001. Some were killed in gangs, others by security forces, and others in drive-by shootings. 150-200 boys and 50 girls were sent to jail every month (Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala (ODHAG) 2005 report). 80% of gun related deaths were of 15 to 17 year olds (ODHAG 2005 report). 90% of children on Guatemala's streets were victims of some form of sexual abuse. In the years 2008-2009, a child was abandoned in Guatemala City every four days; most were babies (Joint Council on International Children's Services (JCICS), February 2009). More than 10 children died every week as a result of violence, 52% of these from gunshot wounds (ODHAG, October 2009).

Even if, at the time of the events of the present case, there was not any official statistics, Amnesty International (AI) estimated numbers of street children in Guatemala City in 1990 as amounting to around 5000, aged five to eighteen. According to Human Rights Watch, “[s]ixty-five percent of Guatemala City's street children and youth [were] between the ages of ten and seventeen. Most of the rest [were] eighteen or older, with only about 3 percent younger than ten”. Most of them in the country lived in the downtown area of Guatemala City, and about 10% to 15% were immigrants from neighbouring Central American countries, especially Honduras and El Salvador.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

Life on the street is frightful for Guatemalan street children. In general, they have little or no education and their health is poor. 63% of children complete primary school education; over 95% enrol, but there are high drop-out rates due to poverty or to the fact that these children have to work; 29% of children aged five to fourteen are involved in child labour and are being sent out to work in difficult and dangerous conditions (UN). They suffer from conditions such as malnutrition, anaemia, chronic and acute respiratory infections, gastro-intestinal diseases, dental caries and sexually transmitted diseases. Many of them take drugs, sniff glue or solvents, drink alcohol and smoke.

Street children in Guatemala cope with beatings, thefts and sexual assaults, believed to be the work of “Death Squads” drawn from the security forces and private security guards to carry out “social cleansing”: the rising crime rate in the city, juvenile delinquency and vagrancy are attributed by the public and authorities to street children, and consequently seen as “excusing” severe policing measures against them.

In the so-called “*Street Children*” case, when the events occurred, the street children were the object of different types of persecution.

3. Factual Framework: Genesis of the “Street Children” Case

The alleged victims, a group of friends named Henry Giovanni Contreras (18 years of age), Federico Clemente Figueroa Túnchez (20 years of age), Julio Roberto Caal Sandoval (15 years of age), Jovito Josué Juárez Cifuentes (17 years of age) and Anstrum Aman Villagrán Morales (17 years of age), were street children and lived on 18th Street, between 4th and 5th Avenues in Zone 1 of Guatemala City. In this general area they particularly frequented the sector known as “Las Casetas”, where there were kiosks selling food and drinks, and where the facts of this case took place. This area was infamous for its high rate of crime and delinquency, and large number of street children.

During daylight hours of 15 June 1990, Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez, Julio Roberto Caal Sandoval and Jovito Josué Juárez Cifuentes were approached by a pick-up truck and violently apprehended by armed men in civilian clothes (Samuel Rocael Váldez Zúñiga and Néstor Fonseca López, identified as members of the National Police Force) descended from the vehicle. They were held up at gunpoint before being handcuffed, beaten with pistols and taken away. The next day, on 16 June 1990, the tortured and mutilated bodies of Federico Clemente Figueroa Túnchez and Jovito Josué Juárez Cifuentes were found thrown in the San Nicolás Woods



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

(*Bosques de San Nicolás*) in an isolated area of Mixco, a suburb of Guatemala City. The two youths had been in the power of their abductors for at least 10 hours.

The day after that, Henry Giovanni Contreras and Julio Roberto Caal Sandoval were likewise found in the same place. All of them had been shot multiple times through the head at close range. The abductors had kept the two youths for at least 21 hours.

Ten days later, on 25 June 1990, at approximately midnight, Anstrum Aman Villagrán Morales, a friend of the other victims, was approached by the same two policemen, in the same area where his friends had been kidnapped. They spoke with him alone, let him walk away into an alley, and then killed him by a gunshot in the back. He had just been threatened by Rosa Trinidad Morales Pérez – a kiosk woman known for both her hate and ill-treatment of street children (hurling hot coffee at them) and for her friendship with the policemen in question – making use of the words “you are going to turn up dead like your friends, the others”.

On 16 June 1990, the First Magistrate’s Court of Mixco (Department of Guatemala) ordered the opening of criminal proceedings based on the discovery of two corpses – subsequently identified as the bodies of the youths Federico Clemente Figueroa Túnchez and Jovito Josué Juárez Cifuentes – on the property of the San Nicolás Woods at 5.30 a.m. On 17 June 1990, the same court ordered the opening of the proceeding corresponding to the discovery of another two unidentified corpses – later identified as Henry Giovanni Contreras and Julio Roberto Caal Sandoval – at 2.00 p.m.

As the jurisdiction of the First Magistrate’s Court had been exhausted, the proceedings were transferred to the Trial Court of the Municipality of Mixco (Department of Guatemala) that, on 26 June 1990, sent an official communication to the Head of the Criminal Investigation Department of the National Police Force, requesting him to investigate the criminal acts during which the four young men died. On the same day, the sitting Magistrate’s Court for Criminal Matters (Guatemala City) ordered the opening of criminal proceeding on the murder of Anstrum Aman Villagrán Morales, whose identity was unknown at the time. On the same day, the jurisdiction of this court having been exhausted, the proceedings were transferred to the Second Criminal Trial Court (Guatemala City) that, on 17 January 1991, sent an official communication to the Director General of the National Police Force, requesting him to investigate the violent death of Anstrum Aman Villagrán Morales.

The National Police Force instituted two separate investigations, that were later joined, and examined various persons, including mothers and relatives of four of the victims, two women who worked at the kiosk on the nights of the murders, and the street children who heard shots fired and



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

saw the policemen run away from the place of the homicide of Ansträum Aman Villagrán Morales. During the course of the investigation, key witnesses were threatened, two of them subsequently died (Rosa Caal Sandoval, mother of the victim Julio, apparently received threats and later died in a traffic accident, and Gustavo Adolfo Cóncaba Cisneros, alias ‘Toby’, a street child who had been an eye witness and who had identified one of the policemen involved, also died, apparently stabbed by another street child), and workers at Casa Alianza – the Latin American branch of New York-based NGO Covenant House, a Catholic agency, providing educative, rehabilitative programmes and legal aid to street children in Guatemala, Honduras, Mexico and Nicaragua, and specializing in the defence of children’s rights – were intimidated to the extent that three of the staff had to leave Guatemala.

Despite strong evidence to support the plaintiff’s case, including ballistics tests linking one policeman directly to the crime, the case had been subject to arbitrary consideration, judicial partiality and omission of vital evidence and investigation at every level of the Guatemalan judicial system. Once the Second Criminal Trial Court had concluded summary proceedings, the Supreme Court of Justice of Guatemala appointed the Third Criminal Sentencing Court (Guatemala City) to continue hearing the proceeding. In its decision of 26 December 1991, this court invalidated the testimonies of the mothers of three of the murdered boys because it judged them wanting in impartiality, and so “subject to total disqualification”. It also decided that the testimonies of seven witnesses and five National Police investigators were inadequate to demonstrate the guiltiness of the accused. The first instance judgment concluded by delivering an “acquittal” in favour of the defendants.

The Office of the Attorney General filed a remedy of appeal against the judgment as soon as it was notified. On 25 March 1992, the Fourth Chamber of the Guatemalan Court of Appeal stated that the Third Criminal Sentencing Court correctly left out the testimonies of the mothers of the victims. On 5 May 1992, the Office of the Attorney General presented an appeal for reversal of the judgment of the Fourth Chamber of the Guatemalan Court of Appeal before the Criminal Chamber of the Supreme Court of Justice of Guatemala. On 21 July 1993, the Supreme Court upheld the decision in favour of the defendants.

Under Article 44 ACHR,

“[a]ny person or group of persons, or any nongovernmental entity legally recognized in one or more member states of the [Organization of American States (OAS)], may lodge petitions with the [Inter-American Commission on Human Rights (IACommHR)] containing denunciations or complaints of violation of this Convention by a State Party”.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

On 15 September 1994, four years after the events, having exhausted all domestic remedies, Casa Alianza in association with Centre for Justice and International Law (CEJIL) – a Washington D.C.-based organization that conducts international human rights litigation in Latin America and the Caribbean, and which is known for its original vocation as a defender of human rights before the IACommHR – decided to file a formal petition concerning this case to the IACommHR against the State of Guatemala, alleging the kidnapping, torture and death of four youths and the murder of a fifth one in 1990, in the City of Guatemala, by members of the security forces, and the State's failure to provide adequate judicial protection to the victims' families.

Having examined the admissibility and merits of the case, and both parties being unwilling to negotiate a friendly settlement, on 30 January 1997 the IACommHR (acting as petitioner on behalf of Casa Alianza and CEJIL/the victims) submitted the case to the IACtHR, in conformity with Article 50 ACHR

(“1. If a settlement is not reached, the Commission shall, within the time limit established by its Statute, draw up a report setting forth the facts and stating its conclusions. If the report, in whole or in part, does not represent the unanimous agreement of the members of the Commission, any member may attach to it a separate opinion. The written and oral statements made by the parties in accordance with paragraph 1.e of Article 48 shall also be attached to the report. 2. The report shall be transmitted to the states concerned, which shall not be at liberty to publish it. 3. In transmitting the report, the Commission may make such proposals and recommendations as it sees fit”)

and Article 51 ACHR

(“1. If, within a period of three months from the date of the transmittal of the report of the Commission to the states concerned, the matter has not either been settled or submitted by the Commission or by the state concerned to the Court and its jurisdiction accepted, the Commission may, by the vote of an absolute majority of its members, set forth its opinion and conclusions concerning the question submitted for its consideration. 2. Where appropriate, the Commission shall make pertinent recommendations and shall prescribe a period within which the state is to take the measures that are incumbent upon it to remedy the situation examined. 3. When the prescribed period has expired, the Commission shall decide by the vote of an absolute majority of its members whether the state has taken adequate measures and whether to publish its report”),



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

and Article 32 *et seq.* of the Rules of Procedure of the Court, in force at that time, to determine whether the State of Guatemala had violated the following Articles of the ACHR: 1 (Obligation to Respect Rights), 4 (Right to Life), 5 (Right to Humane Treatment), 7 (Right to Personal Liberty), 8 (Right to a Fair Trial) and 25 (Right to Judicial Protection). As two of the victims, Julio Roberto Caal Sandoval and Jovito Josué Juárez Cifuentes, were minors when they were abducted, tortured and murdered, and Anstram Aman Villagrán Morales was a minor when he was killed, the IACommHR alleged that Guatemala had also violated Article 19 (Rights of the Child) ACHR. In its application, the IACommHR alleged that the State had also violated Articles 1, 6 and 8 of the Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture (IACPPT), which “define more precisely and extensively the mechanisms of protection established in Article 5 of the American Convention”

The Court was competent to hear this case. Guatemala has been a State Party to the ACHR since 25 May 1978, accepted the contentious jurisdiction of the Court on 9 March 1987, and ratified the IACPPT on 29 January 1987.

On 6 May 1997, pursuant to Article 36 (Preliminary Objections) of the Rules of Procedure of the Court

(“1. Preliminary objections may only be filed in the brief answering the application. 2. The document setting out the preliminary objections shall set out the facts on which the objection is based, the legal arguments, and the conclusions and supporting documents, as well as any evidence which the party filing the objection may wish to produce. 3. The presentation of preliminary objections shall not cause the suspension of the proceedings on the merits, nor the respective time periods or terms. 4. Any parties to the case wishing to submit written briefs on the preliminary objections may do so within 30 days of receipt of the communication. 5. When the Court considers it indispensable, it may convene a special hearing on the preliminary objections, after which it shall rule on the objections. 6. The Court may decide on the preliminary objections and the merits of the case in a single judgment, under the principle of procedural economy”),

Guatemala presented a brief in which it raised a single preliminary objection entitled “Incompetence of the honourable Inter-American Court of Human Rights to hear the instant case” [capital letters in the original]. The State cited its own Constitution, which renders that Guatemalan Justice Tribunals’ judgments, which have the authority of a final judgment, may only be subject to judicial review by the Guatemalan Supreme Court of Justice and the other competent domestic courts, and that no other authority may intervene in the administration of justice in Guatemala without illegally infringing on Guatemala's sovereignty



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

(“Artículo 203 (Independencia del Organismo Judicial y potestad de juzgar). [...] La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca. Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia”).

On 11 September 1997, the IACtHR delivered judgment on preliminary objections in which it considered these objections as “a question that concerns the merits of the case”. It found that the petition submitted by the IACommHR did not seek to review the judgment of the Supreme Court of Justice of Guatemala, but sought to have the State declared in violation of several precepts of the ACHR through the death of the five street children, which the IACommHR imputed to members of the National Police Force of that State, and therefore declared responsible (see IACtHR (Judgment) 11 September 1997, Series C No. 32, *Case of the "Street Children" (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala*, para. 18). The IACtHR resolved unanimously to dismiss as inadmissible the preliminary objection brought by the State of Guatemala and to continue to examine the case.

On 19 November 1999, over nine years after the actual events, in the *Villagrán Morales et al. v. Guatemala* case, the IACtHR rendered a landmark decision in which it accepted the arguments on the merits submitted by the IACommHR and condemned the State of Guatemala on all counts, that is to say violation of all the provisions mentioned in the petition.

4. Violation of Article 7 (Right to Personal Liberty) ACHR

Firstly, the IACtHR declared its opinion on the alleged encroachment on the right to personal liberty enshrined on Article 7 (Right to Personal Liberty) ACHR, which guarantees to every person the right to personal liberty and security, and provides in the relevant part that no one

“shall be deprived of his physical liberty except for the reasons and under the conditions established beforehand by the constitution of the State Party concerned or by a law established pursuant thereto”.

This provision also explicitly prohibits arbitrary arrest or imprisonment.

Article 6 of the Guatemalan Constitution establishes that a person may only be deprived of his liberty “under an order issued according to the law by a competent judicial authority” or because he is caught *in flagranti* while committing a crime or offence



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

(“Artículo 6 (Detención Legal). Ninguna persona puede ser detenida o presa, sino por causa de delito o falta y en virtud de orden librada con apego a la ley por autoridad judicial competente. Se exceptúan los casos de flagrante delito o falta. Los detenidos deberán ser puestos a disposición de la autoridad judicial competente en un plazo que no exceda de seis horas, y no podrán quedar sujetos a ninguna otra autoridad”).

Neither of these two grounds was present in the so-called “*Street Children*” case.

Besides, the murdered boys had not been “brought before the competent judicial authority within six hours”, as the said Article 6 of the Guatemalan Constitution orders. What is more, this article expressly establishes that those arrested “may not be subject to any other authority”. The facts of this case demonstrate that it was not complied with this basic procedural regulation.

Neither the material nor the formal aspect of the legal rules pertaining to detention had been observed in the detention of the four youths.

The IACtHR referred to the reasoning of the European Court of Human Rights (ECtHR) about the particular relevance of the promptness of judicial control of arrests for the prevention of arbitrary arrests: prompt judicial intervention allows the detection and prevention of menaces against life or grave ill-treatment that infringe essential guarantees enshrined in the ECHR (see ECtHR (Judgment) 25 May 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-III, p. 1185, *Kurt v. Turkey*, paras. 123-124; ECtHR (Judgment) 18 December 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-VI p. 2282, *Aksoy v. Turkey*, para. 76; ECtHR (Judgment) 29 November 1988, Series A no. 145-B, p. 32, *Brogan and Others*, para. 58). “*The protection of both the physical liberty of the individual and his personal safety are in play, in a context where the absence of guarantees may result in the subversion of the rule of law and deprive those arrested of the minimum legal protection*” (para 135). The ECtHR had also remarked that the failure to acknowledge the arrest of an individual is a full negation of these guarantees and a very severe infringement of the disposition in question.

Therefore, the IACtHR concluded that the State had violated Article 7 ACHR, in relation to Article 1(1) (Obligation to Respect Rights) ACHR

(“The States Parties to this Convention undertake to respect the rights and freedoms recognized herein and to ensure to all persons subject to their jurisdiction the free and full exercise of those rights and freedoms, without any discrimination for reasons of race, colour,



sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, economic status, birth, or any other social condition”),

to the detriment of Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez, Julio Roberto Caal Sandoval and Jovito Josué Juárez Cifuentes.

5. Violation of Article 4 (Right to Life) ACHR

Article 4 (Right to Life) ACHR enshrines the most fundamental of all human rights, i.e. the right to life. The paragraph 1 of this provision stipulates:

“Every person has the right to have his life respected. This right shall be protected by law and, in general, from the moment of conception. No one shall be arbitrarily deprived of his life”.

In the instant case, the Court reiterated what has been declared time and time again in academic legal theory and in jurisprudence: *“The right to life is a fundamental human right, and the exercise of this right is essential for the exercise of all other human rights. If it is not respected, all rights lack meaning”* (para. 144). It is also undisputed that this right belongs to domain of jus cogens in international human rights law, and that it is the supreme right from which no derogation is permitted even in time of public emergency that threatens the life of the nation.

However, the universal acknowledgement of the paramount importance of the right to life has principally referred to the traditional “negative” aspects of this right, that is to say the right of anyone not to be arbitrarily killed and the obligation on the State not to kill anybody.

The IACtHR went further, through a judicial interpretation of the “positive” aspects of the right to life, stressing *“the particular gravity of the instant case since the victims were youths, three of them children, and because the conduct of the State not only violated the express provision of Article 4 of the American Convention, but also numerous international instruments, that devolve to the State the obligation to adopt special measures of protection and assistance for the children within its jurisdiction”* (para. 146). In other words, the “negative” right of a person not to be arbitrarily deprived of his/her life turns into a State’s “positive” obligation to protect and preserve that life taking all necessary measures to secure that that basic right is not violated, and practically into a State’s duty to investigate and prosecute with “due diligence” those responsible for violations of the right to life.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

Since three of the victims in this case were children, the IACtHR affirmed the State’s need to adopt special measures for the protection and care of children and adolescents. Failure to do so implies State negligence bordering on actual complicity in the violations and gives rise to the *de facto* impunity that allows, and even encourages, the continuation of these violations. In this regard, the Joint Concurring Opinion on the present case by the Judges Cançado Trindade and Abreu-Burelli stated that “the duty of the State to take positive measures *is stressed* [original emphasis] precisely in relation to the protection of life of vulnerable and defenceless persons, in situation of risk, such as the children in the streets. This outlook conceptualizes the right to life as belonging, at the same time, to the domain of civil and political rights, as well as economic, social and cultural rights, thus illustrating the interrelation and indivisibility of all human rights” (para. 4). The precarious living conditions of children who live on the street – such as the subjects of this case – led the Court to emphasize the essential relevance for them not only of civil and political rights, but also of economic, social and cultural rights, especially the right to health and to education.

In the key paragraph of the judgment concerning the right to life, the IACtHR pointed out its broad definition of “life” that encompasses “life with dignity”: “[o]wing to the fundamental nature of the right to life, restrictive approaches to it are inadmissible. In essence, the fundamental right to life includes, not only the right of every human being not to be deprived of his life arbitrarily, but also the right that he will not be prevented from having access to the conditions that guarantee a dignified existence. States have the obligation to guarantee the creation of the conditions required in order that violations of this basic right do not occur and, in particular, the duty to prevent its agents from violating it” (para. 144). In this way, the Court set an important jurisprudential precedent, in underlining the obligation of States to ensure the conditions necessary so that all human beings may enjoy and exercise this right.

In support and in confirmation of its considerations, the IACtHR quoted the UN Human Rights Committee (HRC) established by the UN International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), which had specified that “[t]he protection against arbitrary deprivation of life, which is explicitly required by the third paragraph of Article 6.1 [of the International Covenant on Civil and Political Rights] is of paramount importance. The Committee considers that States parties should take measures not only to prevent and punish deprivation of life by criminal acts, but also to prevent arbitrary killing by their own security forces. The deprivation of life by the authorities of the State is a matter of utmost gravity. Therefore, [the State] must strictly control and limit the circumstances in which [a person] may be deprived of his life by such authorities” (see HRC, *General Comment No. 6: The right to life (Art. 6)*, 30 April 1982, para. 3; HRC, *General Comment No. 14: Nuclear weapons and the right to life (Art. 6)*, 9 November 1984, para. 1).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

The Joint Concurring Opinion by the Judges Cançado Trindade and Abreu-Burelli elaborated this concept further. Such a comprehensive interpretation of the right to life under Article 4 ACHR, in connection with Article 1(1) ACHR, implies that “there are distinct ways to deprive a person arbitrarily of life: when his death is provoked directly by the unlawful act of homicide, as well as when circumstances are not avoided which likewise *lead* [original emphasis] to the death of persons as in the *cas d'espèce*. In the present [...] case, [...] there is the aggravating circumstance that the life of the children was already devoid of any meaning; that is, the victimized children were already deprived of creating and developing a project of life and even to seek out a meaning for their own existence” (para. 3). In this sense, “the project of life is consubstantial of the right to existence, and requires, for its development, conditions of life with dignity, of security and integrity of the human person” (para. 8).

As explained by the Judges themselves, whoever “in his childhood lives, as in so many countries of Latin America, in the humiliation of misery, without even the minimum condition of creating his project of life, experiences a state of suffering which amounts to a spiritual death; the physical death which follows to this latter, in such circumstances, is the culmination of the total destruction of the human being” (para. 9). Therefore, the arbitrary deprivation of physical life is not limited to the illicit act of homicide, but extends itself to the deprivation of the right to live with dignity: “[t]he needs of protection of the weaker, – such as the children in the streets, – require definitively an interpretation of the right to life so as to comprise the minimum conditions of life with dignity” (para. 7). When dealing with the right to life, it is very hard to divide the concerns of judicial order from those of moral order: “we are before an order of superior values, – *substratum* of legal norms –, which help us to seek out the meaning of the existence and of the destiny of each human being” (para. 11).

In the instant case, the IACtHR ascertained that the existence and the destiny of the five street children had execrably been struck down by the State endorsed violence, and concluded that Guatemala had violated Article 4 ACHR, in relation to Article 1(1) ACHR, to the detriment of Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez, Julio Roberto Caal Sandoval, Jovito Josué Juárez Cifuentes and Anstram Aman Villagrán Morales.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

6. Violation of Article 5(1), (2) (Right to Humane Treatment) ACHR

Article 5 (Right to Humane Treatment) ACHR provides that

“1. Every person has the right to have his physical, mental, and moral integrity respected. 2. No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman, or degrading punishment or treatment. All persons deprived of their liberty shall be treated with respect for the inherent dignity of the human person”.

The Court considered the alleged violation of this article under two aspects: first, whether or not it had been violated to the detriment of the direct victims, Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez, Julio Roberto Caal Sandoval and Jovito Josué Juárez Cifuentes; second, whether the families of the victims had been, themselves, subjected to cruel, inhuman and degrading treatment.

From the victim's perspective, the Court found that Guatemala had violated the right of the children to have their physical, mental and moral integrity respected, and also their right not to be subjected to torture or cruel, inhuman, or degrading treatment: before to be dying, they had been victims of serious ill-treatment and physical and psychological torture by members of the National Police Force. Although the exact nature of these injuries could not be corroborated due to the complete inadequacy of the Guatemalan autopsy reports and minimal forensic and photographic evidence collected by the State at the time of the homicides, circumstantial and corroborative evidence was provided by the Guatemalan background context of a systematic pattern of torture and mistreatment of children and youths who lived on the street at that time.

Moreover, an AI Report mentioned that “the bodies presented signs of torture: the ears and tongues had been cut off, and the eyes had been burned or extracted. Furthermore, it appears that some kind of burning liquid had been thrown on the chest and chin of [Caal Sandoval]. According to the Prosecutor-General’s office, the mutilations to which the four had been subjected correspond to the treatment that the police usually use on those who inform against this security force. The mutilation of the ears, eyes and tongue signifies that the person had heard or seen or spoken of something inadvisable”.

With this in mind, the IACtHR asserted that, notwithstanding the lack of other evidence, given the violent nature of the victims’ kidnapping and the condition of their bodies found subsequently, abandoned in a wood, it was reasonable to infer that between 10 and 21 hours, during which they had been retained clandestinely by their abductors, the treatment they had received was “*extremely*



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

aggressive” (para. 162). Besides, isolated from the outside world and certainly conscious that their lives were in danger, it was sensible to deduce that they had experienced extreme psychological and moral suffering that had placed them in an aggravated position of vulnerability (see IACtHR (Judgment) 12 November 1997, Series C No. 35, *Suárez-Rosero v. Ecuador*, para. 90).

In this regard, the IACtHR recalled what it had stated on other occasion: the simple fact of being placed in the trunk of a car represents a violation of Article 5 ACHR, inasmuch as this behaviour alone must be considered as an infringement to the respect due to the inherent dignity of the human being, even if no other ill-treatment took place (see IACtHR (Judgment) 3 November 1997, Series C No. 34, *Castillo-Páez v. Peru*, para. 66).

In a similar way, the ECtHR had declared that the simple menace of an action that is forbidden by Article 3 ECHR, which corresponds to Article 5 ACHR, when it is enough actual and imminent, may in itself be in conflict with the respective norm: creating a menacing situation or menacing a person with torture may, on some conditions, constitute inhuman treatment (see ECtHR (Judgment) 25 February 1982, Series A no. 48 p. 12, *Campbell and Cosans*, para. 26).

The IACtHR also recalled that a person who is illegally detained feels himself in “*an exacerbated situation of vulnerability*” producing an actual risk that his/her other rights, such as the right to humane treatment and to be treated with dignity, will be infringed (see IACtHR (Judgment) 17 September 1997, Series C No. 33, *Loayza-Tamayo v. Peru*, para. 57).

The IACtHR adopted the presumption established by the ECtHR: the State is responsible for the ill-treatment of persons in the custody of State agents, unless the authorities can demonstrate that the agents did not engage in such behaviour (see ECtHR (Judgment) 18 December 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-VI p. 2282, *Aksoy v. Turkey*, para. 61; ECtHR (Judgment) 4 December 1995, Series A no. 336 p. 26 ss., *Ribitsch v. Austria*, para. 34; ECtHR (Judgment) 27 August 1992, Series A no. 241-A pp. 40-41, *Tomasi v. France*, paras. 108-111). The IACtHR believed that the ill-treatment and torture had been perpetrated by the same individuals that had seized and murdered the youths. By establishing that those responsible for these acts had been members of the National Police Force, it was appropriate to presume that the ill-treatment and torture, inflicted on the children in the time between their kidnapping and their homicides, had been carried out by State agents.

The IACtHR concluded that Guatemala had violated Article 5(1), (2) ACHR, in relation to Article 1(1) ACHR, to the detriment of Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez, Julio Roberto Caal Sandoval and Jovito Josué Juárez Cifuentes.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

From the victims’ families’ perspective, the evidence made clear that the death of these boys had caused a good deal of pain, anxiety and distress to the next of kin. They had not formally been notified of the victims’ death and they had not been provided with information about the development of the inquiries. National authorities had not taken any measures to establish the identity of the victims, who stayed registered as “XX” until their relatives came in person to provide for their identification.

Amongst the behaviours of the State agents that had caused effects on the families, the Court stressed the ill-treatment of the corpses of the youths discovered in the San Nicolás Woods, in order to ascertain if Article 5 ACHR had been also violated from this point of view, and concluded that “[t]hey were not only victims of extreme violence resulting in their physical elimination, but also, their bodies were abandoned in an uninhabited spot, they were exposed to the inclemency of the weather and the action of animals, and they could have remained thus during several days, if they had not been found by chance [...] it is clear that the treatment given to the remains of the victims, which were sacred to their families and particularly their mothers, constituted cruel and inhuman treatment for them” (para. 174).

The IACtHR quoted again the Strasbourg jurisprudence. The ECtHR had issued an opinion on the condition of victim of inhuman and degrading treatment of the mother as a consequence of the detention and disappearance of her daughter at the hands of the authorities. So as to ascertain whether Article 3 ECHR had been violated or not, the ECtHR had evaluated the circumstances of the case, the seriousness of the ill-treatment and the fact of not having had official information to clarify the case. On the basis of that, and considering that it had been the mother of the victim of a human rights violation, the ECtHR had resolved that she had also been a victim and that the State had violated of Article 3 ECHR (see ECtHR (Judgment) 24 May 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-III p. 1187, *Kurt v. Turkey*, paras. 130-134).

In confirmation of the foregoing, the IACtHR also cited a previous decision, in which it had affirmed that “*the burning of Mr. Nicholas Blake’s mortal remains to destroy all traces that could reveal his whereabouts is an assault on the cultural values prevailing in Guatemalan society, which are handed down from generation to generation, with regard to respecting the dead. [This action] increased the suffering of Mr. Nicholas Blake’s relatives*” (see IACtHR (Judgment) 24 January 1998, Series C No. 36, *Blake v. Guatemala*, para. 115).

As the Judges Cançado Trindade and Abreu-Burelli stated in acute and eloquent way, it was impossible not to include, in the broad definition of victim, the mothers of the killed boys: “[t]he children murdered in a street and in a wood (ironically the wood of San Nicolás, of so much



symbolism to many children), did not have the opportunity to reconcile themselves with the idea of their surrender to eternity; the respect to the mortal remains of the children contributes to provide their mothers, at least, with the opportunity to maintain alive, within themselves, the memory of the sons prematurely disappeared” (para. 10).

According to the IACtHR, these acts of omission and commission altogether amounted to a violation of Article 5(2) ACHR, in relation to Article 1(1) ACHR, with respect to the victims’ mothers and grandmother.

7. Violation of Article 19 (Rights of the Child) ACHR

In this judgment, for the first time the Court considered a case with children – specifically street children – as victims of human rights violations, and interpreted Article 19 (Rights of the Child) ACHR. So it has represented the first finding of a violation of this article, which stipulates that

“[e]very minor child has the right to the measures of protection required by his condition as a minor on the part of his family, society, and the state”.

The skeletal wording of Article 19 ACHR raised problems for the Court in order to determine exactly its content. Firstly, because of the lack of definition of the term “child”. Secondly, because of the lack of definition of the nature of the protection that is owed to minors. In both cases, the Court bypassed these gaps by drawing on universal human rights standards.

In conformity with Article 1 CRC, every human being who has not attained 18 years of age is considered to be a child, “unless, by virtue of an applicable law, he shall have attained his majority previously”. In accordance with the Guatemalan legislation in force at the time of the facts of the instant case, those who had not attained 18 years of age were also minors. Making use of these criteria, only three of the victims, Julio Roberto Caal Sandoval, Jovito Josué Juárez Cifuentes and Anstram Aman Villagrán Morales, were children. All the same, in this judgment was using the colloquial expression “street children” to make reference to the five victims in this case, who lived on the streets and who were at risk.

The Court drawn the attention to the background context in Guatemala at the time the facts of this case occurred, which was characterized by a systematic practice of illegal acts against street children committed by State security agents; this common pattern of violence included harassment, threats, arrests, persecution, cruel, inhuman and degrading treatment, torture, forced disappearance and homicide as means to counter juvenile delinquency and vagrancy. In the opinion of the Court,



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

the events that culminated in the violent death of the three minors, Julio Roberto Caal Sandoval, Jovito Josué Juárez Cifuentes and Ansträum Aman Villagrán Morales, were connected to that background context.

In the light of Article 19 ACHR, the IACtHR described the situation of children and adolescents living in the streets as a situation involving a twofold violation of their rights, pointing out *“the particular gravity of the fact that a State Party to this Convention can be charged with having applied or tolerated a systematic practice of violence against at-risk children in its territory. When States violate the rights of at-risk children, such as ‘street children’, in this way, it makes them victims of a double aggression. First, such States do not prevent them from living in misery, thus depriving them of the minimum conditions for a dignified life and preventing them from the ‘full and harmonious development of their personality’, even though every child has the right to harbor a project of life that should be tended and encouraged by the public authorities so that it may develop this project for its personal benefit and that of the society to which it belongs. Second, they violate their physical, mental and moral integrity and even their lives”* (para. 191). In this paragraph, it is expressed the full meaning of the Court’s statement on the indivisibility and interrelationship of civil, political, economic, social and cultural rights, as incorporated in the CRC.

On one occasion, the IACtHR had specified that *“when interpreting a treaty, not only the agreements and instruments formally related to it should be taken into consideration (Article 31.2 of the Vienna Convention), but also the system within which it is (inscribed) (Article 31.3)”*, and it had explained that *“[t]his evolutive interpretation is consequent with the general rules of the interpretation of treaties embodied in the 1969 Vienna Convention. Both this Court [...] and the European Court [...] have indicated that human rights treaties are living instruments, the interpretation of which must evolve over time in view of existing circumstances”* (see IACtHR (Advisory Opinion) OC-16/99, 1 October 1999, *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of Due Process of Law*, paras. 113-114).

In line with this assertion, the IACtHR had also affirmed that *“by means of an authoritative interpretation, the member States of the Organization have signalled their agreement that the [American] Declaration contains and defines the fundamental human rights referred to in the Charter [of the Organization]. Thus, [the latter] cannot be interpreted and applied, as far as human rights are concerned, without relating its norms [...] to the corresponding provisions of the Declaration”* (see IACtHR (Advisory Opinion) OC-10/89, 14 July 1989, *Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights*, para. 43). Therefore, adopting such an evolutive



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

interpretation of international human rights protection instruments, the Court enucleated the parameters defining the “measures of protection” referred to in Article 19 ACHR.

The IACtHR established that the ACHR and the CRC are part of a very comprehensive international *corpus juris* for protecting the rights of the child. This means that there is a substantive connection between the two treaties and that they should be applied together in cases pertaining to children and adolescents. Moreover, this broad international *corpus juris* should be useful in determining the content and scope of the general provision defined in the article in question.

With this object, the IACtHR referred to several provisions enshrined in the CRC, which were immediately relevant to this case, specifically Article 2 CRC

(“1. States Parties shall respect and ensure the rights set forth in the present Convention to each child within their jurisdiction without discrimination of any kind, irrespective of the child's or his or her parent's or legal guardian's race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national, ethnic or social origin, property, disability, birth or other status. 2. States Parties shall take all appropriate measures to ensure that the child is protected against all forms of discrimination or punishment on the basis of the status, activities, expressed opinions, or beliefs of the child's parents, legal guardians, or family members”),

Article 3 CRC

(“[...] 2. States Parties undertake to ensure the child such protection and care as is necessary for his or her well-being, taking into account the rights and duties of his or her parents, legal guardians, or other individuals legally responsible for him or her, and, to this end, shall take all appropriate legislative and administrative measures”),

Article 6 CRC

(“1. States Parties recognize that every child has the inherent right to life. 2. States Parties shall ensure to the maximum extent possible the survival and development of the child”),

Article 20 CRC

(“1. A child temporarily or permanently deprived of his or her family environment, or in whose own best interests cannot be allowed to remain in that environment, shall be entitled to special protection and assistance provided by the State. 2. States Parties shall in accordance with their national laws ensure alternative care for such a child. [...]”),



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

Article 27 CRC

“1. States Parties recognize the right of every child to a standard of living adequate for the child's physical, mental, spiritual, moral and social development. [...]. 3. States Parties, in accordance with national conditions and within their means, shall take appropriate measures to assist parents and others responsible for the child to implement this right and shall in case of need provide material assistance and support programmes, particularly with regard to nutrition, clothing and housing”)

and Article 37 CRC

“States Parties shall ensure that: (a) No child shall be subjected to torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. Neither capital punishment nor life imprisonment without possibility of release shall be imposed for offences committed by persons below eighteen years of age; (b) No child shall be deprived of his or her liberty unlawfully or arbitrarily. The arrest, detention or imprisonment of a child shall be in conformity with the law and shall be used only as a measure of last resort and for the shortest appropriate period of time; (c) Every child deprived of liberty shall be treated with humanity and respect for the inherent dignity of the human person, and in a manner which takes into account the needs of persons of his or her age. In particular, every child deprived of liberty shall be separated from adults unless it is considered in the child's best interest not to do so and shall have the right to maintain contact with his or her family through correspondence and visits, save in exceptional circumstances; (d) Every child deprived of his or her liberty shall have the right to prompt access to legal and other appropriate assistance, as well as the right to challenge the legality of the deprivation of his or her liberty before a court or other competent, independent and impartial authority, and to a prompt decision on any such action”).

To come to the point, the IACtHR stated: “*These provisions allow us to define the scope of the ‘measures of protection’ referred to in Article 19 of the American Convention, from different angles*” (para. 196). Special protection obligations in favour of children imply the existence of an additional and complementary right of children, supported by the specificity of these obligations incumbent upon States. The protective measures referred to in Article 19 ACHR should include the principle of non-discrimination, particular care for children deprived of their family environment, the guarantee of survival and development of the child, the right to adequate living conditions, and the social rehabilitation or reinsertion of all children who are victims of abandonment or



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

exploitation. Hence, States have the duty to adopt every positive measure to ensure the full exercise of the child’s human rights.

With reference to the fact that one of the three minors in this case, Jovito Josué Juárez Cifuentes, had been registered in the “criminal archives” of the Identification Office of the National Police Force, the IACtHR underlined that, *“if the State has elements to believe that ‘street children’ are affected by factors that may induce them to commit unlawful acts, or has elements to conclude that they have committed such acts, in specific cases, it should increase measures to prevent crimes and recurrence. When the State apparatus has to intervene in offences committed by minors, it should make substantial efforts to guarantee their rehabilitation in order to ‘allow them to play a constructive and productive role in society’”* (para. 197).

In the present case, it was evident that Guatemala had seriously transgressed these directives. In view of these considerations, the IACtHR found the State in violation of Article 19 ACHR, in relation to Article 1(1) ACHR, to the detriment of the three minors, Julio Roberto Caal Sandoval, Jovito Josué Juárez Cifuentes and Anstram Aman Villagrán Morales.

8. Violation of Articles 25 (Right to Judicial Protection) and 8(1) (Right to a Fair Trial) ACHR

The Court also analyzed this case from the viewpoint of the alleged violations of Articles 25 (Right to Judicial Protection) ACHR

(“1. Everyone has the right to simple and prompt recourse, or any other effective recourse, to a competent court or tribunal for protection against acts that violate his fundamental rights recognized by the constitution or laws of the state concerned or by this Convention, even though such violation may have been committed by persons acting in the course of their official duties. 2. The States Parties undertake: a. to ensure that any person claiming such remedy shall have his rights determined by the competent authority provided for by the legal system of the state; b. to develop the possibilities of judicial remedy; and c. to ensure that the competent authorities shall enforce such remedies when granted”)

and 8(1) (Right to a Fair Trial) ACHR

(“1. Every person has the right to a hearing, with due guarantees and within a reasonable time, by a competent, independent, and impartial tribunal, previously established by law, in



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

the substantiation of any accusation of a criminal nature made against him or for the determination of his rights and obligations of a civil, labour, fiscal, or any other nature”).

According to a fundamental principle of law on the international responsibility of States, embodied in international human rights law, the conduct of any State organ is considered an act of that State under international law, thus every State is considered internationally responsible for any or all act or omission of any of its organs infringing international obligations (see ILC, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, 2001, Article 4). Article 1(1) ACHR is essential in this regard, and Articles 25 and 8 ACHR define the scope of the aforesaid principle with reference to acts or omissions of domestic judicial authorities.

In order to ascertain whether Guatemala had violated its international obligations, the IACtHR examined all the domestic judicial proceedings so as to have a complete overview of these acts or omissions. In this respect, the ECtHR had suggested that the proceedings should be considered as a whole, comprising the decisions of the courts of appeal, and that the function of the international court is to establish if all the proceedings, and the manner in which the evidence was adduced, were fair (see ECtHR (Judgment) 16 December 1992, Series A no. 247-B pp. 34-35, *Edward v. the United Kingdom*, para. 34; ECtHR (Judgment) 22 April 1992, Series A no. 235-B pp. 32-33, *Vidal v. Belgium*, para. 33).

It's evident from Article 1(1) ACHR that the State has to investigate and punish any violation of the rights and freedoms guaranteed by the ACHR. In the present case, this obligation was related to the right of everyone to be heard by the courts and to act in the respective proceedings, and to the right of everyone to a simple, prompt and effective recourse to a competent court or judge for protection against acts that infringe his/her fundamental rights, arising from Articles 25 and 8 ACHR.

On other occasions, the IACtHR had pointed out that the duty to investigate should be carried out “*in a serious manner and not as a mere formality preordained to be ineffective. An investigation must have an objective and be assumed by the State as its own legal duty, not as a step taken by private interests that depends upon the initiative of the victim or his family or upon their offer of proof, without an effective search for the truth by the government*” (see IACtHR (Judgment) 20 January 1989, Series C No. 5, *Godínez-Cruz v. Honduras*, para. 188; IACtHR (Judgment) 29 July 1988, Series C No. 4, *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, para. 177).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

Guatemala had conducted several judicial proceedings on the facts occurred, but those responsible for the unlawful acts referred to in this judgment had not been identified or penalized by the enforcement of judicial decisions, and consequently they had not been punished for their crimes. Just this ascertainment was enough to declare the violation of Article 1(1) ACHR. Investigations of the crimes of kidnapping and torture had entirely been omitted, evidence that could have been essential for the due elucidation of the homicides had not been ordered, practiced or evaluated, and some decisive testimonies had been refused as irrelevant and or totally or partially disqualified by the domestic courts. It was clear that the judges had fragmented the probative material, contravening to the principles of evaluating evidence, according to which the evidence has to be evaluated as a whole.

Therefore, the Court concluded that the State had violated Article 1(1) ACHR, in relation to Article 8 ACHR, because of the failure to comply with the obligation to undertake effective and adequate investigations of the corresponding facts.

More than once, the IACtHR had declared, “*the absence of an effective remedy to violations of the rights recognized by the Convention is itself a violation of the Convention by the State Party in which the remedy is lacking. In that sense, it should be emphasized that, for such a remedy to exist, it is not sufficient that it be provided for by the Constitution or by law or that it be formally recognized, but rather it must be truly effective in establishing whether there has been a violation of human rights and in providing redress*” (see IACtHR (Judgment) 29 September 1999, Series C No. 56, *Cesti-Hurtado v. Peru*, para. 125; IACtHR (Judgment) 30 May 1999, Series C No. 52, *Castillo-Petruzzi et al. v. Peru*, para. 185; IACtHR (Advisory Opinion) OC-9/87, 6 October 1987, *Judicial Guarantees in States of Emergency (Articles 27.2, 25 and 8 American Convention on Human Rights)*, para. 24).

From the foregoing, Guatemala had also violated Article 1(1) ACHR, in relation to Article 25 ACHR, to the detriment of the youths Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez, Julio Roberto Caal Sandoval and Jovito Josué Juárez Cifuentes because, after their abduction by State agents, they had unlawfully and clandestinely been detained for several hours until they were killed on the following day. So, they had been prevented from exercising, either themselves or through their representatives, their right to an effective recourse before a competent domestic instance.



9. Violation of Articles 1 (Obligation to Prevent and Punish Torture), 6 (Obligation to Take Effective Measures to Prevent and Punish Torture) and 8 (Right to Impartial Examination, Investigation and Criminal Process of a Case) of the IACPPT

Finally, this case has represented the second finding by the IACtHR of a violation of the IACPPT (see IACtHR (Judgment) 8 March 1998, Series C No. 37, *Case of the “White Van” (Paniagua-Morales et al.) v. Guatemala*, para. 136), in particular of Article 1 (Obligation to Prevent and Punish Torture) IACPPT

(“The State Parties undertake to prevent and punish torture in accordance with the terms of this Convention”),

Article 6 (Obligation to Take Effective Measures to Prevent and Punish Torture) IACPPT

(“In accordance with the terms of Article 1, the States Parties shall take effective measures to prevent and punish torture within their jurisdiction. The States Parties shall ensure that all acts of torture and attempts to commit torture are offences under their criminal law and shall make such acts punishable by severe penalties that take into account their serious nature. The States Parties likewise shall take effective measures to prevent and punish other cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment within their jurisdiction”)

and Article 8 (Right to Impartial Examination, Investigation and Criminal Process of a Case) IACPPT

(“The States Parties shall guarantee that any person making an accusation of having been subjected to torture within their jurisdiction shall have the right to an impartial examination of his case. Likewise, if there is an accusation or well-grounded reason to believe that an act of torture has been committed within their jurisdiction, the States Parties shall guarantee that their respective authorities will proceed properly and immediately to conduct an investigation into the case and to initiate, whenever appropriate, the corresponding criminal process. After all the domestic legal procedures of the respective State and the corresponding appeals have been exhausted, the case may be submitted to the international *fora* whose competence has been recognized by that State”).

It was evident from the probative material that the Guatemalan administrative and judicial bodies had not adopted any formal decision to hold a criminal inquiry into the alleged perpetration of the crime of torture, and they had not inquired into it in the practice, though a lot of concurring



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

evidence had been collected on the merciless treatment and torture perpetrated against the victims, at the time in which the murders had been investigated.

In conformity with Article 8 IACPPT, the State has the obligation to proceed *ex officio* and at once in cases such as the present one. On several occasions, the IACtHR had affirmed that “*in proceedings on human rights violations, the State’s defence cannot rest on the impossibility of the plaintiff to obtain evidence that, in many cases, cannot be obtained without the State’s cooperation*” (IACtHR (Judgment) 21 January 1994, Series C No. 16, *Gangaram-Panday v. Suriname*, para. 49; IACtHR (Judgment) 20 January 1989, Series C No. 5, *Godínez-Cruz v. Honduras*, para. 141; IACtHR (Judgment) 29 July 1988, Series C No. 4, *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, para. 135).

Guatemala had not respected these provisions. Consequently, the Court concluded that the State had infringed Articles 1, 6 and 8 IACPPT to the detriment of Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez, Julio Roberto Caal Sandoval and Jovito Josué Juárez Cifuentes.

10. The Full Significance of the Pioneering and Paradigmatic “Street Children” Case

The so-called “*Street Children*” case (*Villagrán Morales et al. v. Guatemala*) has been truly pioneering and paradigmatic for various reasons.

It has had an obvious symbolic and representative value for street children in general in terms of the legal precedents set. As said, it has been the first case implicating street children to come before an international adjudicatory body, signifying that international human rights litigation can be a powerful political tool to protect harassed, abused, exploited and victimized children worldwide.

This judgment has added to the relatively sparse international case law on children’s rights, by turning out crucial to the development of international jurisprudence, and it has been particularly appreciable in terms of assessment of the gravity of the rights violated. In effect, it has been the first children murder case in contentious international human rights law, the first arbitrary detention case involving children, the first case dealing with police brutality against street children before any international tribunal, and it has meant by far the most serious threshold of children torture.

This judgment has been a precedent not only for execrable crimes against children in Guatemala – i.e. the horrific torture, mutilation and killing of the five street children – but also for similar cases before courts worldwide and for the IACtHR itself. As a matter of fact, through this case, the Court had the possibility to express its views with regard to the *status* of children, and the principles set



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

out have been followed in the subsequent cases within its contentious jurisdiction, its advisory jurisdiction, and when adopting provisional measures.

This landmark decision has epitomized a lot of issues. Its implications for international human rights law have been immense, and the following ones, after due consideration, are those of a paramount importance.

Firstly, in the words of Judge Cançado Trindade, from the historical case of the “*Street Children*” can be inferred that the international juridical subjectivity of the individuals is nowadays an irreversible reality, and that the violation of their fundamental rights, emanated directly from the international legal order, brings about juridical consequences. In this case, some of those marginalized and forgotten by this world succeeded to resort to an international tribunal to vindicate their rights as human beings. This has given a clear and unequivocal testimony that the international law of human rights has achieved its maturity. In effect, the mothers of the murdered children (and the grandmother of one of them), as poor and abandoned as their sons (and grandson), had access to the international jurisdiction, appeared before the IACtHR, and through its judgment, could at least recover their faith in human justice.

Secondly, bearing out what already enunciated in previous occasions, in the *Villagrán Morales et al. v. Guatemala* case the Court established the juridical foundations of the enlargement of the notion of victim, till to include the close relatives of the direct victims. As the Joint Concurring Opinion by the Judges Cançado Trindade and Abreu-Burelli explained, offences such as those occurred in this case “render victims not only those who suffered them directly, in their spirit and in their body; they project themselves painfully into the persons dear to them, in particular into their mothers” (para. 9). In such circumstances, it was not possible not to comprise, in the broadened notion of victim, the mothers of the killed youths, in relation to the prohibition of cruel, inhuman or degrading punishment or treatment, as set forth in Article 5(2) (Right to Humane Treatment) ACHR. This understanding nowadays forms part of the IACtHR well-established jurisprudence.

Thirdly, even if there was no lack of academic literature calling for an expanded conception of the right to life, the novelty of the so-called “*Street Children*” case is that it has been the first case in international human rights jurisprudence to adopt this position concretely. Undoubtedly, the right to life is the foremost substantive right, and it is an intangible right. The IACtHR interpreted it in extremely clear, decisive and comprehensive way: it not only considered the “negative” aspects of this right – i.e. the right not to be arbitrarily killed and the obligation on the State not to kill –, but it also emphasized the “positive” ones – i.e. the State’s duty to investigate and prosecute with “due diligence” those responsible for violations of the right to life, and the expanded definition of the



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

“right to life” to include the “right to life with dignity”. Thus, this decision has reflected the state of evolution of the right to life in the framework of the international law of human rights in general, and under Article 4 (Right to Life) ACHR in particular, setting an important precedent for international human rights jurisprudence.

Fourthly, generally speaking, in contrast to civil and political rights, economic, social and cultural rights remain neglected and under-theorized in international human rights law. Because most of the deprivations that street children experience are economic, social and cultural in nature, the present case has had a real impact on the actual living conditions of street children, in terms of accessing economic social, and cultural rights, through the re-conceptualisation of the right to life as encompassing the “right to life with dignity” via positive State provision of a minimum level of economic, social and cultural standards, and by establishing a judicial implementation mechanism for the CRC. It is here that the *Villagrán Morales et al. v. Guatemala* case has carried much weight, both morally, by recognising the economic, social and cultural conditions of street children as irrespective of the right to life *per se* under its extensive definition, and practically, by bringing these rights down from academic theory into concrete juridical use. Unlike preceding occasions, in order to guarantee economic, social and cultural rights, in this case the IACtHR made an intentional moral declaration on the advancement of the law by plainly raising the fundamental needs indispensable for a life with dignity to a position of legal enforceability.

Fifth, for the first time Article 19 (Rights of the Child) ACHR has been the core argument of a case in the Inter-American System of Human Rights Protection (IASPHR). This article enshrines a sphere of special protection for the human rights of children and adolescents, dictated by their special conditions of vulnerability as subjects of rights. By founding the interpretation of the vague and indefinite content of Article 19 ACHR on the CRC, used as a yardstick, through a “normative combination”, the IACtHR established the world’s first international human rights mechanism by which to provide direct judicial access to the CRC’s provisions and to consider States responsible for their non-accomplishment, representing a really important attainment for children’s rights. This case has symbolized a first-rate example of regional case-law integrating the accomplishment mechanism of the CRC, which has a special relevance due to the fact that the CRC’s enforceability in international law is realistically inexistent: the direct accomplishment mechanism of the CRC is limited to the exam of the States Reports submitted every five years to the Committee. Consequently, the actual legal accomplishment of children’s rights depends on their incorporation into regional and national legislation, and jurisprudence. In this sense, the IACtHR proved a praiseworthy, innovative and influential approach directed to the improvement and safeguarding of children’s rights.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

Sixth, in this case the IACtHR advanced another concept, which has been fundamental to the subsequent development of its jurisprudence on children’s rights. It set out the idea that a *corpus juris* of human rights for children and adolescents exists, and ruled that the ACHR and the CRC are part of a broad international *corpus juris* for guaranteeing the rights of people aged below 18 years. This signifies that both instruments are substantively connected and that they should be jointly applied. As of a broad-spectrum perspective, the existence of this *corpus juris* is the result of evolution in international children’s human rights law, which is focused on the recognition of children and adolescents as persons with legal rights. Hence, the legal framework for the safeguard of children’s human rights is not confined to the requirements of Article 19 (Rights of the Child) ACHR, the text of the CRC and the decisions adopted by the UN Committee on the Rights of the Child in compliance with its mandate: it also embraces, for interpretive reasons, a range of provisions including those contained in the UN Declarations of the Rights of the Child of 1924 and 1959, the UN Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (Beijing Rules of 1985), the UN Standard Minimum Rules for Non–Custodial Measures (Tokyo Rules of 1990), the UN Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency (Riyadh Guidelines of 1990), and the UN Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty (Havana Rules of 1990), in addition to the general international human rights instruments.

From a purely legal standpoint, this judgment has established precedent-setting interpretations of core international treaties affecting the rights of children: it has added to the body of regional jurisprudence on grave human rights transgressions and it has used all available treaties in the promotion and protection of human rights, to demonstrate that the IASPHR accepts cross-fertilisation of all accessible standards, and indirectly enhances receptivity of its own jurisprudence by fostering a general climate of reciprocity within the international human rights community. This approach has signified an important step forward, showing the existence not only of a jointed legal framework in international human rights law in matters related to children, but also of the reciprocal relationship between the different systems at the international level for safeguarding children’s human rights.

In effect, the analysis of the IACtHR has represented the source of inspiration for other bodies of human rights defence. In its *General Comment No. 8 (2006): The Right of the Child to Protection from Corporal Punishment and Other Cruel or Degrading Forms of Punishment (Arts. 19; 28, para. 2; and 37, inter alia)*, the UN Committee on the Rights of the Child has explicitly made reference to the Court’s highly important 2002 Advisory Opinion No. 17 on *the Juridical Condition and Human Rights of the Child*, mainly inspired to the case in question. The importation of the



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

IASPHR’s standard of judgment into the UN System demonstrates the relevant role played by this regional Court with regard to the reinforcement and growth of the international law.

Finally, this landmark decision by the IACtHR is noteworthy not only for its “academic” relevance, but also for the “practical” one: it has focused international attention on plight of street children, and launched a signal to communities to do their best for economic, social and cultural wellbeing of all children, particularly those who are poor and living on the street. In addition to being the first case concerning the rights of street children to go before an international court, this case has signalled a welcome turning point for international human rights organizations in their effort to enforce international legal obligations pertaining to children, that is to say to force States to follow international legal obligations in which children are involved.

In other words, it has represented a turning point in the history of international law's engagement with poor children, suggesting a new willingness on the part of international human rights bodies to subject States' observance of their international legal obligations to intensified scrutiny whenever the interests of children are implicated. Hence, this judgment has sent a powerful message to the Guatemalan Government and other governments that have ratified international human rights treaties that they should not bear police ill-treatment of street children. Even so, litigation in an international tribunal should be regarded as an instrument of last resort, as one strategy to address the exploitation and victimization of street children. It can not substitute domestic policies and programs that focus on the core sources of this weighty and global problem, like systemic poverty, economic development and the effects of globalization, which have not done poor people good in many developing countries.

To conclude, the fully significance of the decision in the so-called “*Street Children*” case can be summarized into the contribution to the “de-legitimation” of State complicity in such atrocities, and into the elevation of the *status* of a particularly weak, vulnerable and marginalised group of rights holders, i.e. “at-risk children”, guaranteeing them their rights and respect for their personality at international level by means of the exercise of the right of international individual petition. As a result, the *status* of law in general as a protective, investigative, retributive and preventative instrument in the promotion and protection of children’s rights has been enhanced, through the moral weight and unambiguous findings of this powerfully worded judgment with implications of such obvious magnitude for the rights of children and an immense potential as a precedent to be cited in universal and regional cases involving children.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

Precedents

IACtHR (Advisory Opinion) OC-16/99, 1 October 1999, *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of Due Process of Law*.

IACtHR (Advisory Opinion) OC-10/89, 14 July 1989, *Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights*.

IACtHR (Advisory Opinion) OC-9/87, 6 October 1987, *Judicial Guarantees in States of Emergency (Articles 27.2, 25 and 8 American Convention on Human Rights)*.

IACtHR (Judgment) 29 September 1999, Series C No. 56, *Cesti-Hurtado v. Peru*.

IACtHR (Judgment) 30 May 1999, Series C No. 52, *Castillo-Petruzzi et al. v. Peru*.

IACtHR (Judgment) 8 March 1998, Series C No. 37, *Case of the “White Van” (Paniagua-Morales et al.) v. Guatemala*.

IACtHR (Judgment) 24 January 1998, Series C No. 36, *Blake v. Guatemala*.

IACtHR (Judgment) 12 November 1997, Series C No. 35, *Suárez-Rosero v. Ecuador*.

IACtHR (Judgment) 3 November 1997, Series C No. 34, *Castillo-Páez v. Peru*.

IACtHR (Judgment) 17 September 1997, Series C No. 33, *Loayza-Tamayo v. Peru*.

IACtHR (Judgment) 11 September 1997, Series C No. 32, *Case of the “Street Children” (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala*.

IACtHR (Judgment) 21 January 1994, Series C No. 16, *Gangaram-Panday v. Suriname*.

IACtHR (Judgment) 20 January 1989, Series C No. 5, *Godínez-Cruz v. Honduras*.

IACtHR (Judgment) 29 July 1988, Series C No. 4, *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

Domestic Law

Constitution of the Republic of Guatemala

Bibliographical References

AMNESTY INTERNATIONAL, July 1990, *Guatemala: Extrajudicial Executions and Human Rights Violations Against Street Children*, AMR 34/37/90.

M. BELOFF, “Cuando un caso no es ‘el caso’. Comentario a la sentencia Villagrán Morales y otros (Caso de los ‘Niños de la calle’)”, in *Los derechos del niño en el sistema interamericano* (Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004).

A.A. CANÇADO TRINDADE, “International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* – General Course on Public International Law – Part I”, 316 *Recueil des cours* (2005).

L. BURGORGUE-LARSEN, A. ÚBEDA DE TORRES, *The Inter-American Court of Human Rights: Case-Law and Commentary* (Oxford, Oxford University Press 2011).

CASA ALIANZA, “Informe al Comité de las Naciones Unidas Contra la Tortura; tortura de los niños de la calle en Guatemala 1990-1995” (San Jose, Costa Rica, 1995).

G. CITRONI, T. SCOVAZZI, “Vos vas a aparecer muerto como aparecieron tus amigos, los demás”, in PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani – Norme, garanzie, prassi* (Milano, Giuffrè Editore 2006).

J. ENNEW, *Street and Working Children – A Guide to Planning (Development Manual 4)* (London, SAVE THE CHILDREN 1994).

U. EWELUKWA, “Litigating the Rights of Street Children in Regional or International Fora: Trends, Options, Barriers and Breakthroughs”, 9 *Yale Human Rights and Development Law Journal* (2006).

HUMAN RIGHTS WATCH, July 1997, *Guatemala’s Forgotten Children: Police Violence and Abuses in Detention*, <www.hrw.org/hrw/reports/1997/guat1>.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

- S. KOSSEN, “Five Murdered Street Children in Guatemala: A Precedent before the Inter-American Court of Human Rights”, 6 *Human Rights Brief* (1999).
- M.W. LUSK, “Street Children Programs in Latin America”, 16 *Journal of Sociology and Social Welfare* (1989).
- T.J. SCANLON, A. TOMKINS, M.A. LYNCH, F. SCANLON, “Street Children in Latin America”, 316 *Bmj*, 23 May 1998, <www.bmj.com>.
- M.D. SEITLES, “Effect of the Convention on the Rights of the Child upon Street Children in Latin America: A Study of Brazil, Colombia, and Guatemala”, 16 *The Buffalo Journal of Public Interest Law* (1997/1998).
- UNITED NATION CHILDREN’S FOUND, *The State of the World’s Children 2003* (2002).
- UNITED NATION CHILDREN’S FOUND, *The State of the World’s Children 2006 – Excluded and Invisible* (2005).
- M. WERNHAM, “International Human Rights Law in Evolution: The Implication of *Villagrán Morales et al. v. Guatemala* (The ‘Street Children’ Case, Inter-American Court of Human Rights) for International Human Rights Law” (Institute of Commonwealth Studies, University of London, 15 September 2000).
- C. WILLIAMS, “Who are ‘Street Children’? A Hierarchy of Street Use and Appropriated Responses”, 17 *Child Abuse and Neglect* (1993).

(29 October 2012)



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

Section: **Globalization and Human Rights** – Inter-American Court of Human Rights

Title: *Protecting “At-Risk Children”: The Pioneering and Paradigmatic “Street Children” Case (Villagrán Morales et al. v. Guatemala) before the Inter-American Court of Human Rights – Part II*

Author: **SABRINA VANNUCCINI**

Judgment: IACtHR (Judgment) 26 May 2001, *Case of the “Street Children” (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala (Reparations and Costs)*, Series C No. 77.

Conventional Parameters: Article 1(1) ACHR; Article 2 ACHR; Article 19 ACHR; Article 63(1) ACHR; Article 68 ACHR.

Key Words: Obligation to make reparation; beneficiaries; pecuniary damage; non-pecuniary damage; other forms of reparation; costs and expenses; method of compliance.

“A world which abandons its children in the streets has no future; it no longer renders it possible to create and develop a project of life. A world which neglects its elderly has no past; it no longer participates in the heritage of humankind. A world which only knows and values the ephemeral and escaping (and thereby desperating) present inspires no faith nor hope. A world which tries to ignore the precariousness of the human condition inspires no confidence. It is a world which has already lost sight of the temporal dimension of human existence. It is a world which ignores the intergenerational perspective, that is, the duties everyone has in relation to both those who have already gone through the path of their lives (our ancestors) as well as those who are still to do so (our descendants). It is a world wherein each one survives amongst a complete spiritual disintegration. It is a world that has become simply dehumanized, and which today needs urgently to awake to the true values”.

(Judge A.A. Cançado Trindade)



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

1. Summary of the “Street Children” Case Background

On 19 November 1999, the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR, Court) delivered judgment on the merits of the so-called “*Street Children*” case (*Villagrán Morales et al. v. Guatemala*).

As argued out in the first part of this paper (see S. VANNUCCINI, “*Protecting ‘At-Risk Children’: The Pioneering and Paradigmatic ‘Street Children’ Case (Villagrán Morales et al. v. Guatemala) before the Inter-American Court of Human Rights – Part I*”, 29 October 2012, <diritti-cedu.unipg.it>), it has been the first ever case in the first 20 years of the IACtHR’s history where the victims of a resolved case were children, and the first legal and moral pronouncement of the Court directly concerned with the rights of the child.

The background to the instant case stood out for a widespread lack of social and legal protection for children in Guatemala, a country that was among those at the bottom of the list of Latin American countries as regards illiteracy, malnutrition, child labour and trafficking of children. In fact, Guatemala had been signalled for illegal adoptions, violence against street children and deficiency of an adequate juvenile justice system.

As a State Party to the United Nations Convention on the Rights of the Child (CRC) since 26 January 1990, the State of Guatemala had been one of the first countries to commit itself to respecting the human rights of children, but that commitment has borne little fruit.

The so-called “*Street Children*” case has been an extreme expression of a structural neglect of minors’ rights, an awful demonstration of a lack of State attention to their needs, especially of children who were at risk of “*callejización*” (taking to the street), a deplorable image of an amoral society.

The IACtHR had to deal with breaches of human rights with extremes of cruelty, committed against five street children – named Henry Giovanni Contreras (18 years of age), Federico Clemente Figueroa Túnchez (20 years of age), Julio Roberto Caal Sandoval (15 years of age), Jovito Josué Juárez Cifuentes (17 years of age) and Anstrum Aman Villagrán Morales (17 years of age) – by two policemen, and the failure of State mechanisms to respond appropriately to these breaches and provide the victims’ families with access to justice.

The Court found the State of Guatemala in violation of several provisions of the American Convention on Human Rights (ACHR) due to the 1990 abduction, detention, torture and murder of the five street children by members of the Guatemalan National Police Force, and for the failure of



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

the jurisdictional organs of the State to handle suitably the investigations into these crimes and to deliver justice.

In detail, the IACtHR decided:

“1. to declare that the State violated Article 7 of the American Convention on Human Rights, in relation to its Article 1(1), to the detriment of Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez, Julio Roberto Caal Sandoval and Jovito Josué Juárez Cifuentes;

2. to declare that the State violated Article 4 of the American Convention on Human Rights, in relation to its Article 1(1), to the detriment of Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez, Julio Roberto Caal Sandoval, Jovito Josué Juárez Cifuentes and Anstram Aman Villagrán Morales;

3. to declare that the State violated Article 5(1) and 5(2) of the American Convention on Human Rights, in relation to its Article 1(1), to the detriment of Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez, Jovito Josué Juárez Cifuentes and Julio Roberto Caal Sandoval;

4. to declare that the State violated Article 5(2) of the American Convention on Human Rights, in relation to its Article 1(1), to the detriment of the mothers of Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez, Jovito Josué Juárez Cifuentes and Julio Roberto Caal Sandoval, Ana María Contreras, Matilde Reyna Morales García, Rosa Carlota Sandoval, Margarita Sandoval Urbina, Marta Isabel Túnchez Palencia and Noemí Cifuentes;

5. to declare that the State violated Article 19 of the American Convention on Human Rights, in relation to its Article 1(1), to the detriment of Julio Roberto Caal Sandoval, Jovito Josué Juárez Cifuentes and Anstram Aman Villagrán Morales;

6. to declare that the State violated Articles 8(1) and 25 of the American Convention on Human Rights, in relation to its Article 1(1), to the detriment of Henry Giovanni Contreras, Julio Roberto Caal Sandoval, Jovito Josué Juárez Cifuentes, Federico Clemente Figueroa Túnchez and Anstram Aman Villagrán Morales and their immediate next of kin;



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

7. *to declare that the State violated Articles 1, 6 and 8 of the Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture to the detriment of Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez, Julio Roberto Caal Sandoval and Jovito Josué Juárez Cifuentes;*

8. *to declare that the State violated Article 1(1) of the American Convention on Human Rights regarding the obligation to investigate, and that the State should conduct a real and effective investigation to determine the persons responsible for the human rights violations referred to in this judgment and eventually punish them; and*

9. *to open the phase of reparations and costs and authorize the President to adopt the corresponding procedural measures” (para 3).*

2. The Stage of Reparations: Procedural Aspects

On 9 February 2001, the President of the IACtHR issued an order in which he decided to summon the representatives of the victims’ next of kin, the Inter-American Commission on Human Rights (IACommHR) and the State of Guatemala to a public hearing on reparations to be held at the seat of the Court in San José, Costa Rica – in accordance with Article 14(1) (Hearings, Deliberations and Decisions) of the Rules of Procedure of the IACtHR, in force at that time – on 12 March 2001. In this order, he summoned the witnesses, Ana María Contreras and Margarita Urbina, and the expert, Christian Salazar Volkmann.

Pursuant to Article 43 (Items) of the Rules of Procedure of the IACtHR,

“Items of evidence tendered by the parties shall be admissible only if previous notification thereof is contained in the application and in the reply thereto and, when appropriate, in the document setting out the preliminary objections and in the answer thereto. [...] Should any of the parties allege *force majeure*, serious impediment or the emergence of supervening events as grounds for producing an item of evidence, the Court may, in that particular instance, admit such evidence at a time other than those indicated above, provided that the opposing parties are guaranteed the right of defence”.

Under Article 44 (Procedure for Taking Evidence) of the Rules of Procedure of the IACtHR, at any stage of the case, the Court may



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

“1. Obtain, on its own motion, any evidence it considers helpful. In particular, it may hear as a witness, expert witness, or in any other capacity, any person whose evidence, statement or opinion it deems to be relevant. 2. Request the parties to provide any evidence within their reach or any explanation or statement that, in its opinion, may be useful. 3. Request any entity, office, organ or authority of its choice to obtain information, express an opinion, or deliver a report or pronouncement on any given point. The documents may not be published without the authorization of the Court [...]”.

In conformity with the coherent practice of the IACtHR, during the reparations stage, the parties must indicate the evidence that they will offer at the first occasion granted to them to make a written statement. Furthermore, the exercise of the Court’s discretionary powers, established in Article 44 of the Rules of Procedure, lets it to request the parties to provide additional elements of evidence to help it make a knowledgeable decision. All the same, this does not grant the parties another opportunity to expand or complete their arguments or offer new evidence on reparations, unless the Court so permits (see IACtHR (Judgment) 27 November 1998, Series C No. 43, *Castillo-Páez v. Peru*, para. 37).

The proceedings before the IACtHR are not subject to the same formalities as domestic proceedings. Besides, when including determined elements into the body of evidence, special attention must be paid to the circumstances of the specific case and to the limits imposed by respect for legal certainty and the procedural equality of the parties (see IACtHR (Judgment) 6 February 2001, Series C No. 74, *Ivcher-Bronstein v. Peru*, para. 65; IACtHR (Judgment) 2 February 2001, Series C No. 72, *Baena-Ricardo et al. v. Panama*, paras. 71 and 76).

This practice extends to the briefs in which the representatives of the injured parties or, when applicable, their next of kin, and the IACommHR formulate their claims for reparations and to the State’s answering brief, which are the main documents at this stage and, in general, imply identical formalities with regard to the offer of evidence as the application.

On 12 March 2001, at the request of the President, the expert, Christian Salazar Volkmann, submitted copies of the following: a document entitled “Study of adoptions and rights of the child in Guatemala” (“*Estudio sobre Adopciones and Derechos de los Niños y las Niñas en Guatemala. Guatemala, 2000*”); a document entitled “Report on the situation of street children” (“*Aproximación situacional del niño, niña y adolescente de la calle*”); and a document entitled “Violation of the human rights of street children” (“*Violación a los Derechos Humanos de los Niños de la Calle*”).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

In accordance with Article 44(1) of the Rules of the Procedure, the Court also incorporated into the body of evidence the following: a document entitled “Record of the Minimum Monthly Wage, by year: 1980-1995” (“*Historia del Salario Mínimo Mensual, según año 1980-1995*”); and a document entitled “Guatemala: Statistics on the Average Monthly Exchange Rate, 1996-2000” (“*Guatemala: Estadísticas del Tipo de Cambio Promedio Mensual, años 1996-2000*”), Economic Studies Department, Balance of Payments Section.

During the public hearing on 12 March 2001, the IACtHR received the statements of the witnesses proposed by the representatives of the victims’ next of kin and the IACommHR, specifically: the testimony of Ana María Contreras, mother of Henry Giovanni Contreras; the testimony of Margarita Urbina, grandmother of Julio Roberto Caal Sandoval; the testimony of Reyna Dalila Villagrán Morales, sister of Anstraun Aman Villagrán Morales; the testimony of Marta Isabel Túnchez Palencia, mother of Federico Clemente Figueroa Túnchez.

On the same day, the IACtHR also received the reports of the experts proposed by the representatives of the victims’ next of kin and the IACommHR, specifically: a) expert report of Ana Deutsch, clinical psychologist in transcultural psychotherapy, and the evaluation and treatment of the psychological consequences of trauma; b) expert report of Christian Salazar Volkmann, expert in the rights of the child; c) expert report of Emilio García Méndez, independent consultant and former adviser to the United Nations Children's Fund (UNICEF), expert on the rights of the child.

On 26 May 2001, after hearings with the families of the victims and international experts, the IACtHR delivered judgment on reparations in the so-called “*Street Children*” case, consistent with the violations found in the judgment on the merits.

3. Guatemala’s Neglected Children: The Guatemalan Law

At the time when the events of the instant case took place, the Constitution of the Republic of Guatemala (*Constitución Política de la República de Guatemala*) and the Minors' Code were the primary sources of applicable domestic law in Guatemala. The Minors' Code was the principal source of the decisions of the minors’ judges.

The Guatemalan Constitution, in force since 14 January 1986, provides extra protection to children. It mandates that all minors, defined as people under the age of eighteen, are “unimputable”, that is they lack the capacity to be held criminally accountable for their actions. It also states that children who break the law be “treated” (rather than “punished”) by “specialized



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

institutions and personnel”, and their treatment “should be oriented toward an integrated education appropriate for children and youth”. Furthermore, it provides for absolute prohibition on commingling minors with adult prisoners

(“Artículo 20 (Menores de edad). Los menores de edad que transgredan la ley son inimputables. Su tratamiento debe estar orientado hacia una educación integral propia para la niñez y la juventud. Los menores, cuya conducta viole la ley penal, serán atendidos por instituciones y personal especializado. Por ningún motivo pueden ser reclusos en centros penales o de detención destinados para adultos. Una ley específica regulará esta materia”).

Other relevant provisions of the Guatemalan Constitution comprise an equal protection clause, which stipulates that “[i]n Guatemala all human beings are free and equal in dignity and rights”

(“Artículo 4 (Libertad e igualdad). En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí”),

a specific protection of children and the elderly

(“Artículo 51 (Protección a menores y ancianos). El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores de edad y de los ancianos. Les garantizará su derecho a la alimentación, salud, educación y seguridad y previsión social”),

a particular protection of orphans and abandoned children, which is a matter of “national interest”

(“Artículo 54 (Adopción). El Estado reconoce y protege la adopción. El adoptado adquiere la condición de hijo del adoptante. Se declara de interés nacional la protección de los niños huérfanos y de los niños abandonados”),

and the prohibition of child labour

(“Artículo 102 (Derechos sociales mínimos de la legislación del trabajo). Son derechos sociales mínimos que fundamentan la legislación del trabajo y la actividad de los tribunales y autoridades: [...] 1. Los menores de catorce años no podrán ser ocupados en ninguna clase de trabajo, salvo las excepciones establecidas en la ley. Es prohibido ocupar a menores en trabajos incompatibles con su capacidad física o que pongan en peligro su formación moral.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

Los trabajadores mayores de sesenta años serán objeto de trato adecuado a su edad [...]”).

The Guatemalan Minors’ Code of 1979 reflected the social perception of street children as objects in need of protection rather than individuals with rights. The preamble of the Minors’ Code mandated that “[t]he family and youths require special protection and assistance from the State”. The language used in the Minors’ Code lacked the principle of “recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family”, as set forth in the preamble of the CRC.

UNICEF and the Institute of Juridical Studies (IJS) indicated that, unlike the CRC, the Minors’ Code sought to defend society from street children by reproaching their disruptive behaviour rather than addressing the social reality that caused these children to live on the street. This purpose was reflected in Article 33 (Apprehension of Minors) of the Minors’ Code, which stated:

“in cases where a minor is arrested, regardless of the reason, he will be taken to a Judge for Minors who will hear the arresting officers and the minor in order to decide if the minor should be ‘deposited’ in an adequate place or released”.

Children brought before the courts almost never had an attorney, and the State was under no obligation to provide one. The absence of a defence attorney meant that children's due process rights – such as the right to be present during the proceedings, the right to be heard, and the right to have their legal rights explained to them – were regularly flouted. In addition, indeterminate sentences were permitted and were routinely used by some of the minors’ judges, who sentenced children to detention centres “until rehabilitated”. Children detained under indeterminate sentences might spend years incarcerated, with little or no monitoring of their “rehabilitation”, including therapy, education, and vocational training. What is more, the use of corporal punishment and isolation was the norm, and it was one of the most egregious of the numerous human rights abuses suffered by detained and incarcerated children.

The Minors’ Code was founded on the so-called “doctrine of the irregular situation” and, according to this doctrine, the child victim of some act of abuse, violation or negligence and the youth who had allegedly infringed the law were in identical situation: it did not distinguish between the punitive treatment of juvenile delinquents and the protective treatment for children in irregular situation. UNICEF and IJS reported that wide definitions of children in irregular situation (Article 5) and children in danger (Article 48) led to contradictions within the Minors’ Code, resulting in the arrests of non-delinquent street children.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

Since an irregular conduct was not codified, this fostered arbitrariness, for example, as regards detentions. In Guatemala, adults were merged with adolescents and with child victims at different levels of the legal process, and this was totally conflicting with the Guatemalan Constitution and the international standards. In addition to this, another kind of illegal commingling took place in the Guatemalan justice system: young children were incarcerated together with older adolescents. The former were also exposed to great risks when put in jail with the latter: deleterious influence, danger of physical assault and rape.

According to the expert, Emilio García Méndez, the Minors’ Code was unconstitutional, owing to the technical and systematic transgressions of the general principles of law contained in the Guatemalan Constitution. Although the provisions of the Minors’ Code were supposed to favour minors, the latter were not recognized the rights granted to them by the Guatemalan Constitution. Moreover, there were several reports claiming that the Minors’ Code was not consistent with the CRC. Hence, this law required a number of substantive reforms in order for it to comply with the international obligations set forth in the CRC.

In September 1996, the Guatemalan legislature approved, by *consensus*, a new and long-awaited minors’ code, the Children and Youth Code (*Código de la niñez y la juventud*), modelled after the CRC, in place of the eighteen-year-old code. Guatemalan Congress delayed indefinitely the entry into force of the Children and Youth Code, because of the public discussion generated by whether this law respected paternal authority and whether it was consonant with Guatemalan cultural values.

Besides abolishing the so-called “doctrine of the irregular situation”, the Children and Youth Code made several positive changes:

- establishment of four new courts – Children and Youth Courts (*Juzgados de la Niñez y Juventud*), responsible for cases where children's rights or well-being are threatened, as well as for cases of children under twelve accused of criminal wrongdoing; Youth in Conflict with the Law Courts (*Juzgados de Jovenes en Conflicto con la Ley Penal*), responsible for cases in which children aged between twelve and seventeen are accused of criminal wrongdoing; the Oversight Court for the Application of Measures (*Juzgado de Control de Ejecución de Medidas de la Niñez y Juventud*), responsible both for ensuring that children's rights are protected during detention or during other applicable measures, and for periodic review of the measures imposed by the trial court; the Second Instance Tribunal for Children and Youth (*Tribunal de Segunda Instancia de la Niñez y Juventud*), responsible for hearing appeals – and requirement of specialized training for minors' judges or prosecutors in the area of children's law and human rights law (Articles 124-133);



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

- prohibition of the placement of children in protective custody juvenile detention centres (Articles 140 and 143);
- compliance with all relevant international instruments ratified by Guatemala, including the CRC, and interpretation and application of the Children and Youth Code “in harmony with” international standards (Articles 8, 167 and 169);
- minors charged with criminal wrongdoings have an explicit right to a defence attorney; if they can not afford an attorney, the Government will provide one (Articles 181, 182 and 194);
- prohibition of the imposition of indeterminate sentences (Article 185);
- abolition of deprivation of liberty for children in those cases where such a penalty could not be applied to adults: that is, the Children and Youth Code abolished imprisonment for status offences or misdemeanours (Article 275);
- incarcerated youth and children have the right to receive information regarding: facility rules and disciplinary measures; their rights in relation to facility staff; the individualized plan for their reinsertion into society; the manner and means of communicating with the outside world; the right to petition authorities and receive a response; the right not to be held in isolation; and the right not to receive corporal punishment. When isolation is necessary to prevent acts of violence, this is to be communicated to the Oversight Court for the Application of Measures and to the Human Rights Ombudsman (Article 281);
- establishment, by the National Policy, of a special “children and youth” unit, responsible for training all police officers regarding the rights of children, including rights protected by the CRC and the due process protections of the Guatemalan Minors’ Code (Articles 107-108);
- strengthening of the penalties for crimes committed against children by Government and private security force members, including the penalties for assassination, homicide, forced disappearance, torture, cruel, inhuman and degrading treatment, illegal arbitrary detention, irregular internment, irregular recruitment, discrimination, exploitation and slavery (Transitional Dispositions, Article 17).

The Guatemalan Congress' passage of the Children and Youth Code of 1996 was clearly destined for bringing Guatemalan law into compliance with the standards of protection established in Article 19 (Rights of the Child) ACHR, CRC and all the instruments that include the so-called



United Nations (UN) integral protection doctrine, that is the UN Declarations of the Rights of the Child of 1924 and 1959, the UN Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (Beijing Rules of 1985), the UN Standard Minimum Rules for Non-Custodial Measures (Tokyo Rules of 1990), the UN Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency (Riyadh Guidelines of 1990), and the UN Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty (Havana Rules of 1990).

Nevertheless, on 26 May 2001, eleven years after the brutal homicide of the five youths – who were the subject of the so-called “*Street Children*” case – when the IACtHR finally rendered justice in the form of reparations, the Children and Youth Code of 1996 had not come into force yet.

4. Obligation to Make Reparation

The States Parties to the ACHR have undertaken an international obligation to safeguard the rights delineated in the treaty, in conformity with Article 1 (Obligation to Respect Rights) ACHR

(“The States Parties to this Convention undertake to respect the rights and freedoms recognized herein and to ensure to all persons subject to their jurisdiction the free and full exercise of those rights and freedoms, without any discrimination for reasons of race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, economic status, birth, or any other social condition”),

and to provide reparation to the injured parties if they infringe those rights.

If the State charged with the breach of the ACHR accepts responsibility or the IACtHR attributes responsibility for the breach to the State, the IACtHR may then order the State to make reparation to the individual in conformity with the ACHR.

Under Article 63(1) ACHR,

“If the Court finds that there has been a violation of a right or freedom protected by this Convention, the Court shall rule that the injured party be ensured the enjoyment of his right or freedom that was violated. It shall also rule, if appropriate, that the consequences of the measure or situation that constituted the breach of such right or freedom be remedied and that fair compensation be paid to the injured party”.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

This provision confers a broad mandate to the Court on the treatment of reparations for violations of the rights and freedoms protected by the ACHR, exalting the supranational stature of the Court as an autonomous judicial institution.

The legislative history of Article 63(1) ACHR discloses that just the Guatemalan representative successfully proposed strengthening and broadening the content of the original draft provision, which had merely authorized the IACtHR to determine compensation. Under the Guatemalan proposal, which was fundamentally the provision as it stands today, if the Court found that there had been a violation of the ACHR, it could provide “[t]hat the consequences of the decision or measure that has impaired those rights be stopped; [t]hat the injured party be guaranteed the enjoyment of his violated right or freedom, and [t]he payment of just compensation to the injured party”.

In its well-established jurisprudence, the IACtHR has restated that it is a basic principle of international law that any violation of an international obligation that has caused damage entails the obligation to make adequate reparation (see IACtHR (Judgment) 6 February 2001, Series C No. 74, *Ivcher-Bronstein v. Peru*, para. 177; IACtHR (Judgment) 2 February 2001, Series C No. 72, *Baena-Ricardo et al. v. Panama*, para. 201; IACtHR (Judgment) 31 January 2001, Series C No. 71, *The Constitutional Court v. Peru*, para. 118; IACtHR (Judgment) 22 January 1999, Series C No. 48, *Blake v. Guatemala*, para. 33; IACtHR (Judgment) 20 January 1999, Series C No. 44, *Suárez-Rosero v. Ecuador*, para. 40; IACtHR (Judgment) 27 November 1998, Series C No. 43, *Castillo-Páez v. Peru*, para. 50; IACtHR (Judgment) 27 November 1998, Series C No. 42, *Loayza-Tamayo v. Peru*, para. 84; IACtHR (Judgment) 29 January 1997, Series C No. 31, *Caballero-Delgado and Santana v. Colombia*, para. 15; IACtHR (Judgment) 19 September 1996, Series C No. 29, *Neira-Alegría et al. v. Peru*, para. 36; IACtHR (Judgment) 14 September 1996, Series C No. 28, *El Amparo v. Venezuela*, para. 14; IACtHR (Judgment) 10 September 1993, Series C No. 15, *Aloeboetoe et al. v. Suriname*, para. 43. See also, PCIJ (Judgment) 1928, Series A No. 17, *Factory at Chorzów* (Merits), p. 29; PCIJ (Judgment) 1927, Series A No. 9, *Factory at Chorzów* (Jurisdiction), p. 21).

The reparation of the damage resulting from the infringement of an international obligation requires, whenever possible, full restitution (*restitutio in integrum*), which consists of the return to the state of affairs prior to the infringement. If this is not feasible, as it happens in the majority of cases – the instant case among others – the international court must determine the measures, which, in addition to guaranteeing the rights that have been affected, make reparation for the consequences of the infringements, and must also order the payment of an indemnity as compensation for the



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

damage caused (see IACtHR (Judgment) 6 February 2001, Series C No. 74, *Ivcher-Bronstein v. Peru*, para. 178; IACtHR (Judgment) 2 February 2001, Series C No. 72, *Baena-Ricardo et al. v. Panama*, para. 202; IACtHR (Judgment) 31 January 2001, Series C No. 71, *The Constitutional Court v. Peru*, para. 119).

The respondent State may not invoke its domestic law so as to modify or fail to comply with the obligation to make reparation, all aspects of which (scope, nature, means, forms and determination of the beneficiaries) are regulated by international law (see IACtHR (Judgment) 22 January 1999, Series C No. 48, *Blake v. Guatemala*, para. 32; IACtHR (Judgment) 20 January 1999, Series C No. 44, *Suárez-Rosero v. Ecuador*, para. 42; IACtHR (Judgment) 27 November 1998, Series C No. 43, *Castillo-Páez v. Peru*, para. 49). In this respect, international law reigns supreme over domestic law.

As the Court has indicated, Article 63(1) ACHR codifies a rule of custom, which is one of the fundamental principles of contemporary international law regarding the responsibility of States (see IACtHR (Judgment) 22 January 1999, Series C No. 48, *Blake v. Guatemala*, para. 33; IACtHR (Judgment) 20 January 1999, Series C No. 44, *Suárez-Rosero v. Ecuador*, para. 40; IACtHR (Judgment) 27 November 1998, Series C No. 43, *Castillo-Páez v. Peru*, para. 50). Upon the occurrence of an internationally unlawful act that may be imputable to a State, the international liability of such State is immediately engaged for the violation of an international obligation, with the consequent duty to make reparation and to put an end to the consequences of the violation.

Reparations are measures tending to eliminate the effects of the breaches that were committed. Their nature and amount depend on the characteristics of the breaches and on the damage caused at both the pecuniary and non-pecuniary level. Reparations are not supposed to enrich or impoverish the victim or his heirs (see IACtHR (Judgment) 22 January 1999, Series C No. 48, *Blake v. Guatemala*, para. 34; IACtHR (Judgment) 27 November 1998, Series C No. 43, *Castillo-Páez v. Peru*, para. 53; IACtHR (Judgment) 27 August 1998, Series C No. 39, *Garrido and Baigorria v. Argentina*, para. 43).



5. Determination of Beneficiaries

The term “injured party”, in the words of Article 63(1) ACHR, is synonymous with the term “victim”, signifying the individual or individuals affected by the violation.

The violations of the ACHR, which the IACtHR had ascertained in its judgment on the merits of this case, had been committed towards Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez, Julio Roberto Caal Sandoval, Jovito Josué Juárez Cifuentes and Ansträum Aman Villagrán Morales, and also towards Ana María Contreras, Matilde Reyna Morales García, Rosa Carlota Sandoval, Margarita Urbina, Marta Isabel Túnchez Palencia and Noemí Cifuentes.

All these persons were included in the category of those who were entitled to receive reparations. It follows that the Court considered the mothers and a grandmother of the murdered youths to be a direct victim of the State’s wrongdoing. It clarified that on the one hand, they had to be considered beneficiaries of reparations as the successors of their deceased next of kin, and on the other, as victims of the violation of Articles 5(2) (Right to Humane Treatment) ACHR

(“No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman, or degrading punishment or treatment. All persons deprived of their liberty shall be treated with respect for the inherent dignity of the human person”),

8(1) (Right to a Fair Trial) ACHR

(“Every person has the right to a hearing, with due guarantees and within a reasonable time, by a competent, independent, and impartial tribunal, previously established by law, in the substantiation of any accusation of a criminal nature made against him or for the determination of his rights and obligations of a civil, labour, fiscal, or any other nature”)

and 25 (Right to Judicial Protection) ACHR

(“1. Everyone has the right to simple and prompt recourse, or any other effective recourse, to a competent court or tribunal for protection against acts that violate his fundamental rights recognized by the constitution or laws of the state concerned or by this Convention, even though such violation may have been committed by persons acting in the course of their official duties. 2. The States Parties undertake: a. to ensure that any person claiming such remedy shall have his rights determined by the competent authority provided for by the legal system of the state; b. to develop the possibilities of judicial remedy; and c. to ensure that the competent authorities shall enforce such remedies when granted”),



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

as the judgment on the merits found.

The IACtHR employed the presumption that an individual’s death brings about non-pecuniary damage to his close relatives. It reiterated that, in the case of the victims who are dead, the reparations established in their favour are transmitted by succession to their heirs (see IACtHR (Judgment) 19 September 1996, Series C No. 29, *Neira-Alegría et al. v. Peru*, para. 60; IACtHR (Judgment) 14 September 1996, Series C No. 28, *El Amparo v. Venezuela*, para. 40; IACtHR (Judgment) 10 September 1993, Series C No. 15, *Aloeboetoe et al. v. Suriname*, para. 62).

The IACtHR also held that the injury caused to other members of the victim’s family or to third parties, due to the death of the victim, can be claimed in their own right (see IACtHR (Judgment) 27 November 1998, Series C No. 43, *Castillo-Páez v. Peru*, para. 59; IACtHR (Judgment) 27 August 1998, Series C No. 39, *Garrido and Baigorria v. Argentina*, para. 50; IACtHR (Judgment) 10 September 1993, Series C No. 15, *Aloeboetoe et al. v. Suriname*, para. 54), under certain conditions that encompass the existence of a relationship of effective, regular financial support between the victim and the claimant, and the possibility of reasonably assuming that this support would have continued if the victim had not died (see IACtHR (Judgment) 10 September 1993, Series C No. 15, *Aloeboetoe et al. v. Suriname*, paras. 67 and 68). In regard to such claimants, the *onus probandi* corresponds to them, whether or not they are members of the victim’s family. The expression “victim’s family” should be comprehended in a far-reaching form that includes all those persons intimately related to him; that is to say, his children, parents and siblings, who could be considered next of kin and have the right to receive a compensation, provided that they satisfy the requirements set up by the Inter-American jurisprudence (see IACtHR (Judgment) 27 November 1998, Series C No. 42, *Loayza-Tamayo v. Peru*, para. 92; IACtHR (Judgment) 27 August 1998, Series C No. 39, *Garrido and Baigorria v. Argentina*, para. 52; IACtHR (Judgment) 10 September 1993, Series C No. 15, *Aloeboetoe et al. v. Suriname*, para. 71).

In the present case, testimonial and expert evidence was very consistent and defended the idea that the five youngsters were definitely the material and economical support of their families, and that they were of special value for their mothers: “[t]he only possessions of the poor are their children. They are the only things they create and possess and, to some degree, a means of security for the future” (expert report of Ana Deutsch).

Moreover, in the opinion of the IACtHR, it may be presumed that the death of an individual produces non-pecuniary damage to his siblings (see IACtHR (Judgment) 25 May 2001, Series C No. 76, *Case of the “White Van” (Paniagua-Morales et al.) v. Guatemala*, para. 110). This presumption removes the necessity for the Court to evaluate evidence referring to the relationship



between siblings and the victim, if the State does not produce evidence to disprove a close relationship.

For the effects of the instant case, in order to determine the measures of reparation, the Court examined the circumstances of each of the victims, the arguments of the parties and the body of evidence, that is to say the facts admitted as proven in the judgment on the merits, and the new elements of evidence that the parties submitted to the Court at the stage of reparations, so as to show the existence of complementary facts that were pertinent for deciding the measures of reparation.

6. The Historic Reparations Awarded by the IACtHR to the Families of the Killed Street Children: a) Pecuniary Damage (Material Damage)

By applying the second sentence of Article 63(1) ACHR, the Court has generally ordered the State to pay the injured party “fair compensation” for pecuniary damage, which is one of the categories of damage identified by the Court that are part of the classical international tradition in this matter.

Usually, the expression “pecuniary damage” or “material damage”, may comprise loss of, or detriment to, the income of the victim, the medical expenses of the victim and family members, the costs incurred in searching for the victim when State authorities fail to investigate, and other expenses of economic character that are caused by the violation. In other words, this expression includes both *dannum emergens* and *lucrum cessans*: the first relates to the loss really sustained as the consequence of the infringement of a right; the second relates to the loss of prospective income subsequent to the damage undergone.

In the present case, the IACtHR decided unanimously that the State of Guatemala had to pay compensation to the next of kin of the victims for the pecuniary damage resulting from the deaths of the five street children, Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez, Julio Roberto Caal Sandoval, Jovito Josué Juárez Cifuentes and Anstraum Aman Villagrán Morales.

In regard to loss of earnings, due to the shortage of exact information on the actual salary of the victims, the IACtHR based its calculations on the minimum wage for non-agricultural activities in Guatemala (see IACtHR (Judgment) 19 September 1996, Series C No. 29, *Neira-Alegria et al. v. Peru*, para. 49; IACtHR (Judgment) 14 September 1996, Series C No. 28, *El Amparo v. Venezuela*, para. 28; IACtHR (Judgment) 10 September 1993, Series C No. 15, *Aloeboetoe et al. v. Suriname*,



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

paras. 88 and 89), even though the victims had not regularly been employed at the time of their deaths.

In regard to the expenses incurred due to the events in the instant case, the Court considered that, according to the principle of equity, it was essential to order the following compensation payments: *“with regard to Julio Roberto Caal Sandoval, an amount corresponding to the expenses that his next of kin estimate they incurred in their search in different agencies; with regard to Henry Giovanni Contreras, an amount corresponding to the expenses that his next of kin estimate they incurred in their search in different agencies and the expenses incurred by Ana María Contreras, the victim’s mother, for medical treatment and medicines as a result of a facial paralysis; and with regard to Anstraun Aman Villagrán Morales, an amount corresponding to the estimated costs of the funeral service and the expenses incurred by Matilde Reyna Morales García, the victim’s mother, for medical treatment and medicines as a result of the diabetes she is suffering from and which was made worse by the facts of this case. As regards Marta Isabel Túnchez Palencia, mother of Federico Clemente Figueroa Túnchez, and Margarita Urbina, grandmother of Julio Roberto Caal Sandoval, they stated during the public hearing that they had certain ailments that originated or had been made worse as a result of the facts of the case [...]. In this respect, the Court accepts the statements of these persons as true, owing to the nature of the facts of the instant case and considers that it is also fair to grant them compensation”* (para. 80).

The Court remarked that the minimum wage for non-agricultural activities was Q348.00 (three hundred and forty-eight quetzales) at the date of the death of the victims, which, at the June 1990 exchange rate, was equivalent to US\$ 80.93 (eighty United States dollars and ninety-three cents) as the monthly wage that would have corresponded to each of them. The Court calculated the earnings that they would have not longer perceived, on the basis of 12 wages a year, plus the corresponding annual bonuses under Guatemalan legislation. This would have yielded the earnings that each victim would have most likely enjoyed during his probable life – the period between his age at the time the events of the present case occurred and the end of his life expectancy in 1990, the year of the facts.

The Court based its calculation of the victims’ life expectancy on official tables – “Guatemala: Summary Mortality Tables (1990-1995)” (“*Guatemala: Tablas Abreviadas de Mortalidad (Período 1990-1995)*”), produced by the National Institute of Statistics of Guatemala (INE) – which estimated the number of additional years the victims would have lived had they died a natural death, and on evidence of the victims’ age, sex and geographical zone of residence. 25% had to be deducted from this amount for personal expenses. The remaining amount had to be adjusted to its current value at the date of the judgment: to this end, the Court used a 6% annual rate of interest.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

From the foregoing, the IACtHR determined the following amounts as payment for the material damage consequential to the human rights abuse found in the judgment on the merits:

Reparation for pecuniary damage			
Victim	Expenses	Loss of income	Total
Anstraun Aman Villagrán Morales	US\$ 150.00 US\$ 4,000.00	US\$ 28,136.00	US\$ 32,286.00
Henry Giovanni Contreras	US\$ 400.00 US\$ 2,500.00	US\$ 28,095.00	US\$ 30,995.00
Julio Roberto Caal Sandoval	US\$ 400.00 US\$ 2,500.00	US\$ 28,348.00	US\$ 31,248.00
Federico Clemente Figueroa Túnchez	US\$ 2,500.00	US\$ 28,004.00	US\$ 30,504.00
Jovito Josué Juárez Cifuentes		US\$ 28,181.00	US\$ 28,181.00

The lost earnings of the deceased victims are paid to the successors, as beneficiaries, of the victims. In the instant case, the Court decided that the aforesaid compensatory amounts had to be distributed as follows:

- “a) the total amount corresponding to Anstraun Aman Villagrán Morales shall be given to his mother, Matilde Reyna Morales García;*
- b) the total amount corresponding to Henry Giovanni Contreras shall be given to his mother, Ana María Contreras;*
- c) the total amount corresponding to Julio Roberto Caal Sandoval shall be given to his grandmother, Margarita Urbina;*
- d) the total amount corresponding to Federico Clemente Figueroa Túnchez shall be given to his mother, Marta Isabel Túnchez Palencia; and*
- e) the total amount corresponding to Jovito Josué Juárez Cifuentes shall be given to his mother, Noemí Cifuentes ” (para 83).*



7. b) Non-Pecuniary Damage (Moral Damage)

Likewise other international tribunals, the IACtHR has repeatedly pointed out that a condemnatory judgment may be, per se, a form of compensation for non-pecuniary damage (see IACtHR (Judgment) 6 February 2001, Series C No. 74, *Ivcher-Bronstein v. Peru*, para.183; IACtHR (Judgment) 2 February 2001, Series C No. 72, *Baena-Ricardo et al. v. Panama*, para. 206; IACtHR (Judgment) 31 January 2001, Series C No. 71, *The Constitutional Court v. Peru*, para. 122; IACtHR (Judgment) 22 January 1999, Series C No. 48, *Blake v. Guatemala*, para. 55).

According to the Court, the expression “non-pecuniary damage” or “moral damage” stands for “*those harmful effects of the facts of the case that are of neither a financial nor patrimonial nature and, therefore, cannot be assessed in monetary terms. This non-pecuniary damage may include both the suffering and distress caused to the direct victims and their next of kin, and the impairment of values that are highly significant to them, as well as other sufferings that cannot be assessed in financial terms*” (para. 84).

The five street children of the instant case had been denied the basic measures of safety owed to them as at-risk children, and the opportunity to grow up and live with dignity. The representatives of the victims’ next of kin had emphasized the inherent, autonomous value of the right to life: “[t]he guarantee of the right to life in the Convention requires that it be granted an autonomous value. This concept is superimposed on what the Commission calls the life plan” (para. 85(g)). The elimination and reduction of the “project of life” (or “plan of life”) of the five youngsters, due to the human rights violations that constituted the facts of this case, had restricted their freedom and entailed the loss of a valuable possession. It was at stake the destruction of the “project of life” of those who were in close, affective contact with them as well.

In this regard, the victims’ representatives and the IACommHR had alluded to different types of non-pecuniary damage: “*the physical and mental suffering experienced by the direct victims and their families; the loss of life, considering life to be a value in itself, or an autonomous value; the destruction of the life plan of the youths who were assassinated and that of their next of kin, and the damage suffered by three of the direct victims, owing to their status as minors, by having been deprived of the special measures of protection that the State should have provided to them*” (para. 89).

“What is the price of a human life? What is the price of the integrity of the human person? What is the price of the liberty of conscience, or of the protection of the honour and of the dignity? What is the price of the human pain or suffering?” (para. 36). “The life and the integrity of each human being



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

effectively have no price. The liberty of conscience, the protection of the honour and of the dignity of the human person have no price either. And nor does human pain or suffering” (para. 38), observed Judge Cançado Trindade in his Separate Opinion on the present judgment on reparations.

A shared characteristic of the different forms of moral damage is that, since it is not feasible to assign them an exact financial equivalent because they are not economic in nature, in order to make integral reparation to the injured parties they may only be compensated and, according to the Court, there are two ways of doing that. The first is *“by the payment of a sum of money or the assignment of goods or services that can be assessed monetarily, as prudently determined by the Court, applying judicial discretion and the principle of equity”* (para 84).

Accounting the serious circumstances of the present case, the graveness of the human rights violations marked by extreme violence, the high intensity of human anguish that the respective facts had brought about to the direct victims, the psychological and emotional distress of their families, and the other non-material consequences in the living conditions of the latter, the IACtHR considered that the judgment of condemnation could not be, *per se*, the only non-pecuniary damage awarded for the moral harm suffered, which deserved payment of fair compensation (see IACtHR (Judgment) 6 February 2001, Series C No. 74, *Ivcher-Bronstein v. Peru*, para. 183; IACtHR (Judgment) 2 February 2001, Series C No. 72, *Baena-Ricardo et al. v. Panama*, para. 206; IACtHR (Judgment) 31 January 2001, Series C No. 71, *The Constitutional Court v. Peru*, para. 122).

The Separate Opinion by Judge De Roux Rengifo, which accompanied this judgment on reparations, commented the Court’s statement, and merits to be quoted at length: “when compensation is defined in pecuniary terms, as the Court usually does – in other words, when a State is condemned to pay a sum of money to compensate a *non-pecuniary damage* – the intention is not that this payment should fill a vacuum of the same nature and size as that generated by the effects of the damaging fact. What is being sought, modestly but sensibly, is to palliate and alleviate such effects, insofar as possible, in the awareness that they belong to a type of circumstance that eludes any precise monetary assessment. [...] It is laudable to explicitly recognize that the victims of human rights violations suffer affective and emotional damages and, in this and other ways, see assets and values violated that cannot be fully assessed in monetary terms. But if the courts send them away empty-handed, because they do not wish to reduce such assets and values of a superior nature to a vulgar, pecuniary assessment, in practical terms, they are merely showing evidence of insensitivity in the face of the suffering caused to the victims by the situation in which they find themselves owing to the damaging facts. Fortunately, the Inter-American Court has not proceeded in this way, either in the Street Children case or in other similar cases. Thus, when the Court



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

establishes, in fairness, the monetary compensation for a *non-pecuniary damage*, it tries to build a bridge between situations and values of a non-material nature and sums of money or assets that may be directly assessed in money”.

Thus, the IACtHR considered the various aspects of non-pecuniary damage that had been submitted as evidence by the victims’ representatives and the IACommHR, in establishing the value of the compensation for non-pecuniary damage that the State had to paid to each of the direct victims and their immediate next of kin.

All the same, as remarked by Judge De Roux Rengifo in his Separate Opinion, “the Court performed the operation of assessing the *non-pecuniary damage, en bloc*, as it were. It dedicated one of its *considering paragraphs* to asserting the various types of *non-pecuniary damage* alleged by the victims’ representatives and the Commission [...]. Abstaining from pronouncing itself on each of these ‘aspects’ of the damage in question, the Court proceeded to indicate that it would bear them in mind, ‘insofar as they are pertinent and respond to the particularities of each individual case’, in order to establish the amount of the respective compensatory payments”.

The IACtHR explained that, in determining the amount of the compensation for non-pecuniary damage, it had also taken into account “*the overall adverse conditions of abandonment endured by the five street children, who were in a high-risk situation and without any protection as regards their future*” (para. 90).

The living conditions of the brutally victimized youths were eloquently described by Judge Cançado Trindade in his Separate Opinion: “the five direct victims, before being cruelly and arbitrarily deprived of their lives, were already deprived of creating and developing a project of life (and of seeking a meaning for their existence). They used to stay in the streets in a situation of high risk, vulnerability and defencelessness, amidst the humiliation of misery and a state of suffering amounting to a spiritual death, – like millions of other youngsters (in growing numbers) in all Latin America and all over the ‘globalized’ – more precisely, dehumanized – world of this beginning of the XXIst century” (para. 33).

The Court also took into consideration the particular circumstances of each of the direct victims:

“a) with regard to Henry Giovanni Contreras, Julio Roberto Caal Sandoval, Federico Clemente Figueroa Túnchez and Jovito Josué Juárez Cifuentes, that they were forcibly retained in secret, isolated from the external world and subjected to extremely violent



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

treatment, including severe abuse and physical and psychological torture before being assassinated; and

b) with regard to Anstraun Aman Villagrán Morales, Julio Roberto Caal Sandoval and Jovito Josué Suárez Cifuentes, that they were minors [...] and, consequently, there were particularly vulnerable and should have been the object of special protection by the State” (para 91).

Furthermore, in reference to their immediate next of kin, the Court considered that:

“a) the mothers of Anstraun Aman Villagrán Morales, Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez and Jovito Josué Juárez Cifuentes and the grandmother of Julio Roberto Caal Sandoval, as heirs, should receive the compensation for non-pecuniary damage caused to each of the youths;

b) the mothers of the five youths and the grandmother of Julio Roberto Caal Sandoval suffered two types of non-pecuniary damage: first, because they were affected by the disappearance, torture and death of their sons and grandson, and second, because they themselves were the object of the violation of Articles 5(2), 8(1) and 25 of the Convention, as established in the judgment on merits in this case. The compensation for such damage should be paid directly to each of them, with the exception of the amount owed to Rosa Carlota Sandoval and, since she has died, this should be given to her mother, Margarita Urbina; and

c) the siblings of Anstraun Aman Villagrán Morales, Henry Giovanni Contreras and Federico Clemente Figueroa Túnchez suffered non-pecuniary damage because they were affected by the disappearance, torture and death of the latter, and because they were the object of the violation of Articles 8(1) and 25 of the Convention, according to the findings of the judgment on merits. It was not proved that Julio Roberto Caal Sandoval and Jovito Josué Juárez Cifuentes had siblings” (para. 92).

In view of the foregoing, the IACtHR decided to award the following amounts as compensation for the moral injuries suffered by the deceased victims (as the subjects of the present case), and the amounts as compensation for the emotional pain and other violations suffered by their mothers and grandmother directly, as well as by their siblings, as indicated in this table:



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

Reparation for non-pecuniary damage	
Direct victims	Amount
Anstraun Aman Villagrán Morales	US\$ 23,000.00
Henry Giovanni Contreras	US\$ 27,000.00
Julio Roberto Caal Sandoval	US\$ 30,000.00
Federico Clemente Figueroa Túnchez	US\$ 27,000.00
Jovito Josué Juárez Cifuentes	US\$ 30,000.00
Mothers and grandmother	Amount
Matilde Reyna Morales García	US\$ 26,000.00
Ana María Contreras	US\$ 26,000.00
Rosa Carlota Sandoval	US\$ 26,000.00
Margarita Urbina	US\$ 26,000.00
Marta Isabel Túnchez Palencia	US\$ 26,000.00
Noemí Cifuentes	US\$ 26,000.00
Siblings	Amount
Reyna Dalila Villagrán Morales	US\$ 3,000.00
Lorena Dianeth Villagrán Morales	US\$ 3,000.00
Gerardo Adoriman Villagrán Morales	US\$ 3,000.00
Mónica Renata Agreda Contreras	US\$ 3,000.00
Shirley Marlen Agreda Contreras	US\$ 3,000.00
Osman Ravid Agreda Contreras	US\$ 3,000.00
Guadalupe Concepción Figueroa Túnchez	US\$ 3,000.00
Zorayda Izabel Figueroa Túnchez	US\$ 3,000.00

In this respect, the observation made by Judge De Roux Rengifo in his Separate Opinion is very interesting: the Court determined the value of the respective compensatory payments “assessing them in amounts that are generally higher than those of the penalties imposed on States for reparation of *non-pecuniary damage* in cases previously decided by the Court”, in confirmation of the fact that the instant ruling on reparations has gone to the core of the history of the IACtHR, not only as to the condemnation of Guatemala for the horrendous crimes against street children, but also as to the amounts of damage awarded.



8. c) Other Forms of Reparation.

“If the indemnizations are paid, would the ‘problem’ be ‘resolved’?” (para. 36), wondered Judge Cançado Trindade in his Separate Opinion. In his view, “one ought to focus the whole theme of the reparations for violations of human rights as from the integrality of the personality of the victims, discarding any attempt of mercantilization – and the resulting trivialization – of such reparations. It is not a question of denying importance to the indemnizations, but rather of warning for the risks of *reducing* the wide range of reparations to simple indemnizations. It is not by mere chance that contemporary legal doctrine has been attempting to devise distinct *forms* of reparation – *inter alia*, *restitutio in integrum*, satisfaction, indemnizations, guarantees of non-repetition of the wrongful acts – *from the perspective of the victims*, so as to fulfil their needs and claims, and to seek their full rehabilitation” (para. 28).

Article 63(1) ACHR, to quote again Judge Cançado Trindade, “requires that reparations be enlarged, and not reduced, in their multiplicity of forms. The fixing of reparations ought to be based on the consideration of the victim as an integral human being, and not on the degraded perspective of the *homo oeconomicus* of our days” (para. 37).

As disclosed in the preceding pages, besides the payment of a sum of money, the IACtHR also indicated a second way to compensate non-pecuniary or moral damage: “*by the execution of acts or works of a public nature or repercussion, which have effects such as recovering the memory of the victims, re-establishing their reputation, consoling their next of kin or transmitting a message of official condemnation of the human rights violations in question and commitment to the efforts to ensure that they do not happen again*” (para. 84).

To this end, the Court decided to award what it called “other forms of reparation”, i.e. measures of satisfaction and guarantees of non-repetition, which are monetary substitutes.

It is from these “other forms of reparation” that the consequences of non-compliance with Article 2 (Domestic Legal Effects) ACHR

(“Where the exercise of any of the rights or freedoms referred to in Article 1 is not already ensured by legislative or other provisions, the States Parties undertake to adopt, in accordance with their constitutional processes and the provisions of this Convention, such legislative or other measures as may be necessary to give effect to those rights or freedoms”)



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

derive. This provision enshrines the general obligation to bring the domestic law in line with the obligations resulting from the treaty protecting human rights, which the State must comply with, just because it has ratified the said legal instrument (see IACtHR (Judgment) 27 August 1998, Series C No. 39, *Garrido and Baigorria v. Argentina*, para. 68).

In the judgment on the merits of the instant case, the Court did not establish that Guatemala had violated this provision. All the same, in the judgment on reparations, it held that the State had a duty to implement, in its domestic legislation, the legislative, administrative or whatever other measures that were necessary to adapt Guatemalan legislation to protect the rights of the child as set forth in Article 19 (Rights of the Child) ACHR

(“Every minor child has the right to the measures of protection required by his condition as a minor on the part of his family, society, and the state”),

in order to guarantee the non-repetition of the events such as those under consideration.

Incidentally, it should be remarked that the ACHR gives children special protection, which is provided for Article 19 (Rights of the Child) and reinforced by Article 27(2) (Suspension of Guarantees), under which the State’s obligation vis-à-vis the rights of children can not be suspended, even in times of war, public danger or other states of emergency. The ACHR is the only binding international legal instrument in the field of human rights to prohibit the suspension of the obligations undertaken by the States Parties relating to the human rights of children. They are put in the special category of non-derogable rights, and have a unique place within the text of the ACHR, which is echoed in the CRC.

The representatives of the victims’ next of kin had requested the implementation of specific legislation. Nevertheless, the Court affirmed that it could not establish the content of the legislative measures the State had to take to fulfil the requirements of the ACHR, and that it could not give the State concrete indications, to say whether these measures had to consist in derogating the Minors’ Code of 1979 or bringing into force the Children and Youth Code of 1996 and the Plan of Action for Street Children (*Plan de Acción a Favor de Niños, Niñas y Jóvenes de la Calle*) of 1997. Therefore, the Court’s order to Guatemala that it had to conform its domestic laws to the ACHR was general in nature, leaving the details to the Guatemalan Congress.

Generally speaking, non-pecuniary or moral reparations to remedy the consequences of a human rights violation also include, but are not limited to: the victim’s right to truth; the State’s duty to investigate, try, and punish; the State’s duty to prevent future abuses; the restoration of the legal



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

order; the State’s duty to publicize the Court’s judgments; the State’s public acceptance of responsibility for human rights abuses and a corresponding apology; the restoration of affected communities; the next of kin’s right to know the location of the victim’s remains; the State’s duty to establish memorials and erect monuments to honour the victims.

In conformity with the eight operative paragraph of the judgment on the merits in the present case, Guatemala had to investigate the facts of the human rights violations declared in that judgment, determine those responsible and, when appropriate, punish them. Recalling what it had stated in other occasions, the IACtHR asserted that the obligation to guarantee and ensure effective exercise of the rights and freedoms established in the ACHR is independent of and different from the obligation to make reparation. While the State is obliged to thoroughly investigate the facts of the case and to identify, prosecute and punish the violators, the victim or, in his absence, his next of kin, may waive the measures of reparation for the damage caused (see IACtHR (Judgment) 27 August 1998, Series C No. 39, *Garrido and Baigorria v. Argentina*, para. 72). As a result, the State that does not comply with the duty not to leave human rights violations unpunished would also be failing to comply with its general obligation to ensure the free and full exercise of the rights of the persons subject to its jurisdiction (see IACtHR (Judgment) 25 November 2000, Series C No. 70, *Bámaca-Velásquez v. Guatemala*, para. 129; IACtHR (Judgment) 8 March 1998, Series C No. 37, *Case of the “White Van” (Paniagua-Morales et al.) v. Guatemala*, para. 178 and sixth operative paragraph).

The Court also reiterated the right of the victims’ next of kin to know all the facts (see IACtHR (Judgment) 10 September 1993, Series C No. 70, *Aloeboetoe et al. v. Suriname*, para. 109; IACtHR (Judgment) 20 January 1989, Series C No. 5, *Godínez-Cruz v. Honduras*, para. 191; IACtHR (Judgment) 29 July 1988, Series C No. 4, *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, para. 181) and the identity of the State agents responsible for the acts. The State’s duty to investigate the human rights violations must to be undertaken seriously and not as a mere formality (see IACtHR (Judgment) 22 January 1999, Series C No. 48, *Blake v. Guatemala*, para. 65; IACtHR (Judgment) 20 January 1999, Series C No. 44, *Suárez-Rosero v. Ecuador*, paras. 79 and 80; IACtHR (Judgment) 14 September 1996, Series C No. 28, *El Amparo v. Venezuela*, para. 61).

Furthermore, the Court pointed out that the State has the obligation to combat impunity, by using all available legal means because, if unchecked, impunity fosters the chronic reiteration of human rights breaches and the absolute defencelessness of the injured parties and their relatives (see IACtHR (Judgment) 6 February 2001, Series C No. 74, *Ivcher-Bronstein v. Peru*, para. 186; IACtHR (Judgment) 31 January 2001, Series C No. 71, *Case of the Constitutional Court v. Peru*,



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

para. 123; IACtHR (Judgment) 8 March 1998, Series C No. 37, *Case of the “White Van” (Paniagua-Morales et al.) v. Guatemala*, para. 173).

According to lawyers at Casa Alianza – who brought this case to the IACCommHR against the State of Guatemala, in association with Centre for Justice and International Law (CEJIL) –, regardless of innumerable abuses inflicted upon Guatemalan street children, prompt and thorough investigations were rare and prosecutions had been occasional. The Guatemalan justice system was slow, ineffective, and extremely susceptible to corruption and intimidation, resulting in a high level of impunity and a small number of guilty verdicts for human rights violations. The utmost obstacle to convictions was the dearth of investigation by the Public Ministry, resulting in the dearth of adequate evidence for prosecution. Therefore, police officers continued their wrongdoings and were not held responsible for their acts.

Where impunity persists, the victims’ right to reparations for gross violations of human rights is presumably to become deceptive. Consequently, the IACtHR restated that Guatemala was obliged to investigate the circumstances that had produced the violations of the ACHR in the instant case, and to determine the individual responsibilities, so that the authors of the violations received appropriate punishment.

As further measure of satisfaction, the IACtHR ordered Guatemala to exhume the body of Henry Giovanni Contreras and to adopt the necessary measures to transfer the mortal remains of this victim to the place chosen by his next of kin, without any cost to them, in order to satisfy their desire to give them appropriate burial, an act of overwhelming importance in their life, according to their religious beliefs and customs.

Another measure of satisfaction ordered by the IACtHR was the designation of an educational centre with a name allusive to the murdered street children, and the placement, in this centre, of a plaque with the names of Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez, Julio Roberto Caal Sandoval, Jovito Josué Juárez Cifuentes and Anstraun Aman Villagrán Morales. This was a measure not only of a symbolic value, in order to attach importance to the memory of the victims and to keep it alive, but also of a deterrent effect, in order to raise awareness and avoid that the type of violations such as those that occurred in the present case were repeated in the future (see IACtHR (Judgment) 19 June 1998, Series C No. 38, *Benavides-Ceballos v. Ecuador*, paras. 48.5 and 55; IACtHR (Judgment) 10 September 1993, Series C No. 70, *Aloeboetoe et al. v. Suriname*, para. 96).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

The idea of reparation is part of the current trend to see to it that the international law of human rights becomes the protector of the person: “it is the International Law of Human Rights that, clearly and decidedly, comes to rescue the central position of the victims, as it is oriented towards their protection and the satisfaction of their needs” (para. 15), asserted Judge Cançado Trindade in his Separate Opinion. In the case at issue, the Court proved its victim-centric approach; it emphasized the perspective of the centrality of the position of the victims so as to shape adequate non-monetary remedies. In other words, it used an innovative and forward-looking approach to non-pecuniary reparations, which were centred on the fact that the injured parties were children, and adapted to illustrate their protected *status*, in an attempt to address the psychological, moral, and symbolic elements of the violations.

9. Determination of Costs and Expenses

Under Article 55 (Contents of the Judgment) of the Rules of Procedure of the IACtHR,

“1. The judgment shall contain: [...] h. the decision, if any, on reparations and costs”.

Therefore, the Court may order the State to pay costs and expenses to the successful injured party who requests them. These should be understood within the concept of reparation established in Article 63(1) ACHR, because they are a natural consequence of the actions taken by the victim or victims, their successors or their representatives to have access to international justice, and to obtain a court judgment that holds the State liable for human rights abuse and for the obligation to make reparation. That implies outlays and commitments of a monetary nature, which should be reimbursed when passing the judgment of condemnation.

This reasoning had led the IACtHR to state, on other occasions, that the costs referred to in Article 55(1)(h) of the Rules of Procedure also encompass the necessary and reasonable expenses that the victim or victims incurred to have access both to the domestic courts and to the Inter-American System of Human Rights Protection (IASPHR) before the two instances – the IACCommHR and the IACtHR – including the fees of those who provide legal assistance. Hence, the IACtHR must assess carefully the scope of the costs and expenses, considering the specific circumstances of the case, the nature of the international jurisdiction for the human rights protection and the features of the respective proceeding, which are different from those of other national or international proceedings (see IACtHR (Judgment) 27 November 1998, Series C No. 42, *Loayza-Tamayo v. Peru*, paras. 176, 177 and 178; IACtHR (Judgment) 27 August 1998, Series C No. 39, *Garrido and Baigorria v. Argentina*, paras. 79, 80, 81 and 82).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

In the instant case, the Court recognized to the representatives of the victims’ next of kin the amount of US\$ 27,651.91 (twenty seven thousand six hundred and fifty-one United States dollars and ninety-one cents) for Casa Alianza and the amount of US\$ 11,000.00 (eleven thousand United States dollars) for CEJIL, in reimbursement of the expenses and costs generated in the domestic jurisdiction and in the Inter-American jurisdiction.

10. Method of Compliance

Article 68 ACHR provides that

“1. The States Parties to the Convention undertake to comply with the judgment of the Court in any case to which they are parties. 2. That part of a judgment that stipulates compensatory damages may be executed in the country concerned in accordance with domestic procedure governing the execution of judgments against the state”.

In the present case, as for the manner in which the State had to comply with the judgment on reparations, the IACtHR decided that Guatemala had to pay the compensations, reimburse the costs and expenses and take the other measures that were ordered, within six months of the notification of the judgment.

The amount of the compensations awarded by the Court to the adult next of kin of the injured parties had to be paid directly to them in each case. If any named beneficiary had died, the payment would have been made to the heirs.

If, for any reason, the beneficiaries had not received the compensations within the six-months deadline, Guatemala would have had to deposit these amounts in their favour in an account or a deposit certificate in a Guatemalan bank of recognized solvency, in United States dollars or in the equivalent amount in Guatemalan currency, within the term of six months, and under the most favourable financial conditions allowed by the law and banking practice. If, after ten years, the compensation had not been claimed, these amounts would have been returned to the State, with the interest earned.

In reference to the compensation for the minor beneficiary, Osman Ravid Agreda Contreras, Guatemala had to open an account or invest in a deposit certificate in a Guatemalan bank of recognized solvency, in United States dollars or in the equivalent amount in Guatemalan currency, within the term of six months, and under the most favourable financial conditions allowed by the



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

law and banking practice. The interest earned would have been accumulated, and the entire amount would have been given to the minor when he had reached the age of majority or when he had married. In case of his death, the right would have been conveyed to his heirs.

The State had to make payments in United States dollars or in the equivalent amount in Guatemalan currency, using the exchange rate between the two currencies in force in the New York, United States, market the day before the payment, so as to make the respective calculation.

The IACtHR-ordered compensations had to be free from any tax. If the State had not made payments during the time period established by the IACtHR, it would have paid interest on the amounts owed, equivalent to the banking interest on overdue payments in Guatemala.

11. Final Remarks

In addition to what has been argued out in the first part of this paper (see S. VANNUCCINI, “Protecting ‘At-Risk Children’: The Pioneering and Paradigmatic ‘Street Children’ Case (Villagrán Morales *et al.* v. Guatemala) before the Inter-American Court of Human Rights – Part I”, 29 October 2012, <diritti-cedu.unipg.it>), it should be noted that the so-called “Street Children” case, which has marked the first time that the IACtHR has condemned a Member State for violating children’s rights through severe harsh treatments and loss of their lives, has been truthfully pioneering and paradigmatic as to the reparations phase as well.

It has signalled the first time that a judgment has involved legal, social, economic and educational remedies. It has made clear that the reparations of human rights abuses ought to be determined from the gravity of the facts and the consequent profound and devastating impact upon the direct victims and the indirect ones, that is to say the intensity of human suffering and the trauma of what happened, which had been so deep and pervasive that the close relatives of the killed victims could never return to who they were before. It has already had the seed of the concept of “aggravated responsibility” that has been elaborated in the subsequent cases concerning children, which have been dealt with by the Court, under the State responsibility doctrine for gross violations of the human rights of these vulnerable subjects.

The so-called “Street Children” case has been a terrible example of unprecedented number of grievous human rights breaches committed against these very underprivileged children, among which the gross violation of the right to life stands out. This case has compelled the Court to reflect as for the significance and the scope of the right to life and as for the State’s duties towards the



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

drama of children who came from disadvantage backgrounds, lived on the streets of Guatemala and were considered as a social plague.

From the viewpoint of reparations, the deprivation of life of youths has its implication, in view of the fact that compensation for loss of life has usually been calculated on the basis of the notion of loss of earnings and, consequently, on the basis of the concept of “*homo oeconomicus*”. When the victims are adults who have died as a result of the human rights violation, the calculation of lost wages is founded on evidence of the victims’ age, life expectancy in their society at the time of death – taking into account the period during which they would have been working or been economically active – and the victims’ actual salary. Nevertheless, children as such are not “bread earners”, are not regularly employed, and have not finished their education.

The assessment of *quantum* for deprivation of life in cases of children, based on the notion of “the inherent value of life” – rather than on the concept of “*homo oeconomicus*” – that does not fall under the heading of *dannum emergens* or *lucrum cessans*, has found its first instance in the *Villagrán Morales et al. v. Guatemala* case. The developing notion of “the inherent value of life” as echoed in the jurisprudence of the IACtHR, does not admit that the life of a person is valueless unless he/she makes money or has the possibility of making it. Moreover, the aforesaid notion has brought in the idea that, at all events, even for the most needy human being, the curtailment of his/her fundamental right to life involves a loss – amounting to the deprivation of the life itself – properly able of being converted into financial terms, under moral damage.

In their Joint Concurring Opinion on the judgment on the merits of the present case, the Judges Cançado Trindade and Abreu-Burelli underlined that “the damage to the project of life ought to be integrated to the conceptual universe of reparations under Article 63.1 of the American Convention” (para. 8). Accepting this reasoning, the consequence is that the “aggravated responsibility” the State incurred for violations of children’s rights entails that the concept of harm to the “project of life” (or “plan of life”) has to be included in a holistic way into the jurisprudence of the IACtHR, comprising this in its calculation of *quantum* for pecuniary and non-pecuniary damage.

As a result, even though financial reparations normally remedy a quantifiable loss suffered by the victim or victims, the Court expanded the concept of financial compensation so as to provide redress for injuries that were harder to quantify. In a unanimous decision, the IACtHR ordered the Guatemalan Government to pay a total of U.S.\$ 508,865.91 in monetary compensation for the surviving relatives of the murdered youngsters and for the legal expenses of both Casa Alianza and CEJIL. It has been a question of “compensatory reparation”, by paying indemnifications as



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

compensation for pecuniary and non-pecuniary damage, costs and expenses, which are not equivalent to the injury, but they adjust to it.

It must be considered, however, that monetary reparation alone is not adequate when dealing with brutal human rights breaches and atrocities, such those against the five adolescents of this case, which defy monetary dimension and call for action that goes beyond the financial sphere. The abduction, detention, torture and murder of street children by the State agents are not just crimes: they are actions that strip away people’s dignity and rights as human beings. In the circumstances, there is no real or full reparation possible, in the literal meaning of the term.

In spite of the inherent limitations to reparations, the Court went far beyond ordering just monetary reparation to the members of the victims’ families. As said, it also ordered the State “other forms of reparation” – to say those measures of satisfaction aimed at redressing non-pecuniary damage, and guarantees of non-repetition aimed at avoiding the occurrence of events similar to those that had been denounced – of the kind of the obligations of doing, abiding by the request of the representatives of the relatives of the victims. Guatemala was required to conduct prompt, impartial and effective investigation, prosecution and punishment of those persons that had committed the human rights violations; to designate an educational centre in the name of the victims, complete with a memorial plaque; to exhume and transfer to the family the mortal remains of one of the victims, enabling the family to give them a proper burial.

The IACtHR also reaffirmed that the sentence itself was a *per se* form of reparation to the victims because it brought out the truth. This was particularly significant and important for vindicating the memory of the injured parties, such as in the instant case where the killed street children were labelled juvenile delinquents. It has been a question of “honorific reparation”. The Court commemorated the life of the victims, paid tribute to the victims’ contribution to their community, and attempted to redress the past violations and modify the future, both for the individual victims and their families, and for the society at large.

The judgment in question also ordered Guatemala another measure of reparation, which was designed to change the legal structure, by bringing the internal laws and any administrative procedures regarding children into accordance with Article 19 (Rights of the Child) ACHR. It has been a question of “preventive reparation”, by requiring legislative review that entails – according to the general obligation of the State as provided by Article 2 (Domestic Legal Effects) ACHR, and the Court’s well-reasoned and statutorily justifiable position in this respect – “*the adoption of measures to suppress laws and practices of any kind that imply a violation of the guarantees*



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

established in the ACHR, and also the adoption of laws and the implementation of practices leading to the effective observance of the said guarantees”.

In brief, the purposes of the reparative measures ordered by the IACtHR were to ensure the safeguard of children’s rights, to uncover the truth, to know what happened and the identity of the State agents responsible for the acts, to combat impunity, to restore dignity to the victims, to prevent violations such as those under consideration from occurring in the future. In this regard, it should be observed that, while in the past the focus of the remedies was on the damages that had already been brought about to the individual victim by the violation, the law has developed to comprise in the remedies of the consequences of the violation a duty of deterring future human rights violations.

The advent of moral or non-pecuniary reparations ushered in a new phase in the Inter-American jurisprudence on reparations. In the case under consideration, the IACtHR did not confine its reparations awards to persons who had directly suffered pecuniary or non-pecuniary harm. On the contrary – as just pondered in the first part of this paper (see S. VANNUCCINI, “*Protecting ‘At-Risk Children’: The Pioneering and Paradigmatic ‘Street Children’ Case (Villagrán Morales et al. v. Guatemala) before the Inter-American Court of Human Rights – Part I*”, 29 October 2012, <diritti-cedu.unipg.it>) – the Court expanded the notion of victim by including the immediate next of kin of the direct victims. As a result, the members of the victims’ families were entitled to reparations as a veritable subjective right: not only the reparations owed by the State following the violation of the rights of the direct victims were totally transferable, but also the members of the families of the deceased victims were victims in their own right.

Moreover, the IACtHR began to recognize that mass human rights breaches bring about suffering that is not limited to persons, because entire communities fall victim to the State’s failure to defend human rights. In his Separate Opinion, Judge Cançado Trindade poignantly stated: “the human being represents the creative force of the whole community. Human suffering has a dimension which is both personal and social. Thus, the damage caused to each human being, however humble he might be, affects the community itself as a whole. As the present case discloses, the victims are multiplied in the persons of the surviving close relatives, who, furthermore, are forced to live with the great pain inflicted by the silence, the indifference and the oblivion of the others” (para. 22). As a consequence of this line of thought, one may infer that collective harm merits collective redress.

As a matter of fact, the decision at issue has been also considered a prominent example of the concept of collective reparations (reparations with a collective dimension) envisaged by the IACtHR, which allowed it to force the State to make amends for human rights breaches that had



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

affected an entire community. Since collective reparations can potentially include large numbers of victims, monetary compensation alone is not always a possible means for redress. That is the reason why, instead of relying solely on money to relieve the claimants' distress, the State liable for human rights violations was required to adopt the so-called “other forms of reparation”, that is to say public or publicly visible measures.

The *Villagrán Morales et al. v. Guatemala* case has sent a warning to all Member States that they may be held responsible for similar crimes perpetrated against children who come within their jurisdiction, and it has been an important example of how human rights violations can be pursued within the IASPHR, when domestic judicial proceedings in order to obtain an integrated vision of the facts are riddled with irregularities, or when cases fail to make progress after years of prompting by the complaining parties. The murdered victims of this case were poor youngsters, whose surviving close relatives had suffered for so many years trying to get justice. The IACtHR offered them an alternative legal recourse to seek justice and obtain redress, by contemplating integral reparations where material and moral damage were awarded not just in an economical way but also through the symbolic one given by the public suffering recognition.

This leading case has marked another phase in the evolution and strengthening of the IASPHR, which is crucial to the advancement of the rule of law and as deterrent of human rights abuse by State agents acting with impunity. It has represented a historic instance of the Court's delivering controversial, well-considered, impartial decisions, which have the consequence of “de-politicising” contentious questions in a politically unstable area with tremendous societal problems, and creating a climate in which compliance with a judicial decision legitimizes governmental conduct and where non-compliance makes governmental action illegitimate.

In the decade that has passed since the events of this case occurred, there has been a considerable decrease in levels of violent behaviour against street children in Guatemala. The 2001 judgment on reparations has reflected an increase in the respect for and enforcement of children's rights, not only in Guatemala, but also in all of the Americas, even if similar incidents of abuse have persisted, taking into account the limitations of legal decisions to produce immediate and tangible effect.

For certain, through this landmark ruling, the Court took an incredible step in creating a more structural guarantee for the protection of children, by ordering ground-breaking and far-reaching remedies, which have invoked action not only by the State's executive, but also by the legislature and national tribunals. Hence, this decision on reparations has compelled Guatemala to solve the concern of how it is possible to make the respect of such rights come real, as they are recognized in



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

the ACHR, and how to comply not only with the latter but also with the very comprehensive international *corpus juris* for the protection of the rights of the child, of which the ACHR forms part.

The present judgment on reparations has contributed to raise the standards of human behaviour in regard to the dispossessed, and to combat a climate of impunity and institutionalised aggression against the most vulnerable at the edge. It has also served of encouragement to all those who, especially in the developing countries of Latin America, have experienced the psychological and emotional distress of losing a beloved person in analogous circumstances of pain, affliction and humiliation, worsened by the social unresponsiveness.

“The evil committed [...] does not disappear: it is only fought against, and mitigated. The reparations granted render the life of the surviving relatives perhaps bearable, by the fact that, in the *cas d'espèce*, the silence and the indifference and the oblivion have not succeeded to cover the atrocities, and that the evil perpetrated has not prevailed over the perennial search for justice (proper of the spirit). In other words, the reparations granted mean that, in the concrete case, the *human conscience* has prevailed over the impulse of destruction. In *this sense*, the reparations, although not full, are endowed with an unquestionable importance in the work of safeguard of the rights inherent to the human being” (para. 43), finalized Judge Cançado Trindade in his Separate Opinion.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

Precedents

IACtHR (Judgment) 25 May 2001, Series C No. 76, *Case of the “White Van” (Paniagua-Morales et al.) v. Guatemala*.

IACtHR (Judgment) 6 February 2001, Series C No. 74, *Ivcher-Bronstein v. Peru*.

IACtHR (Judgment) 2 February 2001, Series C No. 72, *Baena-Ricardo et al. v. Panama*.

IACtHR (Judgment) 31 January 2001, Series C No. 71, *The Constitutional Court v. Peru*.

IACtHR (Judgment) 25 November 2000, Series C No. 70, *Bámaca-Velásquez v. Guatemala*.

IACtHR (Judgment) 19 November 1999, Series C No. 63, *Case of the “Street Children” (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala*.

IACtHR (Judgment) 22 January 1999, Series C No. 48, *Blake v. Guatemala*.

IACtHR (Judgment) 20 January 1999, Series C No. 44, *Suárez-Rosero v. Ecuador*.

IACtHR (Judgment) 27 November 1998, Series C No. 43, *Castillo-Páez v. Peru*.

IACtHR (Judgment) 27 November 1998, Series C No. 42, *Loayza-Tamayo v. Peru*.

IACtHR (Judgment) 27 August 1998, Series C No. 39, *Garrido and Baigorria v. Argentina*.

IACtHR (Judgment) 19 June 1998, Series C No. 38, *Benavides-Ceballos v. Ecuador*.

IACtHR (Judgment) 8 March 1998, Series C No. 37, *Case of the “White Van” (Paniagua-Morales et al.) v. Guatemala*.

IACtHR (Judgment) 11 September 1997, Series C No. 32, *Case of the “Street Children” (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala*.

IACtHR (Judgment) 29 January 1997, Series C No. 31, *Caballero-Delgado and Santana v. Colombia*.

IACtHR (Judgment) 19 September 1996, Series C No. 29, *Neira-Alegria et al. v. Peru*.

IACtHR (Judgment) 14 September 1996, Series C No. 28, *El Amparo v. Venezuela*.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

IACtHR (Judgment) 10 September 1993, Series C No. 15, *Aloeboetoe et al. v. Suriname*.

IACtHR (Judgment) 20 January 1989, Series C No. 5, *Godínez-Cruz v. Honduras*.

IACtHR (Judgment) 29 July 1988, Series C No. 4, *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*.

Domestic Law

Constitution of the Republic of Guatemala

Guatemalan Minors' Code of 1979

Guatemalan Children and Youth Code of 1996

Bibliographical References

M. BELOFF, “Cuando un caso no es ‘el caso’. Comentario a la sentencia Villagrán Morales y otros (Caso de los ‘Niños de la calle’)”, in *Los derechos del niño en el sistema interamericano* (Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004).

A.A. CANÇADO TRINDADE, “International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* – General Course on Public International Law – Part I”, 316 *Recueil des cour* (2005).

A.A. CANÇADO TRINDADE, “The Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights: An Overview”, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz III* (Napoli, Editoriale Scientifica 2004).

L. BURGORGUE-LARSEN, A. ÚBEDA DE TORRES, *The Inter-American Court of Human Rights: Case-Law and Commentary* (Oxford, Oxford University Press 2011).

CASA ALIANZA, 13 June 2001, *Inter American Court of Human Rights Makes Historic Awards to Families of Murdered Guatemalan Street Children*, <www.essex.ac.uk/armedcon/Countries/Americas/Future/Text/Guatemala006.htm>.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

G. CITRONI, T. SCOVAZZI, “Vos vas a aparecer muerto como aparecieron tus amigos, los demás”, in PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani – Norme, garanzie, prassi* (Milano, Giuffrè Editore 2006).

U. EWELUKWA, “Litigating the Rights of Street Children in Regional or International Fora: Trends, Options, Barriers and Breakthroughs”, 9 *Yale Human Rights and Development Law Journal* (2006).

M. FERIA TINTA, *The Landmark Rulings of the Inter-American Court of Human Rights on the Rights of the Child: Protecting the Most Vulnerable at the Edge* (Leiden, Martinus Nijhoff Publishers 2008).

HUMAN RIGHTS WATCH, July 1997, *Guatemala’s Forgotten Children: Police Violence and Abuses in Detention*, <www.hrw.org/hrw/reports/1997/guat1>.

B. MAYEUX, J. MIRABAL, “Collective and Moral Reparations in the Inter-American Court of Human Rights” (Human Rights Clinic, University of Texas, November 2009).

NATIONAL INSTITUTE OF STATISTICS OF GUATEMALA, *Guatemala: Summary Mortality Tables (1990-1995)*.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, 18 February 2000, *Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights*, OEA/Ser.L/VIII.54, Doc. 4.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, 8 November 1969, *Observations by the Governments of the Member States on the Draft Inter-American Convention on Protection of Human Rights: Guatemala*, OEA/Ser.K/XVI/1.1, Doc. 24.

Y. OTÁROLA ESPINOZA, “El respeto a los derechos fundamentales reconocidos en tratados internacionales. Los niños de la calle”, 33 *Revista Chilena de Derecho* (2006).

J.M. PASQUALUCCI, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights* (Cambridge, Cambridge University Press 2003).

S. VANNUCCINI, “Protecting ‘At-Risk Children’: The Pioneering and Paradigmatic ‘Street Children’ Case (*Villagrán Morales et al. v. Guatemala*) before the Inter-American Court of Human Rights – Part I” 29 October 2012, <diritti-cedu.unipg.it>.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

M. WERNHAM, “International Human Rights Law in Evolution: The Implication of *Villagrán Morales et al. v. Guatemala* (The ‘Street Children’ Case, Inter-American Court of Human Rights) for International Human Rights Law” (Institute of Commonwealth Studies, University of London, 15 September 2000).

I. ZARIFIS, “Guatemala: Children Rights Case Wins Judgment at Inter-American Court of Human Rights”, 9 *Human Rights Brief* (2001).

(28 February 2013)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

Sezione: **Globalizzazione e diritti** - La Corte interamericana dei diritti umani

Titolo: *I “nuovi” diritti dinanzi alla Corte interamericana, tra la ricerca di un consenso esterno e l’assenza di margine di apprezzamento.*

Autore: **LAURA CAPPuccio**

Sentenza di riferimento: Corte IDH, Caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* del 28 novembre 2012

Parametro convenzionale: Artt. 4, 11, 17

Parole chiave: Diritto alla vita, fecondazione artificiale, margine di apprezzamento

1. La sentenza della Corte interamericana sul caso *Artavia Murillo ed altri v. Costa Rica* sorge a seguito della decisione della sala Costituzionale della Corte Suprema di Giustizia di Costa Rica del 25 marzo del 2000 n. 2306, che dichiara l’illegittimità costituzionale della disciplina fecondazione in vitro, contenuta nel decreto del Ministro della Salute n.24029-S del 3 febbraio 1995.

La sentenza della Corte Suprema di Giustizia di Costa Rica si basa su di una pluralità di argomenti, di carattere formale e sostanziale. Innanzitutto il decreto del Ministro viola la riserva di legge prevista dalla Costituzione, che rimette al potere legislativo la disciplina e la limitazione dei diritti e delle libertà fondamentali. In secondo luogo, dal punto di vista materiale, la fecondazione in vitro è in contrasto con il diritto alla vita e con la dignità dell’essere umano. Partendo dal presupposto che l’embrione deve essere considerato come una persona, si afferma che la FIV è incompatibile con l’art. 4 della Convenzione americana dei diritti umani e con l’art. 21 della Costituzione nazionale. Per la Corte Suprema, inoltre, la FIV non potrebbe essere legittimamente disciplinata nemmeno da una nuova legge, poiché, allo stato attuale delle conoscenze mediche, non è possibile evitare un’elevata perdita di embrioni.



“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

I giudici di San José sono stati così chiamati, per la prima volta, a confrontarsi con la nozione di concepimento contenuta nell’art. 4 della Convenzione (“*ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita. Tale diritto è protetto dalla legge e, in generale, dal momento del concepimento. Nessuno sarà arbitrariamente privato della vita*”). Alcune coppie che avevano dovuto interrompere la fecondazione assistita a causa della pronuncia di incostituzionalità, infatti, si sono rivolte alla Commissione interamericana al fine di avviare il giudizio di responsabilità internazionale dello Stato di Costa Rica per violazione della Convenzione.

2. Il ragionamento della Corte parte dall’analisi del diritto alla vita privata e familiare (art. 11), e del diritto alla libertà personale (art.7). Per i giudici interamericani, nell’art. 11 viene sancito il divieto di intromissioni arbitrarie da parte dell’autorità pubblica o di terzi; nell’art. 7 viene affermato un ampio concetto di libertà, intesa come possibilità di fare o non fare tutto quello che è lecitamente permesso. Quest’ultimo articolo viene considerato la base dello sviluppo della personalità, intesa come “diritto di tutte le persone di organizzare, nel rispetto della legge, la propria vita individuale e sociale, in conformità alle proprie convinzioni” (par. 142). Seguendo questa prospettiva, la protezione della vita privata, estendendosi alla tutela dell’identità e delle relazioni intersoggettive, comprende anche la maternità, che forma parte della libera manifestazione della personalità delle donne. La decisione di essere genitore esprime una forma di autodeterminazione, ed include la genitorialità genetica o biologica.

Nel caso in esame, quindi, il diritto alla vita privata viene in rilievo secondo diverse angolazioni, che superano il semplice rispetto della *privacy*, includendo il diritto di fondare una famiglia ed il diritto all’integrità fisica e mentale. La Corte giunge all’enucleazione dei diritti collegati alla riproduzione proprio attraverso la lettura coordinata dei diversi articoli della Convenzione che tutelano la vita familiare (riconosciuta nel sistema interamericano sia dall’art. 11, sia dall’art. 17, secondo comma), l’integrità personale e la tutela della salute, che comprende il benessere fisico, mentale e sociale. A sostegno di questa ricostruzione viene citata la giurisprudenza di Strasburgo in cui si afferma che il diritto alla vita privata include l’integrità fisica e psicologica e l’obbligazione positiva della sua garanzia. Le sentenze della Corte EDU che vengono richiamate, però, non fanno riferimento all’accesso alle cure mediche dell’infertilità, non individuano un diritto ai trattamenti sanitari necessari alla riproduzione, ma riguardano situazioni diverse, come le cure effettivamente prestate nel corso di una degenza ospedaliera (*Glass v. Regno unito*, n. 61827/00), oppure i servizi medici, quali l’aborto, messi a disposizione di una minore rimasta incinta dopo una violenza (*P. e S. V. Polonia*, n. 57375/08). La Corte interamericana, invece, se ne serve per affermare, in termini generali, che l’assenza di interventi collegati alla salute riproduttiva può causare una violazione del diritto all’autonomia ed alla libertà personale. La decisione della Corte Suprema di Costa Rica, che ha proibito la fecondazione in vitro per proteggere l’embrione, di conseguenza, viene valutata alla luce del diritto all’accesso alle cure mediche necessarie a combattere l’infertilità. Per i giudici di San



“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

Josè è fuori dubbio che il divieto di praticare la FIV ha impedito alle coppie di prendere una decisione autonoma sul tipo di trattamenti da seguire per esercitare i propri diritti riproduttivi. L'intromissione nella vita privata e familiare, che si è prodotta attraverso la sentenza, può essere ritenuta legittima solo in presenza di una idonea causa giustificativa. Secondo la Corte Suprema, questa causa è ravvisabile nella protezione del diritto alla vita fin dal concepimento, in base a quanto stabilito espressamente dall'art. 4 della Convenzione; secondo i giudici interamericani, invece, l'art. 4 non consente questo tipo di restrizioni.

Nella pregressa giurisprudenza dei giudici di San José, il diritto alla vita veniva invocato nei casi di esecuzioni stragiudiziali, sparizioni forzate, detenzioni arbitrarie, ed, in generale, nelle questioni sull'uso illegittimo della forza da parte dello Stato. In *Artavia Murillo*, invece, la protezione della vita assume un altro significato, per cui la Corte non può avvalersi esclusivamente dei propri precedenti. L'analisi dell'art. 4, infatti, viene condotta attraverso una complessa ed articolata lettura della Convenzione che si sviluppa attraverso l'utilizzo di diversi tipi di interpretazione: sistematica, storica, evolutiva, ed alla luce dell'oggetto e dei fini della Convenzione.

Questa parte della motivazione comincia con un'affermare di ordine generale: alla domanda “quando comincia la vita umana” si possono dare diverse risposte, a seconda che si adotti una prospettiva, biologica, medica, etica, morale, filosofica, religiosa. Al di là di tali differenze, però, le ricerche scientifiche sono concordi nel differenziare due momenti all'interno del concepimento: la fecondazione e l'impianto. I giudici interamericani affermano che il concepimento, e di conseguenza la tutela della vita, comincia solo quando vi è l'impianto dell'ovulo fecondato nell'utero materno, non potendo essere la riproduzione svincolata dal corpo della donna. L'aver scelto questa prospettiva, che si basa sulle conoscenze mediche riferite nella sentenza, non è certamente neutra, ma esprime l'adesione ad una certa visione della riproduzione e della nozione di “persona”, che inciderà sulla soluzione che verrà adottata.

L'interpretazione sistematica e storica dell'art. 4 viene condotta prendono in considerazione anche gli altri modelli di protezione del diritto alla vita, che sono stati richiamati nella difesa dello Stato del Costa Rica: la CEDU, il sistema universale (rappresentato dalla Dichiarazione universale dei diritti umani, dal Patto internazionale dei diritti civili e politici, dalla Convenzione sui diritti del fanciullo, dalla Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro la donna) e la Convenzione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli. In nessuno di questi accordi, per la Corte, è possibile ravvisare chiaramente una lettura del termine “concepimento” o “essere umano” che vada nella direzione indicata dalla Corte Suprema di Costa Rica.

Nel caso della CEDU, in particolare, vengono citate sia le pronunce della Commissione (*Paton vs. Regno Unito del 1980*, *R.H. Vs. Norvegia del 1992*, *Boso vs. Italia del 2002*), sia quelle della



Corte di Strasburgo (*Vo vs. Francia 2004, A,B,C vs. Irlanda del 2010, Evans vs. Regno Unito del 2007*) in cui si afferma che la mancanza di un consenso, nel continente europeo, su quando comincia la vita umana rimette questa decisione al margine di apprezzamento statale. Per i giudici interamericani, quindi, non si può desumere dalla CEDU una chiara protezione dell’embrione. A favore di questa impostazione vengono ricordate le sentenze *S.H. v. Austria* e *Pavan v. Italia* per sottolineare che la Corte EDU, anche quando ha deciso questioni che implicavano il ricorso alle tecniche di riproduzione in vitro, non ha mai fatto riferimento ad una violazione di diritti propri dell’embrione. L’ampiezza dei riferimenti alla giurisprudenza di Strasburgo, tuttavia, non appare accompagnata da una loro adeguata valutazione. Stupisce, in particolare, una sorta di lettura a senso unico delle sentenze della Corte EDU, che, da un lato, sono caratterizzate da molteplici sfumature, e, dall’altro, in alcuni passaggi, non risultano del tutto compatibili con le conclusioni a cui vogliono giungere a San José.

La pronuncia *A,B,C, v. Irlanda*, ad esempio, affronta uno degli aspetti problematici del sistema europeo di protezione dei diritti, rappresentato dal rapporto tra il margine di apprezzamento statale ed il consenso esterno, nelle fattispecie che coinvolgono questioni etiche. Il consenso esterno, che serve per sviluppare un’interpretazione dinamica ed evolutiva delle norme della Convenzione, viene ricostruito attraverso la prassi effettivamente seguita dagli Stati membri. Nel caso *A,B,C*, due delle tre ricorrenti non avevano potuto praticare l’aborto in Irlanda, nonostante la tutela della salute fisica e psicologica delle madri fosse in contrasto con il proseguimento delle gravidanze. La Corte europea sottolinea che esiste un consenso generalizzato tra gli Stati facenti parte del Consiglio d’Europa sulla legittimità dell’aborto quando vi è la necessità di tutelare la salute della donna. In particolare, 43 Paesi su 47 permettono l’interruzione della gravidanza su questi presupposti, collocandosi l’Irlanda all’interno di una esigua minoranza. Eppure, nonostante questo generale, e, potremmo dire, quasi unanime consenso, la Corte di Strasburgo ritiene che non possa essere limitato il margine di apprezzamento statale. Il bilanciamento presente nella disciplina irlandese, tra la protezione del concepito e la possibilità per le donne di abortire all’estero, non è contrario alla CEDU. Con 11 voti contro 6 la disciplina nazionale supera così l’esame di Strasburgo.

Appare **singolare** allora l’**utilizzo di questo precedente**, che sembra andare in una direzione opposta a quella voluta dalla Corte interamericana. La soluzione che viene adottata a Strasburgo, infatti, valorizza le scelte nazionali, anche quando, come nel caso irlandese, sono difformi da quella seguita dalla stragrande maggioranza dei Paesi membri. Il caso *A,B,C* potrebbe servire per affermare che la scelta dello Stato del Costa Rica, certamente minoritaria nel continente latinoamericano, non è solo per questo illegittima alla luce della Convenzione. La normativa e la giurisprudenza di altri sistemi, utilizzata quando viene affrontata l’interpretazione evolutiva dell’art. 4, invece, sembra funzionale esclusivamente alla ricerca di un “consenso esterno”, senza domandarsi se questo è sufficiente a limitare la discrezionalità dello Stato membro. I riferimenti



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

extrasistemici cioè servono solo per verificare lo sviluppo della disciplina dello *status* legale dell’embrione e delle regole sulla FIV presenti nel diritto internazionale e comparato.

Seguendo esclusivamente questa traiettoria, la Corte di San José sottolinea che la tendenza presente nel diritto internazionale, desunta principalmente dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, è orientata a non considerare l’embrione come una persona. Nel continente latino-americano, poi, solo in Costa Rica viene proibita la FIV. Negli altri Stati, anche in mancanza di una disciplina specifica, la fecondazione assistita viene permessa. Nella prassi, quindi, le cure dell’infertilità sono considerate per lo più compatibili con la protezione del diritto alla vita. Il principio che si trae dall’esame dei diversi ordinamenti nazionali è quello della protezione non assoluta della vita prenatale, ma graduale ed incrementale (par. 256). In sostanza, sottolinea la Corte, gli stessi Stati membri, attraverso le cure ammesse nei loro ordinamenti, hanno aderito ad un’interpretazione dell’art. 4 della Convenzione in base alla quale l’embrione non è considerato come una persona.

Per la Corte, tutti i riferimenti comparatistici dimostrano che la protezione della vita deve essere bilanciata con la tutela degli altri diritti. La clausola “in generale” contenuta nell’art. 4 serve proprio a risolvere i possibili conflitti tra gli interessi in gioco, non attribuendo alla tutela dell’embrione una prevalenza assoluta. In questa prospettiva, il divieto di praticare la FIV in Costa Rica non rappresenta una protezione più ampia del diritto alla vita, ma una limitazione sproporzionata del godimento delle altre libertà. La necessità di un bilanciamento viene valorizzata dai giudici interamericani, che ricordano come anche altre Corti (il Tribunale costituzionale tedesco, il Tribunale costituzionale spagnolo, la Corte Suprema di giustizia degli Stati Uniti, la Corte Suprema di Giustizia della Nazione argentina, la Corte Suprema di Giustizia della Nazione messicana) hanno assunto questa prospettiva, non attribuendo al concepito una protezione totalizzante. La Corte ricorda, infatti, che lo Stato, in base alla Convenzione interamericana, ha la possibilità di disciplinare e limitare i diritti, ma i provvedimenti adottati devono rispettare alcuni requisiti, quali l’intervento della legge, il perseguimento di una finalità legittima, e la proporzionalità. In Costa Rica, invece, la prevalenza incondizionata che viene data alla tutela dell’embrione rispetto alla garanzia della vita privata e familiare, dell’autonomia personale, della riproduzione, costituisce una interferenza eccessiva sul loro godimento, che non supera il *test* di proporzionalità. Tale intromissione viene sanzionata anche alla luce di una considerazione di tipo “tecnico”, rappresentata dal fatto che la perdita di embrioni è un rischio presente anche durante la gravidanza naturale.

In questo articolato ragionamento, tuttavia, manca la motivazione del perché lo Stato di Costa Rica non possa esprimere una diversa lettura delle situazioni soggettive che vengono in rilievo, quando la presenza di motivazione etiche attribuisce normalmente agli Stati uno spazio di manovra più ampio, o per usare le parole di Strasburgo un “contatto diretto e continuo con le forze vitali dei



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

rispettivi Paesi” (*A,B,C, v. Irlanda* par. 223). Tale contatto non può che rendere gli Stati membri interpreti privilegiati della tutela dei diritti. Questo aspetto, invece, non viene valutato dalla Corte interamericana che chiude la decisione affrontando il tema della discriminazione, ed in particolare, della presenza di una discriminazione indiretta, che si verifica quando una norma, o una pratica, apparentemente neutra, può avere una ripercussione negativa su una persona o su di un gruppo in virtù delle loro caratteristiche. In questa definizione si sente l’eco della pluriennale giurisprudenza della Corte di giustizia sul principio di non-discriminazione che, però, non viene citata, mentre vengono di nuovo ricordate le pronunce della Corte di Strasburgo e gli interventi del Comitato dei diritti economici, sociali e culturali. Dopo aver definito l’infertilità una “malattia”, ed aver sottolineato che gli stereotipi su questa infermità incidono in particolare sulle donne, si evidenziano le conseguenze discriminatorie in ragione delle condizioni economiche. Il divieto della FIV, quindi, non solo non è non conforme al principio di proporzionalità, ma neanche a quello di uguaglianza.

3. Nel corso di tutta la motivazione i giudici di San José, a sostegno della propria impostazione, effettuano, come ricordato, una serie di riferimenti extrasistemici, richiamando sia le decisioni di altri Tribunali (la Corte EDU, le Corti costituzionali europee e sudamericane) sia le dichiarazioni di istituzioni internazionali (l’Assemblea delle Nazioni Unite, il Comitato per la protezione dei diritti economici, sociali e culturali), sia gli altri accordi internazionali (il Protocollo di San Salvador, la Convenzione per l’eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro la donna, la CEDU). Questo elemento, in sé e per sé considerato, non rappresenta certamente una novità. La Corte interamericana ha fatto spesso uso sia della giurisprudenza di altre Corti, sia di altre Carte e Dichiarazioni dei diritti. Recenti studi, che hanno analizzato la giurisprudenza della Corte interamericana a partire dal 1987, anno della sua prima decisione, fino al 2012, hanno riscontrato in ben 147 casi un richiamo alle sentenze della Corte di Strasburgo. Il dato è significativo se rapportato al numero complessivo di pronunce emesse in quello stesso periodo (246), che consente di affermare che nel 59,8% delle questioni si ritrovano riferimenti extrasistemici. Le ragioni di quest’attitudine comparativa sono diverse. Sicuramente i giudici di San José hanno sentito l’esigenza di legittimare il proprio operato in un contesto per lungo tempo caratterizzato da regimi autoritari. Hanno cioè cercato fuori dal continente i modelli e gli *standard* di protezione dei diritti che non potevano trovare al proprio interno. Questa circostanza è alla base di una significativa differenza rispetto alla Corte di Strasburgo che ha fatto un limitato uso della giurisprudenza della Corte interamericana, preferendo riferirsi alle consolidate tradizioni giuridiche dei Paesi europei per costruire un consenso attorno alle proprie decisioni.

La sentenza *Artavia Murillo ed altri v. Costa Rica*, pur inscrivendosi all’interno di questa tendenza, rappresenta un’importante svolta, non solo per la ricchezza dei riferimenti esterni, ma anche per l’intreccio che si manifesta tra i diritti che vengono presi in esame ed il ragionamento comparativo che viene sviluppato. Nella giurisprudenza sulla tutela dei classici diritti di libertà negativa, da



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

intendersi come protezione del singolo nei confronti dei pubblici poteri, protezione dall'uso illegittimo della forza, appariva molto evidente la “logica” che muoveva la Corte interamericana, logica condivisa da altri tribunali internazionali, chiamati, in una funzione suppletoria, alla tutela delle libertà non garantite a livello nazionale, ma universalmente riconosciute.

Nel caso *Artavia Murillo*, invece, vengono in rilievo i diritti collegati alla libertà positiva, da intendersi, citando Berlin, come “libertà di”, come autodeterminazione. Questa sentenza, insieme a alla pronuncia sul caso *Atala Riffo e figlie v. Cile*, segna un cambiamento nel sistema interamericano, che si avvicina a quello europeo per il tipo di questioni che vengono presentate. La motivazione che accompagna la decisione, infatti, risente dell'oggetto della controversia, ed i numerosi richiami ad altri ordinamenti servono a costruire un consenso attorno alla soluzione adottata, che coinvolge scelte solitamente rimesse alle diverse sensibilità nazionali. La Corte cioè, richiamando le pronunce delle giurisdizioni europee e degli Stati membri della Convenzione interamericana, ha cercato di costruire un dialogo in cui vengono valorizzati al massimo gli elementi di consonanza, al fine di una migliore accettazione della sentenza. In questa decisione, diversamente dal passato, non si è avuto un movimento univoco, dall'altro verso il basso (dalla Corte agli Stati), ma una circolarità e condivisione delle tutele (dagli Stati alla Corte e viceversa). I giudici interamericani, in sostanza, hanno ancorato la propria interpretazione del diritto alla vita alle scelte assunte a livello interno; il che significa riconoscere agli Stati membri il ruolo di interpreti privilegiati della tutela dei diritti garantiti dalla Convenzione, e non solo quello di parti del contenzioso. Questa trasformazione deriva dai cambiamenti intervenuti nel continente latinoamericano, che non è più caratterizzato dalla presenza di regimi autoritari. Tale evoluzione ha condotto la Corte a valorizzare al massimo la presenza di un consenso esterno, anche per la delicatezza della questione trattata, che coinvolgendo temi etici richiedeva una attenta disamina della disciplina e della giurisprudenza nazionale. Quello che manca, ancora una volta, è il riconoscimento di un margine di apprezzamento rimesso ai Paesi membri. Nonostante il caso *Artavia Murillo* si discosti dai precedenti, non avendo ad oggetto la violazione massiva dei diritti fondamentali, non viene comunque lasciato nessuno spazio di manovra allo Stato. L'utilizzo del margine di apprezzamento, come strumento per coniugare l'universalismo della tutela dei diritti con il riconoscimento delle diversità nazionali, non ha fatto ancora ingresso nella giurisprudenza interamericana. Su questo aspetto la distanza con il sistema CEDU rimane ancora molto profonda.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

Riferimenti bibliografici

L. Cappuccio, *La Corte interamericana e la protezione dei diritti fondamentali: una bussola per gli Stati*, in L. Cappuccio, A. Lollini, P. Tanzarella, *Le Corti regionali tra Stati e diritti. I sistemi di protezione dei diritti fondamentali europeo, americano e africano a confronto*, Napoli, 2012

L. Casseti, *Il diritto di “vivere con dignità” nella giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani*, in www.federalismi.it n.24/2010

E. Ferrer Mac-Gregor, A. Herrera García (a cura di), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos*, Valencia, 2013

J. García Roca, P. Antonio Fernández, P. Satolaya, R. Canosa (a cura di), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derecho humanos*, Navarra, 2012

T. Groppi, A. M. Lecis Cocco-Ortu, *Le citazioni reciproche tra la Corte europea e la Corte interamericana dei diritti dell'uomo. dall'influenza al dialogo?*, www.federalismi.it n.19/2013

(16.05.2014)



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

Section: **Globalization and Human Rights** – Inter-American Court of Human Rights

Title: *Against the Imposing of Life Sentences on Juvenile Offenders: The Landmark Decision by the Inter-American Court of Human Rights in the Case of Mendoza et al. v. Argentina*

Author: **SABRINA VANNUCCINI**

Judgment of reference: IACtHR (Judgment) 14 May 2013, *Case of Mendoza et al. v. Argentina (Preliminary Objections, Merits and Reparations)*, Series C No. 260.

Conventional parameters: Article 1(1) ACHR; Article 2 ACHR; Article 5(1), (2), (6) ACHR; Article 7(3) ACHR; Article 19 ACHR; Article 63(1) ACHR.

Key words: Life sentence; life imprisonment; reclusion for life; obligation to respect rights; domestic legal effects; right to humane treatment; right to personal liberty; rights of the child; measures of reparations.

“[A]ll these individuals sentenced to life imprisonment state that, on hearing the sentence, at first, they are unable [...] to understand the scale of what has occurred. And when they do understand it, the effect is devastating; they feel that life has ended and, in many cases, they think the only thing they can do is take their own lives [...] this is particularly serious owing to the period of their life during which this occurs; they are not adults who can assume absolute responsibility for their actions, but rather adolescents who are still at a formative stage, who are not yet adults; who, at that psychological moment of their development, are told by the law and the State that this is the end. [T]he effect is truly devastating”.

(Expert witness S. Tiscornia)



1. Introduction

In the Argentine Republic, Law 22,278 on the Juvenile Criminal Regime of 25 August 1980 (last amended in 1989 by Law 23,742), which dates from the time of the dictatorship, retains a system in which juvenile offenders are sentenced and/or released according to the provisions of the adult criminal justice system.

Specifically, the said law contains provisions that regulate, *inter alia*, the age for attributing criminal responsibility to persons under 18 years of age, the measures that the judge may adopt before and after this attribution, and the possibility of imposing a criminal sanction following tutelary treatment, the duration of which cannot be less than one year. The determination of punishments, their severity, and the legal definition of offences are regulated in the National Criminal Code, which is equally applicable to adult offenders. Nevertheless, none of these two instruments contains provisions on how the criminal sanctions established in the said code for adults are applied to minors.

In substance, juveniles can receive the maximum penalties allowed under the National Criminal Code (Article 80) – namely reclusion for life (*reclusión perpetua*) or life imprisonment (*privación perpetua de la libertad*) – with no possibility of parole for 20 years (Article 13), and sentences where the possibility of release is not reviewed on a regular basis by an independent body to determine whether they have been rehabilitated or if release would be appropriate.

On 17 June 2011, the Inter-American Commission on Human Rights (IACommHR, Commission) submitted to the jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR, Court) the case of *Mendoza et al. v. Argentina*, which referred to the alleged international responsibility for human rights violations of the Argentine Republic for the imposing of life sentences against five people – life imprisonment on César Alberto Mendoza, Lucas Matías Mendoza, Ricardo David Videla Fernández and Saúl Cristian Roldán Cajal, and reclusion for life on Claudio David Núñez – for crimes committed while under 18 years of age (all of the victims were



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

between the ages of 16 and 17 when they committed the crimes for which they were given life sentences).

On 14 May 2013, the IACtHR rendered a decision of utmost importance, which was not intended to contest the criminal responsibility of the five youths, but rather the imposing of life imprisonment and reclusion for life on them, in application of a juvenile justice system that allowed adolescent offenders to be treated the same as adult offenders.

2. Factual Framework of the Case

César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez, Lucas Matías Mendoza, Saúl Cristian Roldán Cajal and Ricardo David Videla Fernández grew up in underprivileged neighbourhoods, in situation of substantial socio-economic vulnerability and exclusion, with a shortage of material resources that influenced their overall development. Most of them came from broken families, which resulted in imperfect models for the development of their behaviour and identity. They abandoned their primary and secondary studies before completing them, and had their first contact with the criminal justice system at an early age, signifying that they spent much of their childhood in juvenile institutions.

On 28 October 1999, César Alberto Mendoza was declared by the Oral Juvenile Court No. 1 of the Autonomous City of Buenos Aires co-perpetrator criminally responsible for the concurrent offences of four counts of armed robbery, two counts of aggravated homicide, and serious injuries. Based on Law 22,278, he was sentenced to life imprisonment for the crimes committed when he was under 18 years of age.

On 12 April 1999, Claudio David Núñez and Lucas Matías Mendoza were prosecuted together by the Oral Juvenile Court No. 1 of the Autonomous City of Buenos Aires. Claudio David Núñez was declared criminally responsible for the separate but concurrent crimes of five counts of



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

aggravated homicide, eight counts of aggravated armed robbery, two of them attempted, illegal possession of a weapon of war, and unlawful association. Lucas Matías Mendoza was declared responsible for the crimes of two counts of aggravated homicide, aggravated armed robbery, illegal possession of a weapon of war and unlawful association. The judgment sentenced the youth Claudio David Núñez to reclusion for life, and the youth Lucas Matías Mendoza to life imprisonment. Both were under 18 years of age when they committed the crimes of which they were accused.

On 8 March 2002, Saúl Cristian Roldán Cajal, declared criminally responsible for committing the separate but concurrent crimes of aggravated homicide with aggravated robbery, was sentenced to life imprisonment by the Juvenile Criminal Court of the First Judicial District of the province of Mendoza, without the benefit of a reduced sentence established in Article 4 of the Law 22,278. The crimes of which he was accused occurred when he was a minor.

On 28 November 2002, Ricardo David Videla Fernández was declared by the Juvenile Criminal Court of the First Judicial District of the province of Mendoza criminally responsible for committing the concurrent but separate offences of two counts of aggravated homicide with aggravated robbery, attempted robbery, aggravated robbery, possession of weapons of war, and also aggravated robbery, aggravated coercion and illegally carrying an arm for civilian use, and was sentenced to life imprisonment. All of the offences of which he was accused took place while he was under 18 years of age.

The reviews of the sentences occurred after a long time. On 9 March 2012, the Second Chamber of the Mendoza Supreme Court of Justice decided to set aside the judgment sentencing Saúl Cristian Roldán Cajal to life imprisonment. Based on the IACommHR’s Report on merits No. 172/10, issued on 2 November 2010, the said court decided to impose on him 15 years’ imprisonment. On 21 August 2012, the Federal Criminal Cassation Chamber annulled the judgments sentencing César Alberto Mendoza and Lucas Matías Mendoza to life imprisonment, and Claudio David Núñez to reclusion for life, and declared that paragraph 7 of Article 80 of the



National Criminal Code was unconstitutional “as regards the punishment of life imprisonment established for children and adolescents”. As for Ricardo David Videla Fernández, after his conviction, he was deprived of liberty for around four years until his death in the Mendoza Provincial Prison.

3. Considerations of the IACtHR on the Conventionality of Sentencing Individuals to Life in Prison for Crimes They Committed as Minors

The specific issue raised in the case of *Mendoza et al. v. Argentina* was directly related to sentencing children to criminal sanctions. More notably, the present case involved the conventionality of sentencing individuals to life in prison for crimes they committed as minor.

In this judgment, the Court found it relevant to reiterate that children are bearers of all the rights established in the American Convention on Human Rights (ACHR), in addition to the special measures of protection called for in Article 19 (Rights of the Child) of this instrument

(“Every minor child has the right to the measures of protection required by his condition as a minor on the part of his family, society, and the state”),

which must be defined according to the particular circumstances of each specific case. Special measures are of huge significance in the context of juvenile detention, where children in the prime of development are deprived of their liberty. Children must receive special treatment as a response to the reality that they are differently situated than adults. In this respect, Article 5(5) (Right to Humane Treatment) ACHR indicates that

“[m]inors while subject to criminal proceedings shall be separated from adults and brought before specialized tribunals, as speedily as possible, so that they may be treated in accordance with their status as minors”.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

An obvious consequence of the importance of dealing in a differentiated, specialized and proportionate manner with matters pertaining to children, and expressly those relating to illegal conduct, is the establishment of specialized jurisdictional bodies to hear cases involving conduct defined as crimes attributed to them. If it is not possible to avoid the intervention of the courts, children under the age of 18 who are accused of conduct defined as criminal in nature by criminal law must be subject, for the purposes of the respective hearing and the adoption of the pertinent measures, only to specific jurisdictional bodies distinct from those for adults.

According to the principle of specialization, a justice system should be established that is specialized at all stages of the proceedings and during the execution of the measures or punishments that are eventually applied to minors who have committed offences and who can be held responsible under domestic law. This should involve both the legislation and the legal framework, and also the State institutions and agents specialized in juvenile criminal justice. It also entails the application of special legal rights and principles that protect the rights of children accused or convicted of an offence.

Moreover, Rule 5(1) of the United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (Beijing Rules), adopted by the United Nations General Assembly in Resolution 40/33 of 29 November 1985, stipulates that

“[t]he juvenile justice system shall emphasize the well-being of the juvenile and shall ensure that any reaction to juvenile offenders shall always be in proportion to the circumstances of both the offenders and the offence”.

The ACHR does not include a list of punitive measures that Member States may impose on juveniles convicted of crimes. Nevertheless, in order to determine the legal consequences of the offence committed by a child, the principle of proportionality is a relevant criterion. In accordance with this principle, there must be a balance between the presumptions and the punishment, both as regards the individualization of the punishment and its judicial application. Hence, the principle of



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

proportionality means that any response regarding children who have committed a criminal offence must always be adjusted to their status as minors and to the offence, giving priority to reintegration with the family and/or society.

The ACHR does not refer expressly to life imprisonment or reclusion for life. However, according to Article 5(6) (Right to Humane Treatment) of this instrument

“[p]unishments consisting of deprivation of liberty shall have as an essential aim the reform and social readaptation of the prisoners”.

In this regard, Article 40(1) of the United Nations Convention on the Rights of the Child (CRC) indicates that

“every child alleged as, accused of, or recognized as having infringed the penal law [has the right] to be treated in a manner consistent with the promotion of the child’s sense of dignity and worth, which reinforces the child’s respect for the human rights and fundamental freedoms of others and which takes into account the child’s age and the desirability of promoting the child’s reintegration and the child’s assuming a constructive role in society”.

As a result, the measure that should be ordered in consequence of the perpetration of an offence must have the objective of the child’s social reinsertion. In other words, the proportionality of the sentence is intimately related to its purpose. In the opinion of the IACtHR, life imprisonment and reclusion for life do not achieve the aforesaid objective. On the contrary, such sentences entail the maximum exclusion of the child from society and, therefore, are not proportionate to the purpose of the criminal sanction of children. They function in a merely retributive sense, because the expectations of re-socialization are annulled to their highest degree.

Consequently, the IACtHR found that Argentina had violated the right recognized in Article 5(6) (Right to Humane Treatment) ACHR, in relation to Articles 19 (Rights of the Child) and 1(1) (Obligation to Respect Rights) of this instrument to the detriment of César Alberto Mendoza,



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

Claudio David Núñez, Lucas Matías Mendoza, Saúl Cristian Roldán Cajal and Ricardo David Videla Fernández, by imposing on them sentences of life imprisonment and reclusion for life, respectively.

The Court reiterated that no one may be subjected to arrest or imprisonment for reasons and using methods that – although classified as legal – can be considered incompatible with regard to the fundamental rights of the individual, because they are, among other matters, unreasonable, unpredictable, or disproportionate. Additionally, in accordance with Article 37(b) CRC, “[n]o child shall be deprived of his or her liberty unlawfully or arbitrarily”. It follows that, if judges decide that it is necessary to apply a criminal sanction, and if this is deprivation of liberty, although this is provided for by law, its application may be arbitrary if the fundamental principles contained in the international laws on the rights of the child that regulate this matter are not taken into consideration.

First and foremost:

- 1) *ultima ratio* and as short as possible, which in the terms of Article 37(b) CRC, signifies that “[t]he arrest, detention or imprisonment of a child [...] shall be used only as a measure of last resort and for the shortest appropriate period of time”;
- 2) temporal determination from the moment measures or sentences involving the deprivation of liberty of children are imposed, because if deprivation of liberty must be the exception and for as short a time as possible, this indicates that prison sentences with an indeterminate duration or that entail the absolute deprivation of this right must not be applied to children;
- 3) periodic review of such measures. If the circumstances have changed and reclusion is no longer required, States have the obligation to release children, even when they have not completed the sentence established in each specific case. To this end, States must provide early release programs in their legislation.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

Based on the above, and in view of the principle of the best interests of the child provided for in Article 3(1) CRC

(“In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration”),

life imprisonment and reclusion for life for children are incompatible with Article 7(3) (Right to Personal Liberty) ACHR

(“No one shall be subject to arbitrary arrest or imprisonment”),

because they are not exceptional punishments, they do not entail the deprivation of liberty for the shortest appropriate period of time or for a period specified at the time of sentencing, and they do not permit a regular periodic review of the need to keep children deprived of liberty with a view to the possibility of release.

The case file before the IACtHR showed that the respective judicial authorities had acted with unashamed disrespect for the aforementioned international standards that apply in the case of juvenile criminal justice. As a result, the IACtHR concluded that Argentina had violated the right recognized in Article 7(3) (Right to Personal Liberty) ACHR to the detriment of César Alberto Mendoza, Lucas Matías Mendoza, Saúl Cristian Roldán Cajal, Ricardo David Videla Fernández and Claudio David Núñez, in relation to Articles 19 (Rights of the Child) and 1(1) (Obligation to Respect Rights) of this instrument, by sentencing them to life imprisonment and reclusion for life, respectively, for the perpetration of offences while still minors.

The Court also examined whether this type of sentence had constituted cruel, inhuman and degrading treatment in the terms of the ACHR. Article 5(2) (Right to Humane Treatment) of this instrument stipulates that



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

“[n]o one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman, or degrading punishment or treatment. All persons deprived of their liberty shall be treated with respect for the inherent dignity of the human person”.

Similarly, Article 37(a) CRC establishes that

“[n]o child shall be subjected to torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. [...] life imprisonment without possibility of release shall [not] be imposed for offences committed by persons below eighteen years of age”,

disclosing an evident linkage between the two prohibitions.

Even though most relevant treaties on human rights only establish that “no one shall be subject to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment”, however the dynamic nature of the interpretation and application of this branch of international law has allowed a requirement of proportionality to be inferred from norms that make no clear reference to this element. This is true of the prohibition of torture as a form of persecution and punishment as well as other forms of cruel, inhuman and degrading treatment, and other areas, including those of State sanctions – especially corporal punishment, the death penalty, and life imprisonment – for the perpetration of offences. Consequently, punishments considered drastically disproportionate, such as those that can be described as atrocious, fall within the sphere of application of the articles that contain the prohibition of torture and cruel, inhuman and degrading treatment.

In this regard, the IACtHR quoted the Strasbourg jurisprudence. In the judgment in the cases of *Harkins and Edwards v. The United Kingdom*, delivered on 17 January 2012, the European Court of Human Rights (ECtHR) had established that a grossly disproportionate sentence may amount to ill-treatment contrary to Article 3 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) – which corresponds to Article 5 ACHR – at the moment of its imposition.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

In the present case, the expert opinion provided by Laura Sobredo by affidavit on 23 August 2012, and those provided by Miguel Cillero Bruñol and Sofía Tiscornia before the IACtHR at the public hearing held on 30 August 2012, referred to the extreme psychological impact of imposing a life sentence on the victims, who at that stage of their development were told by the law and the State that this was the end of any plans for the future, that they had no future, noting. This sentence imposed on the victims “a life project, but for a life that implies the end, the closure, of all autonomy and decent social existence” (expert witness Sofía Tiscornia). “The extreme conditions that these young people were subjected to by State institutions from the early stages of their lives are a clear example of the serious difficulty or, eventually, the impossibility of maintaining mental integrity as far as identity is concerned, and a frightening example of how this situation can end a human life” (expert witness Laura Sobredo). When the victims realized the magnitude of their punishment, the effect was devastating: nothing was important to them any longer because they felt that they were being killed in life.

Furthermore, the reviews of the sentences of the juveniles César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez, Lucas Matías Mendoza and Saúl Cristian Roldán Cajal occurred after approximately 12 years. Considering that, at the time of the facts of the instant case, Article 13 of the National Criminal Code established parole for those sentenced to life imprisonment and reclusion for life after they had served 20 years of the sentence, for these minors the expectations of liberty were minimal.

From the foregoing, the IACtHR found that the disproportionality of the sentences imposed on the victims was evident and the truly devastating effect produced by a similar guilty verdict had constituted cruel and inhuman treatment. Consequently, the IACtHR declared that Argentina had violated the rights recognized in Articles 5(1) (Right to Humane Treatment) ACHR

(“Every person has the right to have his physical, mental, and moral integrity respected”)



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

and 5(2) (Right to Humane Treatment) ACHR, in relation to Articles 19 (Rights of the Child) and 1(1) (Obligation to Respect Rights) of this instrument, to the detriment of César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez, Lucas Matías Mendoza, Saúl Cristian Roldán Cajal and Ricardo David Videla.

The Court was also asked to ascertain the violation of Article 2 (Domestic Legal Effects) ACHR (“Where the exercise of any of the rights or freedoms referred to in Article 1 is not already ensured by legislative or other provisions, the States Parties undertake to adopt, in accordance with their constitutional processes and the provisions of this Convention, such legislative or other measures as may be necessary to give effect to those rights or freedoms”),

in relation to the imposing of sentences of life imprisonment and reclusion for life on minors. Law 22,278 grants a broad margin of discretion to the judge to determine the legal consequences of the perpetration of an offence for juveniles who have not yet attained 18 years of age, based not only on the offence, but also on other aspects, such as “the minor’s background, the result of the tutelary treatment, and the direct impression made on the judge” (Article 4). Besides, judges may impose on juveniles the same sanctions as on adults including the deprivation of liberty (as in the present case), and these sanctions are provided for in the National Criminal Code. According to the Court, the consideration of elements other than the offence committed, as well as the possibility of imposing on minors criminal sanctions established for adults, are contrary to the principle of proportionality in the criminal sanction of minors.

In addition, life imprisonment and reclusion for life are contrary to the ACHR, because the fixed period following which release can be requested – i.e. 20 years, as established in Article 13 of the National Criminal Code – does not take into consideration the circumstances of each child, which change with the passage of time and, at any moment, could reveal progress that would enable social reintegration. Furthermore, instead of meeting the standard of periodic review of the sanction of



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

deprivation of liberty, the period established in the aforesaid Article 13 is a patently disproportionate time frame for children to be able to request their release for the first time, and to be able to reintegrate into society, given that, in order to request their eventual release, they are forced to remain imprisoned for a number of years that is more than any adolescent has lived before the perpetration of the offence and the imposing of the punishment, bearing in mind that, in Argentina, children from 16 to 18 years of age can be charged under Article 2 of Law 22,278.

The State had maintained that the situation of the incompatibility of the determination, execution and periodic review of the criminal sanction of juveniles had been resolved with Law No. 26,061 on the Comprehensive Protection of Children and Adolescents. Nonetheless, as remarked by the Court, this law – adopted on 2005, after the criminal sanctions that were the subject of this case had been imposed – generically regulates the so-called “Comprehensive Protection System for the Rights of Children and Adolescents” and, thence, the “[p]olicies, plans, and programs for the protection of rights”, the “[a]dministrative and judicial bodies for the protection of rights”, the “[f]inancial resources”, the “[p]rocedures”, the “[m]easures of protection for rights” and the “[m]easures of exceptional protection of rights” (Article 32). Even though Law No. 26,061 refers, *inter alia*, to some aspects of the “rights of children and adolescents”, the “minimum procedural guarantees” and the “guarantees in judicial and administrative proceedings” (Article 27), the aspects concerning the determination of criminal sanctions for children are governed by Law 22,278 and by the National Criminal Code.

Therefore, the IACtHR concluded that Argentina had failed to comply with the obligation contained in Article 2 (Domestic Legal Effects) ACHR, in relation to Articles 7(3) (Right to Personal Liberty) and 19 (Rights of the Child) thereof, to the detriment of César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez, Lucas Matías Mendoza, Ricardo David Videla Fernández and Saúl Cristian Roldán Cajal.



4. Measures the IACtHR Ordered Argentina to Remedy the Consequences of the Life Sentences Imposed on the Victims

Based on the provisions of Article 63(1) ACHR, the IACtHR determined the measures of reparations necessary to remedy the consequences of the State’s imposition of sentences of life imprisonment and reclusion for life on the five juvenile offenders.

On account of the psychological and moral impact of the life sentences imposed on the victims, based on which the Court considered them cruel and inhuman treatment, the Court ordered Argentina to provide, immediately and free of charge, through its specialized health care institutions and personnel, the necessary psychological or psychiatric care to the juveniles César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez, Lucas Matías Mendoza and Saúl Cristian Roldán Cajal, taking into consideration the ailments of each one related to this case.

The IACtHR also recognized the damage to the “life project” (or “life plan”) of the youths, which implies the loss or severe diminution, in a manner that is irreparable or reparable only with great difficulty, of a person prospect of self-development. In this judgment, the IACtHR established that the life sentences imposed on the victims had not met the standards of the rights of the child with reference to criminal justice, and had had damaging effects that had ended their future expectations of life. Imposing life sentences on these minors, and the absence of any actual opportunity of achieving social rehabilitation, had ruined their future perspective of forming a life project at a decisive stage of their education and their personal development. Thus, the IACtHR ordered Argentina to provide César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez, Lucas Matías Mendoza and Saúl Cristian Roldán Cajal, as soon as possible, with the formal educational or training options requested by them, including university studies, through the prison system or, in case of their release, through its public institution, to enable them to meet the requirements of an adequate education.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

With regard to legislative and administrative measures as guarantees of non-repetition, the IACtHR assessed positively that, following the facts of the present case, in the Maldonado judgment, the Supreme Court of Justice of the Nation had established important criteria concerning the incompatibility of life imprisonment with the rights of the child. The IACtHR also remarked the entry into force of Law No. 26,061 on the Comprehensive Protection of Children and Adolescents, which establishes that application of the CRC is mandatory in every administrative, judicial or any other type of act, decision or measure adopted in their regard. Nonetheless, Law 22,278, which regulates the juvenile criminal regime in Argentina and which was applied in this case, contains provisions contrary to the ACHR and to the international standards applicable to juvenile criminal justice.

Therefore, in order to comply with the obligation to guarantee, by the adoption of the necessary legislative or other measures, the protection of the child by the family, society and the State, according to Articles 19 (Rights of the Child), 17 (Rights of the Family), 1(1) (Obligation to Respect Rights) and 2 (Domestic Legal Effects) ACHR, the Court ordered Argentina to adapt its legal framework to the international standards relating to juvenile criminal justice; to design and implement public policies with clear goals and timetables, in addition to the allocation of sufficient budgetary resources for the prevention of juvenile delinquency by means of effective programs and services that encourage the integral development of children and adolescents; to disseminate information on the international standards pertaining to children’s rights, and to provide support to the most vulnerable children and adolescents, as well as to their families.

The IACtHR also decided that Argentina had to ensure that the sentences of life imprisonment and reclusion for life would have never again been imposed on César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez and Lucas Matías Mendoza, or on any other person for crimes committed while a minor. Furthermore, the State had to guarantee that anyone who was serving such sentences for offences committed while under 18 years of age would have obtained a review of the sentence, so as to avoid the need for cases – such as the case in question – being lodged before the organs of the



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

Inter-American Human Rights System, and that they could be decided by the corresponding domestic organs.

Moreover, the Court ordered as compensation for non-pecuniary damage (or moral damage) – which may include both the suffering and distress caused to the direct victims and their next of kin, and the impairment of values that are highly significant to them, as well as other sufferings or alterations in the living conditions of the victims or their families that cannot be assessed in financial terms –, in favour of César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez, Lucas Matías Mendoza, Saúl Cristian Roldán Cajal and Ricardo David Videla Fernández, the amount of US\$2,000.00 (two thousand United States dollars) for each of them.

The IACtHR also established, in equity, amounts for the victims’ next of kin, in consequence of the impotence and anguish that the unlawful sentencing of the victims to life imprisonment and reclusion for life had caused to their families.

5. Conclusion

The case of *Mendoza et al. v. Argentina* has highlighted important questions concerning the functioning of the system of the administration of juvenile justice in the Argentine Republic that – as stated by the Chilean jurist and juvenile criminal-law expert Miguel Cillero Bruñol – is the only Latin American country whose legislation provides for the possibility to sentence juveniles between ages of 16 and 18 to life in prison, despite that State being a party to the ACHR, CRC and the United Nations International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR).

In the Argentine Republic there is no special juvenile criminal justice system or special penalties for minors as ordered by various international legal instruments, so that in that country the young are treated as adults, disregarding that the safeguards and the defining human rights principles of juvenile justice are based on the juveniles’ age, vulnerability, cognitive development,



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

and capacity for change.

In the present case, juvenile criminal justice system was applied with restrictive criteria such that, while they enjoyed the juridical condition of “children”, the victims were sentenced to life imprisonment and reclusion for life, respectively, without any distinction having been made in relation to the punishment applicable to an adult. The importance of assessing whether or not they could even be imprisoned was overlooked, as was the standard of minimal intervention if imprisonment is indicated, according to the conventional framework on juveniles. The judges imposed the most restrictive sentence possible under domestic criminal legislation on the five youths, without interpreting the legislation in force in light of the principles emanating from international instruments for the protection of human rights:

- the principle of subsidiarity of a prison sentence for juveniles;
- the principle of equality and non-discrimination;
- the principle of the best interests of the child provided for in Article 3(1) CRC;
- the special measures of protection required by Article 19 (Rights of the Child) ACHR;
- the principle of differentiated treatment;
- the principle of deprivation of liberty as a measure of last resort and for the shortest appropriate period of time;
- the principle of periodic review of the detention measures and the possibility of release;
- the principle of lesser criminal responsibility of children in conflict with the law;
- the principle of social reintegration and rehabilitation of juveniles convicted of crimes.

The State acknowledged that there had been a “judicial error” in the specific case of the said victims, since “the courts involved [...] sentenced them to life imprisonment, which was forbidden by the principle of *nulla poena sine culpa*, according to the criteria of the Supreme Court of Justice of the Nation in the ‘Maldonado’ judgment”. Besides, the State acknowledged that this “same shortcoming is apparent in the context of the execution of the sentences, because both the technical



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

defence and the judges concerned based their interventions on norms that were manifestly inapplicable to the case”.

As demonstrated by the experiences suffered by the victims, it is very distressful for a child offender to have to tolerate life sentence. A similar guilty verdict is particularly harsh for children: such sentences cause traumatic and indelible effects on minors, and therefore represent a disproportionate and excessive penalty that should only be established for adults. Life sentences affect human dignity and constitute *per se* violation of the prohibition of cruel and inhuman treatment because of the mental and physical suffering they impose on juvenile offenders, and increase the risk that they will be subjected to violence, in violation of the State’s specific obligation to protect them from attacks by third parties, including other inmates.

The case of *Mendoza et al. v. Argentina* has offered a chance for the IACtHR to issue an explicit statement regarding a number of practices that have damaging and irreversible effects for youth who come into conflict with the law, to set forth unambiguous standards in the area of juvenile sentencing, and to indicate that any juvenile life sentence, including one where there is a lengthy period before the possibility of review or without a mechanism for the realistic and regularized consideration of early release, is in breach of the basic international human rights standards on juvenile justice.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

Domestic Law

Law No. 22,278 on the Juvenile Criminal Regime of 1980

Law No. 26,061 on the Comprehensive Protection of Children and Adolescents of 2005

National Criminal Code

National Judicial Decisions

Supreme Court of Justice of the Nation (Judgment) 7 December 2005, Case No.1174, *Maldonado, Daniel Enrique et al.*

Bibliographical References

CHILD RIGHTS INTERNATIONAL NETWORK, 30 August 2012, *César Alberto Mendoza et al. (Judicial Review)*, <www.crin.org/en/library/legal-database/cesar-alberto-mendoza-et-al-judicial-review>.

G.F. KNOBLACH, “César Alberto Mendoza *et al.* v. Argentina: Argentina is Violating International Law by Sentencing Juvenile Offenders to Life Imprisonment”, 4 *Inter-American and European Human Rights Journal* (2011), pp. 23-46.

INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, 14 March 2008, *Report No. 26/08, César Alberto Mendoza et al. (Case 270-02)*, OEA/Ser.L/V/II.130 Doc. 22.

INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, 2 November 2010, *Report No. 172/10, César Alberto Mendoza et al. (Juveniles Sentenced to Life Time Imprisonment) (Case 12.651)*.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 14 September 2012, *Amicus Curiae Brief – Case No. 12,651 César Alberto Mendoza et al. (Perpetual Imprisonment and Confinement of Adolescents) v. Argentina*.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

N. ESPEJO-YACSIK, “Mendoza v. Argentina: Against the Life Imprisonment for Children”, 23 July 2013, <ohrh.law.ox.ac.uk>.

S. VANNUCCINI, “La protezione dei minori di età nella prassi della Corte interamericana dei diritti dell’uomo”, LXVIII *La Comunità Internazionale* (2013), pp. 109-133.

S. VANNUCCINI, “Le misure di riparazione decise dalla Corte interamericana dei diritti dell’uomo per violazioni che coinvolgono i minori di età”, LXVIII *La Comunità Internazionale* (2013), pp. 517-543.

S. VANNUCCINI, “La ‘*justiciabilidad*’ del diritto all’istruzione dinanzi alla Corte interamericana dei diritti dell’uomo”, *Federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato* – Focus *Human Rights* n. 3 (2013), pp. 1-25.

S. VANNUCCINI, “Protecting ‘At-Risk Children’: The Pioneering and Paradigmatic ‘*Street Children*’ Case (*Villagrán Morales et al. v. Guatemala*) before the Inter-American Court of Human Rights – Part I”, 29 October 2012, <diritti-cedu.unipg.it>, pp. 1-33.

S. VANNUCCINI, “Protecting ‘At-Risk Children’: The Pioneering and Paradigmatic ‘*Street Children*’ Case (*Villagrán Morales et al. v. Guatemala*) before the Inter-American Court of Human Rights – Part II”, 28 February 2013, <diritti-cedu.unipg.it>, pp. 1-39.

UNITED NATIONS CHILDREN’S FUND AND ARGENTINE NATIONAL SECRETARIAT FOR CHILDREN, ADOLESCENTS AND THE FAMILY, *Adolescentes en el Sistema Penal, Situación actual y propuesta para un proceso de transformación*, September 2008, 1st ed.

(25 February 2015)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

Il diritto di “vivere con dignità” nella giurisprudenza della Corte Interamericana dei diritti umani*

Luisa Cassetti

Sommario: 1. Il sistema americano di protezione dei diritti umani. La Corte Interamericana e la transizione verso la democrazia nell’area latinoamericana. – 2. L’estensione del diritto applicabile da parte della Commissione e della Corte Interamericana: le lacune della Convenzione e il ruolo della giurisprudenza della Corte - 2.1. Gli obblighi degli Stati rispetto all’implementazione dei diritti garantiti dalla Convenzione Americana. L’interpretazione evolutiva del diritto alla vita: responsabilità e obblighi positivi dello Stato rispetto alla “qualità” della vita. – 3. Dall’interpretazione evolutiva del diritto alla vita alla giustiziabilità di alcuni diritti economici, sociali e culturali. Il ruolo “dinamico” della giurisprudenza della Corte. 4. Le ricadute dell’interpretazione della Corte sugli ordinamenti nazionali: il filtro del “control de convencionalidad” da parte dei giudici nazionali nei sistemi costituzionali latinoamericani.

1. Nel 1980, mentre la Corte Interamericana dei diritti umani muoveva i suoi primi passi e prendeva quindi forma il disegno di protezione giurisdizionale dei diritti delineato dalla Convenzione americana sui diritti umani (Patto di S. José di Costa Rica, 1969), autorevoli commentatori europei evidenziavano le peculiarità del diritto convenzionale americano rispetto a quello delineato dalla Convenzione di Roma del 1950 immaginando per la nascente Corte Interamericana la possibilità di utilizzare le linee guida dell’esperienza maturata nell’ambito della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)¹.

Pochi anni dopo, un giudice della Corte Interamericana chiariva le differenze tra i due sistemi nella declinazione delle garanzie dei diritti fondamentali e metteva in guardia i giudici di San José da decisioni schiacciate sui modelli elaborati dalla Corte europea di Strasburgo: non si dovevano dimenticare la specificità e l’unicità delle problematiche dei diritti umani presenti nel continente americano². In particolare, emergeva con nettezza il legame indissolubile tra l’avvio dell’esperienza della Corte Interamericana e il processo di democratizzazione dei paesi latinoamericani. A differenza delle nazioni europee che erano uscite dalla prostrazione generata dal secondo conflitto mondiale grazie al sostegno degli Stati Uniti d’America, i più grandi paesi latinoamericani si dovevano confrontare con l’estrema fragilità della transizione verso la

*In corso di pubblicazione negli Studi in onore di Franco Modugno.

¹ Così J.A. Frowein, *The European and the American Conventions on Human rights- A Comparison*, in *Human Rights Law Journal*, 1980, 44 ss. (in quegli anni l’autore era membro della Commissione europea dei diritti dell’uomo)

² Così T. Buergenthal, *The American and the European Conventions on Human Rights: Similarities and Differences*, in *Am. Univ. Law Review* (30), 1980-81, 155 ss., 166.

democrazia in assenza di aiuti esterni e con il fardello dell'enorme debito accumulato dagli aiuti concessi da paesi esteri ai regimi militari dittatoriali³.

Per comprendere il ruolo di un giudice dei diritti umani che ha mosso i suoi primi passi in una fase della storia latinoamericana profondamente condizionata dai governi militari⁴ è opportuno premettere che il sistema interamericano di protezione dei diritti umani si fonda sulla stratificazione di diverse fonti pattizie.

Alle origini si colloca la Carta dell'Organizzazione degli Stati americani (OAS) che riunisce trentacinque Stati membri e riconosce come organo supremo l'Assemblea generale. La Carta fu firmata durante la Conferenza di Bogotà del 1948 e in quell'occasione fu adottata con una risoluzione la Dichiarazione Americana sui diritti e i doveri dell'uomo. In questo quadro la tutela dei diritti umani vedeva protagonista la Commissione Interamericana sui diritti umani, organo nato da una risoluzione approvata dai ministri degli affari esteri degli stati dell'OAS nel 1960, decisione adottata a ridosso degli eventi rivoluzionari a Cuba⁵. Con l'approvazione della Convenzione americana sui diritti umani (Patto di S.José di Costa Rica, 1969) alla Commissione è stata affiancata la Corte Interamericana. Il sistema di garanzie definito dalla Convenzione americana è su base volontaria nel senso che i paesi membri dell'OAS non sono automaticamente coinvolti, in quanto essi possono ratificare il Patto ed eventualmente decidere di sottomettersi volontariamente alla giurisdizione della Corte. Questo meccanismo mirava a salvaguardare la sovranità degli Stati parte di quella organizzazione. In effetti tale soluzione ha pesato sull'effettivo consolidamento di un sistema giurisdizionale di protezione dei diritti umani nell'area latinoamericana: è sufficiente del resto ricordare che due dei paesi con la maggiore densità di popolazione - Messico e Brasile - pur avendo aderito alla Convenzione rispettivamente nel 1981 e nel 1992, hanno accettato la competenza della Corte solo nel 1998⁶.

Con l'entrata in vigore della Convenzione (1978)⁷ il sistema americano è stato dunque irrobustito grazie alla presenza della Corte Interamericana, costruita come un organo *ad hoc* per la tutela giurisdizionale dei

³ Come ricorda T.Buergenthal, *Human Rights in the America: View from the Inter-American Court*, in *Conn.J.Int'l L.* (2), 1986-87, 303 ss.

⁴ E' sufficiente ricordare che all'inizio degli anni ottanta del secolo scorso l'Argentina viveva la stagione delle giunte militari, la tragedia dei *desaparecidos*, la disfatta nella guerra alla Gran Bretagna per le Isole Malvinas con le conseguenze disastrose sul fronte delle finanze pubbliche; in Brasile il superamento della dittatura si realizzò nello stesso periodo, in modo meno drammatico rispetto all'Argentina, attraverso un passaggio concordato tra militari e civili. Per un'analisi storica della transizione alla democrazia nell'area latinoamericana v. V.Castronovo, *Piazze e caserme. I dilemmi dell'America Latina*, Roma-Bari, 2007, 207 ss.

⁵ Cfr. C. Cerna, *The Inter-American Commission on human Rights: its Organization and examination of Petitions and Communications*, in D.J.Harris e S.Livingstone (editors), *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford, 2004 (ristampa ed. 1998), 65 ss.

⁶ Come sottolineato dal presidente della Corte Interamericana S.García Ramírez, *Prologue*, in L.Burgorgue-Larsen e A.Úbeda Torres, *Les grandes décisions de la Cour Interamericaine des droits de l'homme*, Bruxelles, 2008, XX. Lo stato delle ratifiche della Convenzione americana, dei suoi protocolli e degli altri trattati che integrano il sistema di protezione americano si può leggere nel sito della Commissione www.cidh.org. Alla data del 10 giugno 2010 gli stati parte dell'OAS sono trentacinque e fra questi vi sono gli Stati Uniti e il Canada, paesi che non hanno ratificato la Convenzione americana né accettato la giurisdizione della Corte; la Convenzione è stata ratificata da venticinque paesi, mentre solo ventidue degli Stati parte hanno accettato la giurisdizione della Corte Interamericana. Trinidad e Tobago hanno denunciato la Convenzione nel 1998; il Perù ha ritirato nel 2001 la sua precedente dichiarazione (1999) con la quale aveva formalizzato la decisione di sottrarsi alla giurisdizione contenziosa della Corte.

⁷ Ai sensi dell'art. 74, co.2 l'entrata in vigore della Convenzione è subordinata al deposito dei rispettivi strumenti di ratifica o di adesione da parte di almeno undici paesi membri dell'OAS, condizione che si è appunto realizzata nel 1978.

diritti umani secondo le norme previste dallo Statuto, adottato dall'Assemblea generale dell'OAS nell'ottobre del 1979, e dal regolamento di procedura adottato dalla stessa Corte nel 1980.

La Corte affianca la Commissione Interamericana, un organo politico con sede a Washington D.C. che, operando nei confronti di tutti gli stati membri dell'OAS (e quindi non solo di quelli che hanno ratificato la Convenzione), è chiamato svolgere un'importante attività istruttoria, di indagine, di mediazione e di conciliazione in materia di violazioni dei diritti umani⁸. La Commissione si attiva a seguito della presentazione di petizioni o comunicazioni con le quali si denuncia la violazione di uno dei diritti garantiti dalla Convenzione. I soggetti legittimati a presentare petizioni non sono solo le persone (non è necessaria la qualifica di "vittima") o gruppi di persone, ma anche organizzazioni legalmente riconosciute in uno dei paesi membri: se per i ricorsi individuali i presupposti soggettivi sono stati dunque concepiti a maglie larghe, per le comunicazioni presentate da parte di uno Stato occorre invece che sia lo Stato denunciante, sia quello denunciato abbiano accettato le competenze della Commissione⁹.

La Commissione non è solo l'organo titolare delle funzioni di monitoraggio e controllo sul rispetto dei diritti umani da parte degli stati membri dell'OAS, ma ha acquisito grazie al Patto del 1969 la funzione di introduttore del giudizio dinanzi alla Corte Interamericana¹⁰. E' infatti la Commissione che valuta in prima battuta l'ammissibilità del ricorso individuale, organizza la fase istruttoria per acquisire tutte le informazioni e le prove necessarie per l'accertamento dei fatti denunciati e, una volta accertata l'eventuale responsabilità dello Stato denunciato, può tentare di comporre la controversia in via amichevole. Nell'ipotesi in cui non si giunga a tale soluzione amichevole, la Commissione redige una relazione preliminare sulla risoluzione della controversia contenente le eventuali misure da adottare. Se entro tre mesi dall'invio della suddetta relazione non è stata trovata la soluzione della controversia, la Commissione rimette la questione alla Corte, salvo che la maggioranza assoluta dei suoi componenti non si opponga¹¹. E' evidente che nell'attuale assetto delle regole procedimentali, assetto derivante dalle modifiche regolamentari del 2001, la rimessione alla Corte diventa la regola e la decisione della Commissione di non instaurare un giudizio dinanzi alla Corte, oltre ad essere ben ponderata (è necessaria una maggioranza qualificata), deve essere fondata su una serie di motivazioni e riscontri oggettivi compatibili con le finalità e gli obiettivi della Convenzione americana¹². Il delicato ruolo di intermediazione politica della Commissione nel caso di ricorsi individuali è

⁸ A. Di Stasi, *Il sistema americano dei diritti umani. Circolazione e mutamento di una international legal tradition*, Torino, 2004, 233. La Commissione Interamericana è composta da sette membri nominati dall'Assemblea generale dell'OAS tra una rosa di candidati proposti da ciascun paese membro dell'OAS.

⁹ Trattasi di una peculiarità assoluta del sistema interamericano: T. Buergenthal, *The American and European Conventions*, cit., 159 sottolinea come mentre la Commissione è abilitata a ricevere ricorsi individuali non appena lo Stato ha ratificato la Convenzione, per le denunce di uno Stato nei confronti di altro Stato è necessario che entrambe le parti abbiano accettato la Convenzione (v. artt. 44 e 45 Conv.Am.).

¹⁰ Ai sensi dell'art.61 della Convenzione americana solo gli Stati parte e la Commissione hanno il diritto di sottoporre un caso alla giurisdizione della Corte.

¹¹ Così artt. 44 e 45 del Regolamento della Commissione Interamericana (reperibile in www.cidh.oas.org). Nell'attuale formulazione delle regole sulla procedura dinanzi alla Commissione, risultante dalle modifiche introdotte nel 2001, la rimessione dei ricorsi individuali alla Corte diventa la regola. In questo modo il margine di manovra della Commissione per la risoluzione politica della controversia resta ampio e si sono però ridotti gli spazi di discrezionalità in merito alla decisione di rimettere la questione al giudizio della Corte.

¹² Come sottolinea J.C. Remotti Carbonell, *La Corte Interamericana de derechos humanos. Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*, Barcelona, 2003, 138. La Corte ha altresì precisato che in caso di soluzione amichevole, le "raccomandazioni" della Commissione rivolte allo Stato denunciato non hanno il medesimo valore cogente delle pronunce di condanna della Corte, anche se l'esecuzione delle raccomandazioni è parte integrante dell'obbligazione assunta dallo Stato con l'adesione all'OAS di cui la Commissione è organo essenziale (ivi, 139).

funzionale all'esigenza di temperare la finalità della piena tutela giurisdizionale dei diritti con l'eventuale decisione (politica) dello Stato interessato di portare eventualmente la questione della presunta violazione all'attenzione della Corte. In base alle norme regolamentari sul processo dinanzi alla Corte, così come modificate nel 2001, la Commissione è presente nelle diverse fasi del giudizio e le presunte vittime, i loro familiari o i rappresentanti hanno il diritto di essere presenti in tutte le fasi del procedimento¹³.

La Corte è un organo composto di sette membri designati dagli Stati che hanno ratificato la Convenzione ed è titolare di funzioni contenziose e di funzioni consultive. Nei giudizi in cui si discute della responsabilità di uno Stato e nessuno dei membri effettivi ha la nazionalità di quel paese, vi è la possibilità per quest'ultimo di nominare un giudice *ad hoc*. Dall'esperienza maturata dalla Corte nei suoi primi trenta anni di vita appare evidente che i criteri per la sua composizione non sembrano aver intaccato l'autonomia e l'indipendenza di giudizio dei suoi membri e la presenza del giudice *ad hoc* ha piuttosto messo il collegio giudicante nella condizione di conoscere in modo approfondito la situazione (istituzionale e sociale) del paese chiamato in causa¹⁴. Quando la Corte si pronuncia in sede contenziosa sui fatti oggetto di una denuncia individuale valuta in realtà il comportamento dello Stato chiamato in giudizio e garantisce la corretta e uniforme applicazione del Patto. La "stella polare" dell'interpretazione della Corte è rappresentata dal Preambolo, nella parte in cui richiama l'impegno a consolidare nel continente un regime di libertà e giustizia sociale fondato sul rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo, e dall'art.29 della Convenzione che vieta agli Stati di sopprimere o limitare il godimento dei diritti ivi consacrati o in generale quelli che ineriscono alla persona umana o derivano dalla democrazia rappresentativa come forma di governo¹⁵. Le decisioni rese in sede contenziosa sono vincolanti e inappellabili, salva l'ipotesi in casi eccezionali di una revisione del giudizio; l'eventuale condanna dello Stato per la presenza nell'ordinamento di una norma incompatibile con la Convenzione implica l'obbligo per lo stesso di rimuoverla ovvero modificarla per renderla coerente con la Convenzione. Mentre le funzioni consultive della Corte sono state attivate con una certa frequenza fin dal 1979, è solo intorno alla metà degli anni ottanta (1986) che ha cominciato a prendere forma il meccanismo della rimessione dei casi da parte della Commissione: in questo modo la Commissione, che aveva iniziato il suo percorso operando come organo politico dell'OAS, è diventata parte attiva del meccanismo di implementazione del sistema convenzionale di protezione giurisdizionale dei diritti umani¹⁶.

2. All'osservatore europeo, abituato ad analizzare il rapporto tra i giudici di Strasburgo e la Convenzione di Roma del 1950, non può sfuggire la considerevole estensione del parametro utilizzabile dagli organi del sistema interamericano. La Commissione può infatti ricevere denunce aventi ad oggetto la violazione dei diritti contemplati dai diversi Trattati che, insieme alla Convenzione ed ai suoi due Protocolli (Protocollo sui diritti economici sociali e culturali, 1988 e Protocollo sulla abolizione della pena di morte, 1990), definiscono il sistema americano di protezione dei diritti umani. Questo sistema comprende anche la Dichiarazione americana del 1948, la Convenzione per prevenire e sanzionare la tortura e le più recenti

¹³ Cfr. art. 23 del Reg. Corte, documento reperibile in www.corte.idh.or.cr. Sulle caratteristiche del nuovo processo dinanzi alla Corte Interamericana a seguito della riforma del 2001, v. K. Seifert, *Das Interamerikanische System zum Schutz der Menschenrechte und seine Reformierung*, Frankfurt am Main, Lang Verlag, 2008, 237 ss.; P. Tanzarella, *Il sistema interamericano di protezione dei diritti umani nella prassi della Corte di San José*, in www.astrid-online.it

¹⁴ Cfr. artt.52 ss. Conv.Am.; sul giudice *ad hoc* v. le opinioni dei giudici nelle interviste raccolte da L.E. Frost, *The Evolution of the Inter-American Court of Human Rights: Reflections of present and former Judges*, in *Human Rights Quarterly*, 1992, 171 ss.,190.

¹⁵ Cfr. J.C. Remotti Carbonell, *La Corte Interamericana*, cit., 225.

¹⁶ Come sottolinea con enfasi T.Buergenthal, *Human Rights in the Americas*, cit., 309

Convenzioni interamericane sulla sparizione forzata delle persone, sulla violenza contro le donne e sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione delle persone disabili ¹⁷.

Per quanto riguarda la Corte, è opportuno evidenziare l'estensione della sua giurisdizione in sede consultiva: nell'adozione dei pareri (*advisory opinions*), che possono essere richiesti da tutti gli stati membri OAS e dai vari organi politici operanti in ambito OAS al fine di verificare l'eventuale compatibilità degli atti normativi interni dello Stato con il sistema americano, la Corte può utilizzare come parametro non solo la Convenzione, ma anche le garanzie contenute nelle norme internazionali sui diritti umani presenti negli altri trattati "vigenti" negli Stati membri dell'OAS ¹⁸.

Come abbiamo già ricordato, nell'ambito della giurisdizione contenziosa la Corte è competente a conoscere delle denunce che riguardano la violazione dei diritti garantiti dalla Convenzione, a condizione che lo Stato abbia accettato la sua giurisdizione. In realtà, il decalogo dei diritti garantiti espressamente dalla Convenzione del 1969 non contiene le garanzie dei diritti fondamentali sociali che pure erano stati già riconosciuti dalla Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo adottata contestualmente alla Carta dell'OAS (1948): la Dichiarazione prevede infatti la garanzia del diritto alla salute (art.XI), del diritto all'istruzione (art.XII), del diritto al lavoro (art.XIV) e alla sicurezza sociale (art.XVI).

Dopo oltre venti anni dalla fondazione del sistema americano il compromesso raggiunto dagli Stati parte che diedero vita alla Convenzione americana non andò oltre la previsione, nell'art.26, di una formula programmatica che si limita a codificare l' "impegno" delle parti a realizzare progressivamente, in via legislativa e con gli altri provvedimenti necessari, la piena effettività dei diritti economici sociali e culturali già previsti dalla Carta dell'OAS, compatibilmente con le proprie risorse economiche. I limiti di questa norma sono in realtà legati anche all'interpretazione che ne ha dato la Corte. È emblematica sotto tale profilo la soluzione adottata nel caso dei "Cinque pensionati" che avevano presentato una denuncia a carico del Perù per i provvedimenti che avevano tagliato gli importi delle pensioni del 78% circa: la Corte, nel dichiarare l'inammissibilità del ricorso, ha escluso che lo Stato denunciato potesse essere giudicato per aver violato la clausola dell'art.26, in quanto le misure di politica economica e finanziaria, ivi incluse le strategie di riduzione della spesa per le pensioni, devono essere valutate in relazione all'intera popolazione e non con riferimento alle richieste di un gruppo di ricorrenti¹⁹.

Autorevole dottrina ha peraltro evidenziato come il monitoraggio della Commissione sul livello di garanzia riservato dagli stati ai diritti economici e sociali garantiti espressamente dalla Dichiarazione del 1948 sia stato talora decisamente lacunoso²⁰. Questo *handicap* è stato superato, almeno formalmente, con

¹⁷ Cfr. art.23 del Reg.Commissione. I testi delle Convenzioni citate sono reperibili in www.cidh.oas.org.

¹⁸ Art.64 Conv.Am. Sull'interpretazione di questa disposizione v. parere OC 1/82 del 24 settembre 1982 "*Otros Tratados*" *objecto de la función consultiva de la Corte*, pubblicato nel volume curato da J.A. Travieso, *La Corte Interamericana de derechos humanos. Opiniones consultivas y fallos*, Buenos Aires, 1996, 19 ss. Su richiesta del governo del Perù, la Corte chiarisce che l'ambito dei Trattati oggetto dei pareri si estende a tutte le disposizioni contenute in un qualunque trattato internazionale bilaterale o multilaterale vigente negli Stati americani e che abbiano un riflesso anche se indiretto sulla protezione dei diritti umani. I pareri e le decisioni della Corte sono reperibili nel sito della Corte www.corte.idh.or.cr.

¹⁹ Corte IDH, *Five Pensioners v. Perù*, sent. 28.02.2003, serie C, n° 98, par. 147.

²⁰ Cfr. M.Craven, *The Protection of Economic, Social and Cultural Rights under the inter-American System of Human Rights*, in D.J.Harris e S.Livingstone (editors), *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford, 2004 (ristampa ed. 1998), 289 ss. : in particolare l'a. evidenzia come nel Report sulla Colombia del 1994 la Commissione omise di verificare alcune pesanti limitazioni di fondamentali diritti nel campo del lavoro (diritti di associazione sindacale, diritto di sciopero, lavoro minorile) che invece sono chiaramente denunciate in un report del 1995 del Comitato ONU sui diritti economici sociali e culturali (ivi, 320). In realtà, la stessa Convenzione nel definire il ruolo della Commissione (art.45) chiarisce che le denunce possono riguardare i diritti previsti dalla

l'approvazione del Protocollo in materia di diritti economici, sociali e culturali (cd. Protocollo di S. Salvador) del 1988, entrato in vigore il 16 novembre del 1999²¹. In realtà, rispetto a questa recente formalizzazione nel sistema americano convenzionale delle garanzie dei diritti attinenti alla sfera economica, sociale e culturale occorre ricordare che ad oggi fanno parte del suddetto Protocollo solo quindici paesi²² e che tale documento estende la giurisdizione della Corte soltanto a due profili del complesso sistema dei diritti sociali. Infatti, il meccanismo dei ricorsi individuali alla Corte definito dal Protocollo coinvolge solo il diritto di associazione sindacale (art.8 lett.a) e il diritto all'istruzione (art.13)²³.

Nel rimarcare i limiti del sistema sul versante delle garanzie in questione, non si deve peraltro dimenticare che misurare l'effettività dei diritti sociali attraverso la quantificazione degli obblighi dello Stato è cosa complicata per un giudice sovranazionale, visto che la politica economica e sociale e la programmazione dell'uso delle risorse sono parte integrante della sovranità dello Stato²⁴.

Se si tiene dunque conto del fatto che la permeabilità del sistema americano alla giustiziabilità dei diritti di seconda generazione²⁵ è un capitolo relativamente recente e che in questo contesto non vi sono le premesse normative per il sindacato giurisdizionale su tutti i diritti sociali contemplati dal Protocollo del 1988, appare ancor più interessante ripercorrere il cammino giurisprudenziale, sviluppato soprattutto negli ultimi cinque anni, dai giudici di San José di Costa Rica nella direzione che porta verso l'affermazione piena degli obblighi positivi di intervento dello Stato al fine di rimuovere gli ostacoli economici e sociali che impediscono lo sviluppo della persona e precludono, soprattutto alle fasce sociali più fragili, di vivere con dignità.

2.1. Il percorso giurisprudenziale sopra richiamato è stato tracciato muovendo dall'interpretazione estensiva del diritto alla vita: nel diritto di vivere con dignità, di poter coltivare un "progetto di vita" si scorgono con estrema nitidezza i contorni di una rielaborazione in via pretoria del livello di garanzia definito dal sistema convenzionale americano.

Il punto di partenza è rappresentato dall'interpretazione degli obblighi dello Stato denunciato sulla base del combinato disposto dell'art.1.1Conv.Am., formula generica in cui si afferma che gli Stati parte "si

Convenzione medesima e dunque la mancata inclusione nel Patto del 1969 dei diritti economici e sociali ha rappresentato un evidente ostacolo per l'azione della Commissione, nonostante che nell'area latinoamericana l'arretratezza delle condizioni sociali ed economiche abbia sempre fornito la base materiale per l'oppressione politica che genera le ripetute violazioni dei diritti civili e politici: così F. Volio, *The Inter-American Commission on Human Rights*, in *Am. Univ.Law Review* (30), 1980-81, 72-73.

²¹ D.Cassell, *The Inter-American Human Rights System: a functional Analysis*, in AA.VV., *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José, Costa Rica, 1998, vol. I, 521 ss.,535, rileva l'arretratezza del sistema Americano sul versante della tutela effettiva dei diritti economici e sociali e lamenta il mancato raggiungimento delle undici ratifiche necessarie per consentire l'entrata in vigore del Protocollo di S.Salvador.

²² Hanno depositato lo strumento di ratifica di questo Protocollo i seguenti paesi: Argentina, Bolivia, Brasile Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Messico,Nicaragua, Panama, Paraguay, Perù, Suriname e Uruguay (dati reperibili in www.cidh.oas.org aggiornato al 10 giugno 2010).

²³ V. art. 19 Protocollo di S.Salvador.

²⁴ Sul punto v. R. Nieto Navia, *The Inter-American Court of Human Rights*, in *International Justice*, a cura di K. Koufa, vol. XXVI, Thessaloniki, 1997, 577.

²⁵ Sui diritti sociali come diritti condizionati (dalle esigenze di bilancio) che però partecipano in quanto valori costituzionali delle caratteristiche proprie dei diritti costituzionalmente riconosciuti v. F. Modugno, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 71 ss.

impegnano a rispettare i diritti e le libertà riconosciuti dalla Convenzione e a garantire alle persone soggette alla loro giurisdizione il pieno e libero godimento di tali diritti e libertà senza discriminazione fondata sulla razza, colore, sesso, lingua, religione, opinione politica o di altra natura, origine nazionale o sociale, condizione economica, nascita o ogni altra condizione sociale”, con la formula, decisamente più puntuale, contenuta nell’art. 2 che impone agli Stati il dovere di adeguare le legislazioni interne per rendere effettive le garanzie della Convenzione²⁶. La Corte ha chiarito che mentre il dovere degli Stati di rispettare e di non violare i diritti previsti dalla Convenzione integra un vincolo negativo, il dovere di garantire il pieno ed effettivo godimento degli stessi ha un contenuto positivo nel senso che quel dovere implica un obbligo di attivarsi per raggiungere quell’obiettivo. Questa generale obbligazione degli Stati parte, che va ben oltre la obbligazione negativa tipica degli ordinamenti ottocenteschi, deve essere poi declinata in relazione al singolo diritto tutelato dalla Convenzione.

Con riferimento al diritto alla vita la Corte afferma che nell’art.4 Conv.Am., accanto alla tradizionale dimensione negativa (intangibilità della persona, divieto di restrizioni arbitrarie che la mettano in pericolo), vi è spazio per considerare la versione positiva del diritto che impone allo Stato di attivarsi affinché la persona abbia pieno e sicuro accesso alle condizioni materiali essenziali per vivere una vita che sia degna di questo nome²⁷.

Nelle prime decisioni in cui la Corte ricostruisce il diritto ad avere e perseguire un “progetto di vita”, l’art. 4 è interpretato come comprensivo del diritto a non subire ingiustificate privazioni della libertà che, interrompendo in modo traumatico i progetti, gli obiettivi e le aspettative del ricorrente, producono un danno irreparabile al libero sviluppo della persona²⁸. Quando poi ad essere privati della libertà sono minori rinchiusi in istituti di rieducazione, l’accertamento delle precarie e degradanti condizioni di vita all’interno di queste strutture genera la condanna a carico dello Stato che non ha agito al fine di evitare che quei giovani fossero privati del diritto di vivere con dignità²⁹.

Inoltre, laddove il comportamento illegittimo di pubblici funzionari riguarda soggetti a rischio (minori che vivono per strada) la violazione del diritto a sviluppare un progetto di vita si ricollega alla mancata garanzia di accesso alle condizioni materiali minime (una casa, un’alimentazione e un’istruzione adeguata): in questo caso l’inadempimento da parte del Guatemala dell’obbligo di attivarsi per prevenire efficacemente situazioni

²⁶ Cfr. A.Di Stasi, *Il sistema americano*, cit., 225.

²⁷ L’art. 4, co.1, Conv.Am. stabilisce che ad ogni persona deve essere garantito il diritto alla vita. Tale diritto è garantito secondo la legge fin dal momento del concepimento. Nessuno può essere privato della vita arbitrariamente. Tale definizione appare da un lato meno precisa dell’omologa norma della CEDU (art2, par.2) che descrive in dettaglio le condizioni (uso della forza assolutamente necessario per reagire ad una violenza ingiusta, per un arresto ovvero per prevenire la fuga dallo stato di detenzione o in presenza di disordini o insurrezioni) in presenza delle quali privare una persona della vita non integra la violazione del diritto alla vita. Al contempo la norma convenzionale americana parla di un diritto alla vita “fin dal momento del concepimento”, precisazione assente nella CEDU: come sottolinea J.A. Frowein, *The European and the American Human Rights*, cit., 47, mentre la Commissione europea fin dal 1977 ha considerato legittima la legge tedesca che legalizza l’aborto (in quanto volta a regolare una decisione che rientra nella sfera privata della donna), non è affatto scontato che un’analogia legge possa essere ritenuta compatibile con l’art.4 della Convenzione americana.

²⁸ Corte IDH, *Loayza Tamayo vs. Perù*, sent. 17.9.1997, serie C, n°33.

²⁹ Corte IDH, *Juvenile Reeducation Institute vs. Paraguay*, sent.2.09.2004, serie C, n°112, par.170.

di degrado a carico di minori a rischio si fondano sul combinato disposto degli articoli 4 (diritto alla vita), 5 (diritto all'integrità fisica e morale) e dell'art.19 (diritti dei minori)³⁰.

Gli obblighi "positivi" delle autorità statali vengono precisati qualche anno più tardi con riferimento alle precarie condizioni di vita delle comunità indigene del Paraguay.

Nel 2005 la Corte è chiamata a verificare se il Paraguay abbia effettivamente messo in campo tutte le iniziative necessarie per garantire alla comunità indigena *Yakye Axa* di vivere sul territorio in armonia con la propria tradizione culturale e quindi realizzare il "proprio" progetto di vita. In questa vicenda i giudici americani analizzano il diritto in questione sia nella dimensione individuale sia in quella collettiva alla luce del diritto internazionale che tutela le comunità indigene, dell'art.4 della Convenzione e delle norme del Protocollo di San Salvador che tutelano il diritto alla salute, all'ambiente salubre, all'alimentazione e alla cultura. Sulla base delle prove raccolte e delle testimonianze relative alle pessime condizioni di salute degli appartenenti a questa comunità la Corte, pur sottolineando gli sforzi dello Stato nel programmare forme di aiuti e di sostegno a questa popolazione, condanna il Paraguay per non aver assicurato le condizioni materiali essenziali (accesso a fonti di acqua potabile, alimentazione sana) per la salute di quegli individui. E' evidente che la garanzia del diritto alla salute è la premessa essenziale per una vita degna di questo nome: ricorrendo ad una sapiente lettura sistematica delle norme convenzionali la Corte va oltre i confini del Protocollo sui diritti economici e sociali fino al punto di porre le basi per rivendicare la necessità di un sistema sanitario pubblico, noncurante del fatto che nella fattispecie lo Stato condannato (Paraguay) vive una realtà di profonda arretratezza. La mancanza di risorse economiche non può del resto fornire argomenti utili a modulare la responsabilità dello Stato rispetto alle violazioni che coinvolgono la sfera dell'integrità, della qualità e della pienezza della vita.

In realtà i giudici si spingono anche oltre: l'integrità e lo sviluppo della vita sono valori posti in stretta correlazione con il particolare rapporto di questa comunità indigena rispetto ai territori che da decenni venivano rivendicati e che, per le lungaggini e le inefficienze burocratiche e giudiziarie, non erano state mai restituite agli indigeni. La Corte spiega che la dimensione collettiva del diritto di proprietà, ricavabile dalla lettura estensiva dell'art.21 Conv.³¹, è per questa comunità elemento essenziale al fine di realizzare il proprio progetto di vita che significa avere l'accesso alle risorse idriche, poter ricorrere alla medicina naturale e praticare in libertà i propri rituali. In altre parole, l'altra componente essenziale del diritto a vivere con dignità è la salvaguardia dell'identità culturale e spirituale di una comunità indigena che è intimamente legata al rapporto con le terre ancestrali. La lunga attesa, dovuta alle lentezze di una burocrazia e di una giustizia che non ha saputo rispondere in tempi ragionevoli alle richieste degli indigeni, genera dunque la responsabilità dello Stato per la violazione del diritto a una vita degna di essere vissuta (art.4), del diritto al giusto processo (artt.8 e 25) e per la mancata tutela del valore della proprietà collettiva (art.21)³².

³⁰ Corte IDH, *Los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, sent. 19.11.1999, serie C, n° 63, parr.137 ss.: il Guatemala è stato così dichiarato responsabile per le morti di cinque ragazzi di strada morti per mano di funzionari di polizia che li avevano poi abbandonati cadaveri in una zona disabitata.

³¹ Ai sensi dell'art.21 Conv. tutte le persone hanno il diritto di usare e di godere dei propri beni: la legge può limitare tale uso per fini sociali. Il co. 2 prevede la possibilità di espropriare per fini di utilità pubblica o per interessi sociali, a condizione che sia corrisposto un giusto indennizzo, secondo le norme stabilite da una legge. Il co. 3 vieta l'usura così come qualunque altra forma di sfruttamento dell'uomo sull'uomo.

³² Corte IDH, *Comunidad indigena Yakye Axa v. Paraguay*, sent. 17.6.2005, serie C, n° 125, parr. 160 ss. (configurazione del diritto a una "existencia digna"): la sentenza è pubblicata anche nella raccolta a cura di S. García Ramírez, *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, vol. III, 181 ss.

Questa decisione ha aperto la strada alla sentenza “gemella” del 2006 in cui viene riproposta, con riferimento alla comunità indigena *Sawhoyamaya*, la tesi del rapporto simbiotico tra la qualità della vita umana (*vita digna*) e il godimento del diritto alla salute e del diritto alla salubrità dell’ambiente³³: da questa pronuncia emerge al contempo il valore della dimensione spirituale della vita ovvero sia l’identità culturale e spirituale della persona che si sviluppa nella dimensione collettiva (rapporto speciale della comunità con il territorio e le sue risorse)³⁴.

In realtà, il diritto alla vita inteso come diritto a vivere in condizioni di salute (fisica e psicologica) non è stato enucleato solo con riferimento alle condizioni di estrema fragilità delle comunità indigene, ma anche rispetto alle condizioni di alcune categorie di soggetti deboli o svantaggiati. Nel caso *Ximenes Lopes* il Brasile è stato chiamato a rispondere del trattamento degradante subito in una casa di cura privata da un giovane paziente affetto da disabilità mentale. Le violenze e le sevizie inflitte dal personale che avrebbe dovuto assisterlo, l’assenza di cure adeguate e l’estrema precarietà delle condizioni di vita nella clinica sono state riconosciute come la causa della morte del paziente, morte che viene imputata allo Stato incapace di adottare i necessari controlli per evitare che il paziente vivesse in quelle condizioni e fosse soggetto a trattamenti inumani. È interessante sottolineare che la Corte imputa allo Stato una responsabilità per non aver adeguatamente “regolamentato o monitorato” la qualità dei servizi sanitari che integrano specifici doveri derivanti dagli obblighi convenzionali di proteggere il diritto alla vita (art.4) e di tutelare l’integrità fisica e morale della persona e impedire trattamenti inumani e degradanti (art.5)³⁵. Il riferimento esplicito agli obblighi relativi all’organizzazione di un sistema sanitario pubblico ed al fatto che la salute è un bene pubblico da preservare è stato in realtà applicato ad una struttura privata: in tal modo la Corte ha aperto la strada ad una forma di responsabilità statale che deriva in effetti da un comportamento posto in essere da soggetti privati (*non state actors*)³⁶.

³³ Corte IDH, *Comunidad indigena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, sent. 29.03.2005, serie C, n° 126, parr. 150 ss. (diritto a una “existencia digna”); parr. 170 ss. (rapporto di causalità tra le morti e la mancanza di cure e di farmaci adeguati). Sul rapporto tra la nozione di “vita dignitosa” e l’obbligo di proteggere la salute delle persone, a cominciare dai soggetti deboli e delle categorie sociali a rischio, v. S.R.Keener e J. Vasquez, *A Life Worth Living: Enforcement of the Right to Health through the Right to Life in the Inter-American Court of Human Rights*, in *40 Columbia Human Rights Law Rev.* 595, 2009, 1 ss.; J.M. Pasqualucci, *The Right to a Dignified Life (Vita Digna): The Integration of Economic and Social Rights with Civil and Political Rights in the Inter-American Human Rights System*, in *Hastings Int’l & Comp.L.Rev.*, 2008, 1 ss.

³⁴ Così A.Cançado Trindade, *The Right to Cultural Identity in the evolving Jurisprudential Construction of the Inter-American Court of Human Rights*, in *Multiculturalism and International Law*, 2009, 477 ss. L’autore, che in quegli anni era presidente della Corte, ripercorre la giurisprudenza del primo quinquennio del nuovo millennio ricordando anche altre sentenze importanti che hanno contribuito a far emergere il profilo spirituale del progetto di vita delle comunità indigene. Già nel 2001 la Corte (Caso *Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, del 31.08.2001, serie C, n° 79) ha approfondito la visione del mondo di questa comunità indigena sottolineando il legame speciale con il territorio considerato come fonte di vita e come garanzia di sopravvivenza delle radici culturali di quel popolo. Nel Caso *Comunidad Moiwana vs. Suriname*, del 15.06.2005, serie C n° 124, la Corte affrontava il dramma di un massacro avvenuto nel 1986 e delle sparizioni forzate dei superstiti: in realtà, come sottolinea l’a., quell’evento traumatico aveva distrutto l’identità della comunità che viveva con il tormento di non aver potuto dare sepoltura ai resti dei propri simili e quindi il danno arrecato coinvolgeva il “right to the project of after-life” che contiene la percezione del rapporto con i propri defunti (ivi, 492-93).

³⁵ Corte IDH, *Ximenes Lopes vs. Brasil*, sent. 4.07.2006, serie C, n° 149, parr.141 ss.; Corte IDH, *Alban Cornejo vs.Ecuador*, sent. 22.11.2007, serie C,

³⁶ A.Nolan, *Addressing economic and Social Rights Violations through the Role of the State: A Comparison of Regional Approaches to the “Obligation to protect”*, in *Human Rights Law Review*, 2009, 225 ss., 232, sottolinea questo coraggioso passo in avanti della Corte interamericana sul fronte della responsabilità internazionale dello Stato nell’ipotesi in cui la violazione è perpetrata da soggetti terzi rispetto all’apparato dei pubblici poteri.

3. Può essere utile puntualizzare le condizioni che hanno favorito le dinamiche interpretative sopra descritte, dinamiche che hanno riaperto i riflettori sulla controversa giustiziabilità in ambito internazionale dei diritti sociali, a cominciare dal diritto alla salute. Data la centralità del diritto alla salute per lo sviluppo della persona, questo schema argomentativo potrebbe in effetti influenzare l'evoluzione degli altri sistemi regionali di protezione dei diritti umani e mettere così in circolazione un modello interpretativo che potrebbe fornire spunti interessanti alla giurisprudenza della giovane Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli³⁷.

L'interpretazione dinamica delle norme convenzionali si fonda sul richiamo costante anche delle norme contenute nel Patto ONU sui diritti economici e sociali e delle convenzioni OIL³⁸, ovvero sia di documenti internazionali che contribuiscono a precisare i confini del diritto applicabile al fine di rendere dinamica l'azione della Corte³⁹ ben oltre i limiti oggettivi della Convenzione (difficoltà di rendere giustiziabile la formula dell'art.26 nei ricorsi individuali e assenza dei diritti delle popolazioni indigene nella Convenzione stessa) e degli stessi confini di azionabilità dinanzi alla Corte delle garanzie contenute nel Protocollo di S.Salvador (limitata ai soli diritti di associazione sindacale e all'istruzione)⁴⁰.

Il controllo e il monitoraggio sull'attuazione degli obblighi contenute nelle sentenze di condanna pongono inoltre la Corte nelle condizioni di rendere effettive le proprie decisioni, attraverso un meccanismo che si caratterizza per l'estrema severità e puntualità talora impiegata nel richiedere in dettaglio le modalità concrete con le quali lo Stato condannato si sta adoperando per eliminare le condizioni materiali ovvero normative che sono alla base della condanna, dando così seguito all'obbligo degli Stati parte di dare esecuzione alle decisioni della Corte (art. 68 Conv.Am.)⁴¹.

Se si guarda poi al profilo soggettivo dei destinatari di tali pronunce, è doveroso sottolineare come dalla precisazione della "qualità" della vita emerge, da un lato, l'attenzione della Corte per le categorie sociali a rischio e per l'universo dei soggetti "deboli" (minori abbandonati, persone anziane appartenenti a gruppi sociali emarginati, detenuti, minori privati della libertà personale, persone con deficit mentali) e, dall'altro, si pongono in via giurisprudenziale le condizioni per il riconoscimento di un vero e proprio sistema di protezione socio-culturale dei diritti dei popoli indigeni. La Corte, in altre parole, spinge in avanti l'orizzonte delle garanzie dei diritti umani affermando il pieno controllo sull'effettività dei diritti attinenti alla sfera

³⁷ La Corte africana è in vigore dal 2004: i primi undici giudici sono stati eletti il 22.01.2006 (www.african-court.org)

³⁸ Nel caso *Comunidad indigena Yakye Axa v. Paraguay*, cit. parr. 163 ss., e poi nel caso *Comunidad indigena Sawhoyamaya vs.Paraguay*, cit., par.119, la Corte invoca il *corpus juris* internazionale che dà speciale protezione ai membri delle comunità indigene, l'Osservazione generale n.14 in tema di diritto alla salute del Comitato dei diritti economici e sociali delle Nazioni Unite e la Convenzione n.169 dell'OIL.

³⁹ Nel Caso *Los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, cit., parr.145 ss. la Corte richiama l'interpretazione del diritto alla vita elaborata dal Comitato sui diritti umani delle Nazioni Unite e, trattandosi nella fattispecie di minori, invoca gli strumenti internazionali di protezione dei fanciulli.

⁴⁰ Cfr. T. J.Melish, *The Inter-American Court of Human Rights. Beyond Progressivity*, in M. Langford (editor), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, 2008, 372 ss., 376-77.

⁴¹ V. ad esempio le risoluzioni del 2008, 2009 e 2010 adottate con riferimento al Caso *Ximenes Lopes* con le quali la Corte monitora e supervisiona l'esecuzione degli obblighi derivanti dalla condanna pronunciata in questo caso a carico del Brasile nel 2006 (v. *supra* nt. 35): colpisce in effetti il puntiglio con il quale i giudici, ad esempio, richiedono chiarimenti e precisazioni sui dati relativi al coinvolgimento effettivo del personale delle cliniche psichiatriche nei corsi di aggiornamento e di formazione.

sociale economica e culturale e gettando le fondamenta per la corretta impostazione del rapporto con le popolazioni indigene che nel sistema convenzionale non era stato neppure preso in considerazione⁴².

Non si deve peraltro sottovalutare il fatto che questo importante filone giurisprudenziale ha preso forma nel contesto delle regole di procedura adottate nel 2001 che hanno dato nuovo vigore all'azione della Corte e hanno potenziato la sinergia tra le funzioni "politiche" della Commissione e l'accesso al giudizio della Corte⁴³.

La capacità della Corte Interamericana di sostenere che alcuni diritti economici e sociali sono giustiziabili nel quadro dell'interpretazione estensiva del più classico dei diritti civili e politici, ovverosia il diritto alla vita, sembra in effetti andare oltre i "confini" tracciati in questo ambito dalla stessa Corte europea. I giudici di Strasburgo hanno in effetti saputo elaborare un sistema di protezione dei diritti economici e sociali, che non furono inseriti nella Convenzione di Roma del 1950, ma lo hanno fatto rimanendo ancorati, in particolare, alla norma che pone il divieto di trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU). Può essere utile richiamare le argomentazioni utilizzate dalla Corte EDU quando ha utilizzato la teoria degli obblighi "positivi" dello Stato rispetto al mantenimento di condizioni di vita sufficientemente dignitose per le persone ristrette in carcere⁴⁴.

I giudici europei erano stati chiamati a valutare il comportamento delle autorità di polizia che in un carcere ucraino avevano ripetutamente picchiato e torturato un giovane detenuto in attesa dell'esecuzione capitale⁴⁵. Nel valutare le risultanze probatorie la Corte EDU esclude che vi fossero elementi per ritenere sufficienti, al di là di ogni ragionevole dubbio, le prove delle gravi torture denunciate, mentre condanna lo Stato per non aver svolto in modo efficace indagini approfondite a seguito della denuncia di percosse e torture subite da agenti di polizia all'interno del carcere. In definitiva, le omissioni delle autorità nella prevenzione dello stato di degrado in cui si trovava la vittima e le altrettanto gravi omissioni nelle indagini sono imputabili allo Stato denunciato che non ha saputo evitare ovvero prevenire la violazione del diritto a non subire forme di punizioni o trattamenti degradanti (art.3 CEDU). Rispetto a questa responsabilità per le omissioni delle autorità carcerarie non hanno alcun rilievo le precarie condizioni economiche del paese, in quanto la scarsità di risorse economiche non può mai giustificare il mantenimento di persone in uno stato di detenzione che integri la lesione del diritto garantito dall'art.3 CEDU. Quelle stesse condizioni di detenzione in regime di isolamento e di totale emarginazione rispetto all'ambiente circostante hanno inoltre impedito al detenuto di

⁴² Cfr. L.Burgogue-Larsen e A.Úbeda Torres, *Les grandes décisions de la Cour Interamericaine des droits de l'homme*, cit., 535 ss., 551, ove si ricostruiscono, attraverso l'analisi del caso *Yakie Axa* e delle altre decisioni della Corte in tema di comunità indigene, i principi del diritto dei popoli indigeni elaborato dalla giurisprudenza dei giudici di San José.

⁴³ Come sottolinea P.Tanzarella, *Il sistema interamericano*, cit., 25. Dopo le modifiche regolamentari del 2001 si è passati da una rimessione discrezionale ad un meccanismo di rimessione costante delle questioni alla Corte con un conseguente aumento esponenziale del contenzioso e della relativa giurisprudenza: sul punto v. M.E. Ventura Robles, *La Corte Interamericana de derechos humanos: la necesidad inmediata de convertirse en un Tribunal permanente* (Efectos de la aplicación del cuarto regolamento de la Corte IDH de Junio 2001 a Junio 2004, en relación con el art. 44, §1 del regolamento de la Comisión Interamericana de derechos humanos), in AA.,VV., *La Corte interamericana de derechos humanos. Un cuarto de siglo:1979-2004*, San José, Costa Rica, 2005, 292. Dalle statistiche riportate in Appendice a K. Seifert, *Das interamerikanische System*, cit., 320, emerge che nel periodo 2002-2005 la Corte ha adottato 44 sentenze, mentre nel quadriennio precedente ne erano state adottate 19.

⁴⁴ Sull'evoluzione di questo filone giurisprudenziale, v. F. Sudre, J-P. Marguénaud, J.Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire, M.Levinet, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Paris, 2009, 23 ss.

⁴⁵ Corte EDU, IV sez., *Poltoratskiy v. Ukraine*, sent. 29.04.2003 (Ric.38812/97): B. Y. Poltoratskiy era stato condannato nel 1995, appena quindici mesi prima che il paese decidesse, sotto la pressione del Consiglio d'Europa, la moratoria della pena capitale; dalle risultanze probatorie era emerso lo stato di profonda prostrazione legato non solo alle percosse subite e all'attesa snervante dell'esecuzione, ma anche alle condizioni materiali di estremo degrado della cella.

godere del diritto alla vita privata e familiare garantito dall'art.8 CEDU così come la mancata presenza di un sacerdote, più volte richiesto dal condannato, integra la violazione del diritto alla libertà religiosa all'interno della quale è ricompresa la libertà di esercitare i riti del proprio culto. La Corte di Strasburgo resta così nel campo della violazione di diritti civili fondamentali per condannare il comportamento colpevolmente passivo delle autorità statali: a differenza di quanto emerge dalla più recente giurisprudenza della Corte Interamericana, che ha affrontato la problematica della "qualità" della vita delle persone detenute ovvero sotto la custodia di autorità sanitarie, in questo percorso argomentativo non vi è spazio per l'interpretazione "evolutiva" del diritto alla vita (art.2 CEDU) ⁴⁶.

4. Il diritto e la giurisprudenza della Corte interamericana producono effetti diretti sugli ordinamenti di larga parte dei paesi OAS: la giurisprudenza sopra esaminata ha dunque elevate potenzialità di incidere direttamente sulla vita delle persone ⁴⁷. Questo risultato passa attraverso i sistemi nazionali che sono chiamati ad onorare gli obblighi internazionali e quindi ad adeguarsi ai livelli di tutela convenzionali elaborati a livello sovranazionale. Dal punto di vista delle ricadute di questa giurisprudenza sugli equilibri interni dei paesi membri del sistema americano occorre ricordare che il principio di apertura al diritto internazionale pattizio è declinato, sia pure con formule diverse, in tutte le Costituzioni dei paesi latinoamericani. Questo principio è stato altresì interpretato dai giudici costituzionali in modo favorevole alla penetrazione dei principi e delle regole elaborate a livello sovranazionale dalla Corte Interamericana dei diritti umani. In effetti, attraverso le clausole costituzionali e mediante le interpretazioni del giudice costituzionale sull'apertura verso il livello internazionale di protezione dei diritti umani, nei paesi membri del sistema americano il "diritto internazionale dei diritti umani" gode ormai, sia pure con sfumature diverse a seconda dell'organizzazione costituzionale interna, dell'applicabilità diretta. Ciò accade non solo nei paesi in cui i trattati internazionali hanno acquisito il rango di norma costituzionale (Argentina)⁴⁸, ma anche in quei paesi che, pur riservando a questo tipo di trattati il rango di norma di legge ordinaria (Brasile), riconoscono ormai a livello giurisprudenziale il valore di parametro alle norme internazionali sui diritti umani e, in particolare, alle garanzie della Convenzione americana così come interpretate dalla Corte Interamericana ⁴⁹. L'interpretazione evolutiva del diritto alla vita, l'accento posto sugli obblighi positivi che

⁴⁶ A. Nolan, *Addressing economic and Social Rights Violations through the Role of the State: A Comparison of Regional Approaches to the "Obligation to protect"*, in *Human Rights Law Review*, 2009, 245-47, lamenta una generale scarsità di chiarezza concettuale dei giudici di Strasburgo nel delineare gli obblighi positivi degli Stati e in particolare degli obblighi che scaturiscono dai diritti economici sociali collegati con le garanzie dei diritti civili e politici di cui alla Convenzione di Roma del 1950. L'a. sottolinea le difficoltà dei giudici di Strasburgo nel costruire attorno all'art. 2 CEDU obblighi "positivi" dello Stato rispetto all'introduzione di alcune forme di assistenza sanitaria pubblica e gratuita (ivi, 246, nt.106).

⁴⁷ Così J. Pasqualucci, *The Right to a Dignified Life (Vita Digna): The Integration*. cit.,14.

⁴⁸ Come sottolinea A.R. Brewer Carías, *La aplicación de los Tratados Internacionales sobre derechos humanos en el orden interno*, en AA.VV., *Libro Homenaje al professor Alfredo Arismendi*, Caracas, 2008, saggio pubblicato nel sito personale del prof. Brewer Carías. Dopo la revisione del 1994 la Costituzione "storica" argentina (1853-60) inserisce la Dichiarazione americana e la Convenzione americana sui diritti umani tra i trattati fondamentali che hanno rilevanza costituzionale, anche se non sono in grado di derogare ad alcuno degli articoli contenuti nella prima parte della Costituzione e devono intendersi come complementari rispetto ai diritti e alle garanzie in essa riconosciuti (art.75, co.22 Cost.). Sull'atteggiamento collaborativo della Corte Suprema argentina rispetto all'evoluzione della giurisprudenza più recente della Corte di San José sul cd. "controllo di convenzionalità" si rinvia al saggio di N.P. Sagiés, *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*, in *Estudios Constitucionales*, 2010, n.1, 117 ss. ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

⁴⁹ Sul rapporto tra la clausola di apertura contenuta nell'art. 5 Cost. Brasile del 1988 e l'impatto sui giudici brasiliani della giurisprudenza della Corte Interamericana v. A.P. Barbosa-Fohrmann, *Mercosul e direitos humanos no quadro do conflicto entre a Constituição brasileira e os Tratados internacionais*, in *Estudios constitucionales*, 2010, n.1, 355 ss., che evidenzia le resistenze di parte della dottrina brasiliana ad accettare che il diritto elaborato dalla Corte interamericana possa aver applicabilità immediata e

gravano sugli Stati che devono predisporre le condizioni essenziali per arrivare a garantire condizioni di vita dignitose, in particolare per i soggetti deboli, rappresentano un primo importante passo in avanti che non solo contribuisce a far progredire l'orizzonte dei sistemi di protezione regionali dei diritti umani, ma potrebbe stimolare analoghi percorsi nel diritto degli stati membri che hanno ratificato la Convenzione e hanno altresì accettato la giurisdizione della Corte interamericana.

In effetti dal 2006 la Corte ha configurato un obbligo in capo ai giudici nazionali di interpretare le norme nazionali, incluse quelle di rango costituzionale, in modo conforme alla Convenzione⁵⁰. Questo filone giurisprudenziale, che in pratica arriva a configurare la doverosità di un controllo di convenzionalità svolto dagli organi giurisdizionali nazionali, esige che il diritto interno sia conforme ai precetti della Convenzione così come interpretati dalla Corte Interamericana.

La Corte di San José ha dunque costruito un meccanismo che permette ai giudici protagonisti del “control de convencionalidad” di far filtrare nell'ordinamento nazionale la “sua” giurisprudenza ovvero sia la sua interpretazione degli obblighi che gli Stati parte hanno sottoscritto nel momento in cui hanno aderito al Patto. Quando, come nel caso del diritto a una vita dignitosa, l'interpretazione evolutiva apre consistenti spiragli alla azionabilità dei diritti attinenti alla sfera economico-sociale e culturale, è quanto mai interessante seguire gli sviluppi di questo controllo di convenzionalità in ambito nazionale. Il delicatissimo impegno dei giudici nazionali sul versante dell'interpretazione conforme alle norme del Patto così come interpretate dalla Corte interamericana⁵¹ potrebbe riservare sorprese interessanti sul versante del diritto costituzionale delle democrazie in via di stabilizzazione (Perù) o di quelle definitivamente avviate sulla strada dello sviluppo e della modernizzazione (Brasile). In definitiva, le teorie dei diritti economici e sociali elaborate in ambito nazionale dovranno confrontarsi con la necessità per gli stessi giudici che le hanno metabolizzate di precisare, magari elevandolo, il livello minimo di quelle garanzie sociali e culturali che appartengono al patrimonio della persona umana. Il consolidamento della cultura e della partecipazione democratica in Argentina, la fragilità delle istituzioni e della cultura costituzionale in Venezuela e in Bolivia, lo straordinario sviluppo le trasformazioni economico-sociali del Brasile convivono e si confrontano quotidianamente con i principi e gli obblighi imposti dal sistema americano di protezione dei diritti umani.

L'approdo verso il controllo di convenzionalità affidato ai giudici nazionali sembra accomunare ormai l'evoluzione dei sistemi di protezione europeo e americano, al di là delle loro intrinseche specificità.

diretta e quindi valore automaticamente supracostituzionale. Sul punto l'autrice auspica un'interpretazione evolutiva della Costituzione del 1988 da parte dei giudici in armonia con i principi che emergono a livello supracostituzionale in modo da mantenere una connessione continua tra le fondamenta della storia costituzionale del paese e l'evoluzione del diritto internazionale sui diritti umani (ivi, 365). Dopo la riforma del 1989 la Costituzione del Cile prevede un dovere di tutti gli organi statali di rispettare e promuovere sia i diritti garantiti dalla stessa sia quelli riconosciuti dai trattati internazionali ratificati dal Cile e che siano vigenti nel paese (art.5): sulla sensibilità della giurisprudenza ordinaria e costituzionale ai principi elaborati dalla Corte Interamericana nell'ordinamento cileno, v. M.A. Fernández González, *La aplicación por los tribunales chilenos del derecho internacional de los derechos humanos*, in *Estudios Constitucionales*, 2010, 425 ss., 440.

⁵⁰ Sulla teoria del controllo di convenzionalità affidato ai giudici nazionali v. Corte IDH, *Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile*, sent.26.9.2006, serie C. n°154, par.124; Id, *La Cantuta vs. Perú*, sent. 29.11.2006, par.173, teoria confermata dalla successiva giurisprudenza citata da N.P. Sagüés, *Obligaciones internacionales*, cit., 117 ss.

⁵¹ N.P.Sagüés, *Obligaciones internacionales*, cit. 131, ritiene che potrebbe non essere facile per i giudici nazionali, in particolare per le Corti supreme e per i giudici costituzionali, piegarsi alle richieste della Corte Interamericana. Tale adeguamento è però indispensabile per avere uno *jus commune* dei diritti fondamentali nell'intero continente americano. E' altresì necessario che in questo percorso la Corte Interamericana inquadri il controllo di convenzionalità nei giusti confini e curi sempre la coerenza e la saggezza delle sue decisioni (ivi, 133).



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Sezione: Globalizzazione e diritti – Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli

Titolo: *La Corte africana e le violazioni dei diritti umani in Libia*

Autore: SIMONE VEZZANI

Pronuncia di riferimento: *African Commission on Human and Peoples' Rights v. Great Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya, Order for provisional measures* (in www.african-court.org)

Parametro convenzionale: Protocollo istitutivo della Corte Africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, art. 27, par. 2; Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, artt. 4 e 9

Parole chiave: Corte africana; misure cautelari; Libia; conflitto armato; violazione diritti umani

Il 25 marzo 2011 la Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (da qui in poi: la Corte) ha emanato un'ordinanza sulle misure cautelari nei confronti della Libia (*African Commission on Human and Peoples' Rights v. Great Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya, Order for provisional measures*, consultabile sul sito internet della Corte, all'indirizzo www.african-court.org, pagina base). Si tratta della seconda pronuncia della Corte, e della prima ad avere attirato l'attenzione dei commentatori. Essa segue infatti, ad oltre un anno di distanza, una sentenza di scarsissimo interesse nella quale la Corte si era limitata a dichiarare il proprio difetto di giurisdizione, constatando come lo Stato convenuto non avesse effettuato la dichiarazione volta ad accettare la competenza della Corte a pronunciarsi su ricorso di individui (sent. 15 dicembre 2009, nel caso *Michelot Yogogombaye c. Senegal*, n. 1/2008, reperibile anch'essa sul sito internet della Corte).

La Corte è stata adita dalla Commissione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli il 16 marzo 2011, dopo che quest'ultima aveva ricevuto numerose comunicazioni, da parte di organizzazioni

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

non governative, nelle quali si lamentavano ripetute violazioni della Carta in conseguenza della violenta repressione, da parte del Governo libico, della protesta popolare iniziata con le manifestazioni del 16 febbraio. Preme sottolineare che, diversamente da quanto accade nel sistema della CEDU, la Carta africana consente di promuovere davanti alla Commissione *actiones populares*, in ipotesi di violazioni massicce o sistematiche dei diritti umani (v. sul punto REBASTI, VIERUCCI, *A Legal Status for NGOs in Contemporary. International Law?*, consultabile su Internet all'indirizzo www.esil-sedi.eu/fichiers/en/VierucciRebasti_971.pdf). E' opportuno altresì sottolineare che il procedimento in esame è stato instaurato quando in Libia era già in atto un conflitto armato interno (un'indicazione in tal senso può desumersi implicitamente dalla risoluzione del CdS n. 1970 del 26 febbraio 2011, punto 2, lett. a), nella parte in cui si richiede alla Libia di agire nel rispetto degli obblighi derivanti dal diritto internazionale umanitario). L'ordinanza stessa, al punto 13, fa espressamente riferimento all'esistenza di un (non meglio qualificato) conflitto in atto ("ongoing conflict"). In verità, essa è stata pronunciata pochi giorni dopo l'adozione della risoluzione del CdS n. 1973 (2011) e il successivo intervento francese del 19 marzo, e dunque quando al conflitto armato interno se ne era affiancato uno di natura internazionale.

Secondo la Commissione africana, attivatasi assai solertemente, l'uccisione dei dimostranti e, nei giorni successivi, gli attacchi alla popolazione attraverso un uso massiccio della forza armata, avrebbero comportato una violazione seria e sistematica di alcuni diritti sanciti dalla Carta, a cominciare dal diritto alla vita (art. 4) e alla libera manifestazione del pensiero (art. 9). Sul punto dovrà pronunciarsi la Corte africana, presumibilmente nei prossimi mesi, attraverso l'emanazione di una sentenza nel merito.

Nell'ordinanza del 25 marzo, adottata all'unanimità, la Corte ha ingiunto alla Libia di cessare immediatamente dal compimento di qualunque azione che comporti l'uccisione di persone, o leda la loro integrità fisica, in violazione della Carta e degli altri accordi in materia di diritti umani di cui la Libia è parte contraente. La Corte ha ordinato inoltre la presentazione, entro 15 giorni, di un

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

rapporto nel quale la Libia le riferisca quali misure abbia adottato per conformarsi all'ordinanza; a quanto è dato sapere, nessun seguito è stato dato sino ad oggi a tale richiesta.

La decisione della Corte suscita numerosi spunti critici e di riflessione. In questa sede non ci soffermeremo sulla *vexata quaestio* – con la quale pur dovrà confrontarsi la Corte in sede di accertamento principale – relativa ad eventuali deroghe ai diritti umani ammissibili nei contesti di conflitti armati interni, ovvero al rapporto che intercorre fra norme sui diritti umani e diritto internazionale umanitario. Viceversa, effettueremo alcune brevi considerazioni sul ruolo che la tutela cautelare internazionale è chiamata a svolgere nelle situazioni di conflitti armati in atto, nonché sulle difficoltà connesse all'attuazione, in tali circostanze, dei provvedimenti provvisori.

Come quasi tutti i tribunali internazionali permanenti, la Corte africana è espressamente autorizzata dal Protocollo istitutivo ad esercitare la giurisdizione cautelare. L'art. 27, par. 2, del Protocollo statuisce infatti: “[i]n case of extreme gravity and urgency, and when necessary to avoid irreparable harm to persons, the Court shall adopt such provisional measures as it deems necessary”. Come ulteriormente specificato dall'art. 51, par. 1 del regolamento di procedura, la Corte ha la facoltà di decidere misure interinali anche *proprio motu*, quando ritenga che ciò sia necessario nell'interesse delle parti o della giustizia.

L'esistenza di disordini interni prolungati o di veri e propri conflitti armati (interni o internazionali) costituisce una delle tipiche situazioni in cui sussiste la condizione del *periculum in mora* per l'esercizio del potere cautelare da parte di tribunali internazionali. E' del tutto evidente che, quando sono in atto delle ostilità, durante il tempo necessario per l'espletamento del processo possono facilmente verificarsi pregiudizi irreparabili alle situazioni giuridiche garantite dalle norme internazionali asseritamente violate, soprattutto quando si tratti di norme poste a protezione dei diritti umani. In relazione a siffatte circostanze, è particolarmente calzante la metafora di Calamandrei, secondo cui una sentenza nel merito rischierebbe di arrivare troppo tardi, “come la medicina lungamente elaborata per un ammalato già morto” (CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, p. 19).

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Assai opportunamente, il citato art. 27, par. 2, del Protocollo istitutivo della Corte – che in ciò trae ispirazione dalla Convenzione interamericana sui diritti umani – individua espressamente fra i possibili presupposti per l'esercizio della competenza cautelare della Corte il rischio di un danno irreparabile alla vita e all'incolumità delle persone. Tenuto conto della logica soggiacente alla tutela cautelare, non pare criticabile il fatto che la Corte – dopo aver proceduto in maniera sommaria a rilevare l'esistenza *prima facie* della propria giurisdizione nel merito e a valutare l'apparente fondatezza delle pretese della Commissione (*fumus boni iuris*) – abbia adottato nell'arco di pochi giorni l'ordinanza in commento *inaudita altera parte*. Si può peraltro deplorare come il provvedimento sia motivato in maniera assai scarna rispetto alle ordinanze sulle misure provvisorie emanate in analoghe situazioni di urgenza dalla Corte internazionale di giustizia.

Con riguardo alla Corte africana, occorre osservare come essa goda di una giurisdizione *ratione materiae* molto ampia e, di riflesso, di un esteso potere cautelare. Non soltanto la Corte è competente a decidere controversie interstatali relative all'applicazione della Carta africana, o di altri trattati contenenti clausole attributive della giurisdizione; può altresì giudicare asserite violazioni di qualunque trattato in materia di diritti umani di cui sia parte uno Stato convenuto in giudizio dalla Commissione africana (oppure da privati, nei casi in cui lo Stato in questione le abbia conferito con apposita dichiarazione la competenza a giudicare ricorsi individuali). Alla luce di quanto precede, pare ragionevole che l'adozione di misure cautelari in situazioni del tipo di quella in commento non sia destinata a rimanere un fenomeno isolato. In particolare, misure provvisorie potrebbero essere decise a beneficio di persone sottoposte alla giurisdizione di uno Stato impegnato nel contrasto a movimenti insurrezionali, oppure nel corso di procedimenti interstatali su richiesta di uno degli Stati belligeranti. Tenuto conto del rischio per la vita umana e di tutti gli altri effetti che il proseguimento di un conflitto armato (interno o internazionale) può avere sul godimento dei diritti umani sul rispetto dei quali la Corte è chiamata a vigilare, in molti casi la Corte potrebbe ordinare il cessate il fuoco, come misura per salvaguardare i diritti oggetto della controversia da un pregiudizio grave e irreparabile.

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

In un noto articolo apparso nel 1983 sulla *Revue générale de droit international public*, Virally metteva in evidenza come «le champ opératoire du règlement judiciaire international» comprendesse soltanto le controversie di “media” entità, essendo gli Stati assai restii a ricorrere ai servizi dei tribunali internazionali per risolvere controversie di scarso rilievo o che, viceversa, mettessero in gioco interessi fondamentali per la vita degli Stati. La situazione è radicalmente mutata negli ultimi anni, quando i tribunali internazionali, e soprattutto la Corte internazionale di giustizia, si sono trovati a decidere controversie implicanti valutazioni assai delicate, anche circa la legittimità dell’uso della forza nelle relazioni internazionali. Proprio in questo contesto si inquadrano i tentativi, da parte degli Stati, di avvalersi della tutela cautelare per ottenere una cessazione delle ostilità nei loro confronti, quando essi abbiano subito un attacco armato o si trovino comunque in condizioni di inferiorità dal punto di vista militare. Emblematici sono, in tal senso, il ricorso della Serbia alla Corte internazionale di giustizia all’indomani dell’attacco lanciato dalla NATO nel marzo del 1999, o, più recentemente, il ricorso alla stessa Corte dell’Aja da parte della Georgia nei giorni successivi allo scoppio delle ostilità con la Russia in Ossezia del Sud e in Abkhazia. E’ opportuno ricordare che i tribunali internazionali possono ordinare provvedimenti a carattere conservativo necessari ad impedire un aggravamento o un’estensione della controversia sottoposta al loro esame, con esclusivo riguardo alle situazioni collegate al procedimento principale, in relazione alle quali sussista la loro giurisdizione. Così, nel già citato caso della Georgia, essendo stata adita in base alla Convenzione sulla prevenzione di tutte le forme di discriminazione razziale, la Corte internazionale di giustizia ha ordinato alle parti in lite di astenersi dal compiere atti di discriminazione razziale e di fare tutto ciò che era in loro potere per prevenire tali atti (ordinanza sulle misure provvisorie del 15 ottobre 2008, *Affaire relative à l’application de la Convention internationale sur l’élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Georgia c. Federazione russa)*, in *CIJ Recueil*, p. 353 ss., par. 149 ss.). Misure cautelari assai più incisive sono state ordinate viceversa dalla stessa Corte internazionale di giustizia nell’affare delle *Attività armate sul territorio del Congo*. In questo caso, la Corte traeva la propria giurisdizione dall’accettazione, a condizione di reciprocità, da parte di entrambe le parti controvertenti, della

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

propria giurisdizione obbligatoria *ex art.* 36, par. 2, del proprio Statuto, ed era stata chiamata a pronunciarsi sul rispetto degli obblighi derivanti da due convenzioni di ben più ampia portata, quali la Carta delle Nazioni Unite e la Convenzione istitutiva dell'allora Organizzazione di unità africana (ordinanze sulle misure cautelari del 1° luglio 2000, nel caso *Activités armées sur le territoire du Congo (Congo c. Uganda)*, in *CIJ Recueil*, 2000, p. 1 ss.).

E' opportuno chiedersi se il ricorso alla giustizia cautelare sul piano internazionale, e in particolare nel contesto del sistema africano di salvaguardia dei diritti umani, possa giocare un ruolo efficace nel contrastare l'aggravarsi dei conflitti armati in atto, interni o internazionali, che minaccino il godimento dei diritti fondamentali da parte delle popolazioni coinvolte. A tal fine, è necessario svolgere alcune considerazioni preliminari in ordine all'efficacia giuridica dei provvedimenti sulle misure provvisorie adottati dai tribunali internazionali. Si è discusso a lungo in dottrina se detti provvedimenti siano dotati o meno di natura vincolante (sul punto v. diffusamente GAETA, *La giustizia cautelare nel diritto internazionale*, Padova, 2000, p. 135 ss.; SACCUCCI, *Le misure provvisorie nella protezione internazionale dei diritti umani*, Torino, 2006, p. 441 ss.). Nell'ultimo decennio, la prassi internazionale si è decisamente orientata in senso affermativo. In particolare, a favore dell'obbligatorietà delle proprie decisioni sulle misure cautelari si è inequivocabilmente pronunciata la Corte internazionale di giustizia nella sentenza del 27 giugno 2001, resa nel caso *LaGrand (Germania c. Stati Uniti)* (*I.C.J. Reports*, 2001, p. 466 ss., par. 92 ss.). Parimenti, la Corte europea dei diritti umani ha riconosciuto l'esistenza di un obbligo per gli Stati di ottemperare alle misure provvisorie da essa ordinate (cfr. la sentenza nel caso *Mamatkulov e Askarov c. Turchia* del 6 febbraio 2003, ricorsi n. 46827/99 e 46951/99, confermata dalla Grande Camera il 4 febbraio 2005). Sempre nel contesto di un altro sistema regionale per la salvaguardia dei diritti umani, la medesima soluzione è stata accolta dalla Corte interamericana dei diritti umani (cfr. *Constitutional Court Case*, ordinanza della Corte interamericana del 14 agosto 2000, in *Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. E)* (2000)). La sostanziale acquiescenza della maggior parte degli Stati nei confronti di questi orientamenti giurisprudenziali induce a ritenere che si sia ormai cristallizzata una regola di diritto

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

internazionale generale che vincola gli Stati ad ottemperare alle misure interinali ordinate dai tribunali internazionali, quanto meno allorché questi ultimi traggano la propria competenza cautelare direttamente da una disposizione del proprio trattato istitutivo (e beninteso a condizione che tale disposizione non escluda espressamente il carattere vincolante delle misure medesime). Sarebbe pertanto altamente auspicabile che anche la Corte africana, non appena se ne presenti l'occasione, si pronunci nel senso della natura vincolante delle proprie decisioni interinali.

Se, ad oggi, la maggior parte degli Stati non contesta, in linea di principio, l'obbligatorietà delle ordinanze sulle misure cautelari, è però vero che queste ultime sono provviste di un grado di attuazione assai inferiore rispetto a quello delle sentenze internazionali. Per quanto qui interessa, l'affare libico, come prima quello relativo al conflitto internazionale in Congo, mettono bene in luce come i provvedimenti che ordinano in via interinale il cessate il fuoco restino spesso lettera morta. Ci si può chiedere allora se l'adozione di provvedimenti di tal fatta, destinati a rimanere inadempiti in quanto sprovvisti di un adeguato meccanismo di attuazione coercitiva, non rischi di minacciare l'autorità dell'attività giurisdizionale (in argomento v. ZYBERI, *Provisional Measures of the International Court of Justice in Armed Conflict Situations*, in *Leiden Journal of International Law*, 2010, p. 571 ss.). Questo timore è ancora più pressante nel caso di un organo "giovane" come la Corte africana, la quale deve ancora affermare la propria autorevolezza sulla scena internazionale. In quest'ottica, potrebbe sembrare opportuno un atteggiamento di *self-restraint* da parte della Corte, la quale potrebbe in ogni caso astenersi dall'esercitare la propria giurisdizione cautelare.

Nonostante tutte le considerazioni che precedono, la circostanza che *bello durante* gli Stati possano essere poco inclini a conformarsi alle misure provvisorie ordinate dalla Corte africana, e in special modo a quelle che stabiliscano la sospensione delle ostilità, non dovrebbe, ad avviso di chi scrive, costituire ostacolo all'esercizio della giurisdizione cautelare. Nessun tentativo volto a favorire la soluzione pacifica delle controversie e delle situazioni suscettibili di mettere in pericolo la pace e la sicurezza internazionale dovrebbe essere lasciato intentato. Del resto, l'intervento tempestivo di un organo imparziale chiamato a *dire le droit* può comunque svolgere un ruolo nel

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

favorire i negoziati fra le parti belligeranti, fornendo un richiamo alle esigenze del rispetto dei diritti umani fondamentali, anche nei momenti in cui la logica delle armi sembri prevalere su quella della ragione.

Pare opportuno svolgere, in conclusione, alcune brevi considerazioni circa le conseguenze sul piano della responsabilità internazionale degli Stati derivante dall'inosservanza delle misure provvisorie decise dalla Corte africana. Quest'ultima, pur essendo sprovvista come la generalità dei tribunali internazionali di poteri coercitivi, si inserisce nel contesto istituzionalizzato dell'Unione africana. E' vero che l'accordo istitutivo dell'Unione non contiene una disposizione assimilabile all'art. 94 della Carta delle Nazioni Unite, che attribuisce al Consiglio di sicurezza un ruolo nella verifica del rispetto, da parte degli Stati, degli obblighi che incombono loro per effetto di una sentenza della Corte internazionale di giustizia. Né ovviamente sarebbe ipotizzabile un'azione coercitiva dell'Unione africana nei confronti di uno Stato che non si conformasse alle decisioni della Corte, se non previa l'autorizzazione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite ai sensi dell'art. 53 della Carta. E' altrettanto vero, tuttavia, che l'Unione africana potrebbe comunque avvalersi di tutti gli strumenti politici e diplomatici a sua disposizione per indurre le parti interessate ad ottemperare alle pronunce della Corte, siano esse sentenze o ordinanze sulle misure cautelari. Sotto questo profilo, il caso libico non offre, in realtà, indicazioni confortanti. Diversamente dalla Corte africana, gli organi politici dell'Unione africana, *in primis* il Consiglio di pace e sicurezza, hanno adottato infatti una posizione improntata ad una grande cautela, non riuscendo sino ad oggi a svolgere un'azione diplomatica incisiva al fine di indurre il Governo di Gheddafi al rispetto dei propri obblighi internazionali.

Indicazioni bibliografiche essenziali :

GAETA, *La giustizia cautelare nel diritto internazionale*, Cedam, Padova, 2000

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

SACCUCCI, *Le misure provvisorie nella protezione internazionale dei diritti umani*, Torino, 2006

ZYBERI, *Provisional Measures of the International Court of Justice in Armed Conflict Situations*, in *Leiden Journal of International Law*, 2010, p. 571 ss.

(27 maggio 2011)

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Sezione: **Globalizzazione e diritti** – Commissione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli

Titolo: *L'allontanamento degli stranieri alla prova della Carta africana per la salvaguardia dei diritti umani e dei popoli*

Autore: **SIMONE VEZZANI**

Rapporto di riferimento: Comunicazione n. 313/05 – *Kenneth Good c. Repubblica del Botswana*, rapporto pubblicato in annesso al XXVIII *Activity Report* della Commissione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (Banjul, 12-16 maggio 2010), consultabile sul sito internet della Commissione, all'indirizzo www.achpr.org (pagina base).

Parametro convenzionale: Carta africana per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e dei popoli

Parole chiave: Espulsione; garanzie procedurali; equo processo; diritto al rispetto della vita familiare; libertà di espressione

1. Col rapporto relativo all'affare *Kenneth Good c. Repubblica del Botswana*, la Commissione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli è tornata a pronunciarsi sui limiti posti dalla Carta africana per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e dei popoli all'allontanamento degli stranieri. Il procedimento originava dall'espulsione verso il Sud Africa di un cittadino australiano, professore di Studi politici all'Università di Botswana, avvenuta nel maggio del 2005, pochi mesi dopo che l'istante aveva pubblicato come co-autore un articolo molto critico nei confronti della successione presidenziale in Botswana.

Dopo aver esperito tutti i mezzi di ricorsi interni, tentando invano di contestare la legittimità costituzionale del *Botswana Immigration Act*, il professor Good ha adito la Commissione africana, allegando che l'adozione del provvedimento di allontanamento aveva concretato una violazione di



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

numerosi diritti garantiti dalla Carta di Banjul, fra i quali: *i*) il diritto a non essere vittima di espulsioni arbitrarie (articolo 12, par. 4); *ii*) il diritto a un equo processo (articolo 7, par. 1, lett. *a*)); *iii*) il diritto al rispetto della vita familiare (articolo 18); *iv*) il diritto a essere informati e ad esprimere liberamente il proprio pensiero (articolo 9). La Commissione africana ha constatato una violazione di tutti gli articoli invocati dall'istante, raccomandando al Botswana di fornire un'equa soddisfazione in termini monetari al prof. Good, nonché di adottare tutte le misure di carattere generale necessarie per assicurare che la legge nazionale sull'immigrazione e la sua concreta applicazione siano rispettose dei diritti fondamentali.

La pronuncia in commento consolida alcuni orientamenti della Commissione africana in merito ai limiti posti alla libertà degli Stati di porre fine alla permanenza degli stranieri sul proprio territorio. Generalmente poco studiata, questa prassi merita attenzione ai fini di un'indagine comparativa con la giurisprudenza di Strasburgo e di San José, così come di una ricostruzione dei limiti al potere di espulsione dello straniero derivanti dal diritto internazionale generale.

2. Oltre a vietare le espulsioni collettive (articolo 12, par. 5), la Carta africana reca una specifica norma in materia di garanzie procedurali che devono essere rispettate dagli Stati contraenti nel procedimento inteso all'allontanamento coatto dello straniero regolarmente residente. Ai sensi dell'articolo 12, par. 4:

“[a] non-national legally admitted in a territory of a State Party to the present Charter, may only be expelled from it by virtue of a decision taken in accordance with the law”.

L'articolo in oggetto è formulato in termini analoghi a quelli dell'articolo 22, par. 6, della Convenzione inter-americana. Esso assicura un livello di tutela più elevato rispetto a quello predisposto da altri strumenti internazionali, quali il Protocollo 7 alla CEDU (articolo 1), o il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici (articolo 13). Questi ultimi, infatti, dopo aver enunciato il divieto di espulsioni *contra legem*, contemplano delle eccezioni per i casi in cui l'espulsione sia resa necessaria da ragioni di sicurezza nazionale oppure (nel sistema della CEDU) per motivi di ordine pubblico.

Nella pronuncia nel caso *Kenneth Good*, la Commissione ribadisce come, ai fini della valutazione del rispetto dell'articolo 12, non sia sufficiente appurare che il provvedimento espulsivo sia stato adottato conformemente a quanto disposto dalla normativa nazionale, dovendosi anche procedere a verificare che tale normativa sia rispettosa degli standard internazionali in materia di diritti umani



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

(ivi, par. 204). Un risultato non dissimile è stato raggiunto dal Comitato dei diritti dell'uomo istituito dal Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici, il quale ha avuto cura di evidenziare come il rispetto del principio di legalità possa dirsi soddisfatto soltanto a condizione che la legge nazionale in base alla quale è stata decretata l'espulsione sia conforme al Patto (cfr. la pronuncia nel caso *Maroufidou c. Svezia*, 9 aprile 1981, par. 9.3). Si deve nondimeno osservare che, nel rapporto in commento, la Commissione africana si è spinta oltre, ritenendo di dover valutare che la legge nazionale sia rispettosa non soltanto della Carta africana, ma anche di tutti gli altri accordi internazionali sottoscritti dallo Stato in considerazione (ivi, par 204: "Botswana has the obligation to make sure that the law (in this case the Botswana Immigration Act) does not violate the rights and freedoms protected under the African Charter or any other international instrument to which Botswana is a signatory"). L'apertura operata dalla Commissione africana, nell'ambito del controllo di "convenzionalità", a valori internazionali estranei al sistema normativo della Carta è testimonianza di un approccio che si pone in contrasto con la biasimevole tendenza, da parte degli organi internazionali giurisdizionali e quasi-giurisdizionali, a considerare come "self-contained regimes" i trattati in materia di diritti umani sul cui rispetto detti organi sono chiamati a pronunciarsi. Peraltro, maggiormente opportuno sarebbe stato un riferimento alla generalità degli obblighi internazionali gravanti su ciascuno Stato contraente, compresi quelli di natura consuetudinaria.

3. Come in altri affari relativi all'espulsione di cittadini stranieri (si vedano i rapporti nei casi *Organisation mondiale contre la torture et al. c. Ruanda*, par. 35; *Union Inter-Africaine des Droits de l'Homme et al. c. Angola*, par. 19; *Amnesty International c. Zambia*, par. 53), nel caso di specie la Commissione ha rilevato una violazione del diritto ad un equo processo; più precisamente, ha constatato una violazione dell'articolo 7, par. 1, lett. a), della Carta, che garantisce il diritto di ciascuno di far valere le proprie ragioni davanti agli organi nazionali competenti "against acts of violating his fundamental rights as recognized and guaranteed by conventions, laws, regulations and customs in force".

Nel rapporto in commento, la Commissione censura la circostanza che il *Botswana Immigration Act* attribuisca al Presidente della Repubblica il potere di decidere in ordine all'allontanamento dello straniero senza che egli sia tenuto a fornire alcuna motivazione, escludendo così qualsiasi sindacato giurisdizionale in ordine alle finalità perseguite e alla proporzionalità del provvedimento. Coerentemente, essa ha ritenuto (v. par. 172 ss.) che l'applicazione delle legge suddetta al caso concreto abbia privato di qualunque efficacia la possibilità di ricorrere in giudizio avverso l'ordine



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

di espulsione, in violazione del diritto dell'espellendo a far valere le proprie ragioni davanti a un giudice (*the right to be heard*). La Commissione è molto netta nell'escludere che, in una società democratica fondata sulla preminenza del diritto, esigenze di sicurezza nazionale possano giustificare l'esclusione di un controllo giurisdizionale sui provvedimenti delle autorità di governo, suscettibili di incidere sul godimento delle libertà fondamentali. Questa chiara presa di posizione è particolarmente apprezzabile. Nel contesto delle espulsioni di stranieri, essa mira a garantire che la discrezionalità dell'esecutivo non sconfini nell'abuso, assicurando che un organo terzo e imparziale possa sempre accertare l'esistenza di un interesse pubblico contrastante con la permanenza sul territorio dello straniero, nonché la proporzionalità della misura di allontanamento rispetto alla finalità perseguita. Un passo del rapporto pare, a questo proposito, particolarmente significativo. Vi si legge: "[w]here a government has reason to believe that a citizen or a non-national legally within its territory poses a threat to national security, it should bring evidence before the courts against the person. Not doing so may lead to the possibility of abuse where individuals can be detained or expelled on mere suspicion of being security threats" (parere nel caso *Kenneth Good*, par. 177). Ribadendo quanto precedentemente affermato nei *Principles and Guidelines on the Right to Fair Trial and Legal Assistance in Africa* (DOC/OS(XXX)247, lett. R), la Commissione ha aggiunto che "no circumstances whatsoever, not even in cases of public emergency, justify any derogations from the right to fair trial" (*ibidem*, par. 175).

E' da notare che l'approccio della Commissione africana si pone in linea con quello della Corte inter-americana, la quale si è pronunciata nel senso che il diritto ad un equo processo debba essere rispettato anche nelle ipotesi di espulsione (cfr. il parere della Corte inter-americana OC-18/93, 17 settembre 2003, par. 126). Di segno opposto è, viceversa, l'orientamento seguito dagli organi di Strasburgo. Prestando il fianco a non poche critiche, infatti, la Corte europea ha escluso l'applicabilità dell'articolo 6 della CEDU in materia di ingresso, soggiorno ed espulsione degli stranieri (cfr. le sentenze *Maaouia c. Francia*, 5 ottobre 2000, par. 33 ss. e *Vilho Eskelin c. Finlandia*, 19 aprile 2007, par. 61), limitandosi a valutare l'adeguatezza della tutela processuale avverso l'espulsione alla luce delle garanzie, meno estese, fornite dall'articolo 1 del Protocollo n. 7, oltre che dagli articoli 13 (diritto ad un ricorso effettivo) e 8 (diritto al rispetto della vita familiare) della CEDU.

4. La Commissione è stata altresì chiamata a valutare se l'espulsione del prof. Good non abbia comportato un'ingiustificata compressione del diritto al rispetto della vita familiare protetto dall'art. 18 della Carta africana. Pur riconoscendo agli Stati un certo margine di apprezzamento, la

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Commissione si è sempre riservata di valutare il rispetto di un giusto equilibrio fra le esigenze pubbliche alla base dell'adozione di misure di allontanamento coatto e la tutela dei vincoli personali e dei legami familiari instaurati dallo straniero nel periodo di residenza sul territorio (cfr. i rapporti nei casi *Amnesty International c. Zambia* e *Modise c. Botswana*). Senza dubbio, ai fini dello svolgimento di questa delicata operazione di bilanciamento, essa ha potuto trarre utili elementi dagli orientamenti maturati dalla Corte di Strasburgo nella cospicua giurisprudenza in materia.

Nel caso di specie, considerata soprattutto l'incapacità dello Stato convenuto di fornire valide prove a dimostrazione della pericolosità sociale dell'espellendo, il provvedimento limitativo della presenza sul territorio non poteva che essere considerato, alla luce dei criteri individuati nella precedente prassi applicativa dell'art. 18 della Carta, come sproporzionato rispetto all'esigenza di protezione dell'unità familiare. Si trattava, del resto, di un residente di lungo periodo, ossia di uno straniero "integrato", che aveva risieduto legalmente in Botswana per quindici anni lavorando come docente universitario. Egli aveva una figlia di diciassette anni che aveva trascorso la maggior parte della sua vita in Botswana e frequentava l'ultimo anno delle scuole superiori. Particolarmente brutali erano state, inoltre, le modalità di allontanamento dal territorio, dal momento che all'espellendo erano state concesse soltanto 56 ore per organizzare la propria partenza e separarsi dalla figlia, rimasta in Botswana per terminare i propri studi senza poter contare sul sostegno di nessun altro familiare.

5. Come si è anticipato, la Commissione ha riscontrato anche una violazione dell'articolo 9 della Carta africana. Ciò sotto due distinti profili.

Da una lato, la circostanza di non aver ricevuto informazioni quanto ai motivi addotti a fondamento della misura lesiva ha costituito, secondo la Commissione, una violazione del diritto ad essere informato (articolo 9, par. 1; alle stesse conclusioni la Commissione era giunta, in un caso analogo, nel rapporto *Amnesty International c. Zambia*, par. 33). In effetti, oltre a consentire l'adozione di provvedimenti di espulsione immotivati, il *Botswana Immigration Act* precisa che "[n]o person affected by any such decision shall have the right to demand any information as to the grounds of such decision nor shall any such information be disclosed in any court" (sezione 36, lett. a)). La Commissione evidenzia come il diritto dell'espellendo ad essere informato delle ragioni alla base del provvedimento di allontanamento costituisca un presupposto indispensabile per l'esercizio del diritto ad un equo processo. A questo riguardo, assume una posizione assai garantista, concludendo nel senso che gli Stati non possano, in nessuna circostanza, derogare all'obbligo posto



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

dall'articolo 9, par. 1: "even if there is a state of emergency in a country that threatens the security of a nation, a person's right to be informed of the charges, in this case, the grounds of his expulsion, cannot be suspende/derogated from" (rapporto in commento, par. 194).

D'altro lato, la Commissione ritiene che l'espulsione del prof. Good sia stata posta in essere al fine reprimere la manifestazione di opinioni politiche critiche nei confronti dell'apparato governativo e non, come asserito dallo Stato convenuto, per ragioni di pubblica sicurezza. Procede dunque ad esaminare se, alla luce delle circostanze del caso, il Botswana abbia legittimamente limitato la libertà di manifestazione del pensiero dell'istante. Nel caso di specie, l'articolo accademico sulla successione presidenziale in Botswana pubblicato dal prof. Good non aveva alcun contenuto diffamatorio, non incitava alla violenza, né era suscettibile di provocare disordini; costituiva, bensì, manifestazione di un diritto di critica nei confronti delle autorità di governo che deve essere tollerato in una società democratica. Alla luce di ciò, la Commissione ha concluso nel senso che il provvedimento di espulsione sia stato lesivo del diritto di manifestazione del pensiero *ex* articolo 9, par. 2, della Carta.

Preme sottolineare che l'orientamento della Commissione si pone nella stessa linea di quello della Corte europea dei diritti umani, la quale, in un caso del tutto analogo, ha condannato la

Francia per la violazione dell'articolo 10 della CEDU, a seguito dell'espulsione dalla Polinesia francese di un'attivista che aveva denunciato la continuazione dei test nucleari nel Pacifico (sentenza nel caso *Piermont c. Francia*, 27 aprile 1995, par. 77).

6. In Africa, come in Europa, l'invocazione di ragioni di sicurezza nazionale costituisce spesso lo strumento utilizzato dai governi per adottare misure restrittive delle libertà individuali, sottraendosi a un rigoroso controllo da parte del potere giudiziario. Questa tendenza, come è noto, si è accentuata negli ultimi anni, a seguito dell'adozione di legislazioni antiterrorismo, che hanno escluso, o limitato sensibilmente, il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dei governi nazionali.

In questo contesto, la prassi della Commissione africana sopra analizzata, in tema di espulsione degli stranieri, erge dei solidi argini a difesa di alcuni valori fondanti dello Stato di diritto. E' assai significativo che nell'affare *Kenneth Good* il Botswana abbia richiamato invano, davanti alla Commissione, la giurisprudenza delle corti inglesi in tema di immigrazione e repressione del terrorismo internazionale, per giustificare la sottrazione ai tribunali nazionali del sindacato in ordine

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

a decisioni implicanti valutazioni inerenti alla difesa della sicurezza nazionale (cfr. il rapporto in commento, par. 148, nel quale si fa riferimento agli affari *R (Farrakhan) c. Secretary of State for Home Department* e *Secretary of State for Home Department c. Rehman*).

Se, sotto molti profili, la Commissione africana ha tratto ispirazione dalla copiosa giurisprudenza della Corte di Strasburgo nella *subiecta materia*, essa si è attestata per certi versi su posizioni maggiormente garantiste. In particolare, la Commissione ha affermato chiaramente che, anche nella procedura di espulsione, debbano essere rispettati i diritti ad un equo processo e ad essere informato delle circostanze alla base della misura di allontanamento – diritti che, nel sistema di Banjul, non sono ritenuti suscettibili di deroga *in nessuna circostanza*.

A questi rilievi positivi non può che accompagnarsi una nota conclusiva di segno critico. Come è noto, i rapporti della Commissione africana – anche dopo essere stati pubblicati su autorizzazione della Conferenza dei capi di Stato e di governo dell'Unione africana – restano delle raccomandazioni sprovviste di forza vincolante. Il Protocollo istitutivo della Corte africana, adottato il 10 giugno 1998 a Ouagadougou (Burkina Faso) ed entrato in vigore il 25 gennaio 2004, prevede che, in caso di mancato rispetto delle raccomandazioni contenute nei propri rapporti, la Commissione africana possa deferire la questione alla Corte africana, sollecitando l'adozione di una sentenza di condanna a carico dello Stato recalcitrante. Tuttavia, per quanto abbia firmato il Protocollo suddetto, il Botswana non ha provveduto a ratificarlo, sì che un intervento della Corte non pare nemmeno prospettabile. Come accaduto in relazione a non pochi altri rapporti della Commissione, anche la pronuncia nel caso *Kenneth Good* potrebbe restare così senza alcun seguito concreto: un'effimera impronta – per usare un'espressione di Abi Saab – sulla sabbia della storia dell'umanità.

Precedenti rapporti della Commissione africana in tema di espulsione degli stranieri:

- *Organisation mondiale contre la torture et al. c. Ruanda*, casi riuniti n. 27/89, 46/91, 49/91, 99/93, ottobre 1996
- *Rencontre Africaine pour la Defence des Droits de l'Homme c. Zambia*, caso n. 71/92, ottobre 1997
- *Union Inter-Africaine des Droits de l'Homme et al. c. Angola*, caso n. 159/96, 11 novembre 1997
- *Amnesty International c. Zambia*, caso n. 212/98, 5 maggio 1999
- *John K. Modise c. Botswana*, caso n. 97/93, 28 ottobre-6 novembre 2000

diritti-cedu.unipg.it



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Riferimenti bibliografici:

M. TAMBURINI, *Trattamento degli stranieri e buona fede nel diritto internazionale generale*, Cedam, Padova, 1984

UMOZURIKE U. O., *The African Charter on Human Rights*, Martinus Nijhoff, The Hague, etc., 1997

F. SALERNO (a cura di), *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione. Atti del Convegno di studio organizzato dall'Università di Ferrara per salutare Giovanni Battaglini (29-30 ottobre 1999)*, Cedam, Padova, 2003

INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Expulsion of Aliens: Memorandum by the Secretariat*, UN Doc. A/CN.4/565 (2006)

M. EVANS, R. MURRAY (a cura di), *The African Charter on Human and Peoples' Rights. The System in Practice, 1986-2006*, Cambridge University Press, Cambridge, etc., 2008

A. LIGUORI, *Le garanzie procedurali avverso l'espulsione degli immigrati in Europa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008

R. PISILLO MAZZESCHI, P. PUSTORINO, A. VIVIANI (a cura di), *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010

(31 marzo 2011)