



Università degli
Studi di Perugia

Dipartimento di
Giurisprudenza

Diritti, garanzie ed evoluzioni dei sistemi di protezione

a cura di Luisa Cassetti

Università degli Studi di Perugia

Dipartimento di Giurisprudenza

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

“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 Fondazione 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 © 2016

ISBN 9788899490034

Dipartimento di Giurisprudenza

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

web site: giurisprudenza.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

INDICE

Premessa.....pag.VII

Diritti (e società) in trasformazione

S. ANGELETTI, Il divieto francese al velo integrale, tra valori, diritti, *laïcité* e *fraternité*.....pag.2

V. VALENTINI, Un provvidenziale passo indietro. *Qualche chiosa in margine a CGUE, GS, 18.12.2014, International Stem Cell*.....pag.38

L. CAPPuccio, I «nuovi» diritti dinanzi alla Corte interamericana, tra la ricerca di un consenso esterno e l'assenza di margine di apprezzamento.....pag.54

A. CIERVO, La «metamorfosi giurisprudenziale» della l. 40/2004 e l'uso dell'argomento CEDU tra Consulta e giudici *a quibus*.....pag.79

S. STEFANELLI, Cognome paterno e diritti fondamentali.....pag.107

S. PIERONI, Il *quantum debeatur* nella fattispecie espropriativa-acquisitiva tra indennizzo e risarcimento.....pag.139

Diritti dei soggetti «deboli»

M. MONTAGNA, L'esecuzione della pena tra sollecitazioni sovranazionali e politica legislativa interna.....pag.172

S. SARTARELLI, I diritti dei detenuti: carcere e privazione del diritto di voto.....pag.196

S. VANNUCCINI, Justice for Street Children: *Villagrán Morales et al. v. Guatemala* as the First Case ever Involving the Cause of the Children Abandoned in the Streets before an International Tribunal.pag.220

S. VANNUCCINI, When Justice Hurts Youthful Defendants: The Incompatibility of Juvenile Life Sentences with International Human Rights Standards on Juvenile Justice in *Mendoza et al. v. Argentina*.....pag.261

A. CIERVO, La *governance* italiana dell'immigrazione alla prova della Corte di Strasburgo. Un percorso giurisprudenziale a partire dall'art. 3 della CEDU.....pag.290

R. PALLADINO, Principio di *non refoulement* e «situazioni generali di violenza» nel paese di destinazione: la problematica valutazione degli «elementi oggettivi di rischio» rispetto alle espulsioni verso la Somalia.....pag.319

L. CASSETTI, La «costruzione» dei diritti sociali nell'approccio della Corte interamericana e della Corte europea di Strasburgo: contenuto, limiti e prospettive della «comunicazione» giurisprudenziale.....pag.339

Garanzie in trasformazione

A. LANCIOTTI, Spunti di riflessione sul difficile rapporto fra immunità degli stati e accesso alla giustizia (Corte costituzionale, sentenza n. 238 del 2014).....pag.371

A. PANETTA, Sviluppi e limiti della recente giurisprudenza CEDU in tema di immunità dalla giurisdizione degli Stati esteri e delle organizzazioni internazionali in materia di controversie di lavoro.....pag.384

S. F. COCIANI, Ricadute in ambito tributario a seguito della giurisprudenza della Corte EDU sul cumulo tra sanzioni penali e sanzioni amministrative. Brevi considerazioni *de lege ferenda* in attesa dell'intervento della Corte costituzionale.....pag.409

Diritti ed evoluzioni dei sistemi di protezione

G. REPETTO, La confisca per lottizzazione abusiva e le prospettive dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU.....pag.443

S. VEZZANI, *Addio My Darling, Goodbye My Love?* Unione europea e sistema CEDU dopo il parere 2/13.....pag.468

D. FANCIULLO, Il «decisum» della Corte di giustizia sul *Draft Agreement on the Accession of the EU to the ECHR*: a proposito del parere 2/13.....pag.508

M. BARNABÒ, La nuova competenza consultiva della Corte europea dei diritti dell'uomo alla luce del Protocollo n. 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.....pag.536

D. FALCINELLI, *Le frontiere della potestà punitiva dello Stato*. La protezione dei diritti umani fondamentali nell'epoca della inSicurezza collettiva.....pag.550

PREMESSA

I saggi che compongono questo volume sono frutto della riflessione e dell'attività di ricerca condotta negli ultimi tre anni dal gruppo di studiosi che partecipa alla realizzazione del progetto interdisciplinare intitolato "L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo" (<https://diritti-cedu.unipg.it>).

Questa iniziativa editoriale intende proseguire l'esperienza maturata nel 2012 con la pubblicazione del primo volume (*Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, ed. Jovene, volume n.2 della Collana "Studi e ricerche" del Dipartimento di diritto pubblico dell'Università degli Studi di Perugia) che, a distanza di tre anni dall'avvio del suddetto progetto, faceva il punto sullo stato dell'evoluzione dei processi interpretativi dei diritti e dei principi generali e rifletteva sull'organizzazione del processo alla luce della giurisprudenza della Corte EDU.

La forma adottata per questo libro è quella della pubblicazione *online* (dotata di ISBN e sottoposta a referaggio) realizzata secondo le regole della Collana dei *Quaderni della ricerca diritti-cedu.unipg.it*, il cui primo volume, uscito nel novembre 2015, raccoglie le schede e le note di commento alla giurisprudenza nazionale e sovranazionale pubblicate fino a quella data nel sito della ricerca (*Archivio di diritti-cedu.unipg.it 2010-2015*).

La selezione dei temi trattati in questo libro vuole offrire un quadro delle trasformazioni più recenti che hanno coinvolto alcuni diritti fondamentali e dei mutamenti in atto nella stessa idea di società e di convivenza in uno spazio di relazioni che appare irreversibilmente condizionato, da un lato, dalla percezione del "bisogno" di rendere effettive e ampliare talune garanzie e, dall'altro, da fenomeni sociali che per la loro imponenza potrebbero persino cambiare la fisionomia di larga parte del continente europeo. Il pensiero va in primo luogo all'impatto dei processi migratori verso il nostro paese (naturale punto di approdo per raggiungere l'Europa centrale e settentrionale), processi che per la loro proporzione sembrano mettere a dura prova persino la stessa idea

Premessa

di apertura agli ordinamenti esterni che l'Italia praticò dapprima entrando nel sistema CEDU e poi impegnandosi nella costruzione del processo di integrazione comunitaria. Accanto a questa emergenza non si può non ricordare l'impatto del terrorismo internazionale di matrice religiosa che ha generato non solo profonde ferite nella democrazia e nella società francese, ma sembra voler direttamente condizionare la stessa cultura della convivenza europea nel nome della libertà e dei principi dello Stato di diritto.

In realtà, è come se in uno specchio d'acqua si riflettessero le difficoltà, i limiti e le contraddizioni "interne" rispetto alla tutela dei più deboli, a cominciare dai detenuti¹, nonché le richieste di alcune estensioni/razionalizzazioni/valorizzazioni dei diritti della persona² che sostengono e giustificano i ricorsi a Strasburgo e, allo stesso tempo, fosse chiaramente visibile la difficoltà delle democrazie europee nel difendere i valori della convivenza democratica nel nome dello Stato di diritto quando devono misurarsi con la regolamentazione e la gestione

¹ M. MONTAGNA ricostruisce il quadro del "seguito legislativo" della condanna per l'inumana e degradante situazione delle carceri nel nostro paese; dei diritti politici e delle garanzie essenziali per l'esercizio del diritto di voto da parte dei reclusi si occupa il contributo di S. SARTARELLI.

² Si inserisce in questo bisogno di "ridefinizione" dei contenuti e dell'estensione delle garanzie la questione delle discriminazioni legate all'uso del cognome paterno indagata da S. STEFANELLI. L'esigenza di "demolire" le anomalie e le contraddizioni della legislazione italiana sulla procreazione medicalmente assistita è alla base del dialogo tra Corti ricostruito da A. CIERVO. Sulla perdurante ricerca della "pienezza" del diritto di proprietà e sulle incertezze in merito all'indennità per occupazione *sine titulo* da parte della pubblica amministrazione fa il punto il saggio di S. PIERONI. Sulle "nuove" frontiere dell'identità personale alla luce dell'evoluzione della ricerca scientifica si interroga il contributo di V. VALENTINI.

Il "bisogno di giustizia" rispetto al cumulo delle sanzioni amministrative con quelle tributarie è indagato da S. COCIANI. Sempre nell'ambito dei rapporti tra giurisdizioni, A. LANCIOTTI analizza la reale dimensione del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva nella vicenda che ha visto la Corte costituzionale opporsi al giudicato della Corte internazionale di giustizia che aveva condannato l'Italia per la non applicazione da parte dei giudici nazionali della norma sull'esenzione degli Stati esteri dalla giurisdizione nei processi per il risarcimento dei danni derivanti dai crimini di guerra compiuti dalla Germania nazista. L'effettività dei diritti dei lavoratori in materia di accesso al giudice, alla luce della giurisprudenza CEDU sulle immunità dalla giurisdizione degli Stati e delle organizzazioni internazionali, è analizzata da A. PANETTA.

delle migrazioni di massa³ nonché con l'insicurezza collettiva aggravata dalle minacce del terrorismo internazionale⁴.

L'attenzione dei ricercatori è stata inoltre rivolta ai recenti percorsi giurisprudenziali e istituzionali che hanno interessato il modo di porsi dei giudici costituzionali al cospetto della "forza" della giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁵, i rapporti di quest'ultima con le giurisdizioni nazionali⁶ e le dinamiche innescate dalla "chiusura" della Corte di giustizia rispetto all'adesione dell'Unione europea alla Convenzione di Roma del 1950⁷.

Del resto, a fronte del "bisogno" di una collaborazione sempre più stretta con la giustizia sovranazionale, collaborazione che si rende necessaria in virtù della crescente domanda di "giustizia" che i singoli rivolgono a Strasburgo, è doveroso interrogarsi sulle possibili forme di consultazione dei giudici nazionali con la Corte EDU e sulle prospettive future dei negoziati per l'adesione dell'Unione europea al sistema CEDU.

La presenza nel libro di contributi che indagano il livello di tutela di alcuni diritti fondamentali nel sistema interamericano testimonia l'attenzione che la ricerca ha avuto, fin dal suo avvio, verso lo studio della circolazione dei modelli decisori e delle tecniche argomentative tra il sistema maturato in ambito CEDU e quello che ha preso forma all'interno dell'area latinoamericana per i paesi che hanno accettato la giurisdizione della Corte interamericana dei diritti umani⁸. L'apertura

³ Della *governance* italiana dell'immigrazione e dell'applicazione dei principi posti a garanzia dei diritti dei rifugiati si occupano i saggi di A. CIERVO e R. PALLADINO.

⁴ Sul valore della laicità e sul significato della convivenza sociale - nel nome dei diritti - nell'esperienza francese si veda il saggio di S. ANGELETTI; sulla costruzione e sull'applicazione della norma incriminatrice penale in un contesto sociale condizionato dal sentimento generalizzato di insicurezza si sofferma il saggio di D. FALCINELLI.

⁵ Il quadro dei rapporti tra Corti alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 è approfondito da G. REPETTO.

⁶ M. BARNABÒ indaga finalità e limiti della nuova competenza consultiva della Corte di Strasburgo così come definita dal Protocollo n.16 alla Convenzione europea.

⁷ Oggetto delle riflessioni contenute nel saggio di S. VEZZANI e in quello di D. FANCIULLO.

⁸ I profili della giurisprudenza interamericana presi in esame riguardano la costruzione di "nuovi diritti", la protezione dei minori e l'effettività dei diritti sociali.

Premessa

della ricerca verso le altre esperienze internazionali di protezione dei diritti umani può fornire del resto spunti di riflessione e dati utili per comprendere il valore, le prospettive nonché i limiti di un governo “globale e comunicante” delle istanze giurisdizionali che riguardano sia la pienezza dei diritti dell’uomo, sia il raggiungimento di *standard* di effettiva democraticità delle istituzioni.

Ringrazio il valutatore che ha espresso nel suo parere parole di apprezzamento per questo volume e sono grata alla dr.sa Sabrina Vannuccini per il supporto costante e puntuale nel delicato lavoro di *editing* di questa pubblicazione.

Perugia, lì 29 gennaio 2016

Luisa Cassetti

Sulla posizione della Corte interamericana rispetto alla disciplina nazionale delle pratiche di fecondazione in vitro ed alla qualificazione del “diritto alla vita” dell’embrione si interroga L. CAPPUCCIO; sui diritti dei minori, quando versano in condizioni di particolare debolezza, si veda l’analisi di due importanti filoni giurisprudenziali contenuta nei contributi di S. VANNUCCINI; le analogie e le divergenze che caratterizzano l’approccio della Corte interamericana rispetto ai giudici di Strasburgo nella ricostruzione in via interpretativa dei diritti sociali sono evidenziate nel contributo di L. CASSETTI.

Diritti (e società) in trasformazione

SILVIA ANGELETTI*

IL DIVIETO FRANCESE AL VELO INTEGRALE,
TRA VALORI, DIRITTI, LAÏCITÉ E FRATERNITÉ **

SOMMARIO: Introduzione. – 1. La lunga *querelle* francese sul velo, tra *laïcité*, politica e diritto. – 1.1. La questione del velo nelle scuole pubbliche (1989 – 2004) – 1.2. Gli sviluppi del dibattito: dal velo al *burqa/niqab*, dalla difesa della laicità alla promozione di una cittadinanza condivisa. – 2. Il divieto del velo integrale, tra ordine pubblico materiale e immateriale. – 2.1. Il rapporto Gérin – 2.2. L'*Avis* del *Conseil d'Etat* e il parere preventivo del *Conseil Constitutionnel*, alla ricerca di un equilibrio tra diritti individuali ed esigenze sociali. – 3. Dagli *spazi pubblici* allo *spazio pubblico*: un singolare che amplia i confini della laicità. – 4. La legge sul velo integrale approda a Strasburgo: Il caso *S.A.S. c. Francia*. 4.1. Il *self-restraint* della Corte Europea dei diritti umani. – Conclusioni.

Introduzione. – Negli ultimi dieci anni, la questione della presenza dei simboli religiosi negli spazi pubblici, già al centro da tempo di riflessioni e controversie in Europa e nel resto dell'Occidente, ha visto crescere il confronto intorno al velo femminile che copre il volto, comunemente indicato come *burqa* o *niqab*.

Capo di abbigliamento connotato da un mosaico di contenuti simbolici (religiosi, culturali, tradizionali)¹, il velo integrale approda in Occidente attraverso le immigrazioni, sollevando questioni complesse e diventando ben presto materia di interesse politico, che mette in discussione «la capacità delle democrazie liberali di trovare solu-

* Prof. associato di Diritto ecclesiastico e canonico, Università di Perugia.

** Il presente contributo è pubblicato in *Federalismi.it*, Focus *Human Rights*, n. 1/2016. Desidero ringraziare Luisa Cassetti (Università degli Studi di Perugia) e Patrick Valdrini (Pontificia Università Lateranense) per le osservazioni sul testo. La responsabilità di quanto scritto resta, ovviamente, solo mia.

¹ R. ALUFFI, *Hijab, il burqa e l'Islam*, in www.reset.it/articolo/hijab-il-burqa-e-lislam; R. PEPICELLI, *Il velo nell'Islam. Storia, politica, estetica*, Roma, 2012; J. W. SCOTT, *Politics of the Veil*, Princeton, 2007.

zioni giuridiche e politiche legittime ed efficaci a un tempo»² per far fronte ad istanze e manifestazioni che si percepiscono come lontane dai valori della maggioranza, senza compromettere i diritti individuali.

È l'aspetto culturale del velo integrale quello che sembra prevalere nell'immaginario mediatico e nella valutazione politica, con la conseguenza di vedervi espressi, di volta in volta, una radicalizzazione etnico-religiosa e il rifiuto dei valori fondamentali della società ospite o, più in generale, la difficoltà di integrazione delle comunità islamiche immigrate.

Tuttavia, nonostante un vivo dibattito, giunto anche nelle aule giudiziarie, e numerose proposte normative, atte a vietare l'uso del velo integrale negli spazi pubblici, la maggior parte dei Paesi europei ha fino ad ora preferito astenersi dall'imporre divieti a carattere assoluto, seguendo la linea suggerita dalle istituzioni europee, volta a contenere il fenomeno facendo leva sulle «armi» democratiche dell'educazione e del dialogo, piuttosto che su quelle legislative³.

In Francia, la questione del velo integrale⁴, che ha condotto all'approvazione della l. n. 2010-1192, 11 Ottobre 2010, si situa entro una cornice culturale, politica e sociale (prima ancora che normativa), dai tratti peculiari, oggi, purtroppo, inevitabilmente enfatizzati dagli attacchi terroristici del gennaio e del novembre 2015. Pochi giorni do-

² D. KOUSSENS - O. ROY, *Pour en finir avec la «burqa»? in D. KOUSSENS - O. ROY (a cura di), Quand la burqa passe à l'Ouest*, Rennes, 2014, p. 7.

³ In particolare, nel 2010, con la Risoluzione n. 1743 e la Raccomandazione n. 1927, l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa esprime una netta contrarietà all'adozione di legislazioni nazionali che prevedano un divieto generale ed assoluto all'uso del velo integrale, pur riconoscendo la legittimità di restrizioni per ragioni di sicurezza pubblica o di esigenze lavorative. Sulla stessa linea il Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite e il Relatore speciale ONU sulla libertà religiosa, ad avviso dei quali un abbigliamento religiosamente qualificato rappresenta una manifestazione del diritto alla libertà religiosa e di espressione; per un'analisi delle fonti richiamate sia permesso rinviare a S. ANGELETTI, *Libertà religiosa e Patto internazionale sui diritti civili e politici. La prassi del Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite*, Torino, 2008.

⁴ Anticipa la controversia che sarebbe sorta intorno alla nuova legge, THE ECONOMIST, *France's Ban on the Burqa: The War of French Dressing*, 14 gennaio 2010. Per una ricostruzione generale del problema, si vedano i contributi riassunti in KOUSSENS - ROY (a cura di), *Quand la burqa*, cit.

po il bagno di folla parigino seguito agli attentati del 7 gennaio⁵, quando per le vie della capitale francese si sono visti sfilare capi di Stato e di governo insieme a semplici cittadini europei, il presidente del Senato, su richiesta del presidente della Repubblica, François Hollande, redige un Rapporto sulla cittadinanza e sull'appartenenza repubblicana. Con accenti non privi dell'inevitabile retorica del momento, si invitano i poteri pubblici a farsi portatori di un messaggio in grado di affermare con forza i valori repubblicani, la cittadinanza e gli elementi simbolici che la rappresentano («Il faut faire vivre ces valeurs à travers des rites partagés et renouvelés»)⁶, interrogandosi, nel contempo, sulle mancanze nei processi di integrazione. È questo il terreno sul quale le autorità francesi appaiono muoversi in questi anni – sul piano educativo, legislativo, giurisdizionale – perseguendo con determinazione l'obiettivo di una maggiore integrazione sociale che non rinunci, ma anzi si fonda sempre più chiaramente, su un'accettazione comune del modello del *vivre ensemble* secondo i valori repubblicani⁷.

⁵ Il 7 gennaio 2015 a Parigi, un gruppo di attentatori fa irruzione nella redazione del settimanale satirico *Charlie Hebdo*, uccidendo dodici persone. L'attentato, compiuto come rappresaglia per la pubblicazione di alcune vignette satiriche contro il Profeta, è seguito alcune ore dopo da un attacco terroristico nei locali di un negozio Kasher.

⁶ «Les valeurs républicaines doivent être portées par des messages forts et les pouvoirs publics doivent mettre en avant les éléments symboliques de la citoyenneté», *Assemblée Nationale, Rapport du Président Claude Bartolone, Libérer l'engagement des Français et refonder le lien civique*, 15 aprile 2015, in www.assemblee-nationale.fr.

⁷ Le preoccupazioni per le crescenti espressioni di radicalizzazione religiosa hanno condotto politici francesi e comunità islamiche a riunirsi intorno a un tavolo, in un Forum svoltosi all'*Assemblée Nationale* nel giugno del 2015, con l'obiettivo di dar vita ad un «vivre-ensemble à la fois tolérant et fraternel». L'appello rivolto dal Forum riafferma il ruolo della *laïcité* come principio di conciliazione tra le libertà, al servizio dell'emancipazione di tutte le coscienze, della concordia civile, dell'interesse generale: «Enfin, la République est appelée à favoriser l'égalité des chances et la mixité sociale et culturelle: sans égalité des chances retrouvée pour tous, sans mixité sociale et culturelle retrouvée partout, les principes et valeurs de la République – liberté, égalité, fraternité, solidarité, laïcité – deviendront aux yeux d'un nombre de plus en plus grand de nos concitoyens de belles formules creuses, une déclamation factice – une parole sans les actes», in *LE MONDE DES RELIGIONS, "République et islam": relance des discussions à l'Assemblée Nationale*, 25 giugno

Il tema del velo integrale negli spazi pubblici si presenta, nel contesto di queste dinamiche, come un *affaire* di natura simbolica, attraverso il quale il Paese misura lo «stato di salute» della propria coesione sociale intorno ai valori repubblicani tradizionali, oltre che la tenuta del principio di laicità.

In verità, nel dibattito politico-giuridico che ha accompagnato la contestata legge sul velo integrale, apparentemente non è in gioco l'osservanza della laicità, che, come è noto, si fonda sui tre pilastri della libertà di coscienza, della separazione tra Stato e Chiese e dell'uguale rispetto di tutte le convinzioni e religioni⁸. La neutralità garantita dal principio di laicità, infatti, è d'obbligo nei servizi pubblici e deve essere assicurata dalle istituzioni, non anche dai privati cittadini; sono altri i valori repubblicani messi in crisi dal velo integrale: primi tra tutti, la *fraternité*, la libertà e l'eguaglianza tra uomini e donne⁹.

Nondimeno, come vedremo, alcuni passaggi argomentativi adottati nel corso dei Lavori preparatori sembrano non solo richiamare implicitamente, ma persino estendere i contorni propri del principio di laicità. Da un lato, infatti, la formula «spazio pubblico», adottata nella l. del 2010 per la prima volta in luogo di «spazi pubblici», suggerisce una sfera simbolica (e non singoli spazi fisici) nell'ambito della quale cittadini e istituzioni sono chiamati a tenere un comportamento improntato alla «discrezione» rispetto alle proprie manifestazioni religiose. Dall'altro, a fronte di un cauto riconoscimento delle esigenze di salvaguardia dell'ordine pubblico materiale (che potrebbero legittimare, ad avviso di chi scrive, forme di limitazione all'uso del velo integrale negli spazi pubblici), emerge un concetto di ordine pubblico

2015. Pone l'accento sul ruolo centrale assunto dall'argomento nazionalista nel dibattito pubblico sulla laicità, S. HENNETTE-VAUCHEZ, *L'Altra: la straniera. Figura retorica centrale delle «guerre giuridiche» nel dibattito francese sulla laicità (2004-2013)*, in *Ragion pratica*, 41/2013, pp. 471-490.

⁸ P. WEIL, *Headscarf versus Burqa: Two French Bans with Different Meanings*, in S. MANCINI - M. ROSENFELD, *Constitutional Secularism in an Age of Religious Revival*, Oxford, 2014, pp. 195-215.

⁹ Ben esplicita gli argomenti a favore del divieto, B. H. LÉVY, *Why I Support a Ban on Burqas*, in www.huffingtonpost.com/the-world-post/, 17 aprile 2010.

immateriale dai contorni giuridici incerti e sulle cui fondamenta si costruisce la tematica del «vivere insieme» e della coesione sociale.

Se il principio di laicità vede accrescersi implicitamente il proprio spazio di applicazione, la tutela della libertà religiosa, al contrario, sembra svolgere, nel dibattito che conduce alla l. del 2010, un ruolo di comprimario. Il velo integrale rappresenta - anche e soprattutto per le donne che lo indossano - una manifestazione di identità religiosa ed è dunque a questo titolo che dovrebbe essere sottoposto ad un eventuale bilanciamento con interessi e diritti di pari rango costituzionale, in ossequio, non va dimenticato, a quanto stabilito dall'insieme delle disposizioni internazionali a tutela del diritto di libertà religiosa, cui i sistemi giuridici nazionali sono chiamati a conformarsi. Nel caso francese i contorni dell'usuale paradigma tendono a mutare: il simbolo del velo integrale è ricondotto a tradizioni etnico-culturali e solo in parte ad una manifestazione religiosa (peraltro percepita come minoritaria e radicalizzata), permettendo così un affievolimento del ricorso ad un adeguato bilanciamento tra i diritti in gioco¹⁰. Nel contempo, il valore collettivo della coesione sociale assurge al ruolo di diritto fondamentale, assicurandosi un primato sulle libertà individuali.

1. *La lunga querelle francese sul velo, tra laïcité, politica e diritto.* – Abbiamo già accennato come uno degli aspetti più interessanti nel dibattito francese sul velo integrale e nella soluzione legislativa cui ha dato luogo, consista nel modo in cui l'argomentazione dei politici nazionali (ma anche della giurisprudenza) si astiene (verrebbe da dire, con attenzione) dal porre al centro delle proprie considerazioni il tema della laicità, sostituendolo con il ricorso alla necessità di difendere altri valori repubblicani fondamentali.

La presa di distanza da un *leitmotiv* che aveva, fino a quel momento, dominato la scena nel dibattito sui simboli religiosi nei luoghi

¹⁰ La base giuridica che consente di limitare l'esercizio della libertà religiosa per violazione dell'ordine pubblico è contenuta nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1789 (art. 10) e nella L. 9 dicembre 1905 (art. 1), J. GUNN, *Religious Freedom and Laïcité: A Comparison of the United States and France*, in *Brigham Young Un. Law Rev.*, 5, 1/2004, pp. 420-506.

pubblici, produce l'effetto non già di ridimensionare il ruolo della laicità quanto, al contrario, di allargarne lo spazio di effettività, attraverso l'estensione del significato di due concetti «chiave»: quello di spazio pubblico e quello di ordine pubblico.

Riprendendo le mosse dalle tesi che hanno animato il dibattito recente, con riferimento alla compatibilità dei simboli religiosi con il principio di *laïcité*, è possibile osservare uno spostamento dialettico capace di produrre equilibri inediti nel bilanciamento dei diritti e degli interessi in gioco.

1.1. *La questione del velo nelle scuole pubbliche (1989 – 2004).*

– Il dibattito francese sul velo si colloca al cuore di un più ampio discorso intorno al modello di relazione Stato - Chiese fatto proprio dall'ordinamento giuridico francese e alla scelta in favore di un regime di *laïcité*; nello stesso tempo, esso abbraccia i temi dell'immigrazione e del modello di integrazione perseguito dalla Francia.

Fornire una definizione giuridicamente precisa del principio di laicità non è opera semplice. Come ricorda Jeremy Gunn, la *laïcité* rappresenta per la Francia un vero e proprio «mito fondativo», spesso ammantato di ideologia, retorica e politica, ma sul cui contenuto strettamente giuridico non vi sono certezze assolute¹¹. Ci basti qui sinteticamente osservare che la *laïcité* francese riposa sui tre pilastri sopra

¹¹ GUNN, cit.; J. GUNN - B. CHELINI-PONT, *Dieu en France et aux États-Unis. Quand les mythes font foi*, Paris, 2005. Nella vastissima letteratura sul tema, ci limitiamo a segnalare J. ROBERTS - J. DUFFAR, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Paris, 8° ed., 2009; F. MESSNER - P. H. PRÉLOT - J. M. WOEHLING, *Traité de droit français des religions*, Paris, 2003; J. BAUBEROT, *Histoire de la laïcité en France*, 6° ed., Paris, 2013; E. POULAT, *Liberté, Laïcité, la guerre des deux France et le principe de la modernité*, Paris, 1988; Id., *Notre laïcité ou les religions dans l'espace public*, Paris, 2014; A. TORRES GUTIÉRREZ, *La ley de separación de 1905 y la génesis de la idea de laicidad en Francia*, Madrid, 2014; P. VALDRINI, *Il principio di laicità nel diritto francese. Neutralità dello Stato e libertà dei cittadini*, in *Ephemerides iuris canonici*, 55, 1/2015, pp. 39-62, il quale sottolinea «la complessità dell'applicazione del principio di laicità in Francia, che si articola in vari regimi giuridici apparentemente contraddittori».

ricordati, che, nelle parole del Rapporto Stasi, sono enunciati nei termini della libertà di coscienza, l'uguaglianza di diritti nelle scelte religiose e spirituali e la neutralità dei poteri pubblici¹². Una delle prime conseguenze di questa configurazione è che la laicità impone neutralità allo Stato e ai propri funzionari e dipendenti nella sfera politica, e non invece ai privati cittadini in quella pubblica: «The wearing of religious signs is forbidden in the state sphere for public servants, for example, but not (...) in the public sphere»¹³.

È su questi presupposti teorici che, sul finire degli anni Ottanta, un'accesa controversia sull'uso del velo nella scuola e negli istituti pubblici educativi, scatenata dalla decisione di alcune studentesse di presentarsi in classe velate¹⁴, viene affrontata, con un certo realismo ed equilibrio, dal *Conseil d'Etat*¹⁵.

Il massimo organo di giustizia amministrativa riconosce che l'adozione di un abbigliamento religiosamente connotato da parte di uno studente costituisce espressione della sua libertà religiosa e, proprio perché non si tratta di un insegnante, non è di per sé atto contrario al principio di laicità. Diverso è il caso in cui il simbolo religioso, per sua natura, per il carattere “ostentato o rivendicativo” o per le condi-

¹² *Rapport au Président de la République*, in <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/034000725/0000.pdf>, par. 9.

¹³ WEIL, *Headscarf versus Burqa*, cit., pp. 199-200. La questione della laicità è stata oggetto di numerosi interventi da parte di Nicolas Sarkozy: si vedano, tra gli altri, il libro-intervista, N. SARKOZY, *La République, les religions, l'espérance*, Paris, 2004 e il discorso tenuto al Capitolo del Laterano il 20 dicembre 2007, riportato (in trad. it.) in *Religioni e laicità, due radici per la Francia. Discorso del presidente francese Nicolas Sarkozy al capitolo di S. Giovanni in Laterano*, in *Il Regno-Documenti*, 5/2008, pp. 170-173. Per un commento, M. D'ARIENZO, *La laicità francese secondo Nicolas Sarkozy*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica, www.statoeChiese.it, luglio 2008; Id., *La laicità francese: “aperta”, “positiva” o “im-positiva”?*, *ivi*, dicembre 2011; P. VALDRINI, *Una nuova concezione della laicità? Il discorso del presidente della Repubblica francese al Laterano (20 dicembre 2007)*, in *Dir. eccl.*, 2008, pp. 405-421.

¹⁴ La vicenda e i successivi sviluppi sono ricostruiti diffusamente in D. MC GOLDRICK, *Human Rights and Religion: The Islamic Headscarf Debate in Europe*, Oxford, 2006, pp. 34-106.

¹⁵ Avis du Conseil d'Etat, *Port du foulard islamique*, 27 novembre 1989, n. 346893, in www.rajf.org/spip.php?article1065.

zioni in cui è indossato, anche da più persone, possa recare disturbo al normale funzionamento del servizio pubblico. Su questo punto il *Conseil d'Etat* opera un distinguo, ritenendo che, in tal caso, il simbolo indossato rappresenti un gesto di propaganda, proselitismo, pressione o provocazione e, dunque, debba essere vietato perché in grado di minacciare la libertà e la dignità degli altri soggetti presenti nella scuola o compromettere il regolare svolgimento delle attività, la salute, la sicurezza o il ruolo educativo dei docenti.

Questa decisione, di fatto, riconduce alle dirigenze scolastiche buona parte della responsabilità di discernere le soluzioni più giuste nei casi concreti; nondimeno, negli anni immediatamente successivi al Parere reso dal *Conseil*, il numero e la gravità delle controversie si riducono sensibilmente.

Il dibattito viene rilanciato, a fasi alterne, negli interventi politici, fino a quando, nel 2003, il Presidente Chirac, facendo seguito ad un'analogia ma più limitata iniziativa del Parlamento¹⁶, nomina una Commissione incaricata di studiare i profili di attuazione del principio di laicità consacrato nella *Loi de séparation* del 1905, in un mutato contesto socio-religioso.

La Commissione, detta Stasi dal nome del suo presidente, termina i suoi lavori riaffermando nel Rapporto finale¹⁷ l'importanza e l'attualità della *laïcité* francese¹⁸ e fornendo alcune indicazioni opera-

¹⁶ Il 4 giugno del 2003, per iniziativa del presidente dell'Assemblea Nazionale, Jean-Louis Debré, si insedia la *Mission Debré*, con l'incarico di studiare la questione del porto dei simboli nella scuola pubblica, *Rapport de la mission d'information sur la question du port des signes religieux à l'école*, in www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r1275-t2.asp.

¹⁷ *Rapport au Président de la République*, cit.; sul tema, P. CAVANA, *I segni della discordia. Laicità e simboli religiosi in Francia*, Torino, 2004; Id., *Interpretazioni della laicità. Esperienza francese ed esperienza italiana a confronto*, Roma, 1998.

¹⁸ Sul rapporto tra la laicità (quale strumento di gestione e di promozione dell'assetto pluralistico della società) e la questione scolastica in Francia, A. FERRARI, *Libertà scolastiche e laicità dello Stato in Italia e Francia*, Torino, 2002: si vedano in particolare le pagine dedicate agli sviluppi del concetto di laicità, dalla Legge del 1905 alle Costituzioni del 1946 e 1958, periodo nel quale «il principio di laicità stava diventando strumento di integrazione, deputato proprio al superamento

tive, tra le quali s'impone, per le reazioni che suscita immediatamente nel dibattito pubblico, la proposta di vietare il porto di ogni simbolo «ostensibile» negli istituti educativi pubblici di ogni ordine e grado¹⁹. Poche settimane dopo, con una cospicua maggioranza, il Parlamento approva la Legge che vieta l'uso di simboli ostensibili nelle scuole pubbliche²⁰, subito ribattezzata la *Loi sur le voile*. Negando che vi sia alcuna volontà di stigmatizzare l'uso del velo quale segno di disegualianza tra uomini e donne e riconoscendone la liceità nei luoghi pubblici, gli estensori della legge difendono l'obiettivo di evitare situazioni di disagio per le ragazze che, non portando il velo a scuola, sono sottoposte a pressioni e minacce da parte dei loro compagni (come il Rapporto Stasi aveva denunciato). Il divieto vorrebbe dunque evitare, all'interno della scuola, situazioni di indebite pressioni, costrizioni e influenze non volute, allo stesso tempo tutelando l'ordine pubblico ed esonerando i singoli capi di istituto da gravose responsabilità di mediazione²¹. Lo spazio di applicazione della legge resta confinato alle sole scuole pubbliche²².

delle dicotomie ottocentesche tra cui, prima fra tutte, quella fra Stato e società» (p. 130).

¹⁹ Cfr. GUNN, *Religious Freedom and Laïcité*, cit., pp. 456 ss. Gunn sottolinea come nel discorso di Chirac, subito dopo la fine dei lavori della Commissione, il legame concettuale tra riaffermazione della *laïcité* e divieto del velo sia presupposto e mai esplicitato (p. 419).

²⁰ LOI n° 2004-228, 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 lycées publics*, in JORF n. 65, 17 marzo 2004. Gunn commenta: «the Stasi Report uses the *rhetoric of laïcité* as a sword to justify the banning of religious clothing and insignia», op.ult.cit., p. 479.

²¹ La legge del 2004 è valutata da molti non in linea con una visione pluralista della società, A. FERRARI, *La lotta dei simboli e la speranza del diritto. Laicità e velo musulmano nella Francia di inizio millennio*, in E. DIENI - A. FERRARI - V. PACILLO (a cura di), *Symbolon/Diabolon. Simboli, religioni, diritti nell'Europa multiculturale*, Bologna, 2005, pp. 193-237; cfr. S. MANCINI, *Il potere dei simboli, i simboli del potere*, Padova, 2008.

²² Rimane una via d'uscita per le ragazze che non accettano il divieto: rivolgersi alle scuole private sovvenzionate dallo stato (in molti casi quelle cattoliche), come ricorda F. MARGIOTTA BROGLIO, *La legge francese sui simboli religiosi un anno dopo*, in S. FERRARI (a cura di), *Islam ed Europa. I simboli religiosi nei diritti del Vecchio continente*, Roma, 2006, pp. 133-142. Mette in luce i disagi creati dalla

Già da qui, a partire dalla l. del 2004, si osserva un'estensione dell'applicazione del principio di laicità ai comportamenti di privati cittadini, non dissimile da quanto accade per il velo integrale; attraverso di essa, infatti, «Il paradigma della laicità come *incompetenza* dello Stato e dei suoi organi in materia religiosa è superato e integralmente sostituito dalla laicità-*neutralità* dello spazio pubblico, che implica al contrario una forte ingerenza della legge e del magistrato civile nella sfera religiosa, fino a vietare determinati comportamenti degli stessi cittadini, minori e utenti di un servizio pubblico, solo in quanto religiosamente motivati»²³.

1.2. *Gli sviluppi del dibattito: dal velo al burqa/niqab, dalla difesa della laicità alla promozione di una cittadinanza condivisa.* – Il dibattito francese sui simboli religiosi, culminato nella *Loi sur le voile*, sembrerebbe destinato ad esaurirsi una volta risolta la questione in ambito scolastico; tuttavia, proprio la sua valenza simbolica ne fa il terreno di scontro inevitabile e privilegiato nel complesso rapporto tra società francese e integrazione islamica e nel confronto politico sui temi dell'Islam, che, nel frattempo, viene alimentato da nuovi episodi.

Nel 2008 la questione del velo integrale s'impone all'attenzione pubblica a causa di una controversia che anticipa alcune conclusioni poi confluite nella l. del 2010.

Il Consiglio di Stato²⁴ è chiamato a pronunciarsi circa la richiesta di naturalizzazione di una donna marocchina sposata con un conazionale che vive in Francia, secondo la procedura prevista dal codice civile francese per le dichiarazioni relative al ricongiungimento familiare.

legge del 2004 per i ragazzi ebrei osservanti che indossano la kippah, N. N. CLEMENS, *The Changing Face of Religion and Human Rights. A Personal Reflection*, Leiden, 2009, pp. 95 ss.

²³ P. CAVANA, *Modelli di laicità nelle società pluraliste. La questione dei simboli religiosi nello spazio pubblico*, in M. PARISI (a cura di), *Simboli e comportamenti religiosi nella società globale*, Napoli, 2006, pp. 43-77 (p. 49); cfr. VALDRINI, *Il principio di laicità*, cit.; HENNETTE-VAUCHEZ, *L'Altra: la straniera*, cit.

²⁴ *Conseil d'État*, 27 giugno 2008, n. 286798, in www.conseil-etat.fr.

La donna indossa il *burqa* e, nel colloquio con il commissario di governo, dimostra di non conoscere nulla della laicità francese o del diritto di voto, mentre dichiara di seguire, insieme al marito, la scuola salafita.

Le dichiarazioni della donna inducono il governo ad opporsi (per la prima volta a causa del *burqa*²⁵) alla procedura di acquisizione della nazionalità francese per «difetto di assimilazione».

Il *Conseil d'Etat* conferma la decisione governativa. Il diniego, ad avviso del giudice amministrativo, non integra gli estremi di una violazione della libertà religiosa della donna, secondo i parametri della legislazione interna e di quella europea; al contrario, esso è legittimamente motivato dal fatto che la ricorrente ha adottato una pratica «radicale» della propria religione «incompatible avec les valeurs essentielles de la communauté française, et notamment avec le principe d'égalité des sexes»²⁶.

Del resto, solo alcuni anni prima si era espressa in modo analogo una circolare interministeriale, autorizzando il diniego di naturalizzazione per difetto di assimilazione alla comunità francese (anche) nel caso in cui il comportamento del dichiarante, sul piano personale o familiare, apparisse incompatibile con i valori nazionali e segnatamente con i principi della libertà individuale e dell'eguale dignità tra uomo e donna²⁷.

Infine, pochi mesi prima dell'approvazione della l. del 2010, a Nantes una donna francese di religione islamica viene multata perché

²⁵ A. FORNEROD, *Les «affaires de burqa» en France*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1/2012, pp. 63-81.

²⁶ Per un commento alla vicenda, C. LABORDE, *Virginity and Burqa: Unreasonable Accommodations? Considerations on the Stasi and Bouchard-Taylor Reports*, *Books and Ideas*, 30 October 2008, in www.booksandideas.net/Virginity-and-Burqa-Unreasonable.html; G. DEVERS, *Burqa, le Conseil d'Etat et les femmes*, in <http://lesactualitesdudroit.20minutes-blogs.fr/archive/2008/07/11/burqa-le-conseil-d-etat-et-les-femmes.html>; J. R. BOWEN, *How the French State Justifies Controlling Muslim Bodies: From Harm-Based to Values-Based Reasoning*, in *Soc. Res.*, 78, 2/2011, pp. 325-348.

²⁷ *Circulaire interministérielle*, DPM/N 2, n. 2005-358 relative à la procédure d'acquisition de la nationalité française par déclaration à raison du mariage 27 luglio 2005, Bulletin Officiel n. 2005-9, in www.sante.gouv.fr/fichiers/bo/2005/05-09/a0090044.htm.

indossa il *burqa* alla guida di un autoveicolo. La vicenda si risolve con la cancellazione della multa, segnando, nondimeno, un ulteriore passo verso l'abolizione dell'uso in pubblico del velo integrale²⁸.

2. *Il divieto del velo integrale, tra ordine pubblico materiale e immateriale.* – Il divieto legislativo di dissimulazione del volto negli spazi pubblici è il frutto di un progetto del Consiglio dei Ministri elaborato nel maggio 2010, poi adottato dall'Assemblea Nazionale e dal Senato nell'estate dello stesso anno. Nel gennaio 2010 si insedia, presso l'Assemblea Nazionale, una *Mission d'Information* sulla pratica del porto del velo integrale nel territorio nazionale, presieduta dal deputato André Gérin²⁹. A marzo, viene pubblicato l'*Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral* redatto dal *Conseil d'État* su richiesta del Primo Ministro. Infine, nel maggio del 2010, l'Assemblea Nazionale approva all'unanimità una Risoluzione sul rispetto dei valori repubblicani di fronte alle pratiche radicali. Uno sguardo ai contenuti dei tre documenti ci permetterà di osservare differenze di non poco rilievo nell'impostazione argomentativa seguita dai deputati e dal giudice amministrativo, rivelatrici di quanta influenza abbia avuto il discorso politico nell'approccio alla questione del velo integrale.

2.1. *Il rapporto Gérin.* – Il *Rapport d'Information* consegnato all'Assemblea Nazionale nel 2010 presenta i risultati di uno studio che ha visto il confronto con numerose realtà associative e con un nutrito gruppo di esperti e di studiosi del settore. In esso si chiarisce la consistenza numerica del fenomeno del porto del *burqa/niqab*, che coinvolge una quantità piuttosto limitata di donne (circa 1900, quasi trecento

²⁸ Sulla vicenda, J. LICHFIELD, *Polygamy and Fraud Claims Fan Burqa Row*, in <http://www.independent.co.uk/news/world/europe/polygamy-and-fraud-claims-fan-burqa-row-1954234.html>.

²⁹ *Assemblée Nationale, Mission d'Information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national, Rapport d'Information*, n. 2262, 26 gennaio 2010, in www.assemblée-nationale.fr.

delle quali vivono nei territori di Oltremare) ma con una crescita nell'ultimo decennio che riguarda soprattutto le ragazze più giovani. Il 90% delle donne che portano il velo integrale, infatti, ha meno di quaranta anni e la maggior parte di esse meno di trenta. Il presunto legame tra questo tipo di abbigliamento e la religione islamica viene negato da alcuni importanti rappresentanti delle comunità islamiche (in particolare, il Consiglio francese del culto musulmano e il Consiglio regionale del culto musulmano) i quali, uditi nel corso dei Lavori, affermano che, in ambito islamico, si tratta «non di una prescrizione religiosa» quanto di una «pratica estrema», «fondata su una visione molto minoritaria»³⁰. Il Consiglio francese del culto musulmano si spinge a dire che la pratica del velo integrale è totalmente incompatibile con le condizioni del *vivre ensemble* non solo in Francia ma anche in un certo numero di Paesi musulmani³¹.

Tra le motivazioni più comuni per le quali le donne scelgono di velare il volto, il Rapporto segnala la ricerca di una purezza e di una pratica più austera del culto e, insieme, la volontà di prendere le distanze da una società che si avverte come perversa. Un terzo motivo ha invece a che fare con il difficile rapporto con i coetanei, esacerbato da un contesto generale di sottomissione e di violenza³². Accanto alle ragioni individuali, lo Studio attesta anche motivazioni riconducibili all'espressione collettiva di una chiusura comunitarista e di un'affermazione del salafismo politico che rappresenta una minaccia per i valori repubblicani.

Sembra dunque evidente la «posta in gioco» nella questione del velo integrale. Se la l. del 2004 aveva avuto l'obiettivo di risolvere un problema che chiamava in causa il rapporto tra la manifestazione delle convinzioni religiose personali e la neutralità delle istituzioni scolasti-

³⁰ *Ivi.*

³¹ *Ivi.*

³² In proposito va ricordato che il Rapporto è stato oggetto di critiche per l'assenza di un lavoro di ricerca sul campo, mirato ad ottenere le testimonianze dirette delle donne che indossano il velo integrale, cfr. E. BREMS, *Face Veil Bans in the European Court of Human Rights: The Importance of Empirical Findings*, in *J. Law Pol.*, 2/2014, pp. 517-551. Analoghe critiche aveva espresso GUNN con riferimento al rapporto Stasi, *Religious Freedom and Laïcité*, cit., p. 470.

che³³, il porto del velo integrale in uno spazio pubblico, da parte di privati cittadini, di per sé non attenta al principio giuridico di laicità, quanto piuttosto all'idea repubblicana del «vivere insieme». In questi termini si esprime il Rapporto Gérin: «En fait, la question du port du voile intégral pose beaucoup plus la question de la différenciation des droits entre citoyens que de l'application de la laïcité. (...) Plus qu'une atteinte à la laïcité, cette pratique est une négation du principe de liberté parce qu'elle est la manifestation d'une oppression. Par son existence même, le voile intégral bafoue aussi bien le principe d'égalité entre les sexes que celui d'égalité de dignité entre les êtres humains. Le voile intégral exprime enfin, et par nature, le refus de toute fraternité par le rejet de l'autre et la contestation frontale de notre conception du vivre-ensemble».

Altri passaggi del Rapporto chiariscono, tuttavia, come il principio di neutralità coinvolga ormai non solo le pubbliche istituzioni ma anche i privati cittadini, ai quali è richiesto, pur nella libertà di espressione e di manifestazione religiosa, di dare prova di una certa discrezione nell'esteriorizzare le proprie fedi, allo scopo di mantenere un equilibrio tra le convinzioni religiose, i diritti altrui e la neutralità della sfera pubblica: «Le principe de laïcité interdit à quiconque de se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre collectivités publiques et particuliers. La République respecte bien toutes les croyances mais, en contrepartie, les citoyens doivent aussi respecter un devoir de discrétion dans l'extériorisation de leurs convictions religieuses».

Simbolo non ascrivibile ad una prescrizione religiosa, dal carattere più politico che religioso, attentato al *code social*³⁴, il velo integrale violerebbe, in definitiva, i valori repubblicani che risalgono alla Rivoluzione. Un divieto legislativo appare agli estensori del Rapporto

³³ Sottolinea come l'uso di *laïcité* e *neutralité* quali sinonimi sia frutto di un'errata interpretazione della prima, A. FERRARI, *Velo musulmano e laïcité française: una difficile integrazione*, in S. FERRARI (a cura di), *Islam ed Europa*, cit., pp. 93-132.

³⁴ J. P. FELDMAN, *Burqa: une loi dangereuse et inutile*, in *Recueil Dalloz*, 2010, p. 387: per l'A., la Francia «remplace le codes non écrits de civilité par des codes écrits de contrainte».

come l'unica strada percorribile, pur nella consapevolezza dei rischi d'incompatibilità con l'art. 9 CEDU e dei possibili rilievi d'illegittimità da parte della Corte costituzionale. Un divieto, peraltro, che va iscritto all'interno di una politica di più ampio respiro, che contempra misure educative, promozione dell'integrazione sociale e culturale e contrasto ad ogni forma di discriminazione e di derive settarie³⁵.

Il tema della libertà di religione e di coscienza resta ai margini della riflessione nel Rapporto Gérin come lo era stato, a suo tempo, nel Rapporto Stasi. Non diversamente si esprime la Risoluzione dell'Assemblea Nazionale seguita al rapporto Gérin³⁶, nella quale si afferma che né la libertà di opinione e di espressione né la libertà religiosa possono essere rivendicati al fine di sottrarsi al rispetto delle regole generali nelle quali si esprimono diritti e valori sui quali si fonda la società. Riferendosi al *burqa/niqab*, la Risoluzione precisa che sono contrarie ai valori repubblicani le pratiche radicali che attentano alla dignità e all'eguaglianza tra uomini e donne, tra le quali l'uso del velo integrale, concludendo con un invito a porre in essere le azioni più efficaci per tutelare le donne contro la costrizione all'adozione di tale abbigliamento, nel quadro di un impegno più generale, teso ad assicurare l'eguaglianza tra uomini e donne e la protezione contro ogni forma di discriminazione.

2.2. *L'Avis del Conseil d'Etat e il parere preventivo del Conseil Constitutionnel, alla ricerca di un equilibrio tra diritti individuali ed esigenze sociali.* – Se il Rapporto parlamentare della Commissione Gérin aveva concluso i suoi lavori affermando una decisa opzione verso un divieto generale ed assoluto della dissimulazione del volto nei

³⁵ Cfr. il Rapporto Gérin. Si sofferma sul punto, A. COSSIRI, *Francia: il rapporto Gerin-Raoult sul velo islamico riaccende il dibattito*, in www.forumcostituzionale.it, 5 febbraio 2010.

³⁶ *Assemblée Nationale, Résolution sur l'attachement au respect des valeurs républicaines face au développement de pratiques radicales qui y portent atteinte*, n. 2455, 11 maggio 2010, in www.assemblee-nationale.fr. La Risoluzione rivela l'approccio politico al tema del porto del velo integrale, secondo FORNEROD, *Les «affaires de burqa» en France*, cit.

luoghi pubblici, di tutt'altro avviso si dimostra il *Conseil d'Etat*, il quale, chiamato dal Primo Ministro francese a pronunciarsi sulla questione, esprime una netta contrarietà ad una futura normativa in tal senso³⁷, motivandola con una carenza di basi giuridiche.

In primo luogo, ricorda il giudice amministrativo, sono già presenti nella legislazione francese disposizioni che vietano di coprire il volto a determinati soggetti (funzionari pubblici) o per ragioni di sicurezza pubblica (quando occorra accertare l'identità o svolgere pratiche che necessitano di documenti di identità e simili). Un divieto generale e riferito alla totalità dello spazio pubblico sarebbe esposto a seri rischi di violazione della Costituzione e della Convenzione europea; molto difficilmente, infatti, si potrebbero reclamare serie e incontrovertibili ragioni giuridiche sulle quali fondare un simile divieto.

Il Consiglio sgombra il campo, preliminarmente, da ogni possibile riferimento al principio di laicità, ricordando come esso trovi applicazione con riguardo alle istituzioni pubbliche nei loro rapporti con i cittadini e non invece rispetto ai comportamenti tenuti da questi ultimi, a meno che non si impongano particolari esigenze (come nel caso delle strutture scolastiche). Spostandosi poi sul terreno dell'autonomia personale, il giudice amministrativo riconosce che l'uso del *burqa/niqab* rappresenta, in molti casi, l'espressione di una libera scelta personale in cui entrano in gioco i diritti di libertà religiosa e di libertà di espressione; è dunque arduo ipotizzare che la tutela della dignità personale possa costituire una base giuridica adeguata per imporre un divieto³⁸.

L'enfasi posta sull'autonomia personale richiama alla mente una vicenda processuale avvenuta alla fine degli anni Novanta, nella quale il *Conseil* si era espresso in modo differente. Chiamato a pronunciarsi sulla controversa questione del c.d. «lancio del nano», infatti, il giudice amministrativo aveva affermato che esistono dei parametri di comportamento che la società considera come accettabili e degni dell'essere umano, dai quali non si può prescindere, qualunque siano

³⁷ *Conseil d'État, Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, 30 marzo 2010, in www.conseil-etat.fr.

³⁸ Per motivi analoghi, non sarebbe altrettanto fondato un divieto argomentato in base al principio di uguaglianza tra uomo e donna.

le motivazioni individuali che giustificano una certa attività (nel caso di specie, per il ricorrente, affetto da nanismo e disoccupato, il «lancio del nano» era un'occupazione lavorativa) e indipendentemente dall'idea che ogni individuo possa avere della dignità umana. Questa linea argomentativa era stata difesa dal governo francese di fronte al Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, al quale il cittadino coinvolto aveva presentato ricorso.

In quella sede, il governo aveva dichiarato che la dignità della persona è parte dell'ordine pubblico, implicitamente affermandone un'estensione di tipo immateriale che oggi troviamo riproposta nel caso del velo integrale³⁹. Nel caso del velo, invece, il *Conseil d'Etat* si distanzia dalle osservazioni dell'Assemblea Nazionale e da quelle (come vedremo tra poco) della Corte costituzionale, orientando il proprio giudizio verso una concezione della dignità umana maggiormente corrispondente al rispetto del libero arbitrio, dell'autonomia personale e della libertà di disporre di sé e del proprio corpo⁴⁰. Soffermandosi sul concetto di ordine pubblico immateriale, infatti, il Consiglio, da un lato ritiene che, se inteso come l'insieme dei buoni costumi e della dignità della persona, esso non possa essere assunto a fondamento di un divieto generale di dissimulazione del volto; dall'altro, riconosce la difficoltà di dare un contenuto preciso ad una concezione dell'ordine pubblico quale insieme delle «regole essenziali del vivere associato». Si tratta, invero, di una formula che non è stata mai oggetto di un'esatta qualificazione giuridica né mai utilizzata dal *Conseil Constitutionnel*, il quale si attesta su una definizione di ordine pubblico in senso materiale.

Dunque, il giudice amministrativo mette in guardia il Legislatore dal fare uso di una categoria giuridica non consolidata e non certa, tanto più tenuto conto dei possibili effetti ai quali una tale configurazione dell'ordine pubblico potrebbe condurre, nell'equilibrio generale della protezione dei diritti e della libertà di religione in particolare.

³⁹ Comm. No. 854/1999, U.N. Doc. CCPR/C/75/D/854/1999 (2002). Sulla vicenda, ANGELETTI, *Libertà religiosa e Patto internazionale sui diritti civili e politici*, cit., pp. 135 ss.

⁴⁰ D. DE BÉCHILLON, *Voile intégral: éloge du Conseil d'État en théoricien des droits fondamentaux*, in *Rev. franç. dr. adm.*, 3/2010, pp. 467-471.

L'ordine pubblico immateriale così concepito, infatti, ha possibilità inedite di estensione, laddove le restrizioni ai diritti per ragioni di ordine pubblico materiale sono necessariamente limitate nel tempo e nello spazio⁴¹. Come è stato osservato, il ricorso all'ordine pubblico immateriale potrebbe legittimare, virtualmente, qualsiasi restrizione e rendere superfluo ogni tentativo di bilanciamento dei diritti in gioco: «Il ne serait plus question de se demander si l'atteinte qu'elle porte à la liberté d'expression ou à la liberté religieuse est proportionnée, non excessive, justifiée en raison par des nécessités objectives. Il serait même posé que l'interdiction est légitime parce qu'absolue»⁴².

Diverso è il discorso per l'ordine pubblico materiale, qualificato in base ai tre pilastri della sicurezza, della tranquillità e della salute. Quest'ultimo può fornire, secondo il *Conseil*, una base giuridica per un divieto che sia genericamente riferito ad ogni forma di nascondimento del volto. Esigenze di sicurezza, dunque, possono legittimare un divieto limitato ad alcune situazioni specifiche e per tempi definiti, come nel caso di servizi pubblici che debbano essere elargiti a seguito d'identificazione della persona o dell'età; inoltre, si possono prevedere estensioni dei poteri di polizia dei prefetti e dei sindaci da esercitare quando le esigenze di pubblica sicurezza lo richiedano⁴³.

In definitiva, il Consiglio di Stato francese, nel solco dell'equilibrio già dimostrato anni prima, trattando del velo nelle aule scolastiche, evita di inserirsi nel dibattito più propriamente politico e dà prova di volersi muovere con circospezione lungo un sentiero delicato, nel quale confluiscono aspetti diversi, che rendono opportuno restringere l'esercizio delle libertà civili con misure proporzionali e necessarie agli obiettivi da raggiungere⁴⁴. Eppure, l'approccio del Consiglio di Stato rimane isolato. Su richiesta del Parlamento, anche il

⁴¹ FORNEROD, *Les «affaires de burqa»*, cit., p. 77.

⁴² DE BÉCHILLON, *Voile intégral*, cit., p. 470.

⁴³ Sul punto, cfr. R. HANICOTTE, *Visage caché, œil policier...La dissimulation du visage au regard de l'ordre public*, in *L'Actualité jur. dr. adm.*, 8/2010, pp. 417-422; S. FERRARI, *Il "burqa" e la sfera pubblica in Europa*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1/2012, pp. 3-11.

⁴⁴ DE BÉCHILLON, *Voile intégral*, cit., p. 469.

Consiglio costituzionale francese⁴⁵ si pronuncia circa la conformità alla Costituzione della legge istitutiva del divieto di occultamento del volto nello spazio pubblico⁴⁶.

Facendo propri gli argomenti della politica, il Consiglio costituzionale conferma la legittimità della Legge, in quanto diretta a reprimere pratiche dannose per la sicurezza pubblica e contrarie alle esigenze minime della vita sociale. I giudici oppongono un'unica riserva: il divieto non deve essere applicato nei luoghi di culto aperti al pubblico, andando, in caso contrario, a ledere eccessivamente la libertà religiosa.

Nella loro stringata motivazione, i giudici sostengono che il Legislatore ha introdotto un bilanciamento, tra la salvaguardia dell'ordine pubblico e quella dei diritti costituzionalmente protetti, «non manifestamente sproporzionato», anche tenendo conto che le donne che nascondono il volto «volontairement ou non, se trouvent placées dans une situation d'exclusion et d'infériorité manifestement incompatible avec les principes constitutionnels de liberté et d'égalité».

La decisione del Consiglio costituzionale è il frutto di un giudizio su argomenti valoriali e di una concezione di ordine pubblico⁴⁷ che lo portano a discostarsi in modo incisivo dalle conclusioni cui era

⁴⁵ *Conseil Constitutionnel*, DC n. 2010-613, 7 ottobre 2010, *Journal Officiel*, 12 ottobre 2010, p. 18345 n. 2. Sul giudizio *a priori* del Consiglio costituzionale, nell'ambito della definizione dei poteri, A. GAILLET, *La loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public et les limites du contrôle pratiqué par le Conseil constitutionnel*, in *Soc. dr. rel.*, n. 2, 1/2012, pp. 47-71.

⁴⁶ La decisione è molto breve, segno, secondo alcuni, della consapevolezza dei giudici di muoversi in un ambito nuovo e delicato, M. VERPEAUX, *Dissimulation du visage, la délicate conciliation entre la liberté et un nouvel ordre public*, in *L'Actualité jur. dr. adm.*, n. 42/2010, pp. 2373-2377.

⁴⁷ Per BOWEN, il Consiglio si pone su un crinale pericoloso: «Public moral order was implicitly extended to include the conditions for social life, conditions violated when burqa-wearers thereby close themselves off from everyday social interaction», *How the French State Justifies*, cit., p. 341. Osserva in proposito FORNEROD: «(...) à l'incertitude qui entoure les faits aux quels le législateur entend mettre fin, dans leur ampleur et leur évolution, est opposée une importante "opération" juridique consistant à enrichir l'ordre public immatériel», *Les «affaires de burqa»*, cit., p. 71. Cfr. VERPEAUX, *Dissimulation du visage*, cit.

giunto il Consiglio di Stato, offrendo un importante sostegno giurisprudenziale agli obiettivi di *policy* che avevano condotto a sancire il divieto.

Ancora una volta, assistiamo ad un'estensione del concetto di ordine pubblico (fino a farvi rientrare «le minime condizioni del vivere insieme») che, richiedendo una sorta di *self-restraint* ai privati cittadini, va ad allargare – di fatto – il perimetro della laicità. Osserva Valdrini: «Lo Stato, dunque, non si accontenta di essere neutrale, ma può giudicare se una manifestazione di fede o di credenza, legittima dal momento che è un'espressione della libertà di coscienza, viola i valori della Repubblica. (...) Con tale atteggiamento, lo Stato va al di là del suo dovere di garantire il pluralismo, lo governa»⁴⁸.

3. *Dagli spazi pubblici allo spazio pubblico: un singolare che amplia i confini della laicità.* – La formula adottata dalla l. del 2010, che vieta la dissimulazione del volto nello «spazio pubblico», è tratta dal campo delle scienze politiche e per la prima volta in questa situazione viene giuridicizzata⁴⁹. Nonostante i chiarimenti su cosa debba intendersi per spazio pubblico, forniti dalle successive circolari del Ministero della Giustizia (le vie pubbliche, i luoghi aperti al pubblico, pubblici e privati, e quelli nei quali si svolge un servizio pubblico), l'uso del singolare in luogo del consueto plurale denota un intento simbolico: se gli spazi pubblici sono spazi materiali, accessibili, lo spazio pubblico è invece luogo metaforico, immateriale, nel quale confluiscono le dinamiche sociali e relazionali⁵⁰.

Ad accrescere le ambiguità contribuisce l'adozione delle due

⁴⁸ VALDRINI, *Il principio di laicità*, cit.

⁴⁹ O. BUI-XUAN, *L'espace public. L'émergence d'une nouvelle catégorie juridique?*, in *Rev. franç. dr. adm.*, mai-juin 2011, pp. 551-559.

⁵⁰ Op.cit., p. 553. Cfr. F. Amérigo, *Ampliando el concepto de orden público como límite a los derechos fundamentales. Comentario a la sentencia del TEDH núm. 43835/2011, ECHR 2014, de 1 de julio de 2014. (S.A.S. v. Francia)*, in *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, 1/2014, pp. 13-54.

nozioni di sfera pubblica e di spazio pubblico quali sinonimi⁵¹; Patrick Weil sottolinea, al riguardo, le ragioni politiche di questo uso disinvoltato delle categorie dello spazio pubblico:

«Unable to deal politically and socially with the presence of Muslims and of Islam in France, some French politicians have started doing with laïcité precisely what they reproach religious radicals for doing: trying to displace the borders between different spaces with the opposite purpose of reducing the place left to religious expression»⁵².

In precedenza, un Parere dell'Alto Consiglio per l'integrazione aveva offerto un esempio degli effetti pratici di questo ampliamento dello spazio pubblico in termini di aumento del perimetro della laicità. In particolare, il Consiglio aveva distinto uno *spazio pubblico*, inteso come quello nel quale trova applicazione il principio di neutralità nei confronti degli operatori di pubblici servizi ma anche degli utenti, chiamati «a dare prova di discrezione nell'espressione delle loro convinzioni religiose»; uno *spazio civile*, comprendente luoghi demaniali e imprese private aperte al pubblico, nel quale le libertà civili incontrano il solo limite del rispetto dei diritti altrui e dell'ordine pubblico; infine, uno *spazio privato* («*intime*»), racchiuso nel recinto del proprio domicilio⁵³. L'obiettivo di tali distinzioni era quello, nelle parole del Consiglio, di rafforzare i valori giuridici comuni contro le derive del particolarismo e di riflettere sull'attualità della regola del «*vivre ensemble laïque*», sempre più stretta tra istanze di riconoscimento di diritti particolari e integrità religiosi capaci di mettere in discussione le basi stesse del principio di laicità. La preoccupazione contro le derive del comunitarismo aveva spinto il Consiglio anche a proporre di consentire alle imprese private l'applicazione di restrizioni all'uso di simboli religiosi sul luogo di lavoro. La proposta richiama il controverso caso *Baby Loup*, in cui la Corte di Cassazione ha ritenuto legit-

⁵¹ Sostiene BUI-XUAN: «La consécration juridique de la notion d'«espace public» dans un texte aussi sensible que celui interdisant le niqab va incontestablement avoir des répercussions sur la définition de la laïcité», *L'espace public*, cit., p. 558.

⁵² WEIL, *Headscarf versus Burqa*, cit., p. 214.

⁵³ *Avis relatif à l'expression des religions dans les espaces publics. Recommandations du Haut Conseil à l'intégration relatives à l'expression religieuse dans les espaces publics de la République*, marzo 2010, in <http://archives.hci.gouv.fr/Avis-relatif-a-l-expression-des.html>.

timo il licenziamento di un'insegnante in un asilo privato che si rifiutava di togliere il velo, in virtù del principio di laicità e di neutralità nell'esercizio delle attività svolte nell'istituto⁵⁴. Al caso *Baby Loup* ha fatto seguito una proposta di legge, introdotta nel 2012, finalizzata ad estendere l'obbligo di neutralità in materia religiosa alle strutture private che accolgono o offrono servizi ai minori, qualora le dette strutture ricevano finanziamenti pubblici⁵⁵. In proposito, l'*Observatoire de la laïcité* ha esposto le ragioni del proprio dissenso di fronte ad ogni nuova legislazione mirante ad estendere l'obbligo di neutralità al settore privato. Ogni vincolo (ulteriore rispetto a quelli già presenti) teso a garantire una neutralità generale ed assoluta, ad avviso dell'Osservatorio potrebbe rivelarsi controproducente ed essere in contrasto con le norme costituzionali, con la CEDU e con lo stesso principio di laicità⁵⁶.

⁵⁴ *Cour de Cassation, Ass. Plenaire*, 25 giugno 2014, n. 612, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 3/2014, p. 709; P. DELVOLVÉ, *Entreprise privée, laïcité, liberté religieuse. L'affaire Baby-Loup*, in *Rev. franç. dr. adm.*, 5/2014, pp. 954-964; S. MOUTON – T. LAMARCHE, *Affaire Baby Loup: suite et fin?*, in *L'Actualité jur. dr. adm.*, 32/2014, pp. 1842-1847; R. BENIGNI, *L'Affaire Baby Loup e la laïcité nel rapporto di lavoro privato. La Francia tra tentazioni integraliste e tutela della libertà religiosa del salariato*, in corso di pubblicazione in *Quad. Dir. Pol. Eccl.*, 3/2015; M. HUNTER-HENIN, *Living Together in an Age of Religious Diversity: Lessons from Baby Loup and SAS*, in *Oxford J. Law Rel.*, 4, 1/2015, pp. 94-118. In precedenza, la *Cour de Cassation (Chambre sociale)*, aveva ritenuto il licenziamento della ricorrente discriminatorio, *Cour de Cassation, Chambre sociale*, 19 marzo 2013, n. 1128845.

⁵⁵ *Proposition de Loi n. 61, visant à étendre l'obligation de neutralité à certaines personnes ou structures privées accueillant des mineurs et à assurer le respect du principe de laïcité*, in www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion0061.asp. La situazione delle scuole private sotto contratto con lo Stato è richiamata da B. CHÉLINI-PONT, *The French Model: Tensions Between Laïc and Religious Allegiances in French State and Catholic Schools*, in M. HUNTER-HENIN (a cura di), *Law, Religious Freedoms and Education in Europe*, Farnham, 2011, pp. 153-169.

⁵⁶ *Observatoire de la laïcité, Communiqué sur la proposition de loi n. 61*, 9 marzo 2015, in www.gouvernement.fr/sites/default/files/contenu/piecejointe/2015/03/communiqu_e_dl_ppl_accueil_mineurs.pdf. Si veda anche la *Charte de la laïcité à l'école* e la *Charte de la laïcité dans les services publics*, in www.gouvernement.fr.

4. *La legge sul velo integrale approda a Strasburgo: Il caso S.A.S. c. Francia.* – La controversia sottoposta al vaglio dei giudici di Strasburgo⁵⁷ trae origine dal ricorso presentato da una giovane donna, pakistana di nascita ma di nazionalità francese, la quale dichiara di indossare il *niqab* in pubblico, in osservanza della tradizione sunnita, che lo considera segno di rispetto.

La giovane precisa che l'uso del *niqab* non è per lei una costante: lo preferisce in alcune circostanze particolari, come ad esempio in occasione di festività religiose, mentre non lo indossa quando si reca dal medico o incontra gli amici; inoltre, si dichiara sempre disponibile a togliere il velo integrale nelle situazioni che lo richiedono, come un'identificazione o un controllo di polizia.

L'11 aprile del 2011, giorno dell'entrata in vigore della l. 2010-1192, la signora presenta ricorso a Strasburgo, sostenendo l'incompatibilità della nuova previsione normativa con le disposizioni della Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali. Dei numerosi parametri convenzionali richiamati dalla ricorrente, non tutti sono giudicati pertinenti al caso di specie. La Corte dichiara, infatti, inammissibile il ricorso con riferimento alla supposta violazione degli artt. 3 (divieto di trattamenti inumani e degradanti), 11 (libertà di riunione e di associazione) e 14 (divieto di discriminazione) in combinato disposto con i primi due. Sono invece ritenute ammissibili le contestazioni riferibili alle disposizioni riguardanti il diritto alla privacy (art. 8), alla libertà religiosa (art. 9) e alla libertà di espressione (art. 10), in combinato disposto con l'art. 14.

Gli argomenti addotti a sostegno del ricorso muovono dalla considerazione che la legge contestata non risponda al requisito della necessità in uno stato democratico, richiesto dalle citate disposizioni convenzionali per giustificare limitazioni normative ai diritti individuali tutelati dalla CEDU. Le ragioni che hanno condotto all'adozione della nuova disciplina sono richiamate dalla ricorrente una ad una, mettendo in discussione la visione sociale sottostante alla misura intrapresa dal governo e affermando la necessità di garantire diritto di

⁵⁷ Corte Edu, Grande Camera, dec. 1 luglio 2014, *S.A.S. c. Francia*, ric. n. 43835/11.

cittadinanza ad una concezione dei rapporti sociali diversa da quella espressa dalla maggioranza.

Nello specifico, si contesta innanzitutto l'idea che il divieto del velo integrale possa rispondere alle istanze dell'uguaglianza di genere e della dignità della persona umana, laddove la scelta di indossarlo è libera e rivela un certo grado di emancipazione e di indipendenza sociale della donna, senza, peraltro, alcun intento di proselitismo. L'adozione nello spazio pubblico di un abbigliamento religioso rappresenta una manifestazione importante dell'identità culturale e religiosa della persona che, se coartata, ne viola la privacy. Anche la sanzione penale prevista dalla legge (un'ammenda e un corso di educazione alla cittadinanza⁵⁸) è stigmatizzata dalla ricorrente come il frutto di una mentalità paternalista, che scoraggia le donne dalla socializzazione e, paradossalmente, finisce per colpevolizzare quelle tra loro che (a giudizio del governo) sono costrette ad indossare il *niqab* a causa delle pressioni familiari.

Quanto all'argomento della salvaguardia della sicurezza pubblica, si fa osservare che sarebbero sufficienti misure meno restrittive della libertà individuale e più proporzionali, come ad esempio un rafforzamento dei controlli nei luoghi sensibili (aeroporti, banche).

Dal canto suo, la difesa del governo si articola intorno ad alcune riserve di ordine procedurale e ad una nutrita argomentazione nel merito, tesa a dare corpo a quella narrazione della società e dell'interazione sociale che, come si è visto, costituisce la ragione più profonda dell'adozione della contestata normativa.

⁵⁸ L'applicazione della legge è stata contrastata dall'uso di alcune associazioni islamiche di pagare le sanzioni pecuniarie a vantaggio delle donne colpite dal divieto, rendendo vana la sanzione. Il governo ha reagito emanando, nel 2015, una *Proposition de loi* volta ad impedire tali comportamenti. La proposta mira a rendere obbligatorio il corso di educazione ai valori della cittadinanza, oltre a prevedere una fattispecie penale specifica nei confronti di chi volontariamente priva di efficacia la legge del 2010, sanzionando il colpevole in modo alquanto severo (con una pena fino a tre anni di reclusione e una multa di 100.000 euro), cfr. *Assemblée Nationale, Proposition de loi n. 2508, visant à sanctionner les entraves à la loi relative à l'interdiction du port du voile intégral dans l'espace public*, 21 gennaio 2015, in www.assemblee-nationale.fr.

Sotto il profilo strettamente processuale, è qui sufficiente accennare al fatto che i giudici di Strasburgo non sposano i rilievi sollevati dal governo in merito all'assenza di qualificazione della ricorrente come vittima attuale (la legge è entrata in vigore, come detto, lo stesso giorno della presentazione del ricorso, dunque la signora non può aver subito alcun accertamento eseguito in ottemperanza al divieto), al mancato esperimento dei ricorsi interni e alla sussistenza di un abuso del diritto di presentare ricorso (la Corte considera quest'ultima una misura estrema, non applicabile al caso di specie)⁵⁹.

Nel merito, la posizione del governo si attesta sull'affermazione della necessità e proporzionalità della misura contestata, che legittimerebbero l'ingerenza nel diritto di libertà religiosa della ricorrente, a garanzia della sicurezza pubblica e della salvaguardia dei diritti altrui. Il divieto, infatti, è motivato prima di tutto con la necessità di contrastare il pericolo di commissione di reati attraverso l'occultamento di identità e la frode identitaria. Tuttavia, è sul secondo punto richiamato che si concentra l'attenzione dei giudici europei ed è lungo questa via – quella della protezione dei diritti altrui – che si snoda l'argomento del governo intorno all'incompatibilità del velo integrale con i principi fondamentali che qualificano il *vivre ensemble* in una società aperta e democratica. Per un verso, viene in rilievo l'importanza del volto nella relazione sociale e il suo occultamento come forma di rifiuto di socializzazione; per altro verso, si fa osservare come il velo integrale esprima una disuguaglianza tra uomo e donna e generi una violazione della dignità della persona umana, dal momento che – scelto o condizionato che sia il suo utilizzo – esso produce l'effetto di «far scomparire» la persona che lo indossa dallo spazio pubblico, di renderla «disumanizzata».

Infine, il governo cerca di proteggere la legge contestata dalle accuse di un intervento discriminatorio, facendo leva sulla scelta di interdire la dissimulazione del viso con qualunque mezzo essa sia rag-

⁵⁹ Dubita che ricorressero, nella fattispecie, i presupposti necessari ad esperire il ricorso, A. LICASTRO, *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, 22 settembre 2014.

giunta e da chiunque sia messa in atto; un escamotage, va detto, che, sebbene sottragga la normativa da palesi vizi di discriminazione, non vale a sollevare alcun dubbio circa il reale intento del Legislatore di perseguire l'uso del velo integrale.

A fianco delle posizioni dei due attori coinvolti, vale la pena richiamare gli interventi dei numerosi soggetti terzi. A sostegno del governo francese interviene (solo) il governo belga, avendo approvato una legge analoga e ispirata ai medesimi obiettivi⁶⁰.

Forte dell'importanza che riveste, per le decisioni di Strasburgo, il confronto con le giurisdizioni superiori⁶¹, il rappresentante belga ricorda che la Corte Costituzionale⁶² del proprio Paese ha rigettato i ricorsi contro la nuova normativa, della quale ha invece confermato la legittimità, necessità e proporzionalità. Il giudice costituzionale belga, analogamente a quello francese, ha preso in esame i tre obiettivi della legge impugnata: la sicurezza pubblica, l'eguaglianza tra donne e uomini e una certa idea del «vivere insieme», ritenendoli tutti rientranti nelle categorie individuate all'art. 9 CEDU legittimanti una limitazione all'esercizio del diritto di libertà religiosa (sicurezza e ordine pubblico, salvaguardia dei diritti altrui e delle libertà fondamentali).

Ad avviso della Corte belga la nuova normativa è necessaria in una società democratica; anche qualora la decisione di indossare il velo integrale non sia il frutto di costrizioni, bensì una libera scelta della donna, per i giudici l'eguaglianza di genere, valore fondamentale in una società democratica «justifies the state in opposing the manifestation of religious belief in public spaces through behaviour which is ir-

⁶⁰ Loi 1 giugno 2011, *Visant à interdire le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage*, in *Moniteur Belge*, 13 luglio 2011, n. 202, p. 41734. Sulla legge belga e sui precedenti giurisprudenziali, J. VRIELINK - E. BREMS - S. OUALD-CHAIB, *Il divieto del "burqa" nel sistema giuridico belga*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1/2012, pp. 161-191.

⁶¹ Sul ruolo assunto dagli interventi dei terzi, P. HARVEY, *Third Party Interventions before the ECtHR: a Rough Guide*, in <http://strasbourgobservers.com/2015/02/24/third-party-interventions-before-the-ecthr-a-rough-guide/>.

⁶² *Cour Constitutionnelle, Arrête*, 6 dicembre 2012, n. 145 in www.const-court.be.

reconcilable with the principle of equality between men and women»⁶³.

Ugualmente, il giudice nazionale conferma la tesi per cui il minimo essenziale delle relazioni umane richiede la possibilità di vedere il volto del proprio interlocutore:

«With regard to “living together”, the Court notes that the individuality of any person in a democratic society is inconceivable unless it is possible to see that person’s face, a basic element of his or her individuality. (...) if persons who conceal this basic element of individuality move in public spaces, which, by definition, concern the community as a whole, it becomes impossible to establish the human relationships that are essential to life in society»⁶⁴.

La Corte ha infine precisato che, tra gli spazi pubblici ai quali si applica il divieto, non devono essere considerati i luoghi di culto, pena un’eccessiva compressione del diritto di libertà religiosa.

Proprio su quest’ultimo versante – quello della libertà religiosa, richiamato solo *in limine* dai giudici belgi – spostano invece l’attenzione le organizzazioni non governative, ricordando come la libertà religiosa, tutelata dalle disposizioni internazionali, abbracci alcune manifestazioni tra le quali figura certamente l’adozione di un particolare abbigliamento. Molto critiche, infatti, si presentano le posizioni delle numerose ONG intervenute, che ricordano gli standard internazionali a protezione della libertà religiosa, della libertà di espressione e del divieto di discriminazione, riaffermando le posizioni espresse in sede internazionale contro il divieto generalizzato all’uso del velo integrale.

Ad avviso di tutti i soggetti intervenuti, in scelte legislative quali quelle adottate dalla Francia e dal Belgio si annida il rischio di produrre effetti deleteri per la libertà di circolazione, di lavoro e di socializzazione delle donne musulmane che indossano il velo integrale. A ciò va aggiunta la considerazione che la compresenza di fattori religiosi, culturali e di genere, è in grado di determinare una discriminazione multipla e dunque aggravata nei confronti delle donne colpite dal divieto, le cui ripercussioni, in termini di potenziale aumento

⁶³ *Ibidem.*

⁶⁴ *Ibidem.*

dell'islamofobia in territorio europeo, non dovrebbero essere trascurate. Come vedremo, i giudici di Strasburgo mostrano di non sottovalutare questi problemi, richiamandoli opportunamente nell'argomentazione⁶⁵; ciononostante, il ruolo affidato alla discrezionalità del Legislatore francese e al suo margine di apprezzamento, si rivela prevalente.

4.1. Il *self-restraint della Corte Europea dei diritti umani*. – Come già ricordato, i giudici europei non accolgono i motivi di doglianza con riferimento a tutti i parametri convenzionali indicati nel ricorso, bensì unicamente con riguardo alle disposizioni a tutela della libertà religiosa e del diritto alla privacy, osservando che l'adozione di un abbigliamento religiosamente qualificato costituisce una scelta personale nella quale si compendiano entrambi i diritti menzionati e, sotto questo profilo, il divieto normativo costituisce senza dubbio un'ingerenza nell'esercizio del diritto. La valutazione si sposta dunque sulla legittimità dell'ingerenza, da rapportare sia al suo radicamento in una fonte normativa (requisito soddisfatto dalla legge francese), che alla sussistenza di almeno uno dei requisiti previsti agli artt. 8 e 9 CEDU e richiamati dal governo, nella specie la sicurezza pubblica e la salvaguardia dei diritti altrui.

In merito al primo dei due requisiti, ad avviso dei giudici l'applicazione di un divieto assoluto al velo integrale non risponde ad un'esigenza impellente e non si configura come misura necessaria in uno stato democratico per proteggere la sicurezza pubblica, atteso che, a tale fine, è sufficiente richiedere obbligatoriamente che venga scoperto il volto nelle circostanze in cui esigenze di controllo lo richiedano. Diversamente, occorrerebbe dimostrare una situazione di pericolo attuale e generalizzato su cui però il governo non sembra aver puntato.

Più problematico si rivela l'iter argomentativo che, seguendo la linea del governo francese, trascura la categoria dell'ordine pubblico materiale per concentrarsi sulla tutela dei diritti altrui e delle libertà

⁶⁵ Su questi temi, P. PAROLARI, *Velo integrale e rispetto per le differenze nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: Il caso S.A.S. c. Francia*, in *Dir. um. dir. int.*, 9, 1/2015, pp. 85-100.

fondamentali. Attraverso il passaggio concettuale già visto nel dibattito che ha preceduto l'adozione della contestata normativa, la difesa francese opera uno spostamento dal piano dei valori a quello dei diritti: l'incompatibilità del velo integrale con «il minimo nucleo di valori di una società aperta e democratica» (desunto dal principio di *fraternité* ed espresso nell'eguaglianza tra uomo e donna, nella dignità umana e nei minimi requisiti della vita sociale), viene ricondotta al criterio convenzionale della salvaguardia dei diritti altrui.

La maggiore forza argomentativa implicita nel codice comunicativo dei diritti umani fa sì che il passaggio da valori a diritti non sia privo di conseguenze giuridiche⁶⁶; al contrario, esso diventa lo strumento attraverso il quale il governo cerca di ottenere la massima tutela raggiungibile per un nucleo di valori che, se certamente costituiscono l'orizzonte di riferimento dell'azione del governo, non per questo – si pensi in particolare ai «minimi requisiti del vivere insieme» – sono in grado di tradursi immediatamente in diritti secondo il parametro convenzionale⁶⁷.

Eppure, la carta giocata dal governo francese si rivela vincente: i giudici di Strasburgo accolgono la sua impostazione, fermandosi ad esaminarne i diversi profili⁶⁸. Sul tema dell'uguaglianza tra uomini e donne, la Corte osserva che la legge in esame correttamente sanziona penalmente ogni abuso ed illegittima costrizione nei confronti delle donne affinché indossino il velo integrale mentre, laddove si sia in presenza di una libera scelta, non si pongono problemi di uguaglianza⁶⁹.

⁶⁶ Sul passaggio da valori a diritti, J. GRIFFIN, *On Human Rights*, Oxford, 2008.

⁶⁷ Cfr. G. GONZALEZ - G. HAARSCHER, *Consécration jésuitique d'une exigence fondamentale de la civilté démocratique? Le voile intégral sous le regard des juges de la Cour européenne*, in *Rev. trim. dr. h.*, 101/2015, pp. 219-233.

⁶⁸ La Corte, tuttavia, lancia un monito alla Francia sul fatto che la legge possa produrre gravi conseguenze sociali, come evidenziato da M. STARITA, *La sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani nel caso S.A.S. c. Francia: una 'sentenza-monito', ma di che tipo?*, in *Dir. um. dir. int.*, 9, 1/2015, pp. 101-123.

⁶⁹ Riconoscendo che l'uguaglianza di genere non possa costituire un valido argomento a sostegno del divieto, i giudici sembrano fare un passo avanti rispetto

Inoltre, i giudici riconoscono che, ad alcune condizioni, le esigenze del vivere insieme possono essere fatte rientrare nella categoria dei diritti altrui e delle libertà fondamentali, indicata all'art. 9 CEDU: si tratta di una valutazione, in ultima analisi, rimessa in capo agli stati.

La Corte giunge a questa conclusione ripercorrendo la propria consolidata giurisprudenza sul punto, facendo leva sulla considerazione per cui, nel contesto di una società democratica e pluralista, il ruolo di regolatore imparziale e neutrale del fenomeno religioso collettivo è assunto dallo stato, cui è affidato il compito di garantire che tutte le religioni coesistano pacificamente e non si traducano esse stesse in fattori limitanti il pluralismo. Lo Stato, come più volte i giudici europei hanno affermato, è *better placed* nel gestire i processi di bilanciamento tra diritti individuali in un regime democratico e pluralista; ferma restando la funzione di supervisore affidata alla Corte di Strasburgo, le istituzioni democraticamente elette si trovano nella migliore posizione per stabilire se, in un caso concreto, la limitazione all'esercizio di un diritto sia legittima e necessaria.

Questo principio trova applicazione in modo particolare quando la fattispecie rientra in un ambito – quale quello della regolazione del fenomeno religioso da parte delle istituzioni – rispetto al quale non esiste un *consensus standard*, poiché forti sono le influenze delle peculiarità storiche e culturali di ogni Paese.

La scelta di *self-restraint* della Corte richiama la stessa articolazione argomentativa che ritroviamo in numerose decisioni riguardanti, in generale, l'adozione di un abbigliamento religioso.

A partire dal caso *Leyla Sahin c. Turchia*⁷⁰ – il primo nel quale esplicitamente i giudici europei riconoscono che un abbigliamento connotato religiosamente è una manifestazione protetta ex art. 9 CEDU (pur non accogliendo il ricorso nel caso di specie) – la Corte è tornata molte volte sull'argomento, sovente confermando l'operato

alla decisione nel caso *Leyla Sahin c. Turchia*, J. MARSHALL, *S.A.S. v. France: Burqa Bans and the Control or Empowerment of Identities*, in *Hum. Rts. Law Rev.*, 15/2015, pp. 377-389.

⁷⁰ Corte Edu, dec. 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c. Turchia*, ric. n. 44774/98.

dello stato coinvolto⁷¹. Seppure in assenza di prove concrete di un pericolo attuale, Strasburgo ha in più occasioni riconosciuto legittima la restrizione del diritto individuale a salvaguardia di principi organizzativi fondamentali dello stato o delle sensibilità di particolari gruppi sociali, ricondotti entro i criteri dell'ordine pubblico e dei diritti altrui⁷².

La controversia che mostra più punti di contatto con quella in esame, non a caso più volte richiamata dai giudici, è *Ahmet Arslan c. Turchia*, i cui protagonisti, alcuni fedeli islamici impegnati in una cerimonia religiosa di fronte alla moschea, si ritrovano in una pubblica piazza vestiti con i tradizionali capi di abbigliamento. In quel caso, i ricorrenti erano stati sanzionati per aver violato le norme vigenti circa il divieto di comparire in pubblico con abiti religiosi, ma la Corte di Strasburgo aveva ritenuto la misura non necessaria, sebbene perseguisse uno scopo legittimo.

In particolare, trattandosi di spazi pubblici e di privati cittadini, i giudici avevano ritenuto il divieto non proporzionale allo scopo di preservare il carattere laico e neutrale dell'ordinamento turco.

Il caso *S.A.S c. Francia*, secondo il parere della Corte, si differenzia dal precedente in quanto non ogni tipo di abbigliamento religio-

⁷¹ Più ampie valutazioni sul punto sono state espresse in S. ANGELETTI, *Autonomia dell'istruzione pubblica, insegnamenti religiosi non confessionali, e libertà educative dei genitori. Una lettura alla luce dell'art. 2 del Protocollo n.1 CEDU*, in L. CASSETTI (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Napoli, 2012, pp. 171-190.

⁷² Corte Edu, dec. 23 febbraio 2010, *Ahmet Arslan c. Turchia*, ric. n. 41135/98; Id., dec. 4 marzo 2008, *El Morsli c. Francia*, ric. n. 15585/06; Id., dec. 4 dicembre 2008, *Dogru c. Francia*, ric. n. 27058/05; Corte Edu (Grande Camera), dec. 13 febbraio 2003, *Refah Partisi c. Turchia*, ric. n. 41340/98 et alii; Corte Edu, dec. 11 gennaio 2005, *Phull c. Francia*, ric. n. 35753/03; Id., dec. 15 febbraio 2001, *Dahlab c. Svizzera*, ric. n. 42393; Corte Edu (Grande Camera), dec. 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c. Turchia*, ric. n. 44774/98; Corte Edu, dec. 20 settembre 1994, *Otto Preminger Institut c. Austria*, ric. n. 13470/87; Id., dec. 10 luglio 2003, *Murphy c. Irlanda*, ric. n. 44179/98. Sul tema, *ex pluribus*, M. VENTURA, *La virtù della giurisdizione europea sui conflitti religiosi*, in R. MAZZOLA (a cura di), *Diritto e religione in Europa*, Bologna, 2012, pp. 293-362; J. PASQUALI CERIOLO, *La tutela della libertà religiosa nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica, www.statoechiесе.it, gennaio 2011; M. PARISI, *Simboli e comportamenti religiosi all'esame degli organi di Strasburgo*, in M. PARISI (a cura di), *Simboli e comportamenti*, cit., pp. 147-182.

samente qualificato è vietato dalla legge francese, ma solo quello (religioso o meno) in grado di nascondere il volto di chi lo indossa⁷³.

In definitiva, spetta alla Francia stabilire se l'uso del *burqa/niqab* contravvenga ai requisiti minimi del vivere insieme, seguendo le dinamiche del libero gioco democratico, «by means of a democratic process within the society in question»⁷⁴, tanto più che, sul punto, non si registra un consenso generale dei Paesi europei in ordine alla liceità o meno dell'uso del velo integrale⁷⁵.

Le due *dissenting opinions* che accompagnano la decisione ben esprimono alcune perplessità suscitate dalla sentenza. In esse si puntualizza che il catalogo restrittivo dei limiti legittimi, indicato agli artt. 8 e 9 CEDU, non permette l'inquadramento al proprio interno di categorie come il «vivere insieme» o «i requisiti minimi del vivere sociale»; sembra quindi lecito dubitare che la misura adottata consegua uno scopo legittimo e si configuri come necessaria in una società democratica⁷⁶.

⁷³ La Corte mostra di avallare la «finzione» francese intorno alla neutralità del divieto, GONZALEZ - HAARSCHER, *Consécration jésuitique*, op.cit.

⁷⁴ Corte Edu, S.A.S. c. Francia, par. 154.

⁷⁵ Per una panoramica sulle soluzioni giuridiche adottate nei Paesi europei, si vedano A. FERRARI - S. PASTORELLI (a cura di), *The Burqa Affair Across Europe. Between Public and Private Space*, Farnham, 2013; S. OUALD CHAIB - E. BREMS, *Doing Minority Justice Through Procedural Fairness: Face Veil Bans in Europe*, in *J. Musl. Eur.*, 2, 1/2013, pp. 1-26; M. TIRABASSI, *Alcuni Paesi europei a confronto: burqa e spazio pubblico tra leggi e iniziative legislative*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2/2011, pp. 351-381; M. L. QUATTROCCHI, *Il divieto di indossare il burqa ed il niqab in Italia e in Europa*, in www.forumcostituzionale.it, 27 febbraio 2011; M. CRAVEGNA, *Abbigliamento religioso, tutela dell'identità ed ordine pubblico*, *Quad. dir. pol. eccl.*, 1/2010, p. 308.

⁷⁶ Analoghe critiche sono state mosse in dottrina: E. BREMS, S.A.S. v. France as a Problematic Precedent, in www.strasbourgobservers.com, 9 luglio 2014; I. INGRAVALLO, *La Corte di Strasburgo e il divieto di burqa: osservazioni critiche*, in www.sidi-isil.org, 24 luglio 2014; E. OLIVITO, *Egalité de combat e "vivre ensemble"*. La Corte di Strasburgo e il divieto francese del velo integrale nei luoghi pubblici, in www.diritticomparati.it; RUGGIU, S.A.S. vs France, cit.; J. GAJARDO FALCÓN, *La prohibición del velo integral en los espacios públicos y el margen de apreciación de los estados*, in *Rev. der. com. eur.*, 51/2015, pp. 769-783; di segno contrario, C. CARDIA, *Principi di diritto ecclesiastico*, Torino, 3° ed., pp. 207 ss.; Id., *Il burqa nega i diritti della donna*, in *Avvenire*, 12 ottobre 2007; Id., *Dire sì o no*

Sostenendo che si sia in presenza di una violazione delle due disposizioni richiamate, i due giudici dissenzienti affermano che la legge francese è espressione di un «pluralismo selettivo» e di una «tolleranza restrittiva», che non trovano, peraltro, analogie nella maggior parte dei Paesi europei, nei quali si è ritenuto opportuno non legiferare sulla questione del velo integrale⁷⁷. Quest'ultima considerazione avrebbe dovuto indurre la Corte europea a non trincerarsi dietro la formula del margine di apprezzamento. Il criterio seguito dalla maggioranza dei giudici è andato invece nella direzione opposta, ovvero quella di ricondurre entro i confini nazionali le scelte normative che esprimono *policies* dal forte valore simbolico.

Conclusioni. – La Corte di Strasburgo riconosce che la scelta francese in favore di un divieto assoluto del velo integrale costituisce, insieme alla legge belga, un'eccezione nel panorama attuale dei sistemi giuridici europei. Ciò non significa che il problema altrove non sia discusso, tutt'altro: in Europa non mancano esempi di come l'uso del *burqa/niqab* si sia imposto all'attenzione delle società e delle istituzioni nazionali. Al fondo, vi è un duplice ordine di ragioni, tra loro difficilmente scindibili nel dibattito. Da un lato, infatti, la capacità simbolica del velo integrale di rappresentare la *diversità*, fa emergere le difficoltà di accoglienza e di gestione delle differenze nei processi d'integrazione delle comunità straniere nei nostri territori; dall'altro, evidenti ragioni di sicurezza e di ordine pubblico (materiale) si con-

al burqa una scelta di valore ineludibile, in www.libertaciviliimmigrazione.interno.it, 4/2010, pp. 59-64; P. CHESLER, *Ban the Burqa? The Argument in Favor*, in *The Middle East Quarterly*, Fall 2010, pp. 33-45; G. BASSETTI, *Interculturalità, libertà religiosa, abbigliamento. La questione del burqa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica, www.statoechiése.it, n. 25/2012.

⁷⁷ Ritiene sproporzionato il divieto francese, comparandolo con l'atteggiamento della Gran Bretagna nel caso *The Queen v. D (R)*, Sept.16 2013, S. CHAKRABARTI, *Faith in the Public Sphere*, in *J. Law Pol.*, XXII, 2/2014, pp. 483-514. Il caso è reperibile in [www.judiciary.gov.U.K./Resources/JCO/Documents/Judgments/The%20Queen%20v-%20D%20\(R\).pdf](http://www.judiciary.gov.U.K./Resources/JCO/Documents/Judgments/The%20Queen%20v-%20D%20(R).pdf).

frontano con le legittime istanze di manifestazione religiosa e culturale che si esprimono attraverso l'abbigliamento. Siamo di fronte a due tipi di argomenti che, per quanto tra loro legati, possono tuttavia rappresentare altrettanti, diversi approcci al problema.

Nel caso francese, come abbiamo visto, il divieto assoluto del velo integrale poggia su una precisa opzione di *policy*, che si fa interpretare di un progetto d'integrazione in grado di rafforzare il senso collettivo di cittadinanza e il comune sentimento di appartenenza ad una società che condivide e si regge su alcuni valori fondativi⁷⁸.

La lettura che si dà di questi valori, compendiate nel concetto di ordine pubblico ideale e nel principio di fraternità⁷⁹, suggerisce che la questione del velo integrale sia affrontata come «una scelta di valore ineludibile»⁸⁰. Per questa via, occorre accettare che si generino conflitti identitari, nei quali si confrontano la cultura della maggioranza sociale e modelli e stili di vita non convenzionali, siano essi di matrice religiosa o etnico-culturale, rivendicati nello spazio pubblico⁸¹. In

⁷⁸ Merita ricordare che la legge sul velo integrale ha creato, nella società francese, meno tensioni di quelle che seguirono all'approvazione della legge sui simboli nelle scuole pubbliche. Un numero importante di organizzazioni e di rappresentanti del mondo islamico si sono dimostrati fin da subito a favore del divieto, come sottolinea S. SILVESTRI, *Comparing Burqa Debates in Europe: Sartorial Styles, Religious Prescriptions and Political Ideologies*, in S. FERRARI - S. PASTORELLI (a cura di), *Religion in Public Spaces. A European Perspective*, Farnham, 2012, pp. 275-292.

⁷⁹ Si sofferma sui principi di solidarietà e di fraternità, U. G. ZINGALES, *Il limite di compatibilità dei simboli religiosi negli spazi pubblici di una democrazia aperta: il caso del burqa e del niqab*, in *federalismi.it*, 3 aprile 2015. Cfr. anche RUGGIU, *S.A.S. vs France*, cit.

⁸⁰ C. Cardia pone la questione entro i termini di una multiculturalità incompatibile, affermando che il *burqa* offende la dignità della donna, mette in pericolo la sicurezza pubblica, ostacola i rapporti sociali, è contrario all'ordine pubblico (non valendo il semplice riconoscimento a superare il senso di diffidenza e di timore ingenerato dal nascondimento del volto), CARDIA, *Principi*, cit.; Id., *Dire sì o no al burqa*, cit.

⁸¹ Nel senso usato da J. HABERMAS, *Religion in the Public Sphere*, in *Eur. J. Phil.*, 14, 1/2006, pp. 1-25. Per un'opposta visione, che mira a salvaguardare la libertà e l'autonomia del singolo fino al margine ultimo del *compelling state interest*, M. NUSSBAUM, *Veiled Threats*, in <http://opinionator.blogs.nytimes.com/2010/07/11/veiled-threats>; Id., *Beyond the*

questo senso, Haarscher pone in evidenza come la legittimità del divieto del velo integrale non trovi fondamento in un presunto rispetto per la sensibilità collettiva, quanto piuttosto abbia a che fare, ben più profondamente, con le condizioni oggettive minime della democrazia. Nella prospettiva per cui la democrazia esige la comunicazione e l'interazione tra individui, «Si, dans l'espace public, les individus se referment sur eux-mêmes comme autant des mondes clos, s'ils ne sont plus individuellement reconnaissables et donc responsables, s'ils cessent de former une communauté de citoyens, aucune démocratie digne de ce nom ne pourra exister»⁸².

Un diverso approccio, che punti a garantire nella misura massima possibile i diritti delle donne coinvolte, può cercare di salvaguardare le libertà individuali tentando di contemperarle con l'interesse al mantenimento dell'ordine pubblico, trovando caso per caso le soluzioni più adeguate⁸³. Sul punto, merita forse ricordare che circoscrivere l'uso del velo integrale ad una pratica culturale e non religiosa, non risolve gli eventuali problemi di armonizzazione con le disposizioni internazionali di tutela dei diritti umani. Dal Patto internazionale sui diritti civili e politici, alla Convenzione Quadro per la protezione delle minoranze nazionali del Consiglio d'Europa, solo per citarne alcuni, i principali trattati a tutela delle minoranze mirano ad assicurare la conservazione e lo sviluppo delle identità dei gruppi minoritari garantendone sia i profili culturali che quelli religiosi; ad essi si affianca la

Veil: A Response, in *NY Times Opinionator*, in <http://opinionator.blogs.nytimes.com/2010/07/15/beyond-the-veil-a-response>.

⁸² GONZALEZ - HAARSCHER, *Consécration jésuitique*, cit. In senso analogo, S. CECCANTI, *Se l'Italia si "difende" dal burqa e dimentica la cittadinanza*, in www.reset.it/articolo/se-litalia-si-difende-dal-burqa-e-dimentica-la-cittadinanza.

⁸³ Commenta, in proposito, LICASTRO, che si tratta, in definitiva, di «giocare la partita» del *burqa*, (...) tenendo presente, da un lato, l'esigenza (...) di diffusa riconoscibilità di chi circola nello spazio pubblico, e, dall'altro lato, l'individuazione dei luoghi (pubblici) in cui quell'esigenza potrebbe risultare meno stringente o meno pressante, così da consentire una "espansione" del diritto di manifestare la propria religione (...), *I mille splendidi volti*, cit., p. 35. In termini analoghi, FERRARI suggerisce «una valutazione pragmatica e condotta caso per caso, che consenta di adottare misure proporzionate ai problemi pratici creati dall'uso del burqa e di rispettare fin dove possibile la libertà di religione e di espressione delle donne che intendono indossarlo», *Il "burqa" e la sfera pubblica*, cit.

normativa antidiscriminatoria dell'UE, che, a propria volta, non separa l'elemento etnico-culturale da quello religioso⁸⁴.

In definitiva, il confronto è aperto tra chi vede nella legittimità dell'uso in pubblico del *burqa/niqab* un riconoscimento del pluralismo insito nelle democrazie liberali e chi sostiene, al contrario, che, attraverso una strategia retorica molto efficace, si voglia difendere, in nome della diversità e del pluralismo, un indumento che rappresenta l'esclusione della diversità e il rifiuto della civiltà democratica⁸⁵.

In questo dibattito il tema delle ragioni della sicurezza non ha finora trovato lo spazio che avrebbe forse meritato. Il mutato scenario internazionale sembra invece porre con forza la questione: gli sviluppi dell'attuale crisi politica internazionale stanno infatti spostando in modo deciso l'attenzione pubblica, mediatica e istituzionale sul versante dell'ordine pubblico, come del resto impone la situazione.

Quale impatto questo stato di cose potrà avere, alla lunga, sulle garanzie per i diritti di libertà e sulla percezione collettiva della sicurezza, è certamente troppo presto per dirlo, così come per formulare qualunque previsione. E' lecito tuttavia attendersi che l'*affaire* del *burqa* non sia concluso e che, anzi, sempre più nel prossimo futuro, questo «pezzo di stoffa»⁸⁶ continuerà ad attirare su di sé lo sguardo degli europei.

⁸⁴ Come sottolinea opportunamente F. MARGIOTTA BROGLIO, *Il principio di uguaglianza e la tutela delle diversità religiose e culturali*, in www.libertaciviliimmigrazione.interno.it, novembre – dicembre 2012.

⁸⁵ GONZALEZ - HAARSCHER, *Consécration jésuitique*, cit.

⁸⁶ Cfr. KOUSSENS - ROY, *Pour en finir*, cit.

VICO VALENTINI*

UN PROVVIDENZIALE PASSO INDIETRO
QUALCHE CHIOSA IN MARGINE A CGUE, GS,
18.12.2014, *INTERNATIONAL STEM CELL*

SOMMARIO: 1. Un'indispensabile micro-premessa. – 2. Due dogmi agonizzanti: l'essenza nazionalistica del biodiritto dei brevetti – 2.1. (*Segue*) e la sua neutralità etica. – 3. Definizioni e ri-definizione di «embrione umano»: il caso International Stem Cell. – 4. Quali ricadute nel sistema domestico?

1. *Un'indispensabile micro-premessa.* – A differenza del diritto penale dei segni distintivi¹, il quale ha una *vocazione pubblicistica*, nel senso che mira – anzitutto, se non proprio esclusivamente – a tutelare la libertà del consenso del pubblico di acquirenti e consumatori², il diritto penale delle invenzioni³ esibisce da sempre un' *essenza privatistica*, limitandosi a ulteriormente sanzionare la trasgressione di precetti extra-penali⁴.

Volendo esprimere lo stesso concetto con parole diverse, potremmo pure dire che il secondo minisistema, a differenza del primo⁵,

* Ricercatore di Diritto penale, Università di Perugia.

¹ Mi riferisco alle fattispecie di contraffazione (artt. 473, 474, 513, 517-*quater* c.p.) e mendacio (artt. 517 c.p., 4, co. 49, l. 350/2003).

² Così, fra gli altri, già C. PEDRAZZI, *Tutela penale del marchio e repressione della frode (Sul rapporto fra l'art. 473 e l'art. 517 c.p.)*, in ID., *Diritto penale*, IV, *Scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, 2003, pp. 369 ss.; A. ALESSANDRI, *I marchi nei delitti contro la fede pubblica (artt. 473 e 474 c.p.)*, in ID. (a cura di), *I reati in materia economica*, vol. VIII, *Trattato teorico/pratico di diritto penale*, diretto da F. PALAZZO - C. E. PALIERO, pp. 485 ss.

³ Art. 517-*ter* c.p.

⁴ F. CINGARI, *La tutela penale dei marchi e dei segni distintivi*, Milano, 2008, pp. 56 ss.

⁵ Che, per entrare in gioco, non si accontenta della mera violazione degli altrui diritti di privativa, ma esige che quella trasgressione abbia innescato un rischio di confusione sulla provenienza aziendale, sull'origine geografica o sulle qualità intrinseche e/o reputazionali del prodotto contrassegnato: sul punto, sia consentito rinviare a V. VALENTINI, *Impresa, concorrenza e consumatori: la tutela penale dei se-*

guarda alla privativa industriale nella sua dimensione statica di elemento patrimoniale immateriale, e, perciò, tende ad appagarsi della mera violazione degli altrui diritti di proprietà industriale.

Breve: parlare di (bio-)diritto delle invenzioni significa parlare anche di (bio-)diritto *penale* delle invenzioni, posto che, appunto, l'area coperta dall'esclusiva brevettuale *coincide* con quella presidiata dalla sanzione penale; il che, in prospettiva dinamica, significa che, variando l'una, varierà pure l'altra.

2. *Due dogmi agonizzanti: l'essenza nazionalistica del biodiritto dei brevetti.* – Nella letteratura specialistica, si legge spesso che il biodiritto brevettuale – e quindi pure il biodiritto penale brevettuale: *retro* § 1 – è faccenda riservata all'autonomia dei singoli Stati, un campo, cioè, dove la fanno da padrone le regole domestiche, e nel quale il diritto sovranazionale giocherebbe un ruolo recessivo e ancillare, limitandosi a partorire *soft laws*⁶.

Non è così.

Si tratta infatti di settore governato (anche) da penetranti e *formalmente vincolanti* – seppur non direttamente applicabili - normative di fonte europea, a cominciare dalla Direttiva 98/44/CE sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche *così come interpretata* dalla Corte di Giustizia UE⁷.

gni distintivo-informativi, in corso di stampa in N. MAZZACUVA - L. FOFFANI (a cura di), *Impresa e diritto penale*, Torino, 2015.

⁶ C. CAMPIGLIO, *L'internazionalizzazione delle fonti*, in S. RODOTÀ - M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, pp. 609 ss.

⁷ Chiaro poi che questa fonte basica dovrà interfacciarsi e combinarsi con quelle – internazionali pattizie – che si occupano direttamente e specificamente (come la Convenzione di Oviedo), oppure anche e indirettamente (come la CDFUE e la CEDU), di biodiritto e biodiritti: sull'intersezione sinergica fra diritto europeo dei diritti umani (CEDU e CDFUE), biodiritto internazionale (Convenzione di Oviedo), biodiritto europeo delle invenzioni industriali (Direttiva 98/44/CE) e disciplina brevettuale nazionale (C.p.i), cfr. R. ROMANO, *Brevetti e artefatti biologici*, Torino, 2012, pp. 109 ss.

Come noto, il diritto euro-unitario, scritto *ma anche vivente*, ha sempre vantato un rango sub- e para-costituzionale *ex artt. 11, 117 Cost.*, orientando l'interpretazione di leggi nazionali, paralizzandone l'applicazione (direttamente, *via giudice comune ex art. 11 Cost.*), e giustificandone l'espunzione (mediatamente, *via Consulta ex art. 117 Cost.*)⁸.

Anche la materia biogiuridico-brevettuale, dunque, è profondamente europeizzata.

2.1. (*Segue*) e la sua neutralità etica. – Sempre nella letteratura specialistica, anche assai autorevole, si legge spesso che il diritto delle invenzioni è un congegno *eticamente neutrale*, giacché interviene in una fase *successiva* a quella della sperimentazione, e *precedente* a

⁸ Anche oltre il giudicato e, naturalmente, salvo controlimiti: in argomento, volendo, cfr. V. VALENTINI, *Continua la navigazione a vista. Europeismo giudiziario ed europeizzazione della legalità penale continentale: incoerenze, velleità, occasioni*, in *Dir. pen. cont.*, 20.1.2015, pp. 1 ss. Sulla tendenza delle Alte Corti europee a percepirsi e, soprattutto, a essere percepite come autentiche fonti del diritto (cd. europeismo giudiziario), M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, pp. 63 ss. In effetti, specie dal 2007, sono stati moltissimi i casi di disapplicazione e/o espunzione di leggi parlamentari per conflitto con sentenze della CGUE e della Corte EDU; si pensi ad es. alle decine di richieste *ex art. 673 c.p.p.* occasionate dalla sentenza con cui la Corte di Giustizia dichiarò confliggente col diritto UE la fattispecie d'inosservanza *ex art. 14, co. 5-ter, TUImm (CGUE, 28 aprile 2011, El Dridi, C-61/11 PPU, in www.curia.europa.eu)*, «come se» quest'ultima – anziché essere insuscettibile di applicazione – fosse stata *eliminata* dall'ordinamento giuridico: *ex multis* Trib. Bari, sez. Altamura, 10 maggio 2011, in *Dir. pen. cont.*, 10.5.2011, Trib. Matera, 12 ottobre 2011, in *ivi*, 18.11.2011; Cass. pen., sez. I, 28 aprile 2011, n. 1590, Trajkovic, *ivi*, 12.7.2011; Cass. pen., sez. I, 23 settembre 2011, n. 5243, Zinoubi, *ivi*, 21.10.2011. Si pensi, ancora, alla dichiarazione di (parziale) illegittimità costituzionale della disciplina del procedimento di applicazione delle misure di prevenzione (C. Cost., 12 marzo 2010, n. 93, in www.cortecostituzionale.it); all'espunzione della regola che disponeva l'applicazione retroattiva della confisca dell'autoveicolo nei casi di guida in stato di ebbrezza (C. Cost., 4 giugno 2010, n. 196, *ivi*), e all'annullamento della disposizione pseudo-interpretativa *ex art. 7 d.l. 341/2000 (C. Cost., 18 luglio 2013, n. 210, *ivi*)*.

quella dell'applicazione-sfruttamento dell'innovazione: queste ultime sì, invece, attraversate da complesse controversie etiche e bioetiche⁹.

Il sistema brevettuale, s'insiste, entrando in gioco quando l'invenzione ha già superato «il vaglio etico della ricerca applicata, della sperimentazione, della modalità [...] imprenditoriale [...] della produzione», si disinteresserebbe dell'eticità dell'innovazione come pure dell'eticità dello sfruttamento dei suoi risultati¹⁰; si potrebbe parlare, a più, di un'etica del brevetto, che però è scrutinio concernente la «moralità» del regime di privativa, vale a dire della – temporanea – sottrazione del trovato al gioco della concorrenza¹¹. La «etica brevettuale», insomma, si risolverebbe in una fredda questione concorrenziale, o, se si preferisce, di etica della concorrenza: ma non di moralità del trovato «in sé»¹².

Pure il sistema *bio*-brevettuale, sempre secondo quest'approccio normoculturale, parteciperebbe di tale logica tecnocratica e a-valoriale, come del resto ha sempre confermato, almeno fino a qualche tempo fa (*infra* § 3), la CGUE: affermando chiaramente che la Direttiva 98/44/CE rispetta la dignità umana¹³ e, in ogni caso, *non* si occupa di valori e diritti che entrano in gioco in fasi precedenti o successive a quella della domanda di brevetto¹⁴, la quale, appunto, resta governata

⁹ P. SPADA, *Etica dell'innovazione tecnologica ed etica del brevetto*, in RDP, 1996, pp. 217 ss.

¹⁰ P. SPADA, *Liceità dell'invenzione brevettabile ed esorcismo dell'innovazione*, in RDP, 2000, pp. 5 ss.

¹¹ Con tutto ciò che ne deriva in termini di monopolio distributivo e sui prezzi: R. ROMANO, *Brevettabilità del vivente e «artificializzazione»*, in S. RODOTÀ - M. TALLACCHINI (cur.), *Ambito e fonti del biodiritto*, cit., pp. 575 ss.

¹² Cosa che darebbe ragione del perché non sono brevettabili trovati di cui è indubbia l'eticità (es. metodi terapeutici e diagnostici), e lo sono invece invenzioni che sollevano complesse controversie etiche (es. armi o sostanze nocive): C. CAMPIGLIO, *I brevetti biotecnologici nel diritto comunitario*, in RCI, 1999, pp. 862 ss.

¹³ Vietando la brevettabilità del corpo umano e di invenzioni contrarie all'ordine pubblico o al buon costume, e vietando pure la brevettabilità di elementi isolati del corpo umano di per sé considerati: CGUE, 9 ottobre 2001, *Paesi Bassi c. Parlamento europeo e Consiglio*, C-277/98, in www.curia.europa.eu, §§ 69-77.

¹⁴ CGUE, 9 ottobre 2001, cit., §§ 78-81.

dagli stessi criteri «tecnic» (novità, originalità, industrialità) applicati in tutti gli altri settori della tecnologia¹⁵.

Come dire, insomma: il diritto dei brevetti *biotech* si disinteressa di questioni morali e non si occupa di ricerca e mercato, giacché divieto di brevettare non significa né divieto di sperimentare, né divieto di sfruttare¹⁶.

La tesi della neutralità, però, ha sempre avuto gambe deboli, non foss'altro perché la nostra biolegislazione brevettuale, a cominciare da quella europea, contempla *al suo interno* principi, regole e divieti di carattere *dichiaratamente* etico-morale¹⁷.

La Direttiva 98/44/CE, ad es., *prima* esclude la brevettabilità d'innovazioni il cui sfruttamento contrasti con l'ordine pubblico o il buon costume (art. 6, co. 1); *poi* cristallizza un catalogo esemplificativo di trovati che gli Stati *devono* considerare confliggenti con quelle macro-clausole (art. 6, co. 2)¹⁸; e *infine* ha cura di precisare che l'ordine pubblico e il buon costume non sono altro che i *principi etici o morali* riconosciuti in uno Stato membro, e che tali principi *completano* le normali verifiche previste dal diritto dei brevetti (Considerando n. 39).

¹⁵ Così, valorizzando le indicazioni contenute nella direttiva *biotech* e nel C.p.i., C. GALLI, *La "via italiana" ai brevetti biotecnologici dopo la riforma del 2010 del Codice della proprietà industriale*, in G. OLIVIERI - V. FALCE - E. AREZZO (a cura di), *Confini e fronti dell'innovazione biotecnologica per la proprietà intellettuale*, Milano, 2014, pp. 67 ss.

¹⁶ L. MARINI, *Brevetto biotecnologico e cellule staminali nel diritto comunitario*, in *GComm*, 2013, pp. 586 ss.

¹⁷ A. STAZI, *Innovazione biotecnologiche e brevettabilità del vivente*, Torino, 2012, spec. pp. 172 ss., pp. 188 ss.

¹⁸ CGUE, 16 giugno 2005, *Commissione c. Italia*, C-456/03, in www.curia.europa.eu, § 78, ove si afferma a chiare lettere che, «contrariamente all'art. 6, n. 1, di tale direttiva, che lascia alle autorità amministrative ed ai giudici degli Stati membri un ampio margine discrezionale nell'attuazione dell'esclusione della brevettabilità delle invenzioni il cui sfruttamento commerciale sia contrario all'ordine pubblico o al buon costume, il n. 2 dello stesso articolo non lascia agli Stati membri alcun margine discrezionale per quanto riguarda la non brevettabilità dei procedimenti e delle utilizzazioni ivi menzionate, dato che tale disposizione è diretta precisamente a circoscrivere l'esclusione prevista al n. 1 [...]»

Anche e anzitutto a livello sovranazionale, dunque, la *liaison* fra sistema brevettuale e precetti morali, fra biodiritto industriale e bioetica, è *espressamente positivizzata*; era perciò prevedibile che quel sistema, prima o poi, avrebbe finito per aprirsi e fare i conti con questioni bioetiche, biopolitiche e bioantropologiche.

Certo, è vero che le suddette direttrici morali rappresentano i *limiti* e non già gli *scopi* del sistema brevettuale *biotech*, esattamente come i diritti basici hanno sempre marcato i limiti dell'azione euro-unionista¹⁹; ciò non esclude, però, e anzi *implica* che la disciplina dei brevetti biotecnologici sia *comunque tenuta* a interfacciarsi con quelle clausole-argine a contenuto etico, e quindi, in ultima analisi, col principio di laicità: che impone di garantire la coesistenza e il confronto democratico fra diverse visioni del mondo (cattolica, veterocattolica, laicista, *liberal*, etc.), alla ricerca di un nucleo assiologico comune (laicità in senso oggettivo-ordinamentale)²⁰; e che, qualora non ci sia spazio per soluzioni passabilmente condivise, *vieta* di ripiegare su una «regola della maggioranza» e di utilizzare la forza del diritto per costringere la coscienza dei singoli (laicità in senso umanistico-individuale)²¹.

¹⁹ Scongiorandone derive liberiste e «marketizzanti»: A. ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford, 1999, pp. 190 ss.; L. BETTEN - N. GRIEF, *EU Law and Human Rights*, London-New York, 1998, pp. 53 ss., pp. 124 ss.; M. DARMON, *La prise en compte des droits fondamentaux par la Court de justice des Communautés européennes*, in M. DELMAS-MARTY (a cura di), *Vers un droit pénal communautaire?* Paris, 1995, pp. 23 ss.; V. VALENTINI, *Marktradikalismus addio? Diritto penale e (in)sicurezze dei consumatori di cibo dopo il Trattato di Lisbona*, in *RTDPE*, 2012, pp. 323 ss.

²⁰ V. per tutti G. FORNERO, *Accezioni e interpretazioni diverse della laicità*, in ID., *Laicità forte e laicità debole*, Milano, 2008, pp. 237 ss.; D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, in *RIDPP*, 2006, pp. 55 ss.; ID., *Diritti umani e diritto penale*, in *RIDPP*, 2013, pp. 1613 ss.

²¹ In questo senso, ancorché da diverse angolazioni, v. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, pp. 18 ss.; S. FERRARI, *Diritto naturale e laicità*, in *Il Regno-Attualità*, 15.4.1995, pp. 243 ss.; G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e 'post-secolarismo'*, in *RIDPP*, 2007, pp. 546 ss.; F. FRENI, *La laicità nel biodiritto*, Milano, 2012, pp. 393 ss.

La nostra idea è che, quando è impraticabile un compromesso fra stranieri morali²², perché ciò che incarna un valore *incommensurabile* per gli uni, esprime un interesse *pianamente sacrificabile* per gli altri; quando, cioè, un fatto/oggetto/attività coagula *irrisolvibili* controversie etico-valoriali, perché le concezioni comprensive che si agitano attorno a quel fatto/oggetto/attività sono talmente distanti da essere *indisponibili al dialogo* e, quindi, *incapaci di coesistere*, lo Stato non sia (più) autorizzato a risolvere autoritativamente la controversia: né pubblicizzando la tutela di una delle *Weltanschauungen* a scapito di quelle antagoniste, ma neppure imponendo una regola di risoluzione del conflitto rivolta a «mediare» fra quelle visioni, proprio perché, in casi del genere, mediare *già significa negare sé stessi*.

L'impressione, in altre parole, è che di fronte a simili scenari, un diritto (brevettuale, penale) laico, pur non potendo esimersi dall'intervenire²³, debba comunque attribuire al singolo la *facoltà* di risolvere secondo coscienza il «suo» conflitto etico, sorvegliando-disciplinando «dall'esterno» l'esercizio della libertà di autodeterminazione individuale, ossia *rinunciando a obblighi e divieti*, e limitandosi a partorire *giustificanti*, meglio ancora se proceduralizzate²⁴.

Scenari come questi, insomma, sono allergici a divieti e doveri, ma anche al linguaggio dei *diritti*: perché, poi, si finisce sempre per riconoscere *speculari doveri* non obiettabili²⁵; meglio dunque parlare di facoltà, libertà e liberalizzazione.

²² H. T. ENGELHARDT, *Manuale di bioetica*, Milano, 1999, *passim*.

²³ Lasciando spazi «liberi da sé stesso»: S. CANESTRARI, "Biodiritto penale" e questioni di inizio vita, in D. PROVOLO *et al.* (a cura di), *Genetics, Robotics, Law, Punishment*, Padova, 2014, pp. 159 ss.

²⁴ Ci riferiamo alle cd. scriminanti *procedurali*, che, appunto, non implicano una valutazione pubblicistica e definitiva circa la legittimità *sostanziale* del fatto: DONINI, *Il volto attuale*, cit., pp. 27 ss.

²⁵ Sul *diritto* di accesso alla diagnosi preimpianto (anche) a favore di coppie (fertili ma) a rischio di trasmissione di malattie genetiche, A VERRI, *Il tribunale di Cagliari riconosce per la prima volta il "diritto" di accesso alla diagnosi genetica preimpianto ad una coppia talassemica*, in *Dir. pen. cont.*, 10.12.2012, ivi anche per i puntuali richiami giurisprudenziali.

In prospettiva europea, tutto ciò non può che significare *self-restraint* e margine nazionale di apprezzamento: al cospetto di profonde asimmetrie giuridico-valoriali a livello domestico, un'azione sovranazionale che si pretende laica dovrebbe astenersi dall'intervenire o, almeno, dall'intervenire in modo penetrante, rilasciando la «sostanza» dell'opzione bionormativa all'autonomia dei singoli Stati²⁶.

E un'ipotesi paradigmatica d'*irriducibile* conflitto deontologico, cui si aggiunge un'*insuperata* (e, parrebbe, insuperabile) incertezza ontologica, è senza dubbio quella dell'embrione umano, e, quindi, anche quella della sperimentazione-brevettazione di trovati che utilizzano materiale embrionale.

In effetti, non esiste una definizione condivisa di embrione né nell'ambito delle scienze della vita²⁷, né in ambito giuridico²⁸; e, soprattutto, non ne esiste una condivisa attribuzione di valore, spaziososi da sistemi che considerano tale entità biologica un'autentica *Person im Recht* (es. Germania, Irlanda), talvolta lasciando intendere ch'essa vanta diritti incondizionatamente assoluti (es. Italia)²⁹, a ordinamenti che negano espressamente che l'embrione sia titolare di diritti-

²⁶ M. VENTURA, *La laicità dell'Unione europea. Diritti, mercato, religione*, Torino, 2001, pp. 105 ss., pp. 226 ss.; V. VALENTINI, *Biodiritto penale delle invenzioni e laicità europea. Sull'eterno girotondo delle cellule staminali embrionali*, in *RIML*, 2015, pp. 961 ss.

²⁷ A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, Torino, 2012, pp. 173 ss., ivi anche per gli opportuni richiami.

²⁸ Ad es., è tale già una singola cellula totipotente per l'ordinamento tedesco, e non è tale l'agglomerato cellulare costituito *in vitro* sino al 14° giorno dalla fecondazione per l'ordinamento spagnolo: riferimenti in G. CAPAREZZA FIGLIA, *Tutela dell'embrione e divieto di brevettabilità: un caso di assiologia dirimente nell'ermeneutica della Corte di Giustizia*, in *DFam*, 1/2012, pp. 20 ss.; per un accurato resoconto comparato sullo statuto giuridico dell'embrione, v. S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, vol. I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Milano, 2012, pp. 69 ss.

²⁹ Prima della sua (provvidenziale) demolizione ad opera della Consulta, infatti, la legge 40/2004 attribuiva ai 'diritti' dell'embrione uno statuto di validità fortissimo, sancendone l'*automatica* prevalenza su tutti gli altri contro-interessi di rango costituzionale che entrano in gioco nelle pratiche di PMA: O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino, 2009, pp. 37 ss.; V. CACACE, *Identità e statuto dell'embrione umano: soggetto di diritto/oggetto di tutela?*, in *RIML*, 2013, pp. 1735 ss.

ti-interessi «indipendenti» (es. Regno Unito). Ovvio poi che le diverse opzioni valoriali genereranno diverse discipline: della PMA, della ricerca e della sperimentazione e, ovviamente, della brevettabilità di innovazioni che utilizzano embrioni e/o materiale embrionale³⁰.

D'altronde, un compromesso valoriale sull'embrione umano pare davvero irraggiungibile: a differenza che in altri settori ad alto tasso etico-culturale (es. riduzione in schiavitù, mutilazioni, pedofilia, ma anche fine vita), dove entrano senz'altro in gioco diritti fondamentali di *persone* e vite *in senso biografico*³¹, dove nessuno dubita, cioè, che ci sia una *offence to others*, in questo caso si discute sulla stessa presenza-assenza di un «*autrui*» titolare di veri diritti³².

3. *Definizioni e ri-definizione di «embrione umano»: il caso International Stem Cell.* – Da questo agitatissimo sfondo, emergono due recenti sentenze della CGUE proprio in punto di brevettabilità di usi di materiale embrionale: la prima, stranota e pluri-commentata, è del 2011 (caso Brüstle)³³; la seconda, meno celebrata ma a nostro avviso molto più dirompente, è invece del 2014 (caso International Stem Cell)³⁴.

I limiti del presente contributo non ci consentono di soffermarci diffusamente su contenuti e implicazioni dei due arresti; in questa sede, ci limitiamo a segnalare che, in occasione del primo, la Corte di

³⁰ A. CONTI - P. DELBON - F. POLICINO, *La sperimentazione sugli embrioni umani: linee di tendenza etico-giuridiche in Europa*, in *RIML*, 2005, pp. 549 ss.

³¹ Sulla distinzione fra (diritto alla) vita in senso biologico e (diritto alla) vita in senso biografico in prospettiva filosofica, v. per tutti G. AGAMBEN, *Homo Sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 2005, pp. 3 ss.; R. ESPOSITO, *Bios. Biopolitica e filosofia*, Torino, 2004, *passim*.

³² Capaci di avere la meglio su contro-diritti: sul punto, di recente, v. Corte EDU, GC, 27 agosto 2015, *Parrillo c. Italia*, in www.echr.coe.int, che opportunamente evita di prendere posizione al riguardo; per un commento dell'arresto, cfr. V. ZAGREBELSKY, *Parrillo c. Italia. Il destino degli embrioni congelati tra Convenzione europea dei diritti umani e Costituzione*, in *RIDU*, 2015, 609 ss.

³³ CGUE, GS, 11 ottobre 2011, *Oliver Brüstle c. Greenpeace eV*, C-34/10, in www.curia.europa.eu.

³⁴ CGUE, GS, 18 dicembre 2014, *International Stem Cell c. CGPDTM*, C-364/13, in www.curia.europa.eu.

Giustizia UE, imprevedibilmente abbandonato il consueto approccio *marktradikal*³⁵, e lasciando che il mega-valore della «dignità del genere e dei processi vitali umani» divorasse le logiche del mercato e della concorrenza (art. 41 Cost.), e quindi pure gli interessi della sperimentazione e della ricerca (artt. 9, co. 1, 32 co. 1, 33 co. 1, Cost.)³⁶: fabbricava una *nozione onnivora* di embrione umano; stravolgeva teleologia e raggio d'azione del sistema brevettuale, *estendendo retrospettivamente* la relativa valutazione di liceità; e vietava *anelasticamente* la brevettabilità di invenzioni che presuppongono la distruzione di embrioni³⁷.

In particolare, la CGUE: *i*) includeva nella nozione di embrione tutte le entità biologiche dotate della potenzialità *astratta* di svilupparsi in un corpo-essere umano: non solo, quindi, qualsiasi ovulo umano sin dalla fase della sua fecondazione, ma anche l'ovulo umano non fecondato in cui sia stato impiantato il nucleo di una cellula matura, o che sia stato indotto a dividersi e svilupparsi attraverso partenogenesi³⁸; *ii*) vietava seccamente la brevettabilità di trovati che implicano la distruzione di embrioni umani (e quindi, in sostanza, la brevettabilità di invenzioni che utilizzano staminali blastocitarie)³⁹, *quale che fosse* il momento in cui avviene quella soppressione⁴⁰; e *iii*)

³⁵ CAPAREZZA FIGLIA, *Tutela dell'embrione*, cit., § 6.

³⁶ C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*³, Torino, 2012, pp. 45 ss.; G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014, pp. 61 ss.

³⁷ Sul punto, ci permettiamo di rinviare ancora a VALENTINI, *Biodiritto penale delle invenzioni*, cit., pp. 979 ss.

³⁸ CGUE, GS, 11 ottobre 2011, cit., § 36. Ovvio, quindi, che quella nozione-aspirapolvere includesse anche le singole cellule totipotenti: conf. M. CASINI, *La Corte di Giustizia dell'Unione europea e il superamento della cd. "teoria del pre-embrione"*, in *DFam*, 1/2012, pp. 38 ss.

³⁹ Proprio perché, allo stato attuale delle tecniche biotiche, le cellule staminali embrionali non possono essere estratte dalla blastocisti senza distruggerla.

⁴⁰ «[O]ve l'attuazione dell'invenzione richieda la distruzione di embrioni umani [...] si deve ritenere che vi sia un'utilizzazione di embrioni umani ai sensi dell'art. 6, n. 2, lett. c), della direttiva. Il fatto che tale distruzione abbia luogo, eventualmente, in una fase ben precedente rispetto all'attuazione dell'invenzione, come nell'ipotesi della produzione di cellule staminali embrionali ricavate da una linea di cellule staminali la cui creazione, di per sé, ha comportato la distruzione di embrioni umani è, al riguardo, irrilevante [...] Si deve pertanto risolvere la terza questione nel senso che l'art. 6, n. 2, lett. c), della direttiva esclude la brevettabilità di

interpretava in senso clamorosamente estensivo il divieto di brevettare usi di embrioni a fini industriali o commerciali (art. 6, co. 2, lett. c), Direttiva 98/44/CE), includendovi *anche* le utilizzazioni a fini di ricerca che siano oggetto di una domanda di brevetto⁴¹. Con ciò, di fatto, allineando la disciplina sovranazionale, che pur ammette *on the books* gli usi di embrioni (sovrannumerari) per fini di ricerca (art. 18, co. 1, Conv. Oviedo)⁴², come pure la brevettabilità di quegli usi⁴³, all'ordinamento nostrano⁴⁴.

Il sistema biobrevettuale *post-Brüstle*, insomma, diventa(va) uno strumento spintamente antisecolarista: un filtro morale⁴⁵ che, bloccando l'accesso al mercato di certe innovazioni, canalizza(va) gli investimenti sulla ricerca, disincentivando quella ritenuta «immorale». È vero, infatti, che divieto di brevettare non significa divieto di sperimentare, ma è pure innegabile che, senza la prospettiva di un'esclusiva sull'attuazione-sfruttamento dell'innovazione, sarà im-

un'invenzione qualora l'insegnamento tecnico oggetto della domanda di brevetto richieda la previa distruzione di embrioni umani o la loro utilizzazione come materiale di partenza, indipendentemente dallo stadio in cui esse hanno luogo e anche qualora la descrizione dell'insegnamento tecnico oggetto di rivendicazione non menzioni l'utilizzazione di embrioni umani»: CGUE, GS, 11 ottobre 2011, cit., §§ 49, 52. In altre parole, poco importa che la distruzione dell'embrione umano preceda, anche di molto, il momento dell'attuazione dell'innovazione; poco importa, insomma, che quel *vulnus* alla «dignità umana» sia stato inferto in fasi anteriori a quella della domanda di brevetto e, perciò, estranee al suo oggetto: il sistema brevettuale deve *estendere retrospettivamente* la sua valutazione di liceità ai momenti della sperimentazione-ricerca, andando oltre il suo tradizionale campo d'azione.

⁴¹ CGUE, GS, 11 ottobre 2011, cit., §§ 39 ss., 44 ss.

⁴² A. BONFANTI, *La brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche legate al corpo umano e la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo*, in N. BOSCHIERO (a cura di) *Bioetica e biotecnologie nel diritto internazionale e comunitario. Questioni generali e tutela della proprietà intellettuale*, Torino, 2006, pp. 119 ss.

⁴³ M. TALLACCHINI - F. TERRAGNI, *Le biotecnologie. Aspetti etici, sociali, ambientali*, Milano, 2004, p. 106.

⁴⁴ L'art. 13 l. 40/2004, infatti, vieta *qualsiasi* sperimentazione su embrioni umani, salvo che non vada a beneficio del singolo «embrione-cavia»; dal canto suo, il C.p.i. esclude dalla brevettabilità *ogni* utilizzazione di embrioni umani, ivi incluse tutte le cellule embrionali umane, quand'anche non siano staminali (art. 81-*quinques*, co. 1, n. 3, e 2).

⁴⁵ Testualmente A. J. WELLS, *Patenting New Life Forms: An Ecological Perspective*, in *EuIPR*, 1994, pp. 111 ss.

probabile che le imprese investano sulla (retrostante, prodromica) attività di ricerca⁴⁶, specie quella che impegna assieme soggetti pubblici e privati⁴⁷. Il che, quando latitano i finanziamenti pubblici⁴⁸, rischia di essere esiziale per la sperimentazione *biotech* su materiale embrionale: che, come tutti sappiamo, concerne di regola metodiche/prodotti in grado di giovare alla salute dei *già nati*⁴⁹.

In occasione del secondo arresto, invece, la CGUE ha fatto un significativo passo indietro ed ha rivisto in chiave restrittiva la definizione di «embrione umano»: includendovi solo quelle entità biologiche dotate della *capacità intrinseca* di svilupparsi in un essere umano⁵⁰.

In altri termini, *non basta più* che un organismo sia in grado di avviarsi verso la formazione di un corpo-essere umano, se poi non è anche capace di portare a termine quel processo di sviluppo *autono-*

⁴⁶ Così ad es. M. CASINI, *La Corte di Giustizia*, cit., pp. 38 ss.; L. MARINI, *Brevetto biotecnologico*, cit., § 4.

⁴⁷ È la ricerca «finalizzata» descritta da G. GHIDINI, *La problematica delimitazione dell'area del brevettabile fra ricerca pura e ricerca applicata*, in G. OLIVIERI - V. FALCE - E. AREZZO (cur.), *Confini e fronti*, cit., pp. 7 ss.

⁴⁸ Come ad es. accade da noi: v. da ultimo Cons. St., sez. VI, 1 dicembre 2009, n. 5973, in www.giustizia-amministrativa.it, ove si conferma che l'Amministrazione pubblica resta libera di non finanziare la ricerca su cellule staminali embrionali.

⁴⁹ A differenza delle staminali adulte (o multipotenti, come per es. quelle ricavabili dal cordone ombelicale), le staminali embrionali sono capaci di generare qualsiasi tessuto (cd. pluripotenti, ricavabili dalla blastocisti), e financo un intero organismo (cd. totipotenti, come ad es. lo zigote); chiaro quindi che, vista la loro straordinaria versatilità, quelle embrionali costituiscano il più promettente settore della ricerca *biotech*: C. A. REDI, *La questione delle cellule staminali. Il quadro scientifico*, in S. CANESTRARI *et al.* (a cura di) *Il governo del corpo*, vol. I, Milano, 2011, pp. 1087 ss. Per un affresco delle patologie (fra cui grandi ustioni, malattie neurologico-degenerative, diabete, etc.) che possono essere rallentate o sconfitte attraverso l'uso di staminali embrionali, v. ancora TALLACCHINI - TERRAGNI, *Le biotecnologie*, cit., pp. 109 ss.

⁵⁰ In argomento, v. per es. G. MILIZIA, *Semaforo verde alla brevettabilità degli ovuli umani non fecondati: per la CGUE non sono embrioni*, in *D&G*, 1/2014, pp. 28 ss. S. PENASA, *La Corte di Giustizia e la ri-definizione del contenuto normativo di "embrione umano": l'ultima (?) fase della "saga" Brüstle (C-364/13)*, in www.forumcostituzionale.it.

*mamente, vale a dire senza necessità di ulteriori interventi tecnico-manipolativi; di qui, l'esplicita esclusione dalla nozione di embrione dei cd. partenoti*⁵¹, in tanto in quanto sprovvisti di tale *inherent capacity*.

«Dalla sentenza Brüstle [...] risulta [...] che un ovulo umano non fecondato deve essere qualificato come “embrione umano”, ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 2, lettera c), della direttiva 98/44, nei limiti in cui siffatto organismo sia “tale da dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano” [...] tale espressione deve essere intesa nel senso che, per poter essere qualificato come “embrione umano”, un ovulo umano non fecondato deve necessariamente avere la capacità intrinseca di svilupparsi in essere umano. Di conseguenza, nell'ipotesi in cui un ovulo umano non fecondato non soddisfi tale condizione, il solo fatto che tale organismo inizi un processo di sviluppo non è sufficiente per considerarlo un “embrione umano” [...]. Per contro, nell'ipotesi in cui un siffatto ovulo avesse la capacità intrinseca di svilupparsi in essere umano [...] esso dovrebbe essere trattato allo stesso modo di un ovulo umano fecondato, in tutte le fasi del suo sviluppo»⁵².

Breve: secondo l'interpretazione-legge International Stem Cell, dunque, non è (più) embrione tutto ciò che, «*da sé*», non è in grado di *sfociare* in un essere umano.

4. *Quali ricadute nel sistema domestico?* – A seguito del caso-norma «International Stem Cell», anzitutto, diventano senz'altro brevettabili le innovazioni che utilizzano cellule staminali ricavate da ovuli indotti a dividersi e svilupparsi mediante partenogenesi: perché obblighi ermeneutici di rango costituzionale *ex art. 117 Cost. ci impongono* di escludere dalla nozione «embrione umano» e di «cellule embrionali umane», di cui è(ra) vietata la brevettabilità *ex art. 81-quinquies C.p.i.*⁵³, quel materiale genetico.

⁵¹ Ossia i prodotti della cd. partenogenesi, che, come già rapidamente anticipato, consiste nella stimolazione elettrochimica di un ovocita non fecondato.

⁵² CGUE, GS, 18 dicembre 2014, cit., §§ 27-30.

⁵³ *Art. 81 quinquies. Esclusioni.* – «1. Ferme le esclusioni di cui all'articolo 45, comma 4, sono esclusi dalla brevettabilità: [...] b) le invenzioni il cui sfrutta-

Non solo, però.

Per quanto la Corte di giustizia UE si sia esplicitamente riferita alla sola partenogenesi, ci ha regalato una *ratio decidendi* estremamente limpida, che suona grosso modo così: ciò che decide della presenza/assenza di un embrione umano, è la capacità/incapacità di evolversi «da sé» in un corpo-essere umano.

Stando così le cose, pare irrimediabilmente avviato verso una declaratoria di illegittimità costituzionale, per conflitto frontale con gli artt. 41, 117 Cost., anche il divieto di brevettabilità dei procedimenti di clonazione terapeutica *ex art. 81, co. 1, lett. b), n. 1, C.p.i.*⁵⁴: come il partenote, infatti, anche l'ovocita denucleato-rinucleato (cd. pseudo-zigote) *non* è in grado di raggiungere la fase blastocistaria senza (ulteriori) interventi di stimolazione artificiale⁵⁵.

Domande (retoriche): e i crimini di sperimentazione? Quale la sorte dei divieti penalmente sanzionati *ex art. 13, l. n. 40/2004*, fra cui quello di clonazione nucleare⁵⁶? È pensabile che in due adiacenti set-

mento commerciale è contrario alla dignità umana, all'ordine pubblico e al buon costume, alla tutela della salute, dell'ambiente e della vita delle persone e degli animali, alla preservazione dei vegetali e della biodiversità ed alla prevenzione di gravi danni ambientali [...]. Tale esclusione riguarda, in particolare: 1) ogni procedimento tecnologico di clonazione umana, qualunque sia la tecnica impiegata, il massimo stadio di sviluppo programmato dell'organismo donato e la finalità della clonazione [...] 3) ogni utilizzazione di embrioni umani, ivi incluse le linee di cellule staminali embrionali umane [...] 2. E', comunque, escluso dalla brevettabilità ogni procedimento tecnico che utilizzi cellule embrionali umane».

⁵⁴ Il procedimento di clonazione terapeutica o nucleare, finalizzato a ottenere linee cellulari staminali embrionali, consiste nell'innesto del nucleo di una cellula somatica adulta in un ovocita a sua volta de-nucleato, con lo scopo di ottenere cellule staminali autologhe perfettamente compatibili con l'individuo (malato) adulto: G. MILANO - C. PALMERINI, *La rivoluzione delle cellule staminali*, Milano, 2005, pp. 140 ss.

⁵⁵ F. D. BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Torino, 2001, p. 15.

⁵⁶ *Art. 13. Sperimentazione sugli embrioni umani.* - «1. E' vietata qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano. 2. La ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso [...] 3. Sono, comunque, vietati: a) la produzione di embrioni umani a fini di ricerca o di sperimentazione o comunque a fini diversi da

tori dello stesso ordinamento, in due minisistemi che regolarmente intervengono in sequenza logico-cronologica⁵⁷, abitino definizioni asimmetriche? È sostenibile che la definizione di «embrione umano» valida per la disciplina brevettuale non lo sia anche per la disciplina della sperimentazione?

Ovviamente no: elementari ragioni di coerenza logico-ordinamentale e assiologica ci convincono, o meglio ci obbligano a estendere al campo della ricerca la nozione di embrione elaborata dalla Corte di Giustizia UE in ambito bio-brevettuale, ossia a rileggere la non-definizione *ex lege* n. 40/2004⁵⁸ alla luce delle indicazioni del giudice europeo.

In primo luogo, perché è impensabile che un settore dell'ordinamento consenta e tuteli i risultati di certe attività (ad es. invenzioni che presuppongono la distruzione di partenoti), e un altro settore dello stesso ordinamento, al contempo, colpisca, per di più con sanzioni liberticide, le attività che generano quei risultati (nel nostro esempio: la ricerca «soppressiva» su partenoti).

In secondo luogo, perché è impensabile che il diritto industriale, governato da logiche economico-mercantili, abbia maglie più larghe della disciplina della ricerca su materiale embrionale, che invece persegue anzitutto scopi collettivistico-curativi; in altre parole, sarebbe straordinariamente irragionevole, perché frontalmente confliggente con l'assiologia costituzionale, un ordinamento che sacrifica la «digni-

quello previsto dalla presente legge [...] c) interventi di clonazione mediante trasferimento di nucleo o di scissione precoce dell'embrione o di ectogenesi sia a fini procreativi sia di ricerca [...] 4. La violazione dei divieti di cui al comma 1 è punita con la reclusione da due a sei anni e con la multa da 50.000 a 150.000 euro. In caso di violazione di uno dei divieti di cui al comma 3 la pena è aumentata [...]».

⁵⁷ Essendo scontato che, di regola, si fa – e s'investe in – ricerca per brevettare i relativi risultati. Anche la sperimentazione, e specialmente quella sulle staminali embrionali, è dunque animata da dinamiche commerciali-industriali: M. CASINI, *La Corte di Giustizia*, cit., § 8.

⁵⁸ La legge 40/2004, infatti, non definisce esplicitamente l'embrione, limitandosi a lasciare *implicitamente* intendere di considerare tale l'ovulo umano a partire dal momento della fecondazione (art. 6, co. 3), come pure, per quel che qui specificamente interessa, l'oocita in cui sia stato trasferito il nucleo di una cellula somatica adulta (art. 13, co. 3, lett. c): A. VALLINI, *Illecito concepimento*, cit., pp. 174 ss., pp. 251 ss.

tà del genere umano» in nome del patrimonio, del mercato e della concorrenza, e non anche in nome della salute collettiva⁵⁹.

E così, ricadranno già *de lege lata* fuori dei divieti *ex art.* 13, l. 40/2004 la produzione di partenoti umani, quali che ne siano i fini, come pure la ricerca e la sperimentazione su quel materiale pseudo-embriionale; quanto al divieto secco di clonazione nucleare *ex art.* 13, co. 3, lett. *c*), invece, l'unico rimedio praticabile sembra essere la dichiaratoria di incostituzionalità: la quale, oltre che sulla violazione degli artt. 9, co. 1, 32, co. 1, 33, co. 1, può oggi contare anche sulla trasgressione dell'art. 117 Cost.

In conclusione, il caso-legge International Stem Cell realizza «preterintenzionalmente» il principio di laicità, avvicinando la nostra bionormativa all'architettura costituzionale, e traghettandoci verso lo spazio ragionevolmente libero (non dal diritto ma) da doveri e divieti di cui devono godere le questioni d'inizio vita.

⁵⁹ Semmai sarebbe pensabile il contrario, come accadeva da noi per i prodotti farmaceutici, rispetto ai quali era ammessa la sperimentazione ma non anche la brevettabilità (prima che il Giudice delle leggi, opportunamente, eliminasse quella preclusione): cfr. ROMANO, *Brevetti e artefatti biologici*, cit., pp. 158 ss.

LAURA CAPPuccio*

I «NUOVI» DIRITTI DINANZI ALLA CORTE INTER-AMERICANA, TRA LA RICERCA DI UN CONSENSO ESTERNO E L'ASSENZA DI MARGINE DI APPREZZAMENTO

SOMMARIO: 1. Il diritto alla vita nella giurisprudenza interamericana. – 2. La sentenza *Artavia Murillo* tra l'interpretazione dell'art. 4, par. 1, e la ricerca di un consenso esterno. – 3. I nuovi diritti dinanzi al sistema interamericano.

1. *Il diritto alla vita nella giurisprudenza interamericana.* – La Corte interamericana è stata recentemente chiamata a pronunciarsi sul diritto alla vita, affrontando questioni fino a questo momento non ancora analizzate.

Se osserviamo la giurisprudenza del 2014, il diritto alla vita risulta ancora uno dei diritti maggiormente violati¹. La Corte interamericana, infatti, si confronta ancora con l'inosservanza dei più basilari diritti umani, come la vita, l'integrità personale, il diritto ad un giusto

* Ricercatore di Diritto costituzionale, Università di Napoli "Federico II".

¹ Le 13 pronunce adottate nel 2014 hanno avuto ad oggetto la violazione del principio di legalità e del diritto al ricorso davanti ad un giudice (*Liakat Ali vs. Suriname*); del diritto alla vita ed alla integrità personale (*Velis Franco y otros vs. Guatemala*); del principio di legalità e della presunzione di innocenza (*Norin Catrیمان vs. Cile*); del diritto alla vita ed alle garanzie del giusto processo (*Hermanos Landaeta Mejías vs. Venezuela*); del diritto alla vita e dei diritti politici (*Defensor de Derechos Humanos vs. Guatemala*); del diritto di proprietà e dei diritti alla protezione giudiziale (*Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de bayano vs. Panamá*); del diritto alla vita, alla durata ragionevole del processo, ed alla limitazione dell'uso della forza (*Tarazona Arrieta vs. Perú*); del diritto alla vita, alla integrità personale, (*Rodríguez Vera vs. Colombia*); del diritto alla integrità personale, alla libertà personale, all'onore ed alla dignità, alle garanzie del giusto processo (*Espinosa Gonzáles vs. Perú*); della libertà personale e presunzione di innocenza (*Arguelles vs. Argentina*); della personalità giuridica, dell'identità, della libertà personale, della libertà di circolazione e residenza (*Persona dominicana y Haitianas Exulsads vs. República Dominicana*); la multiple violazione dei diritti della Convenzione nel caso sparizioni forzate (*Rochac Hernández vs. El Salvador*).

processo². Il diritto alla vita, in particolare, viene offeso attraverso le sparizioni forzate (*Rochac Hernández vs. El Salvador*, sentenza del 14 ottobre 2014), le esecuzioni sommarie (*Defensor de Derechos Humanos vs. Guatemala*, sentenza del 28 agosto 2014), l'uso arbitrario della forza (*Tarazona Arrieta y otros vs. Perú*, sentenza del 15 ottobre 2014). Non è un caso che l'art. 4 della Convenzione sia tra quelli più analizzati dai giudici di San José; basti pensare che, almeno fino al 2012, su circa 141 sentenze adottate, 65 avevano ad oggetto il diritto alla vita³.

In oltre trent'anni di attività, la Corte interamericana ha costantemente ribadito che la vita è un diritto umano fondamentale, è un pre-

² Cfr. la giurisprudenza sulle sparizioni forzate, *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*, sentenza del 27 novembre 2008; *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*, sentenza del 22 settembre 2009; *Caso Radilla Pacheco vs. México*, sentenza del 23 novembre 2009. Sui massacri, *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, sentenza del 29 aprile 2004; *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, sentenza del 15 settembre 2005; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia* sentenza de 31 gennaio 2006; *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentenza del 1 luglio 2006; *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*, sentenza del 11 maggio de 2007; *Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, sentenza del 24 novembre 2009. Sulle esecuzioni stragiudiziali: *Caso Neira Alegria y otros vs. Perú*, sentenza del 19 gennaio 1995; *Caso del Caracazo vs. Venezuela*, sentenza dell'11 novembre 1999; *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*, sentenza del 16 agosto 2000; *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, sentenza del 15 novembre 2006; *Caso Escué Zapata vs. Colombia*, sentenza del 4 luglio 2007; *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, sentenza del 26 maggio 2010.

³ Per questo dato, cfr. C. AVALA CORAO - M. DANIELA RIVERO, *Art. 4. Derecho a la vida*, in C. STEINER - P. URIBE (a cura di), *Convención americana sobre derechos humanos. Comentario*, Berlino, 2014, p. 113. Sul diritto alla vita cfr. O. HUERTA DÍAZ - V. M. CACERES TOVAR - N. CHACÓN TRIANA, W. GÓMEZ CARMONA, *El derecho a la vida desde la perspectiva del sistema interamericano de derechos humanos*, in www.juridicas.unam.mx; R. CENEDESI BOM COSTA RODRIGUES, *El nuevo concepto del derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos*, in www.idpc.es; C. MEDINA QUIROGA, *La Convención Americana: Teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Centro de derechos humanos, Cile, 2005; M. REVENGA SANCHEZ - A. VIVIANA GARCÉS (a cura di), *Tendencias jurisprudenciales de la Corte interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Derecho a la vida, Libertad personal, libertad de expresión, participación política*, Valencia, 2007.

requisito necessario per godere di tutti gli altri diritti; se non viene rispettato gli altri diritti perdono di senso⁴. Volendo riassumere brevemente i tratti salienti di questa giurisprudenza, possiamo ricordare che i giudici di San José fanno discendere dall'art. 4 obblighi negativi e positivi⁵. La Convenzione, infatti, «non solo presuppone che nessuna persona sia privata della sua vita arbitrariamente (obbligazione negativa), ma soprattutto che gli Stati prendano tutte le misure appropriate per proteggere e preservare il diritto alla vita (obbligazione positiva) all'interno della loro obbligazione di garantire il pieno e libero esercizio dei diritti delle persone. Questa protezione attiva del diritto alla vita da parte dello Stato non solo riguarda il legislatore, ma tutte le istituzioni statali» (sentenza *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*)⁶.

Tale interpretazione del diritto alla vita è vincolata all'art. 1 della Convenzione, che impone ai Paesi membri il dovere di rispettare e garantire i diritti umani⁷. La Corte, sin dalla sua prima decisione *Velázquez vs. Honduras* del 1988, ha interpretato l'art. 1 della Convenzio-

⁴ Cfr. Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, sentenza del 4 luglio 2006, par. 124; Corte IDH, *Caso Baldeón García vs. Perú*, sentenza del 6 aprile 2006, parr. 82 e 83; Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, sentenza 29 marzo 2006, parr. 150, 151 e 152; Corte IDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, sentenza del 31 gennaio 2006, parr. 119 e 120; Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentenza del 17 giugno 2005, par. 161; Corte IDH, *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguays*, sentenza del 2 settembre 2004, par. 156.

⁵ C. MEDINA QUIROGA, *Las obligaciones de los estados partes bajo la Convención Americana sobre derechos humanos*, in *La Corte interamericana de derechos humanos: un cuarto de siglo*.

⁶ Sentenza *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras* del 7 giugno 2003, par. 110. Sulla nozione interamericana di garanzia cfr. C. MEDINA QUIROGA, *Los 40 años de la Convención americana sobre derechos humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte interamericana*, in *An. der. hum.*, 2009, pp. 15 ss.

⁷ L'art. 1 afferma: «gli Stati Parti di questa Convenzione si impegnano a rispettare i diritti e le libertà riconosciuti negli articoli seguenti e ad garantire a tutte le persone soggette alla loro giurisdizione il libero e pieno esercizio di tali diritti e libertà, senza discriminazione per ragioni di razza, colore, sesso, lingua, religione, opinione politica o altra, origine nazionale o sociale, condizione economica, nascita o ogni altra condizione sociale». Sull'art. 1, cfr. E. FERRER MAC-GREGOR - C. M. PELLAYO MOLLER, *Art. 1*, in C. STEINER, P. URIBE (a cura di), *Convención americana sobre derechos humanos*, cit., pp. 42 ss.

ne facendo discendere dalla nozione di «rispetto» i limiti all'uso arbitrario della forza (obblighi negativi). La nozione di garanzia (obblighi positivi), invece, ha avuto un'elaborazione più articolata, vincolata al diritto violato ed alle condizioni specifiche del caso. In termini generali, la garanzia viene interpretata come il dovere di assicurare il libero e pieno esercizio dei diritti fondamentali.

Nelle decisioni sull'art. 4, questo obbligo positivo assume dei connotati peculiari. La Corte interamericana, infatti, una volta accertata la violazione sostanziale del diritto alla vita, sposta la sua attenzione su di un aspetto che potremmo definire di tipo «processuale», consistente nell'analizzare se lo Stato ha dato luogo ad una investigazione seria ed imparziale⁸. Gli Stati, infatti, «devono creare un contesto normativo adeguato che dissuada qualunque minaccia al diritto alla vita; stabilire un sistema di giustizia effettivo capace di investigare, castigare e dare una riparazione per la violazione del diritto alla vita da parte di agenti o di privati» (*Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*)⁹. L'obbligo di investigazione, in particolare, «costituisce un elemento fondamentale e condizionante per la protezione del diritto alla vita» (*Barrios Alto vs. Venezuela*)¹⁰. I Paesi membri devono essere in grado di individuare, giudicare e sanzionare i colpevoli della violazione del diritto alla vita. La Corte svolge questa verifica attraverso un'indagine che coinvolge l'intero ordinamento statale, esaminando sia la legislazione sia il sistema repressivo. Per i giudici di San José «è fondamentale che gli stati svolgano delle indagini effettive sulla violazione del diritto alla vita e che castigano i colpevoli». Diversamente, si sta creando «un ambiente di impunità» in cui si sviluppano «le condizioni perché questo tipo di fatti torni a ripetersi,

⁸ Per una comparazione con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sulla tutela «processuale» del diritto alla vita, P. TANZARELLA, *I diritti della Corte europea dei diritti*, 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, pp. 55 ss.

⁹ Caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, del 5 luglio 2006, par. 66.

¹⁰ Caso *Barrios Alto v. Venezuela*, sentenza del 24 novembre 2011, par. 49. S. RAVEZZI, *La Corte IDH sobre las obligaciones de los Estados de prevenir y reprimir el ejercicio abusivo de la fuerza por la policía*, in www.penalecontemporaneo.it.

il che è contrario al dovere di rispettare e garantire il diritto alla vita» (*Myrna Mack Chang vs. Guatemala*)¹¹.

Un elemento costantemente preso in considerazione dai giudici di San José è il comportamento dei pubblici poteri. La Corte verifica, in particolare, se la morte è avvenuta in mancanza di ogni prevenzione, o senza una successiva condanna. In base all'art. 4, infatti, gli Stati hanno il dovere di prevenire «in maniera ragionevole, le violazioni dei diritti umani, di investigare seriamente quelle commesse, al fine di identificare i responsabili, di imporre le sanzioni del caso, e di assicurare alla vittima un'adeguata riparazione» (*Campo Algodonero vs. Messico*)¹². Nelle numerose decisioni sul diritto alla vita (che giudicano le violazioni avvenute all'epoca delle dittature, o quelle realizzatesi in contesti democratici), dunque, la Corte continua a fare applicazione delle linee tracciate dalla sentenza *Velásquez vs. Honduras*, utilizzando gli obblighi negativi e positivi di protezione.

In epoca più recente, inoltre, il diritto alla vita è stato utilizzato per tutelare situazioni giuridiche non esplicitamente protette. La Convenzione interamericana, infatti, contiene il riconoscimento dei soli diritti civili e politici, in linea di continuità con quanto previsto nella CEDU. Il Protocollo di San Salvador sui diritti economici, sociali, e culturali adottato nel 1988 ed entrato in vigore nel 1999, non incide in modo determinante sulle competenze della Corte, dal momento che possono essere invocati in giudizio solo i diritti all'istruzione e alla libertà sindacale¹³. Le nozioni di «vita degna» e di «progetto di vita»

¹¹ Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, del 25 novembre 2003, par. 156. La Corte ricorda anche che «l'oggetto e lo scopo della Convenzione, quale strumento per la protezione dell'essere umano, richiede che il diritto alla vita sia interpretato ed applicato in modo che la sua tutela sia pratica ed effettiva (*effetto utile*)», *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, sentenza del 5 luglio 2006, par. 64.

¹² Caso *Campo Algodonero vs. Messico*, sentenza del 16 novembre 2009, par. 236.

¹³ Sulla nozione di vita degna cfr. J. M. PASQUALUCCI, *The Right to a Dignified Life (vida digna): The Integration of Economic and Social Rights with Civil and Political Rights in the Inter-American Human Rights System*, in (31) *Hasting Int'l & Comp. Law Rev.*, 2008, pp. 1 ss.

hanno supplito a questa mancanza, consentendo alla Corte di garantire anche i diritti alla salute, all'abitazione, all'educazione¹⁴.

In queste pronunce, i giudici di San José hanno sostenuto che «uno degli obblighi che deve assumere lo Stato nella sua posizione di garante, con il fine di proteggere e garantire il diritto alla vita, è di creare le condizioni [...] minime compatibili con la dignità degli essere umani, e non produrre le condizioni che la rendano difficile o la impediscano. In questo senso, lo Stato ha il dovere di adottare le misure positive concrete e orientate alla soddisfazione del diritto ad una vita degna, specialmente quando si tratta di persone in una situazione di vulnerabilità»¹⁵. Il progetto di vita, invece, esprime l'idea di «*realización personal integral*»¹⁶. Come ha sottolineato il giudice Cançado Trindade nel voto *razonado* al caso *Gutiérrez Soler vs. Colombia*, ciascuno deve poter scegliere «le opzioni che gli sembrano preferibili nel pieno esercizio della libertà personale, per realizzare i suoi ideali. La ricerca della realizzazione del progetto di vita rivela un alto valore esistenziale, in grado di dare senso alla vita di ciascuno»¹⁷. Le due nozioni (vita degna e progetto di vita) le troviamo, poi, intrecciate nel caso *Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, re-

¹⁴ Sulla tutela indiretta dei diritti sociali cfr. G. AGUILAR CAVALLO, *La Corte interamericana de derechos humanos y los derechos sociales*, in *Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional*, 2010, pp. 3 ss.; T. MELISH, *The Inter-American Court of Human Rights: Beyond Progressivity*, in M. LANGFORD (a cura di), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, 2008, pp. 372 ss.; M. FERIA TINTA, *Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights in the Interamerican System of Protection of Human Rights: Beyond Traditional Paradigms and Notions*, (2007) 29 *Hum. Rts. Quart.*, pp. 431 ss.

¹⁵ *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentenza del 7 giugno 2005, par. 162.

¹⁶ Cançado Trindade, nel voto *razonado* al caso *Gutiérrez Soler vs. Colombia*, del 12 settembre 2005, par. 3.

¹⁷ *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, del 17 giugno 2005, par. 159. Si veda anche il caso *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, del 2 settembre 2004, in cui i giudici di San José applicano la nozione di vita degna per condannare le condizioni in cui erano costretti a vivere i minori rinchiusi negli istituti di rieducazione (mancanza di condizioni igieniche e sanitarie adeguate, sovraffollamento, scarse possibilità di studio e di recupero, minacce, torture, morti).

lativo alla condizione di degrado in cui vivono i minori per strada. In questa decisione, infatti, la Corte afferma la responsabilità dello Stato perché: «da un lato, non ha impedito il loro abbandono alla miseria, privandoli di una vita degna ed impedendogli il “pieno ed armonioso sviluppo della personalità individuale”, mentre tutti i bambini hanno diritto a sviluppare un progetto di vita che deve essere sostenuto e favorito dai pubblici poteri, dall’altro, sono stati vittime di attentati contro la loro integrità fisica, psichica, morale e contro la loro stessa esistenza»¹⁸.

Questa giurisprudenza, per quanto innovativa, vede ancora la Corte impegnata a giudicare la violazione dei più basilari diritti umani, attraverso casi di violenza, tortura, uso arbitrario della forza, anche su minori. Sono assenti cioè le questioni che coinvolgono i c.d. «nuovi diritti», come l’aborto, l’eutanasia, la procreazione assistita.

2. *La sentenza Artavia Murillo tra l’interpretazione dell’art. 4, par. 1, la ricerca di un consenso esterno.* – Come ha sottolineato l’attuale Presidente della Corte Humberto Antonio Sierra Porto «dalla sua istituzione formale nel 1979, la Corte interamericana ha accompagnato ai popoli dell’America nella trasformazione della loro realtà sociale, politica ed istituzionale. Sono trascorsi più di 35 anni in questo cammino, durante i quali questa Corte ha risolto più di 200 casi, emanato quasi 300 sentenze, adottato più di una ventina di opinioni consultive, così come ha offerto immediata protezione a persone e gruppi

¹⁸ Caso *Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, sentenza del 19 novembre 1999, par. par. 191. Come sottolinea L. CASSETTI, *Il diritto di vivere con dignità nella giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani*, in www.federalismi.it, n. 23/2010, pp. 9-10, «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 di degrado a carico i 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)».

di persone attraverso la sua funzione cautelare»¹⁹. La decisione *Artavia Murillo* si iscrive all'interno di questa trasformazione, dal momento che la Corte interamericana è chiamata ad affrontare il diritto alla vita da un'angolazione completamente diversa. Questa pronuncia rappresenta un punto di svolta del sistema interamericano perché i giudici di San José si confrontano, per la prima volta, con un'altra accezione del diritto alla vita: non più sparizioni forzate, esecuzioni sommarie, ma la decisione su quando comincia la vita umana. L'art. 4, infatti, dopo la solenne affermazione che ogni persona ha diritto al rispetto nella propria vita, sancisce che «questo diritto è protetto dalla legge e, in generale, sin dal momento del concepimento».

In precedenza, tale disposizione era stata analizzata dalla sola Commissione in *Baby Boy vs. Estados Unidos* del 1981, relativo alla decisione dell'autorità giudiziaria americana di assolvere un medico che, seguendo la volontà di una ragazza minorenni e di sua madre, aveva praticato un aborto²⁰. La Commissione evidenzia il ruolo svolto dall'espressione 'in generale' nella stesura della Convenzione, ricordando che tale inciso è servito a mettere d'accordo le distinte sensibilità sui diritti da attribuire al nascituro. La Commissione afferma, infatti, che la Conferenza di Bogotà aveva affrontato il problema del riconoscimento del diritto alla vita fin dal concepimento, ma «decise di non adottare una redazione che avesse chiaramente stabilito questo principio»²¹. La delicatezza della questione, dunque, appare chiara sin dalla stesura della Convenzione americana che, attraverso l'inserimento della formula «in generale», prova a mettere d'accordo tutte le parti contraenti, per conciliare i diversi punti di vista su quando comincia la vita umana²². Con *Artavia Murillo*, dopo più di qua-

¹⁹ Informe anual sobre la jurisprudencia de la Corte interamericana, 2014, p. 1.

²⁰ D. SHELTON, *Abortion and the Right to Life in the Inter-American System: The Case of "Baby Boy"*, in *Hum. Rts. Law J.*, vol. 2, 3-4 (1981), pp. 314 ss.

²¹ Risoluzione della Commissione n. 23/81, par. 20.

²² Cfr. C. M. QUIROGA, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Centro de derechos humanos, Chile, 2005, p. 71. La posizione della Commissione la troviamo analizzata in A. PAÚL DÍAZ, *Estatus del no nacido en la Convención Americana: un ejercicio de interpretación*, in *Rev. Ius et Praxis*, I, 2012, pp. 61 ss.

rant'anni dall'adozione della Convenzione, il tema torna di nuovo a fare discutere, attraverso un caso in cui troviamo sviluppati ed intrecciati due aspetti importanti per il futuro del sistema: l'interpretazione dell'art. 4, co. 1, ed il ruolo svolto dal consenso degli Stati.

Questo ricorso 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. Questa sentenza 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, la decisione 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 di Giustizia di Costa Rica, inoltre, la FIV non potrebbe essere legittimamente disciplinata nemmeno da una nuova legge, poiché, allo stato attuale delle conoscenze mediche, non si è ancora riusciti ad evitare un'elevata perdita di embrioni. A seguito di questa pronuncia di incostituzionalità, alcune coppie che avevano dovuto interrompere la fecondazione assistita si sono rivolte agli organi del sistema interamericano al fine di avviare il giudizio di responsabilità internazionale dello Stato.

Si giunge così alla sentenza *Artavia Murillo*, in cui la Corte interamericana, superate le obiezioni del Costa Rica relative all'ammissibilità della questione, giunge all'enucleazione dei diritti collegati alla riproduzione, attraverso la lettura coordinata dei diversi articoli della Convenzione che tutelano la vita familiare, l'integrità personale e la salute, che include il benessere fisico, mentale e sociale²³. La protezione della vita privata, in particolare, estendendosi

²³ 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

alla tutela dell'identità e delle relazioni intersoggettive, comprende anche la maternità, che forma parte della libera manifestazione della volontà delle donne. La decisione di essere genitore cioè esprime una forma di autodeterminazione, ed include la genitorialità genetica o biologica²⁴.

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, unitamente all'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 vs. 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. vs. 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 all'integrità personale²⁵. Per i giudici di San José, in-

che è lecitamente permesso. Il diritto alla vita privata, poi, 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.

²⁴ L'art. 7 che 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», Caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, sentenza del 28 novembre 2012, par. 142.

²⁵ Valorizza il diritto all'autonomia I. BRENA, *Comentarios a la sentencia de la Corte interamericana de derechos humanos. Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, in *Bul. mex. der. comp.*, n. 137, 2013, p. 797 che sottolinea che «il diritto alla procreazione artificiale è vincolato al principio di autonomia, che attribuisce alle persone la possibilità di decidere se vogliono o non vogliono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e quale tecnica vogliono scegliere, che sia compatibile con i propri valori, idee, credenze; inoltre, a differenza del diritto alla procreazione naturale, le persone hanno il diritto di chiedere allo Stato che non limiti o sopprima il suo diritto, senza che ci sia una giustificazione razionale, legittima e proporzionata». Critici invece nei confronti della sentenza, L. M. DE JESÚS - J. A. OVIEDO ALVAREZ - P. A. TOZZI, *El Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (fecundación in vitro): la redefinición del derecho a la vida de-*

fatti, 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 riproduttivi²⁶.

In *Artavia Murillo*, dunque, la protezione della vita assume completamente un altro significato, rispetto alla pregressa giurisprudenza. La novità della questione spinge la Corte ad 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'affermazione 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, religiosa²⁷. Al di là di tali differenze, le ricerche scientifiche sono concordi nel differenziare due momenti all'interno del concepimento: la fecondazione e l'implantazione. Secondo i giudici di San José, il concepimento comincia solo quando vi è l'implantazione 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 visione della riproduzione e della nozione di «persona», che inciderà sulla soluzione che verrà adottata.

La Corte svolge, poi, un'interpretazione sistematica e storica dell'art. 4, prendendo in considerazione anche gli altri modelli di protezione del diritto alla vita, che sono stati richiamati nella difesa dello

sde la concepción reconocido en la convención americana, in *Prudentia iuris*, 75, 2013, pp. 135 ss.

²⁶ Questa intromissione nella vita privata e familiare, tuttavia, non necessariamente è contraria alla Convenzione, potendosi basare su 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; secondo i giudici interamericani, invece, tale norma non consente questo tipo di restrizioni.

²⁷ Sulla nozione di embrione nella giurisprudenza delle Corti sovranazionali, cfr. A. DI STASI, *Alla ricerca di una nozione giuridica di "embrione umano": il contributo del judicial dialogue tra Corti internazionali*, in www.federalismi.it, n. 1/2015.

Stato del Costa Rica: la CEDU, il sistema universale di garanzia dei diritti umani²⁸ 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 dallo Stato di Costa Rica.

Nel caso della CEDU, in particolare, vengono citate sia le pronunce della Commissione (Caso *Paton v. Regno Unito* del 1980, *R.H. v. Norvegia* del 1992, *Boso v. Italia* del 2002), sia quelle della Corte di Strasburgo (*Vo v. Francia* 2004, *A,B,C v. Irlanda* del 2010, *Evans v. 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 statale²⁹. Da questa giurisprudenza, per i giudici interamericani, emerge che nella CEDU non è prevista una chiara protezione dell'embrione. A favore di questa impostazione vengono ricordate anche 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, rappresentato dal rapporto tra il margine di apprezzamento statale ed il consenso esterno. Il consenso esterno, necessario allo sviluppo di un'interpretazione dinamica

²⁸ Rappresentato per la Corte 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.

²⁹ Su questa giurisprudenza cfr. S. PENASA, *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di fronte al fattore scientifico: analisi della recente giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria di gravidanza*, in www.forumcostituzionale.it, 2013.

ed evolutiva delle norme della Convenzione europea, viene ricostruito attraverso la prassi effettivamente seguita dagli Stati membri. Nel caso *A,B,C*, ad esempio, 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 di Strasburgo 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 in queste circostanze, collocandosi l'Irlanda all'interno di una esigua minoranza. Eppure, nonostante questo generale, e, potremmo dire, quasi unanime consenso, la Corte EDU 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 Strasburgo³⁰.

Appare singolare allora l'utilizzo di questo precedente, che sembra andare nel senso opposto a quello voluto dalla Corte interamericana. La soluzione che viene adottata, infatti, valorizza le scelte nazionali, anche quando, come nel caso irlandese, si dirigono in una direzione diversa da quella seguita dalla stragrande maggioranza dei Paesi membri. Il caso *A,B,C*, infatti, 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, invece, sembra funzionale esclusivamente alla ricerca di un "consenso esterno", senza domandarsi se questo è sufficiente a limitare la discrezionalità dello Stato membro. Seguendo esclusivamente questa traietto-

³⁰ D. TEGA, *Corte europea dei diritti: l'aborto tra margine di apprezzamento statale e consenso esterno nel caso A, B e C contro Irlanda*, in www.forumcostituzionale.it; A. COLELLA, *Un'importante pronuncia della Corte europea in tema di bilanciamento tra diritti della donna e tutela del nascituro*, in www.penalecontemporaneo.it. Sul consenso cfr. anche A. M. LECIS, *Consenso europeo, chi è costui? L'individuazione del consensus standard da parte della Corte Edu tra interpretazione evolutiva e margine d'apprezzamento*, in www.diritticomparati.it, 2011.

ria, i giudici di San José sottolineano che la tendenza presente nel diritto internazionale, desunta principalmente dalla pronunce della Corte di Strasburgo, è orientata a non considerare l'embrione come una persona.

Spostando, poi, l'attenzione alla ricerca del consenso nel continente latino-americano, la Corte mette l'accento sul fatto che solo in Costa Rica viene proibita la FIV. Negli altri Stati, invece, anche in mancanza di una disciplina specifica, la fecondazione assistita viene permessa. Per la Corte, quindi, i Paesi membri della Convenzione, ammettendo la FIV 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. Il principio che viene desunto dall'esame dei diversi ordinamenti è quello della protezione non assoluta della vita prenatale, ma graduale ed incrementale³¹.

I giudici interamericani ricordano anche le pronunce delle altre Corti nazionali (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) che non hanno attribuito al concepito una protezione totalizzante. Tutti i riferimenti comparatistici utilizzati, in sostanza, indicano che la protezione della vita deve essere bilanciata con la tutela degli altri diritti. In questa prospettiva, la clausola «in generale», contenuta nell'art. 4, serve a risolvere i possibili conflitti tra gli interessi in gioco, non attribuendo alla tutela dell'embrione una prevalenza assoluta.

Il divieto assoluto di praticare la FIV in Costa Rica, dunque, non rappresenta una protezione più ampia del diritto alla vita, ma una limitazione sproporzionata al godimento delle altre libertà. La prevalenza incondizionata che viene data alla tutela dell'embrione rispetto alla garanzia della vita privata e familiare e dell'autonomia personale costituisce una interferenza eccessiva al loro godimento, che non supera il *test* di proporzionalità³². Tale intromissione viene sanzionata

³¹ Sentenza *Artavia Murillo*, par. 256.

³² 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

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. La presenza di motivazione etiche, infatti, attribuisce normalmente agli Stati uno spazio di manovra più ampio, dal momento che sono in «contatto diretto e continuo con le forze vitali dei rispettivi Paesi» (*A, B, C, v. Irlanda* par. 223). 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 caratteristiche³³. Per i giudici di San José, il divieto della FIV non solo non è non conforme al principio di proporzionalità, ma neanche a quello di uguaglianza, viste le conseguenze discriminatorie del divieto in ragione delle condizioni economiche delle donne.

Nel corso di tutta la motivazione i giudici di San José, a sostegno della propria impostazione, hanno effettuato una ampia serie di riferimenti extra-sistemic, richiamando le decisioni di altri Tribunali (la Corte EDU, le Corti costituzionali europee e sudamericane) le dichiarazioni di altre istituzioni internazionali (l'Assemblea delle Nazioni Unite, il Comitato per la protezione dei diritti economici, sociali e culturali) e le altre norme 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 interameri-

devono rispettare alcuni requisiti, quali l'intervento della legge, il perseguimento di una finalità legittima, il principio di proporzionalità.

³³ In questa definizione si sente l'eco della pluriennale giurisprudenza dalla Corte di giustizia sul principio di non-discriminazione, anche se non esplicitamente citata. Sottolinea il ruolo del principio di uguaglianza nella sentenza *Artavia* rispetto ai casi europei, A. COSSIRI, *Il limite degli obblighi internazionali tra funzione ermeneutica e residualità a margine della sentenza del 10 giugno 2014*, n. 162, in *Dir. um. dir. int.*, 2014, p. 2.

cana ha fatto spesso uso sia della giurisprudenza di altre Corti, sia delle norme contenute in 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 Strasburgo³⁴. 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 extra-sistemici. 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 vs. Costa Rica*, pur inserendosi 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 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

³⁴ 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*, in www.federalismi.it. Sul dialogo tra le due Corti, A. DI STASI, *La Corte interamericana e la Corte europea dei diritti dell'uomo: da un trans-regional judicial dialogue ad una cross fertilization?*, in L. CASSETTI - A. DI STASI - C. LANDA ARROYO (a cura di), *Diritti e giurisprudenza. La Corte interamericana dei diritti umani e la Corte europea di Strasburgo*, Napoli, 2014, pp. 1 ss.

riconosciute. Nel caso *Artavia Murillo*, invece, vengono in rilievo i diritti collegati alla libertà positiva, da intendersi, citando Berlin, come «libertà di», come autodeterminazione³⁵. Questa sentenza, insieme a alla pronuncia sul caso *Atala Riffo e figlie vs. Cile*, segna un cambiamento nel sistema interamericano, che si avvicina a quello europeo per il tipo di questioni che vengono presentate³⁶. 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 sentenza³⁷.

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). La Corte ha valorizzato la presenza di un consenso esterno per la delicatezza della questione trattata, che richiedeva una attenta disamina della disciplina e della giurisprudenza nazionale. I giudici interamericani hanno così ancorato l'interpretazione del diritto alla vita alle scelte assunte a livello interno. Questo 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. Tale trasformazione deriva dai cambiamenti intervenuti nel continente latinoamericano, che non è più caratterizzato dalla presenza di regimi autoritari. La sentenza *Artavia Murillo*, tuttavia, pur discostandosi dai

³⁵ I. BERLIN, *Due concetti di libertà*, in *Libertà*, a cura di H. HARDY, Milano, 2010, pp. 181 ss.

³⁶ Sulla sentenza *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, del 24 febbraio 2012 su cui cfr. A. VON BOGDANDY, F. PIOVESAN - M. MORALES ANTONIAZZI (a cura di), *Igualdad y orientación sexual. Corte interamericana de derechos humanos y su potencial*, Mexico D.F., 2012.

³⁷ Sul dialogo cfr. E. FERRER MAC-GREGOR - A. HERRERA GARCÍA (a cura di), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos*, Valencia, 2013; J. GARCÍA ROCA - P. ANTONIO FERNÁNDEZ - P. SANTOLAYA - R. CANOSA (a cura di), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derecho humanos*, Navarra, 2012.

precedenti, non avendo ad oggetto la violazione massiva dei diritti fondamentali, non lascia 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 di San José.

3. *I «nuovi diritti» dinanzi al sistema interamericano.* – Il problema del rapporto tra le decisioni della Corte ed il margine di apprezzamento degli Stati si riproporrà quando i nuovi diritti torneranno a bussare alle porte del sistema interamericano. Già oggi, oltre ad *Artavia Murillo*, possiamo citare due casi che hanno fatto molto discutere: *Amelia e Beatriz*. In entrambe le circostanze la Commissione ha agito per proteggere la vita delle donne, che, affette da gravi patologie, desideravano interrompere una gravidanza, ritenuta in contrasto con le proprie condizioni di salute³⁸.

Il tema dell'aborto non è sconosciuto agli organi della Convenzione, anche se, almeno fino al caso Beatrice, se ne era occupata solo la Commissione. Possiamo ricordare, ad esempio, i casi *Paulina Ramírez* e *María Mamerita Meztana*. Nel primo, la giovane Paulina, all'età di 14 anni, rimane incinta a seguito di una violenza sessuale. Le autorità nazionali ostacolano la pratica di un aborto, richiesto dalla giovane e da sua madre. Il caso non giunge alla Corte perchè si conclude con una soluzione amichevole dinanzi la Commissione, in cui lo Stato si impegna a contribuire all'alloggio, agli studi ed all'assistenza medica per la madre e per il figlio³⁹. Nel secondo, viene in rilievo la politica governativa di sterilizzazione della popolazione povera, indigena, rurale. La sig.ra Maria Mamerita, a seguito dell'operazione pra-

³⁸ Cfr. M. ARANGO OLAYA, *Medidas provisionales adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el asunto B. con El Salvador y el fortalecimiento de la protección de los derechos reproductivos en el sistema interamericano*, in *An. der. hum.*, 10, 2014, pp. 177 ss.; in termini più generali, F. GONZÁLEZ, *Las medidas urgentes en el sistema interamericano de derechos humanos*, in www.surjournal.org n. 13, 2010.

³⁹ CIDH. *Paulina del Carmen Ramírez Jacinto vs. México*. Informe No.21/07, 2007.

ticatale con la minaccia del carcere, muore per complicazioni collegate all'intervento. Anche in questa ipotesi si giunge ad una soluzione amichevole, in cui lo Stato si impegna non solo al compimento di una investigazione seria ed imparziale che conduca a sanzionare i colpevoli, ma anche ad un'indennizzazione economica⁴⁰. Le due vicende sono diverse, anche se accomunate dal mancato rispetto della volontà espressa dalle donne circa i propri diritti riproduttivi.

Questi casi, come ricordato, si risolvono dinanzi alla Commissione e non giungono alla Corte. I giudici di San José si sono occupati del tema dell'aborto in circostanze più vicine al caso *Maria Mamerita*, che al caso *Paulina Ramírez*. In questo filone si inseriscono, ad esempio, la decisione *Masacre de las Dos Erres Masacre vs. Guatemala*, del 24 novembre 2009, in cui vengono ricostruiti i diversi atti di violenza ai danni della popolazione civile, tra cui sono inseriti anche quelli contro donne incinte, che procurano la morte del feto; la decisione *Miguel Castro-Castro Prison vs. Perù*, del 25 novembre 2006, in cui si analizzano le condizioni e le violenze subite da alcune donne incinte che si trovavano in prigione; la decisione *Hermanos Gómez-Paquiyaury vs. Perù*, del 8 luglio 2004, in cui si considerano i traumi e le sofferenze psicologiche subite da una giovane donna incinta, a causa del sequestro ed uccisione dei suoi fratelli ad opera degli agenti di sicurezza nazionale, che conducono alla perdita del feto.

La Corte, dunque, non è stata ancora chiamata a verificare la compatibilità con la Convenzione americana delle leggi nazionali che impediscono l'interruzione di gravidanza. Queste pronunce riguardano la violazione dei diritti riproduttivi della madre, in casi di aborto procurato contro la sua volontà. In queste sentenze i giudici di San José non si sono occupati della «libertà di», per tornare ad usare l'espressione di Berlin, ossia del diritto all'autodeterminazione delle donne, rispetto ai divieti imposti dallo Stato. Proprio per questo le recenti vicende di Amelia e Beatrice, che implicavano il diritto di scegliere se avere un figlio, hanno fatto molto discutere.

Nel caso Amelia una donna di ventisette anni si rivolge alla Commissione affinché le siano praticate le cure necessarie per curare

⁴⁰ CIDH. *Maria Mamerita Meztanza Chavez vs. Perù*. Informe No.71/03, 2003.

il cancro da cui è affetta, visto il rifiuto del servizio sanitario nazionale, a causa della possibile morte del feto (*Caso Amalia vs. Nicaragua* del 26 febbraio 2010). Le misure cautelari richieste dalla Commissione per salvare la vita di Amelia sono state poi effettivamente eseguite dallo Stato, nonostante in Nicaragua, il divieto di abortire non incontra eccezioni, nemmeno nel caso di pericolo di vita della madre⁴¹. Nel caso *B.*, invece, la Commissione interamericana si rivolge alla Corte per sollecitare l'adozione di misure indefettibili ed urgenti per tutelare la vita, la salute e l'integrità della giovane madre. In base all'art. 63, par. 2, della Convenzione, infatti, «in casi di estrema gravità e urgenza, quando necessario per evitare un danno irreparabile alle persone, la Corte adotta, nelle questioni che sta esaminando, le misure provvisorie che ritiene pertinenti. Per i casi non ancora sottoposti alla Corte, quest'ultima potrà prendere tali misure su richiesta della Commissione». Le misure provvisorie sono previste anche dall'art. 27 del Regolamento della Corte, che ribadisce gli elementi che devono sussistere: estrema gravità, urgenza, necessità di evitare danni irreparabili alla persona.

La giovane Beatriz, che soffre di una infermità (*Lupus eritematoso discoide*) aggravata da nefrite, è incinta di un feto ancefalo, che non potrebbe sopravvivere una volta fuori dall'utero. Il Comitato medico dell'*Hospital nacional Especializado de Maternidad* considera necessario interrompere la gravidanza, perchè ritenuta incompatibile con le sue condizioni di salute della donna. I medici che hanno in cura la ragazza, invece, si rifiutano di interrompere la gravidanza. Beatriz solleva, quindi, un ricorso *de amparo*, per la violazione dei diritti alla vita ed alla salute da parte del Direttore del servizio di Prenatologia dell'Ospedale della Madre. Tale ricorso viene rigettato *dalla Sala de lo Constitucional* della Corte Suprema del El Salvador. Secondo i magistrati salvadoregni «i diritti della madre non possono prevalere su

⁴¹ L. M. DE JESÚS, *La Convención americana sobre derechos humanos: piedra angular del derecho a la vida del no nacido en Latinoamérica y el Caribe*, in *Rev. int. der. hum.*, I, 2011, pp. 109 ss, in particolare p. 121, ricorda che il Nicaragua, dopo la misura cautelare della Commissione, nel giro di cinque giorni, è intervenuto ed ha praticato le cure necessarie alla paziente, che hanno prodotto la morte del feto.

quelli del non nato, nè può accadere il contrario». In particolare, il *Tribunal* ricorda che l'art. 1 della Costituzione, proteggendo la vita sin dal momento del concepimento, impedisce di praticare l'interruzione della gravidanza. Il *Tribunal* ritiene che le autorità sanitarie hanno prestato alla ricorrente tutte le cure mediche necessarie per tutelare le sue condizioni di salute, che, al momento, appaiono stabili. Beatrice, infatti, è stata ricoverata affinché possa, sotto stretto controllo medico (ma contro la sua volontà), portare a termine la gravidanza.

La Corte interamericana accoglie la richiesta della Commissione, considerando che «tutti gli studi medici presentati hanno sottolineato la gravità dello stato di salute della signora B. Infatti, l'infermità di cui è affetta la sig.ra B. è incompatibile con lo stato di donna incinta, potendo essere causa di una serie di complicazioni, tra cui anche la morte della paziente»⁴². La estrema gravità della situazione di salute di B. conduce la Corte ad affermare che lo Stato deve «adottare e garantire in modo urgente tutte le misure che siano necessarie ed effettive affinché il personale medico che cura la signora B. possa adottare, senza interferenza, le pratiche mediche che considera opportune e convenienti per assicurare la protezione dei diritti garantiti dagli artt. 4 e 5 della Convenzione, e così evitare i danni che possono essere irreparabili ai diritti alla vita, all'integrità personale ed alla salute della signora B. Lo Stato, inoltre, deve adottare le misure affinché la signora B. sia assistita da medici da lei scelti»⁴³. Le misure indicate sono state effettivamente portate ad esecuzione dello Stato, che ha consentito di praticare un cesareo a seguito del quale il feto non è sopravvissuto.

In questa risoluzione non viene analizzata la compatibilità con la Convenzione della disciplina nazionale sull'interruzione di gravidanza, anche se il tema comincia ad affacciarsi alle porte del sistema interamericano. Non è un caso che i diversi commenti al caso *Artavia Murillo* sottolineano la difficoltà di coniugare una giurisprudenza che afferma il valore non assoluto del diritto alla vita del nascituro con la legislazione di alcuni Paesi, che vietano in ogni circostanza l'aborto. Recenti studi sul tema hanno analizzato le normative nazionali, evi-

⁴² *Resolución de la Corte interamericana*, del 29 maggio 2013, *Medidas provisionales*, par. 12.

⁴³ Par. 17.

denziando che l'art. 45 della Costituzione della Repubblica del Ecuador (2008), l'art. 37 della Costituzione Politica della Repubblica Dominicana (2010), l'art. 1, co. 2, della Costituzione di El Salvador (1992), l'art. 3 della Costituzione Politica della Repubblica del Guatemala (1985), proteggono la vita dal momento del concepimento, senza aggiungere l'inciso «in generale», previsto dall'art. 4 della Convenzione americana. In Cile, Honduras, e Nicaragua è la legislazione a proibire l'aborto⁴⁴. Inoltre, in diversi Stati membri del Messico, le Costituzioni nazionali riconoscono il diritto alla vita dal momento del concepimento (Chihuahua, Sonora, Baja California, Morelos, Colima, Puebla, Jalisco, Durango, Nayarit, Guanajuato), così come accade in Argentina (Córdoba, Tucumán, Tierra del Fuego y Salta).

Questa veloce panoramica mostra chiaramente la delicatezza della questione nel continente latinoamericano, che è alla base delle critiche sollevate alla decisione *Artavia Murillo*. Alcuni autori, ad esempio, hanno affermato che «il compito di proteggere il diritto alla vita dal momento del concepimento si basa sulla considerazione che il diritto alla vita già esiste in questo momento, altrimenti non ci sarebbe niente da proteggere»⁴⁵. A favore di questa lettura dell'art. 4 si ricorda anche l'interpretazione offerta nei primi anni della Convenzione da Marco Monroy Cabra, che diventerà in seguito Presidente della Commissione Interamericana: «Appare ovvio che il Patto di San José è più avanzato e proteggere la vita 'dal momento del concepimento', il che può creare delle difficoltà per gli Stati che permettono l'aborto in determinate circostanze»⁴⁶. Monroy sottolinea che «il diritto a nascere è una particolare manifestazione del diritto alla vita, per cui la stragrande maggioranza degli Stati criminalizza l'aborto». Si manifestano così i possibili problemi di convivenza tra la disciplina nazionale e quella convenzionale.

⁴⁴ Cfr. per questi dati PAÚL DÍAZ, *El estatus de no nacido*, cit., p. 72.

⁴⁵ A. PAÚL DÍAZ, *Estatus del no nacido en la Convención americana: un ejercicio de interpretación*, in *Rev. Ius et praxis*, 1, 2012, p. 68.

⁴⁶ M. G. MONROY CABRA, *Derechos y deberes consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos 'Pacto de San José de Costa Rica*, in *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Washington D.C., 1980, p. 36 citato da PAÚL DÍAZ, *El estatus del no nacido*, cit., p. 73.

Altri commentatori, hanno posto l'accento sui possibili effetti della decisione *Artavia Murillo*. In particolare, si sono evidenziate le conseguenze che potrebbero derivare dall'applicazione del controllo di convenzionalità da parte dei giudici nazionali⁴⁷. Dalla decisione *Artavia*, infatti, emerge chiaramente una visione del diritto alla vita come non assoluto, ma progressivo ed incrementale. Questa prospettiva potrebbe essere utilizzata dai giudici per risolvere casi difficili, in cui il richiamo al diritto internazionale dei diritti umani, nella specie al diritto della Convenzione americana come interpretato dalla Corte di San José, potrebbe consentire di superare gli ostacoli frapposti dalla normativa interna all'interruzione di gravidanza.

La complessità della questione, che vede diversi Stati tutelare il feto in ogni circostanza, potrebbe aprire le porte ad un ragionamento sull'applicazione del margine. Almeno in tema di aborto, infatti, il consenso tra gli Stati è più fragile, convivendo normative permissive con altre più rigorose, e con espliciti divieti assoluti.

Recenti studi, attraverso l'analisi delle decisioni della Commissione e della Corte, nei confronti dei diversi Paesi membri della Convenzione, hanno constatato come questo strumento non sia stato anco-

⁴⁷ A. RUIZ MIGUEL - A. ZÚNIGA FAJURI, *Derecho a la vida y Constitución: consecuencias de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 'Artavia Murillo vs. Costa Rica'*, in *Estudios constitucionales*, 1, 2014, pp. 79-80, afferma che «*Todo ello permitirá concluir que, incluso por razones sustantivas y más allá de las razones formales sobre el cumplimiento del Derecho internacional de los derechos humanos, no sólo el legislador chileno está obligado a reformar tanto la ley de 1989 que prohíbe de manera absoluta cualquier forma de aborto, como la penalización indiscriminada de toda forma de aborto consentido por la mujer, sino incluso que el Tribunal Constitucional, dentro del procedimiento adecuado, debería considerar inconstitucionales dichas leyes en el caso de que el legislador no las hubiera reformado antes estableciendo reglas que garanticen suficientemente los derechos de las mujeres*». Sul controllo di convenzionalità, affermato nella sentenza *Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile*, del 26 settembre 2006, par. 124, cfr. J. V. HITTERS, *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte interamericana de derechos humanos)*, in *Est. Const.*, 2009, 2, pp. 109 ss.; S. ALBANESE (a cura di), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, 2008; E. REYCANTOR, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Messico, 2008; N. SAGUES, *El control de convencionalidad. En particular sobre las Constituciones nacionales*, in *La Ley*, 35, 2009, pp. 761 ss.

ra esplicitamente utilizzato⁴⁸. Nel caso cileno, ad esempio, la maggior parte delle pronunce adottate dalla Corte sono vincolate con il periodo della dittatura. Anche le questioni più recenti, che riguardano l'obiezione di coscienza, il giusto processo, la libertà di espressione, e la professione di avvocato, non hanno ancora fornito l'occasione per una presa in considerazione del margine⁴⁹. Analogamente, nel caso della Colombia, le sentenze della Corte interamericana hanno avuto ad oggetto la violazione massiva dei diritti umani, nel contesto del conflitto armato. Il 90% dei casi giunti al sistema interamericano, infatti, riguardavano la situazione di violenza che viveva il Paese. In tale contesto è difficile immaginare l'uso del margine⁵⁰.

Anche se consideriamo uno Stato che non ha vissuto la dittatura, come il Messico, le ricerche svolte indicano che il margine non è stato esplicitamente invocato dalla Corte⁵¹. In alcune motivazioni, tuttavia, il riferimento al diritto interno ed alle sue peculiarità può essere considerato come un primo passo verso il riconoscimento di una maggiore di-

⁴⁸ La dottrina del margine di apprezzamento, infatti, viene vincolata al consolidamento democratico nazionale, cfr. C. DELPIANO LIRA - J. A. QUINDIMIL LÓPEZ, *La protección de los derechos humanos en Chile y el margen de apreciación nacional: fundamentos jurídicos desde la consolidación democrática*, in P. A. ACOSTA ALVARADO - M. PAOLA ANDREA NÚÑEZ POBLETE, *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos, proyecciones regionales y nacionales*, Mexico D.F., 2012, p. 155.

⁴⁹ DELPIANO LIRA - QUINDIMIL LÓPEZ, *La protección de los derechos humanos en Chile y el margen de apreciación nacional: fundamentos jurídicos desde la consolidación democrática*, cit., p. 157. Anche negli studi sull'Argentina si sottolinea che non è stato utilizzato esplicitamente il margine dalla Corte interamericana, cfr. J. S. ELIAS - J. C. RIVERA, *La doctrina del margen de apreciación nacional en el caso argentino*, in *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos*, cit., pp. 105 ss. Sia nel caso cileno sia in quello argentino, gli studi mostrano come neanche lo Stato nelle proprie difese abbia invocato il margine.

⁵⁰ Per un'analisi del caso colombiano P. A. ACOSTA ALVARADO, *Los casos colombianos ante el sistema interamericano y el uso del margen de apreciación: ¿ausencia justificada?*, in *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos*, cit., pp. 183 ss.

⁵¹ G. M. PUENTE DE LA MORA, *El Estado mexicano y la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Algunas consideraciones respecto al margen de apreciación en los casos contenciosos. Retos y perspectivas*, in *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos*, cit., pp. 285 ss.

screzionalità a favore degli Stati. Nella sentenza *Castañeda*, del 16 agosto 2008, ad esempio, la Corte interamericana sottolinea che il diritto internazionale non impone un modello elettorale determinato, nè una determinata modalità di votare o di essere eletti, rimettendone la disciplina al diritto interno⁵². Come emerge da questa decisione, il tema del margine sembra, dunque, collegato alla presentazione di questioni che non implicano la violazione dei più basilari diritti umani.

La trasformazione del continente latinoamericano non potrà non accompagnarsi ad una trasformazione dei casi sottoposti alla Corte. Tuttavia, per verificare concretamente la direzione che assumerà il cambiamento bisognerà attendere i futuri sviluppi del sistema.

⁵² Sentenza *Castañeda vs. Mexico*, del 6 agosto 2008, par. 162.

ANTONELLO CIERVO*

LA «METAMORFOSI GIURISPUDENZIALE»
DELLA L. 40/2004 E L'USO DELL'ARGOMENTO CEDU
TRA CONSULTA E GIUDICI *A QUIBUS*

SOMMARIO: 1. Undici anni dopo: un primo bilancio della «metamorfosi giurisprudenziale» della l. 40/2004. – 2. L'uso (ignorato) della CEDU da parte dei giudici ordinari al fine di superare i divieti della l. 40: la sentenza n. 96/2015 della Corte costituzionale. – 3. Un precedente che ha fatto scuola: la sentenza n. 162/2014 della Corte costituzionale sul divieto di accesso alle tecniche di PMA di tipo eterologo. – 4. In conclusione: la sentenza «Parrillo c. Italia» e l'ordinanza di rimessione n. 166/2013 del Tribunale di Firenze alla Corte costituzionale.

1. *Undici anni dopo: un primo bilancio della «metamorfosi giurisprudenziale» della l. 40/2004.* – La l. 40 del 2004 è stata oggetto, nel corso dell'ultimo decennio, di una vera e propria opera di riscrittura da parte della giurisprudenza: in dottrina, al riguardo, si è parlato – con una metafora certamente molto efficace –, di una «metamorfosi giurisprudenziale» della l. 40¹ che ha comportato uno stravolgimento significativo dell'*intentio legislatoris*, oltre che della *ratio legis*. Come è noto, infatti, il testo originario della legge riservava l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (d'ora in avanti PMA) – e di conseguenza la diagnosi genetica pre-impianto, per finalità meramente «osservazionali» – alle sole coppie fertili, consentendo loro la produzione di embrioni *in vitro* fino ad un massimo di tre – da impiantare nell'utero della donna con un singolo e contemporaneo impianto – , vietava la crioconservazione dei cc. dd. «embrioni soprannumerari» e l'accesso alle tecniche fecondative di tipo eterologo, oltre che ogni forma di maternità surrogata. Undici anni dopo la promulgazione della

* Dottore di ricerca in Diritto pubblico, Università di Perugia.

¹ Così G. FATTORI, *Il rovesciamento giurisprudenziale delle norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Interpretazione evolutiva e dilemma contro-maggioritario*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2015, p. 164.

l. 40, invece, a seguito dell'intervento demolitorio della giurisprudenza, alle tecniche di PMA possono ormai accedere anche le coppie non infertili portatrici di patologie ereditarie, è possibile richiedere (ed ottenere) la diagnosi genetica pre-impianto a tutela della salute psicofisica della gestante ed è stato riconosciuto il diritto di quest'ultima, in accordo con il proprio medico curante, a scegliere sia il numero di embrioni da produrre in provetta, sia quanti e quali degli embrioni impiantare. La giurisprudenza ha poi riconosciuto anche il diritto della coppia alla crioconservazione degli embrioni «soprannumerari» (non ancora impiantati, ma comunque potenzialmente impiantabili a discrezione della gestante), qualora non dovesse attecchire nessuno degli embrioni prodotti nel primo ciclo di stimolazione ormonale. Infine, grazie anche ad una recente decisione della Consulta, il divieto assoluto di accesso alle tecniche di tipo eterologo è stato dichiarato incostituzionale e, pertanto, le coppie che in futuro decideranno di accedere alla PMA, potranno avvalersi anche di gameti esterni².

Alla luce di questa «metamorfosi giurisprudenziale» – che verrà analizzata specificamente nel corso delle prossime pagine –, chi scrive ritiene di poter affermare che la storia giudiziaria della l. 40 debba essere considerata una sorta di caso di scuola del c. d. «dilemma contro-maggioritario», di quella contrapposizione cioè che spesso si determina tra le scelte di politica legislativa, da parte dei Parlamenti, e la lettura che delle medesime disposizioni viene posta in essere dalle Corti. Queste ultime, infatti, pur non essendo legittimate dal voto popolare, tuttavia, attraverso il ricorso all'interpretazione costituzionalmente orientata, hanno la possibilità di riscrivere completamente il testo di una legge, adeguandola non soltanto alla superiore legalità costituzionale, come detto, ma anche alla normativa sovranazionale posta a tutela dei Diritti fondamentali³.

² Non è un caso se in dottrina si sia efficacemente definita la normativa attualmente vigente come «ex legge 40»: così A. D'ALOIA, *L'(ex) 40*, in www.confronticostituzionali.eu, 23. 06. 2015.

³ Sul «dilemma contro-maggioritario» e sul dibattito che si è svolto, nel corso della seconda metà del XX secolo, soprattutto nella dottrina costituzionale americana, si vedano A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis, 1962, *passim* e F. I. MICHELMAN, *La democrazia e il potere giudiziario. Il dilemma costituzionale e il giudice Brennan*, Bari, 2004, in

In questo ambito, tuttavia, come sembra dimostrato non soltanto dalle censure dei giudici costituzionali, ma anche dal dibattito parlamentare che aveva portato alla stesura del testo originario, il tradizionale «dilemma contro-maggioritario» risulta ulteriormente esasperato dalla polarizzazione ermeneutica di questa normativa, nel corso dell'ultimo decennio. Al riguardo, infatti, è possibile rilevare come le disposizioni della l. 40 siano state lette, da un lato, in una prospettiva ermeneutica di tipo confessionale – fortemente legata ai dogmi della dottrina della Chiesa cattolica –, dall'altro, in una prospettiva ermeneutica – per così dire – «secolarizzata» che, invece, ha cercato di far emergere gli evidenti profili di incostituzionalità, insiti nel testo approvato dal Parlamento⁴.

L'obiettivo di questo saggio è quello di provare a mettere in evidenza gli argomenti utilizzati dai giudici interni – tanto da quelli di merito, quanto dalla Consulta –, al fine di adeguare il contenuto della l. 40 alla superiore legalità costituzionale, ma anche di far emergere quale incisività ha avuto, nella giurisprudenza interna, il richiamo ai precedenti ed alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo. In particolare, nel corso delle prossime pagine si analizzeranno le influenze puntuali, seppur latenti, che la giurisprudenza di Strasburgo – ed il testo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (d'ora in avanti CEDU) – hanno avuto nelle argomentazio-

particolare pp. 62 ss. Per un punto di vista della dottrina italiana su questo dibattito, cfr. C. PINELLI, *Il dibattito sulla legittimazione della Corte Suprema*, in *Riv. dir. cost.*, 2008, pp. 12 ss.; S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009, pp. 89 ss. Da ultimo, si veda anche O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014, pp. 120 ss.

⁴ Così condivisibilmente ancora FATTORI, *Il rovesciamento giurisprudenziale*, cit., pp. 164-165; sul dibattito e i lavori parlamentari che hanno condotto alla stesura dell'articolato della l. 40, si veda da ultimo il saggio di D. MILANI, «*Veluti si Deus daretur*»: la legge n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita dal dibattito parlamentare all'articolato, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2015, pp. 117 ss. Sul conflitto tra ermeneutica confessionale ed ermeneutica laica nell'interpretazione della l. 40, sia consentito rinviare ad A. CIERVO, *Le conseguenze del dolore. Questioni di inizio e fine vita nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in L. CASSETTI (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Napoli, 2012, pp. 101 ss.

ni dei giudici italiani, soprattutto della Corte costituzionale; una giurisprudenza, quella della Corte EDU che, lo anticipiamo subito, almeno in apparenza non sembrerebbe aver inciso significativamente sulle decisioni della Consulta.

Come è noto, infatti, l'elenco delle sentenze in materia di PMA da parte dei tribunali ordinari, nel corso dell'ultimo decennio, è stato davvero significativo⁵: in questa sede, tuttavia, si cercherà di considerare quelle decisioni che hanno inciso direttamente sul testo della legge, anche in ragione del sollevamento di ordinanze di rimessione alla Consulta e che hanno poi portato quest'ultima a declaratorie (totali o parziali) di incostituzionalità della l. 40. Da ultimo, inoltre, bisogna sottolineare come sia stata proprio la Corte costituzionale italiana, con le sentenze nn. 162/2014 e 96/2015⁶, a riscrivere buona parte del dettato normativo della l. 40, dichiarando incostituzionale, da un lato, il divieto assoluto di accesso alle tecniche di PMA di tipo eterologo, dall'altro, il divieto di accesso alle medesime tecniche da parte delle coppie fertili, seppur portatrici di malattie genetiche trasmissibili al feto in fase di gestazione.

Anche in queste ultime due sentenze, infatti – che in questa sede verranno analizzate in maniera più analitica rispetto ad altri precedenti giudiziari –, l'influenza della giurisprudenza CEDU si è manifestata chiaramente: nel prosieguo della nostra analisi, pertanto, si proverà a valutare il dialogo giurisprudenziale tra Corti interne, Consulta e giudici di Strasburgo, ma soprattutto si valuterà in che modo questo dialogo abbia contribuito concretamente, oppure no, a determinare la «metamorfosi giurisprudenziale» della l. 40.

⁵ Per una sintetica rassegna della giurisprudenza ordinaria, soprattutto nei primi anni di vigenza della l. 40, sia consentito rinviare ad A. CIERVO, *Legislatori irragionevoli e giudici senza cuore. L'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita tra giurisprudenza e valori costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2008, pp. 3669 ss.

⁶ Il testo della sentenza n. 162/2014 è reperibile in *Giur. cost.*, 2014, pp. 2563 ss., con un'osservazione di C. TRIPODINA, *Il "diritto al figlio" tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere*, *ivi*, pp. 2593 ss.; per il testo dell'ordinanza n. 96/2015, si può consultare il sito istituzionale della Consulta, www.cortecostituzionale.it.

2. *L'uso (ignorato) della CEDU da parte dei giudici ordinari al fine di superare i divieti della l. 40: la sentenza n. 96/2015 della Corte costituzionale.* – Partiamo, quindi, dall'art. 1 l. 40, il quale prevede – *rectius* prevedeva – la possibilità di ricorrere alle tecniche di PMA per le coppie aventi problemi di sterilità e/o infertilità che non siano riuscite a rimuovere in altro modo – attraverso cioè terapie mediche specifiche –, le cause di questa patologia. La disposizione, pertanto, nella sua formulazione originaria non consentiva di accedere alle tecniche di PMA a quelle coppie che, pur non essendo sterili e/o infertili, risultavano comunque portatrici sane di malattie genetiche trasmissibili all'embrione (e, di conseguenza, anche al feto in fase di gestazione). Come è noto la Consulta, con la recente sentenza n. 96/2015⁷, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 1 l. 40 nella parte in cui non consente il ricorso alle tecniche di PMA alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, precedentemente accertate dalle competenti strutture pubbliche sanitarie, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, co. 1, lett. b) della l. n. 194/1978. Ciò che è interessante evidenziare di questa decisione è che la *quaestio legitimitatis* era stata sollevata dal Tribunale di Roma, in due autonomi procedimenti *ex art. 700 c. p. c.*, su istanza di due coppie a cui era stata negata la diagnosi pre-impianto, per violazione non soltanto degli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione, ma soprattutto dell'art. 117, co. 1, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU, così come interpretati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Il Tribunale di Roma, in entrambe le ordinanze di rimessione, osservava come l'art. 1 l. 40 fosse in contrasto con l'art. 2 Cost., in quanto tra i diritti inviolabili della persona deve essere annoverato an-

⁷ La sentenza è reperibile in www.giurcost.org con una nota di E. Malfatti, *La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non "scontata" né del tutto condivisibile*, *ivi*, 12. 06. 2015. Per un primo commento in dottrina si vedano anche G. Repetto, *La linea più breve tra due punti. La diagnosi preimpianto per le coppie fertili tra divieti irragionevoli e diritto alla salute*, in www.diritticomparati.it, 11. 06. 2015 e C. Tripodina, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in www.costituzionalismo.it, n. 2/2015, pp. 1 ss.

che il diritto della coppia ad avere un figlio «sano», oltre che il diritto di autodeterminazione delle scelte procreative di entrambi i coniugi, un diritto questo che non può essere in alcun modo compresso, limitando l'accesso alle tecniche di PMA a quelle coppie che, pur non essendo sterili e/o infertili, rischiano comunque di mettere al mondo bambini affetti da gravi malattie genetiche (di cui uno o entrambi i membri della coppia sono portatori sani)⁸. Tale limite, inoltre, ad avviso del Tribunale romano si concretizzava in un'ingerenza sproporzionata ed irragionevole nella vita privata delle coppie ricorrenti, ai sensi dell'art. 8 CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo nel caso *Costa e Pavan c. Italia*⁹.

⁸ Al riguardo, per una esauriente ricostruzione del dibattito dottrinale e del dialogo tra Corti sul punto, si rinvia al saggio di M. P. IADICICCO, *La diagnosi genetica preimpianto nella giurisprudenza italiana ed europea. L'insufficienza del dialogo tra le Corti*, in *Quad. cost.*, 2015, pp. 325 ss. e al lavoro di B. LIBERALI, *La diagnosi genetica preimpianto fra interpretazioni costituzionalmente conformi, disapplicazione della legge n. 40 del 2004, diretta esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e questioni di legittimità costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2014, pp. 1 ss.

⁹ Come è noto con questa sentenza del 28 agosto 2012 (ric. n. 54270/10), la II sezione della Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 8 CEDU, in ragione del divieto assoluto previsto dalla l. 40 di accesso all'analisi genetica pre-impianto. Ad avviso della Corte EDU, infatti, un simile divieto denota un'incoerenza intrinseca al nostro ordinamento giuridico che viola il diritto al rispetto della vita privata e familiare delle coppie che ricorrono alle tecniche di PMA, poiché la legge italiana «... *d'une part, interdit l'implantation limitée aux seuls embryons non affectés par la maladie dont les requérants sont porteurs sains; d'autre part, autorise ceux-ci d'avorter un foetus affecté par cette même pathologie. Les conséquences d'un tel système sur le droit au respect de la vie privée et familiale des requérants sont évidentes. Afin de protéger leur droit de mettre au monde un enfant qui ne soit pas affecté par la maladie dont ils sont porteurs sains, la seule possibilité dont ils bénéficient est celle d'entamer une grossesse par les voies naturelles de procéder à des I. M. G. [interruzione terapeutica della gravidanza] lorsqu'un examen prénatal devait montrer que le foetus est malade*» (così ai §§. 64-65 della sentenza citata).

Per alcuni commenti critici a questa decisione, si vedano in dottrina ancora 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 decisive*, in *Rivista AIC*, n. 3/2012, pp. 1 ss. e F. VARI,

Le ordinanze di rimessione del Tribunale di Roma, tuttavia, evidenziavano entrambe un contrasto dell'art. 1 l. 40 anche con l'art. 117, co. 1, Cost., in relazione all'art. 8 CEDU, in quanto l'impossibilità per la coppia portatrice sana di poter accedere alla diagnosi genetica preimpianto –, riconoscendo comunque successivamente alla donna la possibilità di ricorrere ad un aborto terapeutico, una volta cioè che quest'ultima veniva a conoscenza dello stato di salute del feto –, avrebbe determinato un esito aberrante nell'applicazione della l. 40, anche in considerazione dello scopo perseguito dalla legge stessa – ossia quello di tutelare il concepito –, tutto ciò traducendosi ancora una volta in un'indebita ingerenza nella vita privata e familiare delle coppie ricorrenti¹⁰.

Come è noto, la Corte costituzionale ha accolto la *quaestio legitimitatis* con una motivazione molto sintetica che, prendendo atto della violazione degli artt. 3 e 32 della Costituzione – e quindi dell'irragionevolezza della normativa censurata, anche alla luce della sentenza *Costa e Pavan c. Italia* –, giungeva alla conclusione che le conseguenze aberranti di un'applicazione pedissequa della l. 40 erano comunque l'esito inevitabile di «... un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco [da parte del legislatore], in violazione anche del canone di razionalità dell'ordinamento – in quanto lesive del diritto alla salute della donna fertile portatrice (ella o l'altro soggetto della coppia) di grave malattia genetica ereditaria – nella parte in cui non consente, e dunque esclude, che, nel quadro di disciplina della legge in esame, possano ricorrere alla PMA le coppie affette da patologie siffatte, adeguatamente accertate, per esigenza di cautela, da apposita struttura pubblica specializzata»¹¹.

Considerazioni critiche a proposito della sentenza Costa et Pavan della II sezione della Corte EDU, ivi, pp. 1 ss.

¹⁰ Le due ordinanze di rimessione sono reperibili al seguente URL: www.biodiritto.org/index.php/item/480-dossier-come-%C3%A8-cambiata-la-legge-40-2004-2014.

¹¹ Così al punto 9 del «Considerato in diritto» della sentenza n. 96/2015. Come opportunamente evidenziato da A. IANNUZZI - V. ZAMBRANO, *Sentenza Costa e Pavan: il giorno dopo. L'emersione del «desiderio» di concepire un figlio sano come paradigma delle interazioni tra diritto internazionale e diritto interno*, in www.costituzionalismo.it, n. 2/2014, p. 4, la sentenza in questione potrebbe essere

Risulta chiaro come la Corte costituzionale, in questa sua importante decisione, non abbia voluto far riferimento alla CEDU ed alla giurisprudenza di Strasburgo per dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 1 l. 40, fatta eccezione per quel suo riferimento *en passant* alla già citata sentenza *Costa e Pavan*¹². Senza dubbio, come è stato opportunamente sottolineato in dottrina, la sentenza n. 96/2015 è l'ultimo atto di una *vexata quaestio* giurisprudenziale che era stata oggetto di valutazione, in un recente passato, proprio da parte della Corte EDU: non c'è da meravigliarsi, allora, se il rinvio alla giurisprudenza convenzionale da parte della Consulta sia stato utilizzato come un semplice argomento *ad adiuvandum*, anche al fine di far passare in secondo piano «... *il vero problema che agita il sonno della Corte costi-*

annoverata di fatto tra le cc. dd. «sentenze pilota» della Corte di Strasburgo: «*Infatti, vero è che la Corte non indica nello specifico quali siano gli interventi a carattere generale che lo Stato italiano dovrebbe adottare (come accade, solitamente, nelle sentenze di questo tipo), ma è altrettanto vero che, parlando di incoerenza del sistema legislativo italiano, essa lancia un "segnale" chiaro al legislatore nazionale circa la necessità di superare tale incoerenza al fine di rendere detto sistema compatibile con la CEDU*».

Ad avviso di IADICICCO, *La diagnosi genetica preimpianto*, cit., p. 331, in questo caso la Corte di Strasburgo avrebbe operato, invece, un'interpretazione estensiva dell'art. 8 CEDU, bilanciata da «*uno stringente scrutinio da parte del medesimo giudice sulla disciplina statale interferente con il diritto convenzionale e ciò si è verificato nonostante l'ampio margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati contraenti in materia*».

¹² Di diverso avviso, invece, è S. PENASA, *L'insostenibile debolezza della legge 40: la sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale tra inevitabili illegittimità e moniti "rinforzati"*, in www.forumcostituzionale.it, 08. 07. 2015, p. 2 secondo cui la Corte costituzionale avrebbe escluso «... *l'utilizzo dell'art. 2 Cost., la cui violazione era stata prospettata dal giudice a quo nei termini di una lesione del diritto della coppia a un figlio "sano" e il diritto di autodeterminazione nelle scelte procreative. Ciò sembra esprimere la volontà della Corte costituzionale, peraltro in continuità con l'approccio della Corte EDU nel caso Costa e Pavan c. Italia, di distinguere tra una formula potenzialmente ambigua – il "diritto a un figlio sano" – e una più circoscritta: «perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici», inteso quale espressione dell'art. 32 Cost.*».

tuzionale, quello cioè relativo alla disapplicazione della legge da parte dei giudici per contrasto con la CEDU»¹³.

Tuttavia, risulta evidente come un giudizio troppo incisivo della Corte costituzionale, attraverso il proprio ricorso alla giurisprudenza di Strasburgo – in particolare, con riferimento alle conseguenze giuridiche del superamento totale del divieto di diagnosi pre-impianto all'interno dell'ordinamento italiano –, avrebbe condotto la Consulta stessa ad una valutazione nel merito della l. 40, per così dire, «decontestualizzata» rispetto alla normativa vigente nel nostro ordinamento, in particolar modo rispetto alla l. n. 194/1978¹⁴.

Come è stato opportunamente evidenziato, infatti, non c'è poca differenza nell'affrontare il discorso sull'accesso alla diagnosi pre-impianto, al fine di riconoscere alla coppia il diritto ad avere un figlio sano, ovvero in termini di lesione del diritto alla salute della donna fertile portatrice di una grave malattia genetica ereditaria, in quanto *«Non v'è poca differenza tra il dire che un embrione, o un feto, può essere soppresso in nome della libertà procreativa di non mettere al mondo un figlio malato, oppure in nome della necessità di tutelare la salute della madre. Non si tratta di ipocrisia in punto di diritto: è la linea di confine che divide, in Italia, ciò che è costituzionalmente tutelato e giuridicamente consentito da ciò che non lo è. Ed è una linea di confine che, nonostante le possibili e non nascondibili sovrapposizioni proprio lì dove il confine corre, va difesa»¹⁵.*

¹³ Così, condivisibilmente, REPETTO, *La linea più breve tra due punti*, cit.; al riguardo si vedano anche le osservazioni puntuali di LIBERALI, *La diagnosi genetica preimpianto fra interpretazioni costituzionalmente conformi*, cit., pp. 18-21.

¹⁴ Al riguardo, come evidenzia G. REPETTO, *«Non di sola CEDU...»*. *La fecondazione assistita e il diritto alla salute in Italia e in Europa*, in *Dir. pub.*, 2013, p. 144: *«Ciò che stupisce, quindi, non è tanto la riconduzione all'art. 8 cit. della scelta dei genitori di verificare ex ante l'avvenuta trasmissione al feto della malattia (il che, sia detto per inciso, rende la richiesta costitutivamente diversa dalla generica pretesa "ad avere un figlio sano")*, quanto piuttosto l'accertamento di un'incoerenza sistematica nella legislazione italiana, che da un lato impedisce un simile impianto selettivo degli embrioni, ma dall'altro lato lascia aperta alla coppia la possibilità di fare ricorso all'aborto terapeutico nell'eventualità in cui il feto si rivelasse colpito dalla patologia da cui risultano affetti uno o entrambi i genitori».

¹⁵ Così TRIPODINA, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015*, cit., p. 7. Viceversa, ad avviso di Malfatti, *La Corte si pronuncia nuovamente sulla pro-*

In sintesi, tuttavia, appare chiaro come in questa sentenza la Corte costituzionale non abbia voluto ricorrere all'argomento convenzionale per dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 1, l. 40, nonostante le ordinanze di rimessione del Tribunale di Roma fossero ampiamente motivate su questo punto e nonostante fossero stati ampiamente posti all'evidenza della Consulta i numerosi profili di illegittimità della norma, ai sensi dell'art. 117, co. 1, Cost.¹⁶. Un atteggiamento questo che, come vedremo, risulta assolutamente in linea con la precedente giurisprudenza della Consulta in questo ambito normativo.

3. *Un precedente che ha fatto scuola: la sentenza n. 162/2014 della Corte costituzionale sul divieto di accesso alle tecniche di PMA*

creazione medicalmente assistita, cit., p. 535, ci troveremmo di fronte ad un «fresaggio stringato» della Corte costituzionale, in punto di diritto, rispetto alla sentenza *Costa e Pavan* della Corte EDU. Utilizzando questo espediente, ad avviso della studiosa, la Consulta «... non si misura con il fatto in sé che la Corte di Strasburgo sia intervenuta in un caso identico (“omologo”), dunque dovendosi chiarire quali spazi di intervento questo potesse aprire al giudice comune». Pertanto, la Corte si sarebbe limitata a ribadire la già denunciata incoerenza del sistema legislativo italiano al riguardo, evitando così di fare proprio il ragionamento della Corte europea che però provava troppo. Infatti, ad avviso di Malfatti, «volendo esso [il Giudice delle leggi] evitare un paradosso nel caso di specie (diagnosi preimpianto dell'embrione no, diagnosi postimpianto sì, e quindi eventuale interruzione della gravidanza in presenza di feto malformato), rischiava in realtà di produrre esiti ancor più paradossali, avallando implicitamente le richieste di accesso alla PMA da parte di qualsiasi coppia fertile che ravvisasse l'esigenza di uno screening anticipato sul prodotto del (o meglio, di quello che potrebbe essere altrimenti il) proprio concepimento» (ivi).

¹⁶ Ad avviso di M. GIACOMINI, *Il sì alla diagnosi preimpianto: un punto di arrivo o un punto di partenza?*, in www.forumcostituzionale.it, 28. 06. 2015, p. 4, essendo ormai giunta la Corte a dichiarare l'incostituzionalità della normativa, a questo punto si dovrebbe aprire nuovamente la strada della riforma legislativa dell'art. 1 della legge, perché «Fino a quando non vi sarà un intervento legislativo che ne definisca i parametri, la possibilità di accedere alla diagnosi preimpianto crea, e creerà, molte aspettative alle coppie intenzionate a ricorrervi. Le singole vicende personali, che si svilupperanno parallelamente al progresso scientifico, finiranno così per sollevare altri interrogativi, primo tra tutti cosa debba intendersi per “gravità”». Ha evidenziato la tortuosità del testo della l. 40 sulla questione dell'accesso alla diagnosi genetica pre-impianto anche REPETTO, «Non di sola CEDU...», cit., pp. 134 ss.

di tipo eterologo. – Lo stesso atteggiamento della Consulta – che abbiamo avuto modo di evidenziare nel precedente paragrafo – nei confronti della giurisprudenza CEDU, si può riscontrare anche nella sentenza n. 162/2014 con cui il Giudice delle leggi ha preso posizione rispetto al divieto di accesso alle tecniche di PMA di tipo eterologo, desumibile dalla lettura in combinato disposto degli artt. 4, co. 3, 9, commi 1 e 3, 12, co. 1, l. 40. I Tribunali di Milano, Firenze e Catania, nel corso del 2011, infatti, avevano sollevato sul punto tre identiche questioni di legittimità costituzionale che, pur essendo state dichiarate ammissibili dalla Consulta, non erano poi state valutate nel merito in quanto, con l'ordinanza n. 150/2012¹⁷, la Corte aveva restituito gli atti ai giudici *a quibus* affinché rivalutassero la *quaestio legitimitatis*, alla luce della sopravvenuta sentenza della *Grande Chambre* della Corte EDU del 3 novembre 2011¹⁸.

¹⁷ L'ordinanza della Consulta è reperibile in *Giur. cost.*, 2012, pp. 2050 ss., con un'osservazione di G. REPETTO, *Corte costituzionale, fecondazione eterologa e precedente CEDU "superveniens": i rischi dell'iperconcretezza della questione di legittimità costituzionale*, *ivi*, pp. 2069 ss. Per il dibattito dottrinario sul divieto di fecondazione eterologa nell'ordinamento italiano e sull'ordinanza n. 150/2012, si vedano A. COSSIRI - G. DI COSIMO (a cura di), *La fecondazione vietata. Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa*, Roma, 2013; B. LIBERALI, *La procreazione medicalmente assistita con donazione di gameti esterni alla coppia fra legislatore, giudici comuni, Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista AIC*, n. 3/2012, pp. 1 ss.; I. PELLIZZONE, *Sentenza della Corte europea sopravvenuta e giudizio di legittimità costituzionale: perché la restituzione degli atti non convince. Considerazioni a margine dell'ordinanza n. 150 del 2012 della Corte costituzionale*, *ivi*; A. MORRONE, *Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell'ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 19. 07. 2012.

¹⁸ Con la sentenza *S. H. e altri c. Austria*, infatti, la *Grande Chambre* aveva formulato un diverso giudizio della legge austriaca sull'accesso alle tecniche di PMA rispetto a quello della I sezione della stessa Corte EDU. In particolare, la I sezione aveva rilevato una violazione della CEDU nella parte in cui la citata 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*. Ad avviso della *Grande Chambre*, invece, l'art. 8 CEDU tutela gli individui dalle ingerenze arbitrarie dei pubblici poteri e non si limiterebbe ad obbligare gli Stati dall'astenersi da suddette ingerenze – quindi, in termini puramente negativi –, ma li obbliga a rispettare «in positivo» la vita privata e familiare degli individui, ponendo in essere comportamenti attivi, finalizzati cioè al perseguimento di questo specifico obiettivo. Il pro-

A distanza di due anni, quindi, dal primo promovimento della questione di legittimità costituzionale, gli stessi giudici sono tornati a sollevare nuovamente una *quaestio legitimitatis* sui medesimi articoli della l. 40, questa volta però utilizzando come norme parametro l'art. 3 Cost. (tutti e tre i giudici *a quibus*), gli artt. 2, 31 e 32 Cost. (il Tribunale di Milano e quello di Catania), nonché gli artt. 29 e 117, co. 1, Cost. (il solo giudice di Milano).

In effetti è proprio l'ordinanza di rimessione del Tribunale milanese a porre all'evidenza della Corte il permanere del contrasto della l. 40 con gli artt. 8 e 14 CEDU, così come interpretati dalla *Grande Chambre* nella sentenza *S. H. e altri c. Austria*: in particolare, il giudice *a quo* insisteva nell'affermare che la Consulta non avrebbe potuto prescindere, ai fini della risoluzione della *quaestio legitimitatis*, dall'interpretazione dell'art. 8 CEDU fornita della Corte di Strasbur-

blema pertanto, nel caso *de quo*, era quello di comprendere se gravasse sull'Austria un obbligo positivo ad autorizzare l'accesso ad alcune tecniche di PMA 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'art. 8 della Convenzione. Se quindi la I sezione della Corte si era espressa in questo senso, rilevando una violazione della CEDU, la *Grande Chambre*, invece, risultava essere di contrario avviso, limitandosi a rivolgere un semplice monito al Governo ed al Parlamento austriaci, affinché rivedessero i presupposti – tanto giuridici, quanto scientifici – della legislazione in oggetto, in questo modo ritenendo la normativa censurata non contrastante con gli artt. 8 e 14 della Convenzione.

Per una ricostruzione dei limiti di compatibilità tra la l. 40 e la giurisprudenza CEDU, per quanto concerne il divieto di accesso alle tecniche di PMA di tipo eterologo, si veda M. D'AMICO, *Sull'incostituzionalità del divieto di "fecondazione eterologa" fra principi costituzionali ed europei*, in M. D'AMICO - B. LIBERALI (a cura di), *Il divieto di donazione dei gameti. Fra Corte Costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Milano, 2012, pp. 18 ss. e, sempre della stessa autrice, M. D'AMICO - M. P. COSTANTINI (a cura di), *L'illegittimità costituzionale del divieto della "fecondazione eterologa". Analisi critica e materiali*, Milano, 2014. Per un'analisi dell'ordinanza n. 150/2012 alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo e, in particolare, del caso *S. H. e altri contro Austria* – oltre che del dibattito dottrinale italiano –, sia consentito rinviare in questa sede ad 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 ss.

go, proprio in ragione di quegli spazi di maggiore libertà che, nel corso degli ultimi anni, si sono venuti a creare grazie all'ampliamento delle conoscenze mediche ed al progresso delle tecniche scientifiche in campo procreativo¹⁹.

Ne conseguiva, ad avviso del giudice rimettente, che i rilievi già precedentemente formulati dal Tribunale dovessero essere riproposti integralmente anche a seguito della sentenza della *Grande Chambre*, non risultando in alcun modo superati i profili di incostituzionalità della l. 40; al contrario, tali profili risultavano ulteriormente consolidati alla luce delle osservazioni della Corte EDU con riferimento ai progressi scientifici e della tecnica bio-medica in questo settore²⁰. Tuttavia, come abbiamo avuto modo di osservare, proprio perché le nuove questioni non proponevano più – fatta eccezione per la *quaestio* sollevata dal Tribunale di Milano –, una declaratoria di incostituzionalità della l. 40 ai sensi degli artt. 8 e 14 CEDU – integranti il parametro costituzionale dell'art. 117, co. 1, Cost. –, la Consulta è giunta a dichiarare l'incostituzionalità della l. 40, nella parte in cui vietava l'accesso delle coppie sterili e/o infertili alle tecniche di PMA di tipo eterologo, con riferimento agli artt. 2, 3, 29, 31 e 32, Cost., dichiarando invece assorbiti i motivi di censura della normativa impugnata, ex art. 117, co. 1, Cost.

Ad avviso della Corte costituzionale, infatti, quello dell'accesso alle tecniche di PMA di tipo eterologo è certamente un tema «etica-

¹⁹ Così alla p. 4 dell'ordinanza di rimessione del Tribunale di Milano, reperibile al seguente URL: www.diritto24.ilsole24ore.com/content/dam/law24/Gad/Documenti/2013/Febraio/Ordinanza%20Tribunale%20di%20Milano.pdf. Sull'ampliamento del catalogo dei Diritti fondamentali da parte della giurisprudenza costituzionale, alla luce anche dell'evoluzione della tecnica, delle conoscenze scientifiche e dello sviluppo della coscienza sociale, si vedano per tutti F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995; per una diversa prospettiva dottrinale, si vedano P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Torino, 2011, pp. 176 ss. e A. RUGGERI, "Nuovi diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione", in AA. VV., *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, Padova, II, 1995, p. 629, il quale distingue tra individuazione di nuovi Diritti fondamentali e riconoscimento di nuovi principi fondamentali, quest'ultima attività imputabile soltanto al potere costituente, non certo al legislatore o alla giurisprudenza.

²⁰ Così a p. 5 dell'ordinanza di rimessione del Tribunale di Milano.

mente 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 interno. Tuttavia, la Corte rilevava anche come il divieto oggetto di censura non discendesse da obblighi derivanti da trattati internazionali, poiché la Convenzione di Oviedo del 1997 – che pure l'Italia ha recepito nel proprio ordinamento, con la l. n. 145/2001, senza però darne concreta attuazione normativa –, si limitava a vietare l'impiego delle tecniche di PMA soltanto per fini selettivi e/o eugenetici, ma non al fine di curare patologie mediche di cui possono essere affette le coppie sterili e/o infertili²¹.

Pertanto, la Corte osservava come la scelta di una coppia (sterile e/o infertile) di avere un figlio costituisca espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminazione che è desumibile dal combinato disposto degli artt. 2, 3 e 31 Cost., in quanto concernente la sfera privata e familiare di ogni individuo. Tale scelta, pertanto, 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 dall'altro che «... *il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente*

²¹ Su questo passaggio della sentenza si è soffermata M. D'AMICO, *Opportunità e limiti del diritto giurisprudenziale in relazione alle problematiche dell'inizio della vita (i casi di procreazione medicalmente assistita e dell'interruzione volontaria di gravidanza)*, in www.forumcostituzionale.it, 20. 07. 2015, p. 10, osservando come «*Alla luce dell'attenzione alla storia del divieto in Italia e alla sua eventuale previsione nel diritto Europeo e internazionale, sembra chiaro che il giudice costituzionale [con questo suo riferimento alla Convenzione di Oviedo] abbia voluto fugare qualsiasi dubbio in ordine a un eventuale «fondamento costituzionale del divieto».*

Sulla Convenzione di Oviedo e sui limiti di accesso alle tecniche di PMA, si vedano i contributi specificamente dedicati al tema di R. ANDORNO, *La tutela della dignità umana: fondamento e scopo della Convenzione di Oviedo*, in E. FURLAN (a cura di), *Bioetica e dignità umana. Interpretazioni a confronto a partire dalla Convenzione di Oviedo*, Milano, 2009, pp. 81 ss.; A. BOMPIANI, *La genesi della Convenzione Europea sui diritti dell'uomo e la biomedicina: una ricostruzione storica*, *ivi*, pp. 57 ss.

considerata dall'ordinamento giuridico, in applicazione di principi costituzionali»²².

Allo stesso livello costituzionale dell'autodeterminazione dei singoli membri di una coppia a diventare genitori, la Corte pone anche la libertà di autodeterminazione sotto il profilo della tutela del diritto alla salute, ribadendo quindi, sulla base di una sua giurisprudenza ormai costante²³, che gli atti di disposizione del proprio corpo, quando sono finalizzati alla tutela della salute *stricto sensu*, devono sempre ritenersi leciti, purché non vadano a ledere altri beni giuridici costituzionalmente rilevanti²⁴.

La Consulta passa poi a valutare il divieto assoluto stabilito dalla l. 40, in materia di accesso alle tecniche di PMA di tipo eterologo e subito rileva come questa particolare tipologia di tecniche abbia lo scopo di favorire la nascita della vita, oltre che di risolvere una serie di problematiche mediche legate alla procreazione, ma non certo quello di iniziare delle gravidanze dettate da un desiderio procreativo di tipo eugenetico.

Pertanto, l'illegittimità del divieto in esame, ad avviso della Corte, emerge esclusivamente nei casi in cui venga accertata l'esistenza, all'interno della coppia, di una patologia che sia causa irreversibile di

²² Così al punto 6 del «Considerato in diritto» della sentenza.

²³ Sul punto, per ulteriori approfondimenti, in particolare alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale, si rinvia a F. CERRONE, *Annotazioni sul diritto alla salute tra bioetica, processo e ragionamento giuridico*, in AA. VV., *Scritti in onore di Alessandro Pace*, II, Napoli, 2012, pp. 1187 ss.; si vedano, al riguardo, anche i lavori di M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. soc.*, 1980, pp. 770 ss.; Id., voce *Salute. I) Diritto alla salute – dir. cost.*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, in particolare pp. 3 ss.

²⁴ Si veda il punto 7 del «Considerato in diritto» della sentenza in commento, dove la Corte costituzionale sottolinea come nel caso *de quo* «... 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 tutelarlo 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».

sterilità e/o infertilità assolute: in pratica, una volta accertata la sterilità e/o l'infertilità irreversibile di uno dei due membri della coppia, il ricorso alle tecniche eterologhe potrà essere consentito, qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci a rimuovere le suddette patologie. L'accesso alle tecniche di PMA di tipo eterologo, inoltre, deve avvenire sulla base del principio di gradualità e del consenso informato (gli stessi principi, del resto, che valgono per l'accesso alle tecniche di PMA di tipo omologo, come di qualsiasi altro trattamento sanitario) e ad esse possono fare ricorso esclusivamente le coppie maggiorenni, di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile ed entrambi viventi (così come prescritto, sempre dall'art. 1 l. 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 di quest'ultimo e su cui, sostanzialmente, ad avviso di una parte della dottrina, si fonda il paradigma della famiglia eterosessuale riconosciuto all'art. 29 Cost.²⁵. Al riguardo, i giudici della Consulta si rifanno ad un loro precedente, ossia alla sentenza n. 278/2013, con cui avevano dichiarato l'incostituzionalità della norma che vietava la possibilità del figlio biologico di ottenere informazioni sulla propria madre naturale, la quale aveva dichiarato alla nascita di non voler essere nominata (si trattava, in pratica, della questione dell'irreversibilità del segreto sulle proprie origini biologiche in una prospettiva diacronica)²⁶.

²⁵ Al riguardo, si rinvia alle osservazioni anticipatorie sul punto di L. D'AVACK, *Il diritto alle proprie origini tra segreto, anonimato e verità nella P. M. A. con donatori/trici di gameti*, in *Dir. fam. e pers.*, 2012, pp. 815 ss. che aveva, in questo suo scritto, articolato tutta una serie di osservazioni sulla questione, che la Corte costituzionale ha poi sostanzialmente fatto proprie e sviluppato nella sentenza n. 278/2013. Per una critica alla costituzionalizzazione del paradigma della famiglia eterosessuale e per un suo superamento, in termini giuridici, si veda da ultimo l'importante lavoro di M. R. MARELLA - G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia. Le relazioni familiari nella globalizzazione del diritto*, Roma-Bari, 2014.

²⁶ Con la sentenza n. 278/2013, infatti, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, co. 7 della l. n. 184/1983 («Diritto del minore ad una fa-

Inoltre, sul punto, la Corte fa anche riferimento all'art. 28, co. 5, l. n. 184/1983 in materia di adozioni, affermando che con questa disposizione 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 pratica, vengono formulati dalla Consulta, proprio al fine di dimostrare come quello dell'identità genetica del nascituro non sia un bene giuridico bilanciabile rispetto all'autodeterminazione dei genitori a voler formare una famiglia con figli e a disporre autonomamente del proprio corpo.

Al contrario, la Corte conclude in maniera molto netta sul punto, stabilendo a chiare lettere come «*la preclusione assoluta di accesso alla PMA di tipo eterologo introduce un evidente elemento di irrazionalità, poiché la negazione assoluta del diritto a realizzare la genitorialità, alla formazione della famiglia con figli, con incidenza sul diritto alla salute, [...] è stabilita in danno delle coppie affette dalle patologie più gravi [...]. Non rileva che le situazioni in comparazione*

miglia»), nella parte in cui escludeva la possibilità di autorizzare la persona adottata all'accesso alle informazioni sulla propria madre biologica, senza avere previamente verificato la persistenza della volontà della stessa di restare nell'anonimato, ripensando la propria giurisprudenza sul punto, utilizzando un impianto argomentativo che, pur considerando la giurisprudenza in materia della Corte di Strasburgo, è giunta ad una declaratoria di incostituzionalità, utilizzando come norme-parametro soltanto gli artt. 2 e 3, co. 1, ma non l'art. 117, co. 1, Cost.

Per un commento in dottrina a questa importante sentenza della Corte costituzionale, si vedano S. FAVALLI, *Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini: un dialogo decennale fra CEDU e Corte Costituzionale italiana*, in www.forumcostituzionale.it, 09. 12. 2013; S. STEFANELLI, *Parto anonimo e conoscenza delle proprie origini*, in S. MAZZARESE - A. SASSI (a cura di), *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo. Persona, famiglia e successioni*, Torino, 2009, pp. 1 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.associazionedeicostituzionalisti.it, dicembre 2013, pp. 1 ss. Sia consentito, in questa sede, rinviare anche ad A. CIERVO, «*Come se Strasburgo non ci fosse*»: la Corte costituzionale italiana e il diritto a conoscere le proprie origini biologiche, in www.federalismi.it, Focus Human Rights, n. 1/2014, pp. 1 ss.

non sono completamente assimilabili, sia perché ciò è ininfluenza in relazione al canone di razionalità della norma»²⁷.

A conclusione dell'analisi della sentenza n. 162/2014, è possibile ribadire quanto si è evidenziato in precedenza ossia come – già prima della decisione n. 96/2015 –, la Consulta sia giunta a dichiarare l'incostituzionalità della l. 40 con riferimento al divieto assoluto di accesso alle tecniche di PMA di tipo eterologo, senza però considerare minimamente la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, anzi, considerando assorbiti i motivi di censura della legge sollevati dal Tribunale di Milano, proprio in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU.

Ad avviso di chi scrive, tutto questo è assai significativo, soprattutto se si considera il fatto che i giudici *a quibus* erano gli stessi che erano stati invitati, due anni prima, dalla stessa Corte a rivalutare le questioni di legittimità costituzionale della l. 40, proprio in ragione della sopravvenuta sentenza della *Grande Chambre S. H. e altri c. Austria*, pubblicata in pendenza del giudizio di legittimità costituzionale²⁸.

Se, infatti, con l'ordinanza n. 150/2012, la Corte aveva restituito gli atti ai 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 – così come interpretate dalla Corte di Strasburgo, fermo restando il margine di apprezzamento e di adeguamento che consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la

²⁷ Così al punto 13 del «Considerato in diritto».

²⁸ Evidenzia questo profilo A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, n. 3/2015, p. 20, quando osserva come la sentenza in commento sia *tranchant* a livello concettuale e tutta risolta sul piano dell'ordinamento costituzionale interno e dei relativi parametri, mentre in precedenza «... la Corte aveva restituito gli atti al giudice *a quo* in ragione della “sopravveniente” giurisprudenza Cedu, peraltro quasi in una «inversione tra pregiudiziale di costituzionalità e pregiudiziale di convenzionalità, a favore di quest'ultima». Tanto che la sostanziale irrilevanza delle norme convenzionali nel caso di specie avrebbe potuto condurre a formulare un giudizio a carico della Corte di “responsabile ritardo di una decisione nel merito che poteva essere presa già allora”. In effetti, la Cedu, che era stata ragione di remissione degli atti al giudice *a quo*, diviene in definitiva irrilevante, in quanto la questione viene in definitiva risolta ricorrendo ai parametri costituzionali».

norma convenzionale è destinata a inserirsi –, nella sentenza in analisi, invece, la Consulta non ha minimamente preso in considerazione gli sviluppi della giurisprudenza CEDU, che pure risultavano rilevanti nella fattispecie *de quo*, come del resto essa stessa aveva evidenziato in precedenza²⁹.

L'impressione, quindi, che emerge dalla lettura della sentenza n. 162/2014 è quella di un impiego del parametro convenzionale, da parte della Corte, in maniera quasi opportunistica: la Consulta, in pratica, avrebbe fatto riferimento al parametro CEDU nell'ordinanza n. 150/2012 al solo fine di prendere tempo e di non entrare nel merito delle questioni sollevate, in quanto eticamente sensibili e, pertanto, capaci di determinare delle fratture all'interno della Corte medesima. Non sembra, infatti, che sia possibile in alcun modo provare a razionalizzare la scelta della Corte, quanto meno sotto il profilo logico-argomentativo, in quanto essa 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 convenzionale, intesa addirittura quale *ius superveniens*, per poi dichiarare l'incostituzionalità della normativa in oggetto, prescindendo completamente dalla decisione della Corte di Strasburgo.

Un'ulteriore osservazione da svolgere in questa sede riguarda la tecnica di bilanciamento impiegata dalla Consulta al fine di dichiarare l'incostituzionalità del divieto assoluto di accesso alla PMA di tipo eterologo: anche sotto questo profilo, infatti, sembra emergere un modo di costruire il bilanciamento, in termini di ragionevolezza, che parte imprescindibilmente dall'autonomia e dall'autodeterminazione individuale (o comunque di coppia) e che tende sempre più ad assumere prevalenza su ogni altro diritto in gioco³⁰. Non è un caso, allora, se

²⁹ Per approfondimenti sul punto, a partire anche dalla recente sentenza n. 49/2015 della Corte costituzionale, si rinvia alle osservazioni di G. REPETTO, *Vincolo al rispetto del diritto CEDU “consolidato”: una proposta di adeguamento interpretativo*, in *Rivista AIC*, n. 3/2015, pp. 1 ss.

³⁰ Resta comunque il dato di fatto che la Corte, nel caso del divieto assoluto dell'accesso alle tecniche di PMA di tipo eterologo, si è trovata di fronte ad una scelta di discrezionalità politica del legislatore che ha determinato un bilanciamento irragionevole dei diritti in gioco in questo settore dell'ordinamento, un bilanciamento che nell'intenzione originaria del Parlamento era finalizzato a tutelare completa-

nella sentenza n. 162/2014, la Corte abbia fatto riferimento – proprio al fine di rafforzare la propria tecnica di bilanciamento, rispetto ai beni costituzionali in gioco nella fattispecie concreta – ad un suo precedente giurisprudenziale di pochi mesi prima ossia, come abbiamo visto, la sentenza n. 278/2013.

Anche in questa circostanza, infatti, il bilanciamento posto in essere dalla Corte partiva da un rilievo in punto di diritto imprescindibile, ossia che la norma così come era stata scritta dal Parlamento – non prevedendo la reversibilità del segreto, ossia 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 –, precludeva in termini assoluti, anche cioè dopo molti anni di distanza dalla sua nascita, la possibilità del figlio a conoscere l'identità del proprio genitore naturale e, quindi, a vedersi garantito il proprio diritto all'identità personale e, di conseguenza, alla propria autodeterminazione.

Significativo, tuttavia, era il fatto che la Corte costituzionale fosse giunta a questa conclusione proprio in ragione della sentenza *Godelli c. Italia* della Corte di Strasburgo, sentenza che però non veniva minimamente citata dalla Consulta in punto di diritto (fatta eccezione per uno stringatissimo richiamo *en passant*, in un rapido *obiter dictum*), in quanto i giudici preferirono dichiarare l'incostituzionalità della norma impugnata, esclusivamente ai sensi dell'art. 3 Cost.³¹. In-

mente i «diritti» dell'embrione. Al riguardo, come ben evidenzia PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita*, cit., p. 27, il legislatore dovrebbe comunque rifuggire «... scelte troppo radicali che si esprimano in divieti e limiti generali ed assoluti che, difficilmente supererebbero il controllo dinanzi al «custode della ragionevolezza», comportando un'illegittima compromissione di un termine del bilanciamento. Ciò soprattutto laddove la politica si esprima in un'ottica ideologicamente predeterminata in direzione di imporre una data visione valoriale, lesiva del pluralismo e dello spazio di autodeterminazione della persona, ineludibile e strinsecazione della propria dignità».

³¹ Un'irragionevolezza che la Corte ha fatto emergere, impostando la questione in termini «pratici», ricorrendo cioè ad argomentazioni desumibili dal sapere medico-scientifico, provando così a legare l'interpretazione delle norme al contesto applicativo, storico e concreto, di riferimento. Un tentativo questo che, secondo la dottrina, dimostrerebbe la volontà della Consulta di ritagliarsi una sorta di ruolo di *medium* «... tra norme e fatti, tra diritto ed esperienza, parametro delle forme giuri-

somma, anche sotto questo profilo, l'atteggiamento dei giudici costituzionali sembrerebbe essere quello di un ritorno ai principi generali della nostra Costituzione, in materia di tutela e di ampliamento dei Diritti fondamentali della persona, in una prospettiva volta a valorizzare l'autodeterminazione individuale e a farla entrare nel bilanciamento in termini di prevalenza rispetto ad altri beni giuridici, pure rilevanti, ma certamente recessivi rispetto ad essa³².

In questa ottica, pertanto, il rifiuto della Corte di risolvere le questioni di legittimità costituzionale in materia di PMA, adoperando la CEDU come parametro normativo (oltre alla giurisprudenza convenzionale), a favore invece del classico criterio della ragionevolezza, ex art. 3 Cost., sembrerebbe essere una sorta di volontà di affermare la peculiarità tutta interna con cui, negli anni passati, la nostra Corte ha risolto – tra l'altro in termini soddisfacenti e ponendosi

diche di convivenza sociale, nell'ambito delle quali la Costituzione vive come un ordinamento concreto» (così, in maniera del tutto condivisibile, A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, in www.forumcostituzionale.it, 11. 06. 2014, p. 3).

Per un quadro generale dei rapporti tra scienza e diritto a livello europeo, con particolare riferimento alla regolamentazione normativa delle tecniche di accesso alla PMA, si veda da ultimo S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2015.

³² Sulla possibilità di configurare l'autodeterminazione individuale come un diritto di rango costituzionale, si vedano in dottrina S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale ?*, in www.forumcostituzionale.it, 2009, in particolare pp. 17 ss.; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1983, pp. 21 ss.; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, ivi, 1984, pp. 49 ss.; G. U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2, cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. pub.*, 2008, pp. 109 ss.; S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008. Con specifico riferimento alla sentenza della Corte, PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita*, cit., p. 30 opportunamente osserva come «*La legge avrà però fallito, sul piano della ragionevolezza della relativa scelta, laddove avrà cercato di imporre proprie soluzioni in realtà "etiche", o addirittura religiose, sia pure adottate secondo i meccanismi del principio maggioritario, che nella bioetica rischiano di ridursi a meri simulacri di democrazia, quando non rispettose dei principi fondamentali dell'ordinamento pluralista, che trova nel bilanciamento la sua più intima realizzazione*».

all'avanguardia in ambito europeo al riguardo –, questioni «eticamente sensibili» come quelle oggetto della sentenza n. 162/2014.

4. *In conclusione: la sentenza «Parrillo c. Italia» e l'ordinanza di rimessione n. 166/2013 del Tribunale di Firenze alla Corte costituzionale.* – Ma la questione dell'utilizzo dell'argomento CEDU per dichiarare l'illegittimità della l. 40 potrebbe, nel prossimo futuro, tornare al centro dell'attenzione della dottrina, in quanto la Corte costituzionale è stata ancora una volta chiamata ad esprimersi sull'irragionevolezza dei bilanciamenti operati dal legislatore nella redazione di questo testo normativo.

Il Tribunale di Firenze, infatti, con l'ordinanza n. 166/2013 – non ancora discussa in pubblica udienza dalla Consulta – ha sollevato una *quaestio legitimitatis* dell'art. 13, commi 1, 2 e 3 della l. 40, con riferimento al divieto assoluto di qualsiasi ricerca clinica e/o sperimentale sull'embrione che non risulti finalizzata alla tutela dello stesso, per contrasto con gli artt. 9, 32, 33, co. 1, Cost., oltre che per illogicità manifesta ed irragionevolezza del bilanciamento legislativo. Sempre il giudice fiorentino, inoltre, ha sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, co. 3, della l. 40, con riferimento al divieto assoluto di revoca del consenso all'accesso alle tecniche di PMA, successivamente alla fecondazione dell'ovulo e prima dell'impianto nell'utero della gestante, per contrasto con gli artt. 2, 13 e 32 Cost.³³.

Ad avviso del Tribunale di Firenze, infatti, l'art. 13 l. 40, nel disciplinare i limiti alla ricerca scientifica, stabilisce il divieto di qualsiasi sperimentazione sugli embrioni che non persegua finalità terapeutiche e/o diagnostiche, volte cioè soltanto alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione. La disposizione, inoltre, vieta ogni forma di selezione a scopo eugenetico dell'embrione – e persino dei gameti utilizzati nella fecondazione *in vitro* –, ovvero tutti quegli interventi che,

³³ Il testo dell'ordinanza n. 166/2013 del Tribunale di Firenze è reperibile sul sito della Corte costituzionale, al seguente URL: www.cortecostituzionale.it/schedaOrdinanze.do?anno=2013&numero=166&numero_o_parte=1.

attraverso tecniche di selezione, manipolazione (e comunque attraverso procedimenti artificiali) siano finalizzati ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete, ovvero a predeterminarne le caratteristiche genetiche, ad eccezione degli interventi aventi finalità diagnostiche e/o terapeutiche sullo stesso.

Se tale disposizione definisce i limiti della ricerca scientifica in questo ambito, tuttavia, essa risulta rilevante nel caso in cui, come nella fattispecie oggetto del giudizio, la coppia che ha ottenuto l'accesso alle tecniche di PMA decida di crioconservare i cc. dd. «embrioni soprannumerari», quegli embrioni cioè che non verranno mai utilizzati per finalità procreative. In pratica, la disposizione di cui il Tribunale di Firenze chiede di dichiarare l'incostituzionalità concerne il problema della disponibilità, da parte della coppia che li ha «generati», di questi embrioni ovvero, più specificamente, del materiale genetico impiegato per creare gli embrioni stessi, in quanto inutilizzabili a fini procreativi perché affetti da malattie che si potrebbero sviluppare successivamente, nella fase cioè in cui l'embrione sarà diventato feto.

Ad avviso del giudice *a quo*, pertanto, questo tipo di embrioni – non utilizzabili per finalità procreative, ma comunque destinati alla distruzione certa nel giro di qualche anno –, potrebbero essere utilizzati per finalità scientifiche, in particolare nell'ambito della ricerca medica. Tuttavia, poiché l'art. 13, l. 40 prevede un divieto assoluto di qualsiasi ricerca clinica e/o sperimentale che non sia finalizzata alla tutela dell'embrione stesso, ad avviso del giudice rimettente tale bilanciamento legislativo risulterebbe del tutto irragionevole, ai sensi degli artt. 9 e 32 Cost.

Le disposizioni di cui all'art. 13, l. 40, inoltre, sarebbero irragionevoli anche nella misura in cui prevedono un'intangibilità assoluta dell'embrione umano, priva di deroghe o eccezioni di qualsiasi tipo: in questo modo, infatti, il legislatore non soltanto non avrebbe considerato giuridicamente la specifica condizione in cui il materiale genetico viene a trovarsi (con riferimento alla sua affezione da malattie e, quindi, rispetto al suo pratico non utilizzo ai fini del trattamento di PMA), ma anche perché l'equiparazione che il Parlamento ha sancito – tra la tutela dell'embrione e quella del singolo gamete – risulta essere tal-

mente assoluta, da non consentire alcun tipo di ricerca medica sul materiale genetico.

Del resto, osserva il giudice *a quo* nella propria ordinanza di rimessione, nel momento in cui la Corte costituzionale con la sentenza n. 151/2009 ha riconosciuto il diritto a non trasferire nell'utero della gestante tutti gli embrioni prodotti *in vitro*, qualora sussistano esigenze di tutela della salute della donna, ne è conseguito che nel corso degli ultimi sei anni il numero degli embrioni destinato ad essere distrutto è aumentato significativamente.

Infine, il giudice fiorentino solleva anche una questione di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 6, co. 3, l. 40, con riferimento cioè all'irrevocabilità del consenso della donna durante il trattamento sanitario di PMA – in particolare, successivamente alla fecondazione dell'ovulo –, poiché sempre a seguito della sentenza n. 151/2009, pur avendo la Corte costituzionale introdotto una deroga significativa al divieto assoluto di crioconservazione previsto all'art. 14, co. 1, tale decisione ha sicuramente inciso sull'effettività normativa dell'art. 6, co. 3, della legge³⁴.

Come si sarà notato, il Tribunale di Firenze ha sollevato la questione di legittimità costituzionale senza fare alcun riferimento all'art. 117, co. 1, Cost. e neppure alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo: tuttavia, il Presidente della Corte costituzionale ha rinviato l'udienza pubblica di discussione della *quaestio*, in attesa che la Corte EDU si esprimesse su un ricorso avente il medesimo oggetto dell'ordinanza n. 166/2013.

Si tratta del caso *Parrillo c. Italia* (ric. n. 46470/2011), dichiarato ammissibile il 28 maggio 2013 dalla II sezione della Corte EDU che era stata adita dalla ricorrente per violazione degli artt. 8 e 1, primo protocollo alla Convenzione: in particolare la Signora Parrillo, da

³⁴ Infatti, evidenzia il giudice *a quo*, al punto 2 «In Diritto» dell'ordinanza di rimessione, come: «Tale prescrizione, già di per sé sprovvista di sanzione per l'ipotesi di violazione, è stata ulteriormente sfumata dalla deroga, introdotta dalla pronuncia della Corte, al divieto assoluto di crioconservazione degli embrioni, in tutti i casi in cui il medico rilevi fondati rischi per la salute della donna nel procedere al loro impianto; ma, ad avviso del giudicante, aspetti problematici residuano tanto sotto il profilo sistematico, che sotto quello pratico-operativo».

un lato, invocava la violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione, in quanto l'art. 13, l. 40 le impediva di donare i propri embrioni soprannumerari per finalità di ricerca scientifica, obbligandola a mantenerli in uno stato di crioconservazione perenne, fino alla loro estinzione; dall'altro, lamentava anche la violazione dell'art. 8 CEDU perché, a suo avviso, il divieto previsto dall'art. 13, l. 40 determinerebbe anche un'ingerenza non necessaria e sproporzionata all'interno della propria vita privata³⁵.

Il 28 gennaio 2014, la II sezione della Corte EDU, ai sensi dell'art. 30 del proprio codice procedurale³⁶, ha rinviato la causa direttamente alla *Grande Chambre* che l'ha successivamente discussa nella pubblica udienza del 18 giugno 2014: le motivazioni della sentenza sono state rese pubbliche il 27 agosto 2015 e la Corte di Strasburgo ha dichiarato infondato il ricorso della Signora Parrillo, in quanto l'art. 13, l. 40 non risulta essere in contrasto con la Convenzione europea dei Diritti dell'uomo. L'intreccio giurisprudenziale che si è venuto a creare tra l'ordinanza n. 166/2013 del Tribunale di Firenze e la questione sollevata dalla Signora Parrillo ci sembrano sintomatiche dell'atteggiamento che Corte costituzionale italiana e Corte EDU hanno tenuto, nel corso degli ultimi anni, con riferimento alle questioni (costituzionali e di convenzionalità) della l. 40.

Da un lato, infatti, la Consulta non ha ancora fissato (dopo ormai due anni) l'udienza di discussione del caso, attendendo l'esito della pronuncia dei giudici di Strasburgo per decidere: tuttavia, il giudice *a quo*, nel sollevare la questione di legittimità costituzionale degli artt.

³⁵ Nel proprio ricorso introduttivo la Signora Parrillo lamentava anche una violazione dell'art. 10 CEDU, in quanto il divieto di donazione degli embrioni previsto dalla l. 40, a suo avviso, avrebbe violato la libertà di espressione di cui la libertà della ricerca scientifica costituirebbe un aspetto fondamentale, ma la II sezione della Corte EDU ha dichiarato irricevibile sotto questo profilo l'istanza della ricorrente.

³⁶ Ai sensi della disposizione citata, «*Where a case pending before a Chamber raises a serious question affecting the interpretation of the Convention or the Protocols thereto, or where the resolution of a question before the Chamber might have a result inconsistent with a judgment previously delivered by the Court, the Chamber may, at any time before it has rendered its judgment, relinquish jurisdiction in favour of the Grand Chamber, unless one of the parties to the case objects*».

13 e 6, co. 3, l. 40 non ha fatto alcun riferimento né alla giurisprudenza convenzionale, né al parametro di recepimento della suddetta giurisprudenza all'interno dell'ordinamento interno, ossia l'art. 117, co. 1. La Corte, quindi, avrebbe potuto tranquillamente decidere senza attendere i giudici di Strasburgo, in quanto la questione è stata sollevata dal Tribunale di Firenze con riferimento ai soli parametri costituzionali interni e, in sostanza, chiedendo una valutazione sulla ragionevolezza del bilanciamento posto in essere dal legislatore, con riferimento alla limitazione della libertà di scelta della coppia, ai sensi cioè del solo art. 32, co. 2, Cost.

Dall'altro lato, invece, la *Grande Chambre* è stata interessata dalla Signora Parrillo di una «*serious question*» che investe direttamente la compatibilità della l. 40 con la CEDU ed i suoi protocolli addizionali, ma che la stessa Corte di Strasburgo ha dichiarato infondata, avvalendosi ancora una volta della teoria del margine di apprezzamento, per evitare di prendere posizione su una normativa statale «eticamente sensibile»³⁷.

³⁷ Come è possibile leggere ai §§. 174-175 della sentenza *Parrillo*, infatti, «*La Cour rappelle d'emblée que la présente espèce ne concerne pas un projet parental, à la différence des affaires citées ci-dessus. Dans ces conditions, s'il n'est assurément pas dénué d'importance, le droit de donner des embryons à la recherche scientifique invoqué par la requérante ne fait pas partie du noyau dur des droits protégés par l'article 8 de la Convention en ce qu'il ne porte pas sur un aspect particulièrement important de l'existence et de l'identité de l'intéressée. [...] En conséquence, et eu égard aux principes dégagés par sa jurisprudence, la Cour estime qu'il y a lieu d'accorder à l'État défendeur une ample marge d'appréciation en l'espèce*».

Per approfondimenti sul punto, si rinvia a P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007, pp. 149 ss.; J. A. BRAUCH, *The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law*, in *Colum. J. Eur. Law*, 2004, pp. 113 ss.; E. BENVENISTI, *Margin of appreciation, consensus, and universal standards*, in *J. Int. Law and Pol.*, 1999, pp. 843 ss.

Per un'analisi dell'utilizzo della teoria del margine di apprezzamento da parte della Corte di Strasburgo, al fine di risolvere casi «eticamente sensibili», sia consentito rinviare anche ad A. CIERVO, *The Unbearable Lightness of the Margin of Appreciation: ECHR and "Bio-Law"*, in G. REPETTO (ed.), *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, Cambridge, 2013, pp. 159 ss.

Tuttavia, quello che preme evidenziare, in questa sede, è che i giudici di Strasburgo hanno avuto modo di passare in rassegna la giurisprudenza della Corte costituzionale con riferimento alla l. 40 e hanno sottolineato proprio il fatto che la Consulta non abbia mai utilizzato né la CEDU (tramite l'art. 117, co. 1, Cost.) né la giurisprudenza convenzionale, per giungere ad una declaratoria di incostituzionalità della normativa interna in materia di PMA³⁸.

Ciò, ad avviso dei giudici di Strasburgo risulterebbe in qualche modo coerente anche con quanto stabilito dalla Corte costituzionale con le sentenze nn. 348 e 349 del 2007, in particolare «... *sur la différence des rôles respectifs de la Cour de Strasbourg et de la Cour constitutionnelle en indiquant qu'il appartient à la première d'interpréter la Convention et qu'il revient à la seconde de rechercher s'il existe un conflit entre telle ou telle norme nationale et les droits garantis par la Convention, à la lumière notamment de l'interprétation fournie par la Cour européenne des droits de l'homme*»³⁹.

In quest'ottica, allora, sempre secondo la *Grande Chambre*, sarebbe assolutamente logica la decisione presa dal Presidente della Consulta il 19 marzo 2014, ossia di rinviare l'esame della questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Firenze sull'art. 13, l. 40, in attesa che la Corte di Strasburgo si pronunciasse autonomamente su una questione sostanzialmente identica a quella pendente innanzi al Giudice delle leggi⁴⁰.

Ancora una volta, quindi, sulla l. 40 e sul tema dell'accesso alle tecniche di PMA, le questioni giuridiche poste all'attenzione delle Corti sembrano in qualche modo creare un corto-circuito all'interno

³⁸ Si rinvia, in particolare, ai §§. 93-96 della sentenza *Parrillo*, in cui la *Grande Chambre*, dopo aver passato in rassegna non soltanto le sentenze della Consulta, ma anche la recente ordinanza del Tribunale di Firenze, rileva come «... *les deux seules exceptions à l'absence de prise en compte de la Convention et de sa jurisprudence sont constituées par les ordonnances des tribunaux de Cagliari (du 9 novembre 2012) et de Rome (du 15 janvier 2014) qui, eu égard aux conclusions de la Cour dans l'affaire Costa et Pavan (précité), ont respectivement garanti l'accès des demandeurs au diagnostic préimplantatoire et soulevé une question de constitutionnalité sur ce point devant la Cour constitutionnelle*».

³⁹ Così al §. 98 della sentenza *Parrillo*.

⁴⁰ Cfr. il §. 99 della sentenza *Parrillo*.

del dialogo multilivello tra giudici, forse perché siamo di fronte a questioni che dovrebbero essere preventivamente apprezzate dal legislatore, con una corretta ponderazione normativa dei beni giuridici potenzialmente in conflitto tra loro, piuttosto che da organi giurisdizionali che, nel prendere decisioni su questi temi, scontano il limite – come abbiamo visto – del loro carattere costitutivamente «contro-maggioritario»⁴¹.

In ogni caso, sarà comunque interessante vedere in che modo, ancora una volta, la Corte costituzionale risolverà la questione sollevata dal Tribunale di Firenze e se consoliderà – come è probabile che avvenga, alla luce anche degli argomenti utilizzati dal giudice *a quo* nella propria ordinanza di rimessione – questo suo filone giurisprudenziale, un filone quello avente ad oggetto la l. 40, in cui la Consulta sembrerebbe fare volentieri a meno de(gli argomenti e del)la giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

⁴¹ Sul processo di frammentazione della regolamentazione normativa insito nella prospettiva giurisprudenziale «multi-livello», si rinvia alle osservazioni di CASSESE, *I tribunali di Babele*, cit., pp. 92 ss.

STEFANIA STEFANELLI*

COGNOME PATERNO E DIRITTI FONDAMENTALI

SOMMARIO: 1. Parificazione degli *status* di filiazione e disparità nella trasmissione del cognome – 2. Illegittimità dell'obbligo di cognome paterno in caso di accordo tra i genitori. – 3. Isolamento della legislazione italiana. – 4. Riforma del cognome dei figli. – 5. Doppio cognome e circolazione delle persone nella giurisprudenza CEDU e CGE. – 6. Prassi e giurisprudenza nazionali.

1. *Parificazione degli status di filiazione e disparità nella trasmissione cognome.* – Il cognome delle persone costituisce, nell'esperienza sociale come nella disciplina normativa, il segno dell'appartenenza familiare, in quanto consegue all'accertamento della filiazione per atto volontario – dichiarazione di nascita o riconoscimento o per giudicato *ex artt.* 239 e 269 c.c. Viene, invece, assegnato dall'ufficiale di stato civile ai bambini abbandonati, che mancano dello *status*, *ex art.* 38, Reg. stato civile, adottato con d.P.R. n. 396/2000. E' dunque fondamentale indagarne le interrelazioni con i titoli costitutivi dello stato giuridico, che si compendia proprio nella relazione, di regola biologica, tra un individuo e colui o colei nei confronti è accertata la filiazione¹, o rispetto ai quali sia stato pronunciato un decreto di adozione, che la filiazione naturale sostituisce. Relazione che si estende ai familiari del genitore, ai sensi dell'art. 74 c.c., nella novella formulazione che recepisce i risultati della dottrina², fondata al Regolamento UE n. 2201/2003 e sul concetto di «discendenza da uno stesso stipite», fondativi dell'equivalenza fra parentela legittima e naturale.

Non è arduo dimostrare come le disposizioni dedicate alla trasmissione del cognome dal codice civile e dal citato regolamento,

* Ricercatore di Istituzioni di diritto privato, Università di Perugia.

¹ Sulla nozione individualistica di *status* cfr. A. SASSI, *Accertamento indiretto di stato e diritti successori nella riforma della filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, pp. 612 ss.

² A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu – Messineo – Mengoni – Schlesinger*, I ed., 2007, pp. 568 ss.

mantengano, pur all'esito della riforma del 1975 e di quella più recente ispirata alla parificazione degli *status* di filiazione attuata con l. n. 219/2012 e d.lgs. n. 154/2013, una significativa disparità di trattamento³ dipendente dal vincolo matrimoniale che eventualmente unisca i genitori.

Nonostante tutti i figli siano uguali, godendo di identico *status* a prescindere dalle qualità personali dei genitori e dal relativo vincolo coniugale, ai sensi dei novellati artt. 315 e 315 *bis* c.c., non sono uguali le regole che presidiano l'imposizione del cognome ai figli nati in matrimonio o fuori di esso: mentre per i figli matrimoniali il cognome paterno è inderogabile⁴, colui che abbia visto costituire il proprio *status* – con riconoscimento o sentenza ex art. 269 c.c. – prima verso la madre e poi verso il padre, non coniugato, può portare solo il cognome materno, entrambi i cognomi, o solo quello paterno.

La regola del patronimico⁵ per i figli matrimoniali corrisponderebbe, secondo una prima tesi, ad una norma consuetudinaria⁶, ma il

³ M. DOGLIOTTI, *Persone fisiche: Capacità, status, diritti*, Milano, 2014, p. 288, auspica una revisione generale del sistema di attribuzione del cognome; sottolinea l'occasione mancata dalla riforma A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu – Messineo – Mengoni – Schlesinger*, II ed., 2013, pp. 559 ss.; S. TROIANO, *Novità e questioni irrisolte del diritto della filiazione a un anno dal completamento della riforma (II parte)*, in *Studium iuris*, 2015, pp. 395 ss.; M. TRIMARCHI, *Diritto all'identità e cognome della famiglia*, in www.juscivile.it, 2013, 1, pp. 34 ss., e in G. FERRANDO - G. LAURINI, *Genitori e figli: quali riforme per le nuove famiglie*, Torino, 2013, pp. 117 ss., per cui «la riforma detta numerose importanti regole, finalmente unificando lo stato giuridico della filiazione e prevedendo uguali diritti e doveri per tutti i figli (e quindi per tutti i genitori) con l'eliminazione di qualsiasi discriminazione. E però, in modo incoerente, non applica direttamente tali principi in materia di cognome, né delega sul punto il Governo, se non del tutto genericamente»; cfr. anche ID., *Il cognome dei figli: un'occasione perduta dalla riforma*, in *Fam. dir.*, 2013, pp. 243 ss.; A. BERNARDINI DE PACE, *La navigazione della legge 219/2012 tra scogli e nuovi orizzonti*, in R. CIPPITANI - S. STEFANELLI, *La parificazione degli status di filiazione*, Roma - Mexico, 2013, pp. 44 ss.

⁴ Cass. ord. 17-7-2004, n.13298, in *Fam. dir.*, 2004, pp. 457 ss., con nota di V. CARBONE, *Quale futuro per il cognome?*, su cui i rilievi critici di M. FINOCCHIARO, *Se il figlio prende anche il nome della madre situazione ingovernabile in poche generazioni*, in *Guida al Diritto*, 2004, pp. 32 ss.

⁵ L'espressione, pur impropria perché etimologicamente riferita al prenome o al cognome che derivino, per aggiunta di un suffisso, da quello del padre, come av-

più recente e condivisibile orientamento giurisprudenziale ne ascrive il fondamento ad una norma di sistema, sebbene dubiti della sua costituzionalità⁷, per contrasto con gli artt. 2, 3 e 39 Cost. in quanto lesiva

viene nelle lingue semitiche, è utilizzata nel senso che è divenuto comune fin dal diciannovesimo secolo, in sostituzione della locuzione, propria, di cognome paterno inteso come nome di famiglia, in opposizione a quello tratto dalla terra, dal feudo, o al soprannome: cfr. O. PIANIGIANI, *Vocabolario etimologico della lingua italiana*, ed. Dante Alighieri, Segati, 1907, p. 988.

⁶ Cass. 14-7-2006, n. 16093, in *Rep. Foro it.*, 2006, *Stato civile*, 15; A. Milano, 4-6-2002, in *Fam. dir.*, 2003, pp. 175 ss., con nota di A. FIGONE, *Sull'attribuzione del cognome del figlio legittimo*, resa nella vicenda che ha originato la condanna della Corte EDU di cui si dirà *infra*, § 2; T. Lucca, 1-10-1984, in *Giust. civ.*, 1985, I, pp. 1878 ss., aveva sollevato questione di legittimità costituzionale della disposizione consuetudinaria *contra legem*; T. Trento, 7-5-1987, in *Dir. famiglia persone*, 1988, p. 102; T. Lucca, 9-10-1987, *ibidem*, pp. 107 ss. In dottrina M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, IV ed., Padova, 2011, p. 224; V. CARBONE, *La disciplina italiana del cognome dei figli nati dal matrimonio*, in *Fam. dir.*, 2014, p. 213. Rileva però G. GRISI, *L'aporia della norma che impone il patronimico*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, pp. 649 ss., che si tratterebbe di consuetudine *contra legem*, violativa del principio di uguaglianza tra i coniugi e del valore dell'unità familiare. Nota F. GIARDINA, *Il cognome del figlio e i volti dell'identità: un'opinione "controluce"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, p. 139, che sembra condividere la tesi circa la natura consuetudinaria, ed esclude quella opposta, sostenendo che le norme richiamate non creino quella di sistema, ma la presuppongono, che «ormai il vero problema non è più come "costruire" la regola, ma come "smontarla" dato che essa viola gli artt. 8 e 14 della Conv. Eur. dir. uomo».

⁷ Cass., ord. 22-9-2008, n. 23934, in *Fam. dir.*, 2008, p. 1093, con nota di M. N. BUGETTI, *Attribuzione del cognome e principi costituzionali*; in *Dir. famiglia persone*, 2009, pp. 1075 ss., con nota di M. ALCURI, *L'attribuzione del cognome materno al vaglio delle Sez. Un. della S.C.*; in *Corriere giur.*, 2009, pp. 489 ss., con nota di G. AUTORINO STANZIONE, *Autonomia familiare e attribuzione del cognome: i dubbi in Italia e le certezze in Europa*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 11, con nota di R. VILLANI, *A "piccoli passi" verso il traguardo dell'attribuzione del cognome materno ai figli. Ovvero quando l'inerzia del legislatore suggerisce la ricerca di soluzioni alternative*. Con detta ordinanza la Prima Sez. trasmetteva al primo presidente la questione «se possa essere adottata un'interpretazione della norma di sistema costituzionalmente orientata ovvero – se tale soluzione sia ritenuta esorbitante dai limiti dell'attività interpretativa – la questione possa essere rimessa nuovamente alla Corte Costituzionale», proprio in considerazione dell'interpretazione della Corte di Strasburgo, assumendo a parametro di legittimità l'art. 117, co. 1, Cost, sul presupposto che, «con la ratifica del trattato di Lisbona di cui alla L. 2 agosto 2008, n. 130, si dovrebbe aprire la strada all'applicazione diretta delle norme del

del diritto all'identità personale ed al nome, nonché del principio di eguaglianza e pari dignità dei genitori, rispetto ai quali ha carattere gravemente discriminatorio.

Considerazioni di teoria delle fonti militano a sostegno di quest'ultima opinione: la regola dell'obbligatoria trasmissione del cognome paterno ai figli matrimoniali non riveste, infatti, uno dei caratteri fondamentali della consuetudine, non essendo in alcuno modo sensibile all'*opinio iuris* dei consociati, ma risulta invece applicata senza eccezioni dall'ufficiale che riceve la dichiarazione di nascita.

La disposizione è desumibile e presupposta non solo dal testo previgente dell'art. 237, co. 2, c.c., che annoverava tra gli elementi costitutivi del possesso di stato l'aver portato sempre il cognome del padre, ma anche dall'art. 262, che imponendo il cognome paterno per il figlio non matrimoniale riconosciuto contestualmente dai genitori intende evitare che il diverso cognome evidenzia la filiazione fuori del matrimonio; dall'art. 299 c.c. che attribuisce all'adottato maggiorenne il cognome del padre; dagli artt. 72, co. 1, R.D. n. 1239 del 1939, e 34,

trattato stesso e di quelle alle quali il trattato fa rinvio e, comunque, al controllo di costituzionalità che, anche nei rapporti tra diritto interno e diritto comunitario, non può essere escluso: a) quando la legge interna è diretta ad impedire o pregiudicare la perdurante osservanza dei trattati della comunità in relazione al sistema o al nucleo essenziale dei suoi principi, b) quando venga in rilievo il limite del rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona, c) quando si ravvisa un contrasto fra norma interna e direttiva comunitaria non dotata di efficacia diretta». La rinuncia all'azione ha impedito il prosieguo del giudizio. L'argomentazione è ripresa da Corte Cost. 16-2-2006, n. 61, in *Giust. civ.*, 2007, p. 2079; in *Giur. cost.*, 2006, p. 552, con nota di E. PALICI DI SUNI, *Il nome di famiglia: la Corte Costituzionale si tira ancora una volta indietro, ma non convince*; in *Foro it.*, 2006, I, 1673, con osservazioni di G. CASABURI, col rilevare come non si possa discutere di consuetudine a proposito di una regola che non corrisponde ad una «reiterazione e continuità di comportamenti conformi ad una medesima regola da parte della generalità dei consociati nella convinzione della loro doverosità», in quanto l'attribuzione del cognome paterno dipende «da un'attività vincolata dell'ufficiale dello stato civile, a fronte della quale la volontà ed il convincimento dei singoli dichiaranti non trova spazio». Nota, però, M. TRIMARCHI, *Il cognome dei figli: un'occasione perduta dalla riforma*, in *Fam. dir.*, 2013, pp. 245, il riferimento al sistema normativo «appare decisamente datato e superato nel tempo odierno del pluricentrismo normativo e della tutela multilivello dei diritti», in cui la regola della trasmissione del cognome paterno è assolutamente residuale.

co. 1, d.P.R. n. 396/2000, che vietano di imporre al figlio lo stesso nome del padre vivente allo scopo di evitare omonimie, presupponendosi che ne porti anche il cognome. Nello stesso senso, ed in considerazione della parificazione al figlio legittimo, deponeva l'art. 33, co. 1⁸, del citato d.P.R. n. 396/2000, che attribuiva al figlio legittimato, salva l'opzione esercitabile dal soggetto maggiorenne, il cognome del padre.

In caso di filiazione fuori del matrimonio, invece, si trasmette il cognome paterno solo se i genitori non coniugati provvedono all'atto costitutivo dello *status* contemporaneamente, con dichiarazione ricevuta dall'Ufficiale di stato civile o dal direttore sanitario dell'ospedale in cui sia avvenuto il parto.

Non è eccezionale che il figlio non matrimoniale porti inizialmente il solo cognome materno, per poi aggiungervi quello paterno in conseguenza del relativo riconoscimento, che viene ritardato proprio allo scopo di consentire la cristallizzazione del cognome della madre in quanto identificativo della persona che lo porta nella comunità in cui vive⁹, così orientando la decisione giudiziale nel senso di mantenerlo, accostato a quello paterno, nell'interesse del minore a non veder stravolta assieme al cognome la propria identità e riconoscibilità nei rapporti coi consociati.

La decisione è rimessa all'ampia discrezionalità del giudice ordinario, 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 esclu-

⁸ Abrogato con d.P.R. 30 gennaio 2015, n. 26.

⁹ *Ex plurimis*, cfr. A. Catania, sez. III min., 30-6-2010, in *Fam. dir.*, 2012, con nota di G. ARIETE, *Attribuzione del cognome al figlio naturale e giudicato rebus sic stantibus*; Cass. 28-5-2009, n. 12670, in *Fam. dir.*, 2010, p. 235, con nota di A. VESTO, *Cognome del figlio naturale: declino del patronimico e ascesa dell'identità personale del minore*. Il testo novellato dell'art. 33 d.P.R. n. 396/2000 prevede in questo caso che, il figlio nato fuori del matrimonio, riconosciuto, dopo il raggiungimento della maggiore età, da uno dei genitori o contemporaneamente da entrambi, può scegliere, con dichiarazione resa all'ufficiale di stato civile del Comune di nascita ed annotata a margine dell'atto di nascita, entro un anno dal giorno in cui ne venga a conoscenza, di mantenere il cognome portato precedentemente, se diverso, ovvero di aggiungere o di anteporre ad esso quello del genitore.

sione di qualsiasi automaticità nell'attribuzione del cognome, pure in ordine all'assunzione del patronimico»¹⁰.

La previsione si dimostra così funzionale alla tutela dell'interesse del figlio a conservare il cognome originario che sia divenuto autonomo segno distintivo della sua identità personale¹¹ nella sua scuola, presso amici e conoscenti, nell'attività sportiva o nella parrocchia e così via.

Per il relativo apprezzamento si impone l'ascolto del minore dodicenne o comunque capace di discernimento¹², ai sensi dell'innovato co. 3 dell'art. 262 c.c.

L'intervento della riforma del 2012-2013 sull'art. 262 c.c., dedicato al cognome del figlio nato fuori del matrimonio, si è limitato a recepire un indirizzo consolidato in giurisprudenza¹³, ed a chiarire la

¹⁰ Cass., 29-5-2009, n. 12670, in *Giust. civ.*, 2009, pp. 1858 ss.; Cass. 5-6-2013, n. 14232, in *Fam. dir.*, 2013, p. 961, con nota di M. SILVANA FORTE, *La disciplina del cognome del figlio nato fuori dal matrimonio*.

¹¹ Corte Cost. 23-07-1996, n. 297, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2001, 6, p. 1193, con nota di A. GENTILI, *Il diritto alla identità personale nuovamente all'esame della Corte Costituzionale*, aveva dichiarato incostituzionale, in relazione al diritto fondamentale all'identità personale tutelato dall'art. 2 Cost., il testo previgente dell'art. 262 c.c., nella parte in cui escludeva che il figlio naturale, assumendo il cognome del genitore da cui per primo sia riconosciuto, avesse il diritto di mantenere pure il cognome originariamente attribuitogli dall'ufficiale di stato civile, ove questo sia da ritenere divenuto segno distintivo della sua identità personale. Per Cass. 20-05-1998, n. 5019, in *Mass. Giur. it.*, 1998, non è impugnabile con ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. il decreto emesso in sede di reclamo dalla Corte di Appello, con il quale si provveda all'assunzione del cognome del figlio naturale riconosciuto, ai sensi dell'art. 262 co. ult., c.c., trattandosi di provvedimento non decisorio, ma di natura essenzialmente amministrativa e contrassegnato da ampio margine di discrezionalità, diretto essenzialmente alla tutela dell'interesse del minore alla sua più conveniente individuazione nel contesto delle relazioni sociali in cui sia inserito. Conforme Cass. 11-05-1990, n. 4055, *ivi*, 1990.

¹² Sulla presunzione legale di capacità di discernimento e sulla capacità processuale del minore nella l. 219 del 2012 cfr. F. SCAGLIONE, *Ascolto, capacità e legittimazione del minore*, in R. CIPPITANI - S. STEFANELLI, *La parificazione degli status di filiazione*, cit., pp. 271 ss.

¹³ Da ultimo Cass. 27-06-2013, ord. n. 16271, in *Fam. dir.*, 2013, p. 924, con nota di A. BATÀ - A. SPIRITO, *Cognome del figlio naturale*; Cass. 3-2-2011, n. 2644, in *CED Cassazione*, 2011; Cass. 29-5-2009, n. 12670, cit.; A. Catania, sez. III min., 30 giugno 2010, cit.; Cass. 5-2-2008, n. 2751, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p.

regola della precedenza del riconoscimento, esplicitando che, essendo il cognome un autonomo segno dell'identità personale¹⁴, a questo criterio deve ancorarsi la scelta circa l'aggiunta, l'anteposizione o la sostituzione del cognome paterno a quello materno originariamente attribuito al figlio che sia stato riconosciuto prioritariamente dalla sola madre.

Il giudizio rientra nella competenza del tribunale ordinario, che provvederà in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero ai sensi del novellato art. 38, co. 3, disp. att. c.c., mentre il testo previgente lo riservava al Tribunale per i minorenni.

1070; Cass., sez. I, 26-5-2006, n. 12641, in *Famiglia*, 2006, p. 959; Corte Cost. 16-2-2006, n. 61, cit.

¹⁴ Ritiene A. DONATI, *La cognominazione dei figli da parte della madre*, in *Dir. famiglia persone*, 2009, pp. 341 ss., che l'art. 29 Cost. sia fondato su una visione pubblicistica della famiglia, sulla preminenza del marito, e che la cognominazione da parte del padre realizzi l'interesse dei figli ad essere riconosciuti socialmente come legittimi, oltre a "cognoscere" il proprio padre, «ciò che avviene mediante l'attribuzione del relativo *cognomen*». V. anche G. GUERRA, *Scelta genitoriale e tutela dell'identità della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, pp. 166 ss.; G. Di ROSA, *Attribuzione del nome e dignità della persona*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2009, pp. 101 ss.; D. ZIINO, *Diritti della persona e diritto al (pre)nome – Riferimenti storico-letterari e considerazioni giuridiche*, in *Giust. civ.*, 2004, II, p. 355; F. CIONTI, *Considerazioni sull'evoluzione del nome*, in *Riv. dir. industriale*, 1990, pp. 68 ss.; M. CLAUDIO, *Diritto al prenome e diritto alla scelta del prenome*, nota a Cass., 9 maggio 1981, n. 3060, in *Riv. giur. scuola*, 1985, pp. 759 ss.; M. FINOCCHIARO, *Ancora sulla potestà dei genitori e sull'imposizione del prenome al neonato*, nota a Cass., 9 maggio 1981, n. 3060, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 1226; M. NUZZO, *Nome (diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978, p. 304; N. VISSALLI, *Sulla possibilità di imporre come secondo prenome quello del padre vivente*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, pp. 550 ss. Sull'ascrivibilità della scelta del nome del figlio alla responsabilità genitoriale cfr. M. DOSSETTI, *La disciplina del nome nella famiglia legittima ed il suo rapporto con il principio di eguaglianza tra i coniugi: la giurisprudenza italiana*, in C. HONORATI, *Diritto al nome e all'identità personale*, cit., p. 34; così anche FINOCCHIARO, *Ancora sulla potestà dei genitori e sull'imposizione del prenome al neonato*, loc. cit., in dissenso con la tesi che ne ravvisa il fondamento nell'art. 144 c.c., come questione relativa all'indirizzo della vita familiare, da cui deriverebbe la tutelabilità attraverso l'esecuzione in forma specifica, dell'accordo intervenuto tra i genitori prima della nascita o del concepimento.

La disposizione conferma così il privilegio per il cognome paterno che già si esprimeva nella formulazione precedente¹⁵, non risultando che, in caso di prioritario riconoscimento paterno, quello successivo della madre faccia acquistare al figlio il cognome di costei. Il co. 2 dell'art. 262 riferisce, infatti, l'aggiunta proprio al cognome paterno, trattando dell'accertamento della filiazione nei confronti del padre, per dichiarazione giudiziale o riconoscimento, successivo al riconoscimento materno¹⁶.

Il figlio minore adottivo assume il cognome del padre, in conseguenza della sentenza di adozione che ne costituisce lo *status* nei confronti della coppia adottiva coniugata, in applicazione dell'art. 27, l. n. 183/83, che si riferisce al «cognome degli adottanti», presupponendo che la donna porti il cognome del marito, aggiunto al proprio, *ex art. 143 bis c.c.*¹⁷; quando l'adozione è pronunciata nei confronti della sola donna separata durante il periodo di affidamento preadottivo, ai sensi dell'art. 25, co. 5, si trasmette invece il cognome materno.

In caso di adozione in casi particolari *ex art. 44, l. n. 184/83*, il minore assume di norma il cognome dell'adottante e lo antepone al proprio, ai sensi dell'art. 55 che richiama, tra gli altri, l'art. 299 c.c.¹⁸

¹⁵ Evidenziato da Corte Cost., ord. 27-4-2007, n. 145, che non pronunciava l'illegittimità, al pari di quanto deciso per la filiazione matrimoniale, in ragione del vuoto normativo che ne sarebbe derivato, e della competenza legislativa nella scelta tra le varie soluzioni prospettabili, su cui A. BECCU, *Il cognome del figlio naturale dinanzi alla Corte Costituzionale, fra istanze di eguaglianza e prospettive di riforma*, in *Fam. pers. suc.*, 2008, pp. 107 ss.

¹⁶ Così DOGLIOTTI, *Persone fisiche: Capacità, status, diritti*, loc. cit.

¹⁷ Cass. 13-7-1961, n. 1692, in *Foro it.*, 1961, I, 1965, ritiene che sia diritto della moglie, e non obbligo, aggiungere al proprio cognome da nubile quello del marito. La disposizione è, dunque, ulteriore conferma della norma di sistema che regge il cognome dei figli matrimoniali.

¹⁸ Corte Cost. 24-6-2002, n. 268, in *Foro it.*, 2003, I, 2933, ha dichiarato infondata la questione di legittimità sollevata da A. Torino, sez. min., 20-10-2000 che denunciava come l'automatismo non corrispondesse al criterio dell'interesse del minore, ritendo piuttosto che «sarebbe contraria alla Costituzione una disposizione che imponesse la cancellazione, attraverso la sostituzione automatica del cognome originario, di un tratto essenziale della personalità del soggetto, mentre la scelta della posizione dei due cognomi, di per se', non costituisce violazione del diritto della personalità del soggetto».

relativo all'adozione di maggiorenni, sempre che abbia uno *status* di figlio matrimoniale o non matrimoniale.

In difetto, il co. 2 prevedeva che portasse il solo cognome dell'adottante: la disposizione è stata dichiarata costituzionalmente illegittima «nella parte in cui non prevede che, qualora sia figlio naturale non riconosciuto dai propri genitori, l'adottato possa aggiungere al cognome dell'adottante anche quello originariamente attribuitogli»¹⁹.

Quando l'adottante è la moglie del padre dell'adottato (art. 44, lett. b), lo stesso non modifica il proprio cognome ai sensi dell'art. 299, co. 4, c.c., mentre se l'adozione è compiuta da donna maritata, cioè vedova del padre dell'adottato, l'adottato che non sia figlio del marito assume il cognome dell'adottante antepoendolo al proprio (art. 299, co. 1, c.c.)²⁰, essendogli costituito lo *status* solo nei confronti della donna.

Quando si tratti di adozione di maggiorenne straniero, si applicherà l'art. 299 nel momento in cui egli acquisti la cittadinanza italiana, mentre prima di allora trova applicazione la legge dello stato di appartenenza (art. 24 l. n. 218/1995), trattandosi di un diritto della personalità.

2. Illegittimità dell'obbligo di cognome paterno in caso di accordo tra i genitori. – Alla descritta sostanziale disparità di trattamento tra figli, che costituisce un punto critico rispetto al pari statuto giuridico, se ne aggiunge una ulteriore, parimenti censurabile ai sensi degli artt. 3 e 30 Cost., 8 e 14 Convenzione EDU, riferibile ai genitori, che risultano discriminati per ragioni di genere, ma soltanto ove siano coniugati, poiché il ritardato riconoscimento paterno finisce per realizzarsi, per le coppie non coniugate, quella facoltà di scelta che resta sempre preclusa ai coniugi.

A dispetto della tutela riconosciuta alla famiglia matrimoniale dall'art. 29 Cost., la disciplina in commento costituisce così un incen-

¹⁹ Corte cost. 11-5-2001 n. 120, in *Fam. dir.*, 2001, p. 253.

²⁰ La l. 6-2-1963, n. 51, relativa al cognome del figlio naturale adottato o affiliato, è stata abrogata a far data dal 21-12-2008, per effetto dell'allegato A, art. 24 co. 1, D.L. 25-6-2008 n. 112, c.d. taglialeggi, convertito in L. 6-8-2008 n. 133.

tivo alla decisione di non formalizzare il vincolo, almeno fino alla nascita del primo figlio.

L'obbligatoria trasmissione del cognome paterno confligge 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, l'art. 16, co. 1, lett. g, della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, adottata a New York il 18-12-1979, ratificata con l. 132 del 14-3-1985; 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 27-9-1978, n. 376, e le raccomandazioni del Consiglio d'Europa del 28-4-1995, n. 1271, e del 18-3-1998, n. 1362.

Considerazioni sulle quali attenta dottrina fonda la severa quanto condivisibile condanna dell'opzione accolta dal ordinamento nazionale, perché «decisamente datato e superato nel tempo odierno del pluricentrismo normativo e della tutela multilivello dei diritti»²¹.

La disciplina ha comunque passato indenne il vaglio di costituzionalità, ritenendosi che il limite all'uguaglianza tra i coniugi sia giustificato dall'esigenza di salvaguardare l'unità della famiglia²².

²¹ TRIMARCHI, *Il cognome dei figli: un'occasione perduta dalla riforma*, cit., pp. 243 ss.

²² Corte Cost., ord. 11-2-1988, n. 176, in *Foro It.*, 1988, I, c. 1811 ss.; Corte Cost. ord. 19-5-1988, n. 586, in *Giust. civ.*, 1988, I, pp. 1649 ss. L'opinione trova anche di recente riscontro nelle pagine di F. DE SCRILLI, *Il cognome dei figli*, in G. COLLURA - L. LENTI - M. MANTOVANI, *Filiazione*, II, in P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, cit., pp. 528 ss., in considerazione della «coloritura pubblicitica» del concetto di unità della famiglia, di cui sarebbero «indici, tra l'altro, la mera rilevanza in negativo, ossia quale limite dell'eguaglianza dei coniugi, della predetta unità, e la considerazione di ordine generale per cui un'unità che la legge (quindi un atto sovrano, generale ed astratto) si propone di garantire, appunto, con limiti predeterminati, alla comunità più naturale, intima ed irripetibile fra le comunità, non può che investire l'esclusiva proiezione esterna della medesima, ossia il suo manifestarsi e rapportarsi alla società. La pari dignità giuridica dei coniugi verrebbe limitata per assicurare, già sotto il profilo del cognome, l'unitaria percezione della compagine familiare cui, tra l'altro, ricondurre notevoli vantaggi di ordine pubblico,

Ciò nondimeno, nella più recente occasione la Consulta non ha mancato di evidenziare come «l'attuale sistema di attribuzione del cognome è retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna», e si ponga in contrasto con gli obblighi internazionali assunti dall'Italia.

La declaratoria di incostituzionalità è stata evitata solo in quanto l'accoglimento della questione avrebbe lasciato «aperta tutta una serie di opzioni, che vanno da quella di rimettere la scelta del cognome esclusivamente a detta volontà – con la conseguente necessità di stabili-

visto che il patronimico si è tramandato nei secoli». La tesi ha il proprio ascendente in F. S. PASSARELLI, *Diritti e doveri reciproci dei coniugi*, in L. CARRARO - G. OPPO - A. TRABUCCHI, *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, Padova, 1977, I, 1, p. 234, che giustificava la mancata esplicita previsione codicistica in considerazione dell'immanenza dell'obbligo del cognome paterno al concetto stesso di unità familiare; la regola è ovvia e indiscutibile anche per G. CATTANEO, *Filiazione legittima*, in *Commentario al cod. civ. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1988, pp. 24 ss., nonché ID., *Il cognome della moglie e dei figli*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, pp. 693 ss. Negli stessi termini F. DELL'ONGARO, *Ancora sul nome della famiglia e sul principio della parità*, in *Dir. famiglia persone*, 1988, pp. 1583 ss., secondo cui l'art. 29, co. 2, Cost., assicura al principio di unità familiare tale preminenza che «non si accontenta che esso sia favorito o difeso, ma vuole che sia addirittura garantito e di conseguenza riceva, anche a costo di veder infranto il rapporto di eguaglianza tra coniugi, il massimo della protezione possibile». L'opinione di E. GIACOBBE, *Le persone e la famiglia*, Torino, 2011, p. 652, si incentra, invece, sulla considerazione per cui le ragioni che fondano l'attribuzione del cognome materno al figlio non matrimoniale riconosciuto dalla sola genitrice non sono spendibili nella filiazione in matrimonio, «laddove, all'opposto, sono le ragioni che militano a favore dell'attribuzione al figlio legittimo del *nom de famille*, ad aver suggerito al legislatore – anche della riforma – di adottare soluzione analoga anche per il figlio naturale contemporaneamente riconosciuto da entrambi i genitori». Nella diversa prospettiva della tutela dell'interesse del figlio si leggano però le pagine di A. C. JEMOLO, *Conservazione del cognome del marito nella donna divorziata*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, pp. 243 ss., che la perdita del cognome maritale conseguente al divorzio possa derivare un pregiudizio per i figli minori, che avrebbero un cognome diverso dalla madre che con loro conviva. V. anche ID., *Il matrimonio*, nel *Tratt. Vassalli*, III ed., Milano, 1961, p. 423 e *ivi* nt. 6, per la necessità di temperare la tutela dell'unità familiare con l'esigenza di conservare alla moglie la propria identità personale.

re i criteri cui l'ufficiale dello stato civile dovrebbe attenersi in caso di mancato accordo – ovvero di consentire ai coniugi che abbiano raggiunto un accordo di derogare ad una regola pur sempre valida, a quella di richiedere che la scelta dei coniugi debba avvenire una sola volta, con effetto per tutti i figli, ovvero debba essere espressa all'atto della nascita di ciascuno di essi».

Si richiedeva, in altri termini, una pronuncia che esulava dalle «rime obbligate» che confinano i poteri della Corte²³.

Alla cautela espressa dalla Consulta sembra possibile opporre che le esigenze di unità della famiglia possono essere salvaguardate dall'accordo tra coniugi, principio informatore di questa società naturale in cui si compendia anche la regola di pari trattamento di cui all'art. 3 Cost.

Proprio alla valorizzazione dell'accordo tra i genitori si riferiva la più recente ordinanza di rimessione della questione alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione²⁴, che argomentava in questi termini l'apprezzamento della ricevibilità del ricorso introdotto dalla medesi-

²³Corte Cost., 16-2-2006, n. 61, cit.

²⁴Cass., sez. I, ord. 22-9-2008, n. 23934, cit. Analoga questione è stata nuovamente sollevata da A. Genova, 28-11-2013, in *G.U., I serie speciale*, 19-3-2014, per le medesime ragioni già apprezzate dalla Consulta, ma «alla luce dei due eventi normativi consistenti, da un lato, nella modifica dell'art. 117 Cost. e, dall'altro, nella ratifica del trattato di Lisbona». Ritiene la Corte rimettente che la norma implicita che prevede l'automatica attribuzione del cognome paterno al figlio legittimo, in presenza di una diversa contraria volontà dei genitori, «si trova in palese contrasto con l'art. 2 Cost., come violazione del diritto all'identità personale, che trova il primo ed immediato riscontro proprio nel nome e che nell'ambito del consesso sociale identifica le origini di ogni persona, con l'evidente diritto del singolo individuo di vedersi riconoscere i segni di identificazione di entrambi i rami genitoriali e della madre di poter trasmettere il proprio al figlio, con l'art. 3, come violazione del fondamentale diritto di uguaglianza e pari dignità sociale dei genitori nei confronti dei figli, con l'art. 29 comma 2, come violazione del diritto di uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, che non si pone in contrasto con l'esigenza di tutela dell'unità familiare, non potendosi ragionevolmente giustificare con quest'ultima l'obbligatoria prevalenza del cognome paterno, e con l'art.117 comma 1 (così come interpretato con le sentenze nn. 348 e 349 del 2007 della Corte Costituzionale) della Costituzione, costituendo le norme di natura convenzionale già citate parametri del giudizio di costituzionalità delle norme interne».

ma coppia genitoriale che ha visto riconosciuto, infine, il proprio diritto a scegliere di imporre il solo cognome materno dalla Corte EDU²⁵.

²⁵ Corte EDU, 7-1-2014, *Cusan e Fazzo c. Italia*, in *Fam. dir.*, 2014, p. 205, con note di CARBONE, *La disciplina italiana del cognome dei figli nati dal matrimonio*, cit., e di S. STEFANELLI, *Illegittimità dell'obbligo del cognome paterno e prospettive di riforma*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 515, con nota di S. WINKLER, *Sull'attribuzione del cognome paterno in una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*; in *Dir. famiglia persone*, 2014, p. 537, con nota di M. ALCURI, *L'attribuzione del cognome paterno al vaglio della Corte di Strasburgo*. Cfr. G. CHIAPPETTA, *Le prove della filiazione*, in C. M. BIANCA, *La riforma della filiazione*, Padova, 2015, pp. 351 ss. Questi i fatti: due coniugi milanesi, in sede di dichiarazione di nascita domandano l'imposizione del solo cognome materno alla propria figlia. Ricevuto il rifiuto, la domanda di rettificazione dell'atto di nascita viene rigettata in primo ed in secondo grado, in applicazione di una norma consuetudinaria, saldamente radicata nella coscienza sociale, che impone la trasmissione del cognome paterno ai figli di genitori coniugati.

La Corte di Cassazione interessata del gravame solleva questione di legittimità della disposizione di sistema per contrasto con gli artt. 2, 3 e 39 Cost., in quanto lesiva del diritto all'identità personale e al nome, nonché del principio di eguaglianza e pari dignità dei genitori, rispetto ai quali ha carattere gravemente discriminatorio l'inderogabilità del patronimico. Sostanzialmente analoga la posizione espressa nello stesso anno della giurisprudenza amministrativa, che in sede di apprezzamento della legittimità del diniego di aggiunta del cognome materno aveva definito la regola della riconoscibilità dell'individuo attraverso il solo cognome paterno una «scelta legislativa contingente e modificabile».

La Corte Costituzionale, pur apprezzando la questione alla stregua degli obblighi nascenti dall'adesione alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, e non mancando di censurare la regola quale retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, che affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una tramontata potestà maritale, incompatibile tanto col principio di parità di cui agli artt. 3 e 30 Cost., quanto con le fonti internazionali pertinenti, non pronuncia l'incostituzionalità, e rimette alla discrezionalità del legislatore la scelta tra le differenti opzioni praticabili, ed effettivamente ipotizzate da diversi progetti di legge sostanzialmente diretti ad eliminare l'obbligatorietà riconoscendo facoltà di scelta ai genitori o introducendo il doppio cognome cosiddetto patriarcale.

Pur avendo ottenuto l'aggiunta del cognome materno con decreto del Prefetto di Milano, i ricorrenti non abbandonavano le speranze, e introducevano ricorso presso la Corte di Strasburgo lamentando 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 co-

Ha ritenuto la Corte che non sia sufficiente ad assicurare il rispetto degli artt. 8 e 14 della Convenzione il decreto prefettizio che autorizzi il cambiamento del cognome paterno originariamente attribuito con l'aggiunta di quello materno, poiché non determina il venir meno del pregiudizio lamentato dai ricorrenti che volevano trasmettere alla figlia il solo cognome materno fin dalla costituzione dell'atto di nascita.

Non facendo mistero della consapevolezza che la propria decisione avrebbe orientato i giudici interni, né della novità della questione riguardo alla normativa italiana, la decisione richiama e rafforza il 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 in questi termini l'inderogabilità della regola dell'obbligatoria trasmissione del cognome paterno, in quanto eccessivamente rigida e discriminatoria verso le donne, sebbene ne riconosca l'utilità pratica, e si rafforza attraverso l'apprezzamento del sostanziale isolamento della disciplina italiana rispetto a quelle vigenti negli altri Stati aderenti²⁶, aperte alla scelta concorde dei genitori, coniugati o meno, circa il cognome dei figli ed, eventualmente, di quello familiare.

La prospettiva sull'evoluzione delle legislazioni statali nel loro complesso, e non soltanto di quella denunciata, è funzionale, nell'apprezzamento della Corte, a misurare l'ampiezza del margine di discrezionalità riconosciuto dagli artt. 8 e 14 agli Stati nell'introduzione di un trattamento differenziato per talune situazioni protette dalla Convenzione, ma solo allorché sussista un ragionevole

gnome materno, fin dalla nascita, ma solo aggiungerlo, eventualmente ed all'esito di un procedimento amministrativo caratterizzato da discrezionalità, a quello, nativo, paterno.

²⁶ Cfr. *infra* § 3.

rapporto di proporzionalità tra i mezzi prescelti e lo scopo perseguito, da valutarsi anch'esso «alla luce dei principi generalmente prevalenti nelle società democratiche»²⁷.

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 stirpe²⁸, e l'attrazione della facoltà di scelta del nome da imporre ai figli alla sfera privata dei genitori²⁹, piuttosto che ad esclusive esigenze

²⁷ Sull'applicazione del principio di proporzionalità «dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti», e sulla sua applicazione spesso appaiata a quello di ragionevolezza tanto nel giudizio di legittimità costituzionale che nel controllo giurisdizionale di legittimità degli atti dell'Unione e degli Stati Corte ad opera della Corte di Giustizia, cfr. Corte Cost. 13-1-2014, n. 1, in *Foro it.*, 2014, I, 666. Sull'applicazione del medesimo principio si fonda, nell'apprezzamento di Corte EDU, *S.H. et al. c. Austria*, 1-4-2010, in *Fam. dir.*, 2010, p. 977, con nota di U. SALANITRO, *Il divieto di fecondazione eterologa alla luce della convenzione europea dei diritti dell'uomo: l'intervento della corte di Strasburgo*, la condanna della legislazione austriaca in materia di fecondazione eterologa, e la successiva decisione nel senso opposto della Grande Chambre, 9-11-2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 224, con nota di C. MURGO, *La Grande Chambre decide sulla fecondazione eterologa e la rimette all'apprezzamento degli stati contraenti*.

²⁸ Sulla scorta dei precedenti specifici: Corte EDU, 24-1-1994, *Burghartz c. Svizzera*, ric. n. 16213/90, relativo alla richiesta di un uomo di aggiungere al cognome scelto come coniugale, della moglie, il proprio; Id., 24-10-1994, *Stjerna c. Finlandia*, ric. n. 18131/91, nel quale il ricorrente chiedeva la modifica del cognome per adeguarlo a quello portato da un lontano antenato; Id., 16-2-2005, *Ünal Tekeli c. Turchia*, ric. n. 29865/96, relativo alla domanda della donna coniugata di usare il cognome da nubile; Id., 1-7-2008, *Daróczy c. Ungheria*, ric. n. 44378/05, in cui una donna lamentava di non poter più usare la forma abbreviata del cognome maritale, che aveva portato a dispetto della legislazione statale, per oltre cinquant'anni, su cui cfr. G. FERRANDO, *Genitori e figli nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Fam. dir.*, 2009, pp. 1049 ss.; S. STEFANELLI, *Il nome delle persone tra padri, madri, Corti e Stati*, in L. CASSETTI (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Napoli, 2012, pp. 147 ss.

²⁹ Cfr. Corte EDU 24-10-1996, *Guillot c. Francia*, ric. n. 22500/93, 2-7-1997; Id., *Salonen c. Finlandia*, ric. n. 27868/95; Id. 6-7-2007, *Johansson c. Finlandia*, ric. n. 10163/02.

giuspubblicistiche di identificazione delle persone³⁰: secondo il costante orientamento della Corte, gli artt. 8 e 14 della Convenzione EDU ostano al rifiuto dell'autorità nazionale all'aggiunta del cognome materno o comunque diverso da quello scelto come nome di famiglia, posto che il principio dell'unità della famiglia può essere realizzato anche in maniera diversa dalla trasmissione di un unico cognome³¹, seppure debbano essere attentamente vagliate le ragioni di interesse pubblico statale a limitare i nomi composti, pur utilizzati nei rapporti sociali³².

3. *Isolamento della legislazione italiana.* – La regola dell'obbligatoria imposizione del cognome paterno appare effettivamente avere una dimensione regionale ed isolata.

Il *code civil* francese, artt. 311-21 e ss., riformato nel 2002 dalla *loi n. 2002-304 relative au nom de famille*, riconosce ai genitori, in sede di simultanea dichiarazione di nascita ed indipendentemente dal vincolo di coniugio tra gli stessi, la facoltà di scelta del cognome da attribuire al figlio, che può essere quello del padre, quello della madre o entrambi, nell'ordine preferito. In difetto di scelta concorde, si trasmette il cognome del genitore nei cui confronti la filiazione venga

³⁰ Cfr. T. Novara, decr., 12 novembre 2009, in *www.novaraius.it*; Corte EDU, 21-10-2008, *Güzel Erdagoz c. Turchia*, ric. n. 37483/02; sulla lenta evoluzione da una lettura «pubblicistica», nella quale il nome rileva come strumento di identificazione dei consociati, ad una «sociale», che evidenzia nel nome l'appartenenza alla comunità familiare cfr. C. HONORATI, *Il diritto al nome della moglie e dei figli nell'ordinamento italiano ed europeo. Osservazioni generali*, in ID., *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo*, Milano, 2010, p. 4. In questi termini anche Corte Cost., 3 febbraio 1994, n. 13, in *Foro it.*, 1994, I, c. 1668 ss., per cui il nome è «strumento identificativo della persona che, in quanto tale, costituisce parte essenziale ed irrinunciabile della personalità»; conforme C. Cost. 11 maggio 2001, n. 120, in *Giur. it.*, 2001, c. 2238 ss., e in dottrina L. CAROTA, *Il diritto al nome e all'immagine*, in M. SESTA - V. CUFFARO, *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 75 ss.; A. RICCI, *Il diritto al nome*, in G. FINOCCHIARO, *Diritto all'anonimato: anonimato, nome e identità personale*, Torino, 2008, pp. 77 ss.

³¹ Corte EDU, *Burghartz c. Svizzera*, cit.

³² Corte EDU, 6-8-2008, *Rehlingen c. Germania*, ric. n. 33572/02.

per primo stabilita, anche con accertamento giudiziale, ed il cognome paterno è attribuito 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, nato dopo l'1-1-2005, si estende agli altri figli della coppia, ed identiche regole valgono anche per l'adozione di minorenni³³.

Il *BGB* tedesco, § 1355 risolve la questione attraverso l'assegnazione ai figli matrimoniali del cognome coniugale (*Ehename*) prescelto dai genitori al tempo del matrimonio, tra quelli delle famiglie di origine, anche eventualmente aggiunto ad essi. In difetto di scelta, ove la potestà spetti ad entrambi, i genitori possono assegnare ai figli il cognome paterno o quello materno, con dichiarazione resa all'Ufficiale di stato civile; mancando l'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. L'accordo, da prendersi al momento della nascita, ed in sua mancanza l'intervento del tribunale, decidono il cognome anche quando i genitori non sono coniugati (§§1616-1618), mentre, quando lo *status filiationis* è stabilito nei confronti di uno solo dei genitori, il figlio riceve il cognome che porta tale genitore al momento della nascita del figlio (§1617a)³⁴.

³³ Cfr. M. S. FORTE, *La disciplina del cognome del figlio nato fuori dal matrimonio*, in *Fam. dir.*, 2013, pp. 962 ss.; V. CARBONE, *Crisi della famiglia e principio di solidarietà*, in www.comparazioneDirittocivile.it; A. BUSACCA, *Status filiationis ed attribuzione del cognome. Situazione attuale e prospettive di riforma*, in *Humanities*, 2015, pp. 1 ss.; in termini critici avverso una «uguaglianza ad ogni costo», G. FURGIUELE, *Della recente novella al Code civil in tema di uguaglianza tra coniugi*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, pp. 413 ss.

³⁴ Cfr. G. CATTANEO, *Il cognome della moglie e dei figli*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, pp. 691 ss.; E. JAIME, *Cognome e diritto di famiglia nella recente riforma tedesca (con spunti di diritto comparato)*, *ivi*, 1995, I, pp. 73 ss.; ID., *Cognome e protezione dell'identità della persona (con particolare riguardo alla legislazione tedesca e con spunti di diritto internazionale privato)*, *ivi*, 1994, II, pp. 853 ss.; ad una bambina che portava il doppio cognome in forza della legislazione francese si riferisce il caso deciso da A. Brescia, 2-4-2012.

Parzialmente difforme è l'opzione accolta dal codice civile elvetico, artt. 270 e 270a, riformati con l. 30 settembre 2011 (in vigore dal primo 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 padre a cui spetti esclusivamente l'autorità parentale ha identica facoltà di scelta.

Il matronimico vige anche in Belgio in difetto di accordo, ovvero qualora non sia accertata la paternità, e infine allorché il padre sia coniugato con donna diversa dalla madre, ai sensi dell'art. 335 c.c.

Nel Regno Unito i genitori, investiti della *parental responsibility*, esercitano la facoltà di scelta nell'attribuzione, in sede di dichiarazione della nascita ed a prescindere dall'eventuale loro *status* coniugale, del cognome paterno, materno o di entrambi, ovvero anche di un cognome diverso dai propri. 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, novellato *Ley 40/1999, sobre nombre y apellidos y ordes de los mismo*, adotta la regola del doppio cognome dei figli, derivato dal primo cognome di entrambi i genitori coniugati, nell'ordine deciso dal loro accordo³⁵. In difetto, è

³⁵ Analoga la disciplina dei Paesi latino americani, compreso il Brasile, rispetto al quale si legga la vicenda di una bambina, di cittadinanza italiana e brasiliana, alla quale spetta il doppio cognome paterno e materno, in forza dei principi fondamentali dei due ordinamenti statali e di quello comunitario secondo T. Lamezia Terme, decr. 25-1-2010, in *Fam. dir.*, 2010, p. 1043, con nota di R. M. BOVA, *Il cognome del figlio legittimo con doppia cittadinanza: confronto tra l'ordinamento interno, il diritto sovranazionale e le legislazioni degli stati europei*. Sul mantenimen-

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. La scelta dell'unico cognome da tramandare ai discendenti è rimessa all'accordo tra i genitori³⁶.

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 nell'accostamento degli stessi; in mancanza di accordo prevale il cognome paterno.

4. *Riforma del cognome dei figli.* – 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 sanzionatoria³⁷, la Corte EDU non ha mancato di rilevare

to del doppio cognome attribuito secondo la legislazione di altro Stato cfr. Cass., 17-7-2013, n. 17462, in *Foro it.*, 2013, I, c. 2807; Circ. Min. Interno, 18-2-2010, n. 4.

³⁶ AUTORINO STANZIONE, *Autonomia familiare e attribuzione del cognome*, cit., p. 500.

³⁷ In caso di inottemperanza è il Comitato dei Ministri a scegliere le misure da adottare, ai sensi del richiamato art. 46 della Convenzione, tra le possibili sanzioni si annoverano l'adozione di una risoluzione, ma anche la sospensione dei diritti di rappresentanza e perfino l'espulsione dal Consiglio D'Europa. Cfr. anche Cass. Pen., sez. I, 1-12-2006, 25-1-2007, ric. Dorigo, su cui A. GUAZZAROTTI, A. COSSIRI, *L'efficacia in Italia delle sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo secondo la prassi più recente*, in www.forumcostituzionale.it, secondo cui «il giudice dell'esecuzione deve dichiarare, ai sensi dell'art. 670 c.p.p., l'ineseguibilità del giudicato quando la Corte Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali abbia accertato che la condanna è stata pronunciata per effetto della violazione delle regole sul processo equo sancite dall'art. 6 della Convenzione

come «debbero 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», ed in sintesi per garantire l'eguaglianza tra i sessi e tra gli sposi rispetto alla trasmissione del cognome familiare ai figli.

Il testo approvato dalla Camera dei Deputati³⁸ introduce la disciplina del cognome in un nuovo art. 143 *quater* c.c., riguardo ai figli matrimoniali, al quale si conformano i novellati art. 262 c.c. per i figli nati fuori del matrimonio, art. 269 c.c. e art. 27, l. n. 184/83 per gli adottati.

Al momento della costituzione dello *status* i genitori possono imporre al figlio il cognome dell'uno, dell'altra o di entrambi, nell'ordine che preferiscono; in caso di mancato accordo si trasmettono entrambi i cognomi, secondo l'ordine alfabetico. I figli nati successivamente dai medesimi genitori portano il cognome del primogenito, in ossequio al principio di unità formale della famiglia, che impone l'attribuzione di un unico cognome per tutti i figli, prestabilito al momento del matrimonio o al più tardi prescelto per il primo nato, e comune ai successivi³⁹.

europea 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». La decisione della Corte di Strasburgo potrebbe, altrimenti, essere apprezzata nel giudizio di incostituzionalità eventualmente promosso avverso la disposizione censurata, al pari di quanto avvenuto rispetto alla disciplina del segreto della partoriente, su cui cfr. Corte Europea dei diritti dell'Uomo 25-9-2012, *Godelli c. Italia*, cit., e Corte Cost. 22-11-2013, n. 278, cit.

³⁸ D.d.L. nn. 360, 1943 e 2044, approvato il 24-9-2014, recante «Disposizioni in materia di attribuzione del cognome ai figli»

³⁹ Nota M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi. Artt. 143-148*, nel *Commentario al cod. civ. Schlesinger Busnelli*, Milano, 2012 pp. 162 ss., che il cognome non viene trasmesso dai genitori, ma acquisito dai figli a titolo originario come attributo della personalità, e criterio della scelta legislativa deve essere «l'interesse dei figli a che il cognome rispecchi, e renda palese poi, l'appartenenza a una determinata comunità familiare. Il cognome, allora, deve rispecchiare tale realtà di fatto e rispettare il diritto degli individui alla "verità del rapporto" da cui hanno avuto origine. Se così è mi sembra indubbio anzitutto che il cognome debba essere unico per tutti i figli della coppia. Quanto alla sua determinazione, possono darsi in

Ai nipoti si trasmetterà uno solo dei cognomi, secondo la scelta di colui che li porta.

Le stesse regole si applicano al figlio non matrimoniale riconosciuto contemporaneamente da entrambi i genitori, mentre in caso di costituzione dello *status* in tempi diversi, per riconoscimento o dichiarazione giudiziale, si aggiungerà il nuovo cognome solo su consenso dell'altro genitore e del figlio, se quattordicenne⁴⁰.

L'adottato assume il cognome dell'adottante antepoendolo al proprio, ed in caso di adozione da parte di coniugi si applica l'art. 143 *quater*.

La riforma produrrà effetto dopo l'entrata in vigore di un regolamento, a cui è delegato il Ministro dell'interno entro dodici mesi, di modifica dell'ordinamento dello stato civile.

Da tale data il figlio maggiorenne che porti un solo cognome, in forza della legge vigente al tempo della sua nascita, potrà aggiungere il cognome dell'altro genitore nei cui confronti la filiazione è accertata con dichiarazione resa, personalmente o con comunicazione scritta recante sottoscrizione autenticata, all'ufficiale dello stato civile, che procede all'annotazione nell'atto di nascita, senza farsi luogo alla procedura dettata per le modificazioni dall'art. 89 del regolamento di stato civile.

Al citato regolamento ministeriale è delegata anche la disciplina della facoltà dei genitori di minorenni che si trovino nella medesima condizione di portare un solo cognome, purché sussista il consenso di entrambi, se viventi, e del figlio quattordicenne.

In questo modo fratelli germani, nati dalla stessa coppia genitoriale alcuni prima ed altri dopo l'entrata in vigore della riforma, che portassero cognomi diversi per conseguenza della vigenza delle nuove disposizioni, potrebbero vedere unificata la propria condizione.

astratto regole diverse». Identità della famiglia e verità della discendenza potrebbero garantirsi anche con la scelta del matronimico, in sede di celebrazione del matrimonio, ed in tal modo preconstituito.

⁴⁰ Rileva BUSACCA, *Status filiationis ed attribuzione del cognome. Situazione attuale e prospettive di riforma*, cit., che «Rispetto alla formulazione attuale, emerge una maggior considerazione del profilo volontaristico, eliminando ogni automatismo e completando una decisa inversione rispetto a quella che era il testo dell'art. 262 precedente alla riforma che prevedeva una sostituzione del cognome».

La riforma appare pienamente condivisibile e coerente con la *ratio* della disciplina dei titoli di filiazione, anche in quanto ottiene, sia attraverso l'accordo dei genitori che nella relativa mancanza, il risultato di evidenziare la parentela in caso di comune discendenza materna⁴¹.

Ad oggi, invece, costoro portano nella maggior parte delle occorrenze cognomi diversi, che gli sono trasmessi dai rispettivi padri in caso di seconde nozze o riconoscimento della filiazione extra matrimoniale, e non risulta in alcun modo il legame con la famiglia materna, in violazione del novellato art. 74 c.c.

La Corte Costituzionale aveva del resto insegnato che «la tutela dell'unità familiare trova più adeguata e duratura garanzia proprio nel rafforzamento della parità tra coniugi»⁴²: è, anzi, proprio il doppio co-

⁴¹ Ritiene, invece, ALCURI, *L'attribuzione del cognome paterno al vaglio della Corte di Strasburgo*, cit., p. 557, che la riforma fraintenda le motivazioni della pronuncia, in quanto il cognome può svolgere la funzione di evidenziare il nesso tra le generazioni «solo a condizione che la sua trasmissione sia ancorata ad una regola fissa. Diversamente, ove, cioè, l'attribuzione fosse lasciata all'arbitrio dei genitori, verrebbe meno la possibilità di identificazione immediata ed intuitiva della linea di discendenza familiare». Conclude nel senso per cui il cognome paterno, che preferisce definire «familiare», perché portato anche dalla moglie, è «un segno identificativo forte, che indica, in modo continuo e sicuro, il legame con le passate generazioni», in una genealogia in cui il padre rappresenta l'anello di congiunzione, segno la cui trasmissione automatica «risponde anche ad un'esigenza di tutela del diritto all'identità personale di figli, ai quali è assicurata una continuità nella trasmissione del segno identificativo». La tesi, che richiama quella di F. DELL'ONGARO, *Il nome della famiglia ed il principio di parità*, in *Dir. famiglia persone*, 1988, pp. 670 ss., non ritiene dunque che identico interesse sussista nei confronti dell'evidenziazione del legame con le passate generazioni nella linea materna, sebbene finisca per ammetterne la trasmissione, ma solo nella prima generazione, ripristinando la preferenza per il solo cognome paterno con riguardo all'ulteriore generazione.

⁴² Corte Cost. 16-2-2006, n. 61, cit. In questo senso anche, con riferimento alla tutela dell'identità personale, caratterizzata anche dal legame coi genitori, TRIMARCHI, *Diritto all'identità e cognome della famiglia*, cit., secondo cui «Il nome (il cognome), allora, quale estrinsecazione sociale e formale dell'identità, quale strumento idoneo non solo a identificare una data persona ma anche a ricollegare ad essa una determinata identità, deve essere indicato o attribuito tenendo conto del fatto che la persona discende da una determinata coppia, da determinati genitori. Cosicché si può ben affermare che ogni essere vivente ha diritto non ad un qualsiasi cognome, ma a quel cognome che testimoni il legame con i suoi genitori, con entrambi i geni-

gnome la testimonianza della discendenza da una coppia genitoriale, e la trasmissione ai figli cadetti della stessa coppia del medesimo cognome scelto per il primogenito assicura l'evidenza della medesima unità.

Alcuni autori rilevano come sia mancato, nella vicenda processuale che ha condotto alla decisione della Corte EDU, l'ascolto del minore riguardo alla corrispondenza del cognome materno alla sua identità⁴³, ma non sembra possibile introdurlo nella riforma oggi all'esame del Senato, in quanto l'imposizione del cognome precede, non solo temporalmente, la formazione dell'identità personale⁴⁴, e sul nome, composto da prenome e cognome, trova la propria base quella individualità. Conferma se ne rintraccia nell'art. 262 c.c., che lo eleva a canone cui informare la decisione di mantenere quello che non corrisponde più – integralmente – all'accertata discendenza⁴⁵.

tori o, se si vuole, con ciascuno di essi. Ed al tempo stesso, e conseguentemente, che ciascuno dei genitori ha diritto a che il cognome del figlio testimoni tale legame».

⁴³ GIARDINA, *Il cognome del figlio e i volti dell'identità: un'opinione "contro luce"*, pp. 141 ss.

⁴⁴ L. BARDARO, *La svolta della Cassazione: il nome Andrea è ambigenere*, in *Fam. dir.*, 2013, p. 769.

⁴⁵ Cass. 17-6-2015, n. 12670, in *Il caso.it*, 2015, ha ritenuto che corrisponda all'interesse del minore, riconosciuto dal padre solo all'età di cinque anni, il mantenimento del solo cognome materno, e non l'aggiunta di quello paterno, essendo poco diffusi i doppi cognomi. Così Cass. 26-5-2006, n. 12641, cit., in considerazione del fatto che il cognome materno era «ormai naturalmente associato al minore dal contesto in cui egli si trova a vivere»; Corte Cost. 23-7-1996, n. 297, in *Foro it.*, 1996, I, 3600, aveva dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 262 nella parte in cui non prevedeva che il figlio naturale potesse mantenere il cognome originario, quando assuma quello del padre che successivamente lo riconosca. L'esperienza professionale ci ha presentato anche la vicenda in cui il medesimo criterio ha fondato il mantenimento del cognome non più rispondente allo *status*, sebbene accompagnato da quello del vero padre. Questi i fatti: nata una bambina da donna coniugata, suo marito ne denuncia per primo la nascita costituendole lo *status* di matrimonialità, e trasmettendole il proprio cognome. La madre propone azione di disconoscimento della paternità, per consentire al padre biologico il riconoscimento, che tuttavia interviene, a causa dei tempi processuali, quando la bambina ha compiuto sette anni, e tanto fonda la decisione giudiziale, inedita, di mantenerle il cognome di colui che era marito di sua madre, cognome con cui la bambina era conosciuta nel suo ambiente sociale ed a scuola.

La scelta dei genitori circa il cognome o i cognomi da trasmettere è dunque unicamente ascrivibile all'esercizio della responsabilità genitoriale, ed è arduo sostenere che nel compierla si debba tener conto delle «capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni» di quel figlio, appena nato o addirittura di quelli che, eventualmente, dovessero nascere dopo di lui, ai quali si trasmetteranno gli effetti della scelta.

Una questione si potrebbe porre, invece, con riguardo al figlio che, portando il cognome di entrambi i genitori, voglia rimuoverne uno: costui resterebbe costretto ad agire *ex art. 89, d.P.R. n. 396/2000*, non potendo avvalersi delle più agevoli modalità riservate dalla riforma alla dichiarazione diretta ad aggiungere il cognome materno.

5. *Doppio cognome e circolazione delle persone nella giurisprudenza CEDU e CGE.* – Il laboratorio giurisprudenziale evidenzia numerose pronunce, tanto della Corte EDU che della Corte di Giustizia UE, su casi in cui i genitori di minori bipoliti, oppure residenti in uno Stato diverso da quello di cui sono cittadini, domandavano l'attribuzione ai figli del doppio cognome, previsto da una legislazione nazionale e sconosciuto all'altra.

Anche prima della decisione sul caso italiano, la Corte EDU aveva insegnato che gli artt. 8 e 14 della Convenzione ostano al rifiuto dell'autorità nazionale di aggiungere il cognome materno o comunque diverso da quello scelto come nome di famiglia, posto che il principio dell'unità della famiglia può essere realizzato anche in maniera diversa dalla trasmissione di un unico cognome, e più rispettosa del principio di parità di genere⁴⁶, seppure possano essere vagliate le ragioni di interesse pubblico statale a limitare i nomi composti, pur utilizzati nei rapporti sociali⁴⁷.

Nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo hanno rilievo centrale, per limitare la potestà statale di imporre restrizioni al cognome «nel diverso contesto della cittadinanza dell'Unione europea», la libertà di circolazione del cittadino ed il diritto fondamentale al nome: così le conclusioni dell'Avvocato generale nel caso *Garcia Avel-*

⁴⁶ Corte EDU, 16-2-2005, *Burghartz c. Svizzera*, cit.

⁴⁷ Corte EDU, 6-5-2008, *Rehlingen c. Germania*.

lo⁴⁸ motivano la rilevanza sopranazionale del riconoscimento di *status* o situazioni personali, quando il mancato riconoscimento di uno status giuridico validamente costituito in un Paese realizzi un ostacolo alla libera circolazione del cittadino nell'Unione.

Il caso riguardava i bambini nati in Belgio da genitori spagnoli, che avevano cittadinanza di entrambi gli Stati, l'uno per *ius soli*, l'altro per *ius sanguinis*; l'atto di nascita, secondo la legislazione belga, imponeva loro il solo cognome paterno, mentre avrebbero portato anche quello materno per la legislazione spagnola. La Corte di Giustizia, sollecitata dal Consiglio di Stato belga a giudicare in via pregiudiziale sulla compatibilità della norma interna con gli artt. 12 e 17 del Trattato CE, ha concluso nel senso per cui attribuire il solo cognome paterno ai bambini avrebbe violato il divieto di discriminazione, trattando la loro situazione come quella delle persone aventi unicamente cittadinanza belga.

Si evidenzia così un fenomeno di «fertilizzazione» reciproca tra diritti fondamentali e libertà di circolazione, che ha condotto, per altro verso, la Corte di Giustizia a tutelare l'unità familiare dei cittadini dell'Unione, perché realizza la libertà di circolazione e stabilimento⁴⁹, e ad individuare una «possibile limitazione della competenza statale in materia di individuazione dei presupposti per il riconoscimento del permesso di soggiorno e lavoro in capo a cittadini di Stati terzi»⁵⁰, in una fattispecie priva di elementi di connessione con il diritto dell'Unione, perché mancava qualsiasi circolazione tra Stati.

In un'altra occasione⁵¹, i genitori, cittadini tedeschi, di un bambino nato in Danimarca, una volta rientrati in Germania avevano domandato il riconoscimento dell'atto di nascita che gli imponeva il doppio cognome, in ossequio alla legislazione danese, applicabile a tutte le questioni relative allo *status* personale, compresa la determinazione del cognome, come legge del Paese di residenza in forza della

⁴⁸ CGCE, 22-5-2003, *Carlos Garcia Avello c. Stato Belga*.

⁴⁹ CGCE, 25-7-2008, *Metock c. Minister for Justice, Equality and Law Reform, Irlanda*.

⁵⁰ I. OTTAVIANO, *La Corte di Giustizia riconosce all'art. 20 un'autonomia portata attributiva di diritti al cittadino europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, pp. 809 ss.

⁵¹ CGCE, 14-10-2008, *Grunkin Paul c. Standesamt Niebüll, Germania*.

relativa legge di diritto internazionale privato. La vicenda si concludeva col rifiuto delle autorità tedesche, che pretendevano l'applicazione della legge nazionale, posto che la legge di diritto internazionale affidava la disciplina alla legge dello stato di cittadinanza.

Dopo la nascita ed il divorzio tra i genitori, il padre si era trasferito in Germania, mentre il figlio e la madre erano rimasti in Danimarca, ma il bambino si recava spesso nell'abitazione paterna.

Vi era dunque, a differenza del caso *Garcia Avello*, un concreto esercizio della libertà di circolazione di cui all'art. 18 Trattato CE, ed il figlio lamentava gli ostacoli frapposti all'esercizio della cittadinanza comunitaria in conseguenza dell'impossibilità di essere identificato in Germania con il cognome usato in Danimarca.

A questo, ed a casi analoghi, la Corte di Giustizia ha applicato il «principio di origine», originariamente formulato per la circolazione delle merci⁵², per attribuire allo Stato di origine della persona la competenza a disciplinarne lo *status*, con obbligo di rispettarlo a carico dello Stato ospitante, così determinando un sistema di mutuo riconoscimento tra normative nazionali, le cui pretese di imporre restrizioni, per ragioni di interesse generale, alla libertà di circolazione sono sindacabili dalla Corte in termini attraverso le tre condizioni di propor-

⁵² CGCE 11-7-1974, *Dassonville c. Belgio*; CGCE 20-2-1979, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, Germania*, noto come *Cassis de Dijon*, in cui dispose che una merce prodotta in uno Stato membro può liberamente circolare nello spazio comunitario quando rispetti l'ordinamento dello Stato di origine, salvo doversi adeguare alle disposizioni degli altri Stati giustificate da esigenze imperative di carattere generale, perseguite in modo non discriminatorio e proporzionato, ed invocate in un settore non oggetto di armonizzazione comunitaria. Cfr. R. CIPPITANI, *I beni e i diritti reali*, in A. PALAZZO - A. SASSI, *Diritto privato del mercato*, Perugia, 2007, pp. 101 ss.; T. BALLARINO, *I beni ambientali*, in C. CASTRONOVO - S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, II, p. 120. Il principio è stato applicato alla circolazione dei servizi, alla libertà di stabilimento, alla circolazione dei lavoratori e infine dei cittadini, cfr. M. FALLON, *Variation sur le principe d'origine, entre droit communautaire et droit international privé*, in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, 1993, pp. 129 ss.; G. ROSSOLILLO, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Padova, 2002, pp. 239 ss.; S. NICOLIN, *Il mutuo riconoscimento tra mercato interno e sussidiarietà*, Padova, 2005, pp. 60 ss. in materia di circolazione delle merci, pp. 166 ss. per la circolazione di servizi e persone.

zionalità secondo un *aptitude test*, *interchangeability test* ed un *equivalence test*

Deriva l'emergere di un principio di unicità di *status* del cittadino comunitario, posto che il principio d'origine può giustificare la permanenza dello *status* e delle conseguenze che ne derivano, anche a proposito del cognome familiare, associato al diritto di libera circolazione⁵³, e trova fondamento nella cittadinanza europea o nel diritto alla tutela della vita privata e familiare, garantiti rispettivamente dall'art. 7 della Carta dei diritti e dall'art. 8 della Convenzione sui diritti dell'uomo, e realizzato in concreto, in caso di contrasto, dal principio del mutuo riconoscimento.

Lo *status* del cittadino europeo, categoria che comprende le qualità personali e familiari, si afferma in termini di diritto al riconoscimento delle situazioni validamente costituite nello Stato di cittadinanza, che consegue logicamente all'unicità degli *status*, e realizza l'aspirazione fondamentale a consentire la libera circolazione del soggetto, «recando con sé l'insieme dei requisiti che lo identificano come soggetto»⁵⁴.

In applicazione del principio di origine, la Corte di Lussemburgo ha sostenuto, nel caso *Grunkin Paul* come in quello *Dafeki*, il man-

⁵³ Principio enunciato per la prima volta nelle conclusioni dell'avv. generale La Pergola, in CGCE 2-12-1997, *Dafeki c. Turchia*, come principio che impone agli Stati membri di accettare la determinazione dello *status* disposta dalle autorità dello Stato di cittadinanza, al fine di evitare che «un diritto esista e possa essere fatto valere in uno Stato membro e non in un altro per il fatto che lo stato civile dell'interessato è soggetto a diverse valutazioni nell'ambito della Comunità, ambito invece concepito come uno spazio senza frontiere interne». Principio condiviso in dottrina: M. FALLON, *Variation sur le principe d'origine, entre droit communautaire et droit international privé*, cit., pp. 212 ss.; R. BARATTA, *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Milano, 2004, pp. 213 ss.; ID., *Il regolamento comunitario sul diritto internazionale della famiglia*, in P. PICONE, *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, 2004, pp. 163 ss.; TOMMASI, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 105; C. HONORATI, *La legge applicabile al nome tra diritto internazionale privato e diritto comunitario nelle conclusioni degli avvocati generali*, in G. VENTURINI, *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar*, II, Milano, 2009, pp. 473 ss.

⁵⁴ HONORATI, *La legge applicabile al nome tra diritto internazionale privato e diritto comunitario nelle conclusioni degli avvocati generali*, cit., pp. 482 ss.

tenimento del cognome imposto nel Paese in cui è stato formato l'atto costitutivo dello *status*, disponendo che «le autorità amministrative e giudiziarie di uno Stato membro sono obbligate ad attenersi ai certificati e agli atti analoghi relativi allo stato civile che provengono dalle competenti autorità degli Stati membri, a meno che la loro esattezza non sia gravemente infirmata da indizi concreti in relazione al singolo caso considerato».

In questo senso si dirigevano le considerazioni dell'avvocato generale, in forza del presupposto per cui il nome della persona «è un elemento fondamentale dell'identità e della vita privata, la cui tutela è ampiamente riconosciuta nelle costituzioni nazionali e nei trattati internazionali», e di conseguenza «è del tutto incompatibile con lo *status* e con i diritti di un cittadino dell'Unione europea essere obbligati a portare nomi diversi ai sensi delle leggi di Stati membri diversi»⁵⁵.

La questione è stata affrontata nel caso *Sayn-Wittgenstein*⁵⁶, sotto il profilo della compatibilità con l'art. 21 TFUE della modifica disposta dalle autorità nazionali del cognome legittimamente attribuito ad un cittadino secondo la legislazione di un altro Stato, per conseguenza della previsione, di rango costituzionale, di eliminazione dei suffissi indicanti titoli nobiliari (nella specie, *Fürstin von*, «principessa di»).

Pur ammettendo che costituisce ostacolo alla libera circolazione delle persone la modificazione del cognome attribuito alla cittadina austriaca in conseguenza dell'adozione da parte di cittadino tedesco che legittimamente le aveva trasmesso, come parte del cognome, il suffisso nobiliare, la Corte ha ritenuto che la legge austriaca sull'abolizione della nobiltà, nella sua valenza storica di attuazione del principio di eguaglianza, «può, in quanto elemento dell'identità nazionale, entrare in linea di conto nel bilanciamento di legittimi interessi con il diritto di libera circolazione delle persone riconosciuto dalle norme dell'Unione». Di conseguenza ha ritenuto giustificato il rifiuto di riconoscimento del cognome di un cittadino, come attribuito in altro Stato membro.

⁵⁵ CGCE, 14-10-2008, *Grunkin Paul*, cit.§§ 55-56 delle Conclusioni dell'Avv. gen. Jacobs.

⁵⁶ CGCE, 22-12-2012, *Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*.

6. *Prassi e giurisprudenza nazionali.* – Alcune circolari ministeriali hanno fatto applicazione dell'enunciato principio alla persona che abbia doppia cittadinanza europea o extracomunitaria⁵⁷, ed in particolare ai minori nati in Paesi di tradizione spagnola o portoghese, chiarendo che non trova applicazione la correzione dell'atto di nascita, di cui all'art. 98 d.P.R. n. 396/2000, con attribuzione del cognome che spetterebbe secondo la disciplina interna, ma «in caso di soggetti nati all'estero ed in possesso della cittadinanza italiana sia di quella di un paese estero, l'ufficiale di stato civile procederà ad iscrivere l'atto di nascita attribuendo al soggetto il cognome indicato nell'atto di nascita».

Identica regola informa la concessione della cittadinanza italiana ai cittadini già di cittadinanza spagnola o portoghese, i quali devono essere ammessi a mantenere le medesime generalità derivanti dallo Stato di origine⁵⁸, a meno che non facciano esplicita richiesta per l'applicazione della legge italiana⁵⁹.

In via interpretativa va aggiunta la condizione del cittadino, italiano o straniero, che porti un cognome diverso da quello derivante dalla propria legislazione nazionale, quando sia nato in uno Stato che

⁵⁷ Circ. Min. Interno 15-5-2008, n. 397; circ. Min. Interno 8-2-2010, n. 4, Mantenimento e ripristino del cognome attribuito alla nascita, all'estero, a soggetti in possesso di doppia cittadinanza, italiana e del paese straniero di nascita, con cui la Direzione Centrale per i servizi demografici confermando l'interpretazione introduce lo strumento del ripristino del cognome originario, per eliminare le annotazioni apposte a margine degli atti di nascita alla luce della precedente interpretazione dell'art. 98, co. 2.

⁵⁸ Circ. Min. Interno 12-6-2008, n. 8247, su cui cfr. R. CONTI, *Il diritto comunitario ed il doppio cognome: un primato in espansione?*, in *Corr. giur.*, 2008, pp. 508 ss.

⁵⁹ Cons. Stato, Parere 22-2-2013, n. 850, con riferimento all'art. 351, commi 1 e 2, T.F.U.E., ha chiarito che deve essere disapplicato l'art. 1, co. 2, della Convenzione di Monaco sui cognomi e nomi adottata a Monaco il 5-9-1980, ratificata con l. 19-11-1984, n. 950, per il quale «In caso di cambiamento della nazionalità, viene applicata la legge dello Stato di nuova nazionalità», nella parte in cui contrasta con i principi comunitari che consentono allo straniero, che acquista la cittadinanza italiana, al momento di presentazione dell'istanza, di indicare gli elementi del proprio nome, nell'ambito delle generalità indicate nell'atto di nascita.

preveda l'applicazione della disciplina dell'ordinamento di nascita, a prescindere dalla cittadinanza: il caso evidenzia, infatti, le medesime esigenze di tutela del cognome che abbia acquisito carattere di autonomo segno distintivo della persona, e sia dunque tutelabile *ex art. 2 Cost.* rispetto al provvedimento amministrativo di correzione, che non trova fondamento in diritti di pari rango fondamentale.

Detta tutela, rafforzata con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona attraverso l'attribuzione di efficacia giuridica alla Carta di Nizza anche con riguardo all'identità personale *ex art. 7*, di cui il nome ed il cognome sono elementi costitutivi, ed alla vita privata secondo l'art. 8 della Convenzione EDU, deve comunque essere bilanciata con il rispetto dell'identità nazionale, parimenti sancito dal Trattato di Lisbona⁶⁰.

Diversi casi sono giunti all'attenzione delle corti nazionali. Va segnalata la vicenda della bambina, avente cittadinanza italiana e canadese, per essere colà nata da genitori italiani non coniugati, per la quale si domandava la trascrizione dell'atto di nascita che le attribuiva i cognomi di entrambi i genitori. L'ufficiale di stato civile aveva motivato il rifiuto sulla disciplina italiana in quanto legge dello stato di cittadinanza, prevalente su quella ulteriore ai sensi dell'art. 19, co. 2, l. 31-5-1998, n 218; il tribunale investito dell'opposizione⁶¹ ha valorizzato l'interesse della minore «ad essere identificata con lo stesso cognome sia nei periodi in cui vivrà in Italia, sia in quelli in cui vivrà in Canada ... in relazione al suo diritto ad un armonico sviluppo della personalità connesso all'unicità del suo nome, sia alle prevedibili difficoltà nascenti dal dovere – in caso contrario – di trascrivere nei due Paesi atti che la riguardano se ella mantenesse nei due Paesi generalità diverse (matrimonio, separazione, filiazione).

⁶⁰ Cfr. L. VIOLINI, *La dimensione europea dei diritti di libertà: politiche europee e case law nel settore della tutela dei diritti fondamentali. Sviluppi recenti*, in *Federalismi*, 2012, p. 7.

⁶¹ T. Bologna, decr. 9-6-2004, su cui v. le note critiche di P. MENGOZZI, *Il diritto alla continuità di cognome di minori provvisti della cittadinanza di uno Stato non membro della Comunità e della cittadinanza italiana*, in *Riv. dir. int. privato e proc.*, 2009, pp. 69 ss. Conferma è giunta con A. Bologna, decr. 16-06-2006, in *Famiglia, persone, successioni*, 2006, p. 1041.

Altra vicenda riguarda la nascita, in Italia, di una bambina a cui i genitori, coniugati, aventi l'uno cittadinanza italiana e l'altra brasiliana, attribuivano il doppio cognome. L'ufficiale di stato civile, richiesto dell'iscrizione, disponeva la correzione e la trasmissione del solo cognome paterno; il tribunale⁶² ha accolto il ricorso dei genitori, motivando sulla doppia cittadinanza della minore – posto che tanto quella italiana che quella brasiliana applicano il criterio della discendenza da cittadini – e dalla lesione che patirebbe il diritto all'identità personale della bambina, ove lei dovesse portare nei due Paesi cognomi diversi, applicando così il principio dello stato di origine anche a soggetto avente la cittadinanza di uno Stato estraneo all'Unione.

Con riguardo a minore nato in Francia da genitori aventi l'uno cittadinanza italiana e l'altra statunitense, il cui passaporto statunitense riportava entrambi i cognomi, il giudice⁶³ ha accolto l'opposizione avverso il rifiuto di trascrizione dell'atto di nascita francese, ritenendo che, «l'eliminazione del cognome materno dall'atto italiano, e, dunque, dal passaporto italiano determinerebbe inevitabili complicazioni nella futura vita del minore che, prevedibilmente, si svolgerà tra i tre Paesi coinvolti, Italia, Francia e Stati Uniti», sostenendo una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 95, co. 3, d.P.R. n. 396/2000, «estesa all'identità personale non solo “qui ed ora” del soggetto, ma anche a quella di cui, “altrove ed in futuro”, quella persona sarà portatrice», secondo la quale «la tutela costituzionale della personalità debba portare ad evitare possibili contrasti, anche non attuali, ma solo futuri e potenziali, garantendo che gli atti amministrativi, qual è quello compiuto dall'Ufficiale dello Stato civile nel rifiutare la registrazione dell'atto francese nella sua integrità, non arrechino pregiudizio a valori intangibili della persona umana».

Altrettanto è stato deciso in riferimento a minore di doppia cittadinanza italiana e spagnola, nato in Spagna ed iscritto nei registri dello stato civile spagnoli con il doppio cognome, al quale in sede di

⁶² T. Lamezia Terme, decr. 25-1-2010, in *Fam. dir.*, 2010, p. 1043, con nota di R.M. BOVA, *Il cognome del figlio legittimo con doppia cittadinanza: confronto tra l'ordinamento interno, il diritto sovranazionale e le legislazioni degli Stati Europei*.

⁶³ T. Napoli, decr. 19-3-2008, in *Foro it.*, I, 2322.

trascrizione dell'atto di nascita l'ufficiale di stato civile italiano aveva attribuito il solo cognome paterno, in conformità alle norme dell'ordinamento interno⁶⁴. Così si è deciso anche in riferimento alla sostituzione del cognome da nubile con quello maritale della donna avente cittadinanza italiana e rumena, in ossequio alla legge dello Stato di origine⁶⁵.

L'interpretazione è accolta dalla giurisprudenza di legittimità⁶⁶, con riguardo alla conservazione del doppio cognome del cittadino peruviano che aveva in seguito acquisito la cittadinanza italiana per naturalizzazione, in esito all'opposizione al provvedimento di correzione che aveva disposto la eliminazione del cognome materno e la sostituzione con il cognome della nonna paterna – in quanto secondo cognome del padre – apportando la relativa variazione con annotazione a margine dell'atto di nascita e di matrimonio, e conseguente rettifica anche nell'atto di nascita dei figli.

⁶⁴ T. Roma, decr. 15-10-2004, in *Corriere giur.*, 2005, p. 677, con nota di A. BARONE - E. CALÒ, *Il cognome dei soggetti bicolidi nell'ordinamento comunitario*. Conforme T. Roma decr. 29-10-2004, in *Famiglia, persone, successioni*, 2005, p. 86.

⁶⁵ T. Novara, decr. 14-07-2011, in *Fam. dir.*, 2012, p. 396, con nota di F. FAROLFI, *Il diritto al cognome maritale della cittadina bicolide fra legge nazionale e diritto comunitario*.

⁶⁶ Cass. 17-07-2013, n. 17462, in *Foro it.*, 2013, I, 2807.

SERENELLA PIERONI*

IL *QUANTUM DEBEATUR* NELLA
FATTISPECIE ESPROPRIATIVA-ACQUISITIVA
TRA INDENNIZZO E RISARCIMENTO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il dialogo delle Corti in materia di indennità di espropriazione. – 2.1. Il risarcimento del danno da occupazione illegittima (acquisitiva). – 2.2. L'indennità di esproprio per le aree agricole e le aree inedificabili. – 3. La composita fattispecie del ristoro nella acquisizione coattiva. – 3.1 La natura indennitaria del ristoro nel 'procedimento espropriativo semplificato'. – 4. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa.* – La travagliata vicenda dei terreni occupati *sine titulo* dalla p.a. per la realizzazione di un'opera pubblica, principiata con la creazione pretoria della accessione invertita, poi divenuta acquisizione coattiva «sanante» con l'art. 43 del T.U. sull'espropriazione, a seguito delle censure della Corte EDU e conseguente declaratoria di incostituzionalità è approdata alla novellata disciplina acquisitiva di cui all'art. 42-*bis* TU cit.¹, che ha di recente su-

* Ricercatore di Diritto amministrativo, Università di Perugia.

¹ Corte cost., 8 ottobre 2010, n. 293, ove la Corte, pur dichiarando l'incostituzionalità di tale norma per un vizio 'formale' quale l'eccesso di delega, aveva comunque evidenziato il "grave *vulnus* al principio di legalità" arrecato dalla disposizione predetta, la quale mirava a legittimare l'istituto della espropriazione indiretta. Sulla inammissibilità di uno strumento acquisitivo del diritto di proprietà basato su un fatto illecito a prescindere dalla fonte, giurisprudenziale o normativa, legittimante il medesimo Corte EDU, 12 gennaio 2006, *Sciarrotta c. Italia*; ID., 13 gennaio 2006, *Serrao c. Italia*; ID., 15 febbraio 2006, *Dominici c. Italia*; ID., 20 aprile 2006, *Sciselo c. Italia*; ID., 23 maggio 2006, *Cerro s.a.s. c. Italia*, la quale si dice "convinta che l'esistenza in quanto tale di una base legale non basti a soddisfare il principio di legalità", non potendo l'espropriazione indiretta comunque costituire un'alternativa ad un'espropriazione "in buona e dovuta forma". Sia consentito il rinvio, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, a S. PIERONI, *La c.d. espropriazione indiretta tra CEDU e ordinamento interno*, in L. CASSETTI (a cura di), *Diritti, principi e garanzie: l'ordinamento italiano sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Napoli, 2012, pp. 267 ss. Sull'art. 42-*bis*, in via meramente indicativa, cfr. R. CONTI,

perato il vaglio della Corte Costituzionale, con arresto non pienamente condiviso², ove, in particolare, la tematica dei profili indennitari in tema di occupazione acquisitiva sembra aver trovato nuovo impulso.

Nella articolata sentenza, la Corte, *in primis*, dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento all'articolo 3 Cost. poiché la medesima non attribuisce un trattamento privilegiato alla p.a. rispetto ad altri soggetti che abbiano commesso un illecito, in quanto, a seguito della acquisizione, la p.a. rientra nella sfera della legalità «esercitando una funzione amministrativa meritevole di tutela privilegiata».

Neppure irragionevole si configura la sostituzione del precedente regime risarcitorio contemplato dall'art. 43 T.U. espropriazioni con un indennizzo, poiché l'importo è comunque corrispondente al valore venale del bene calcolato al momento del trasferimento della proprie-

L'acquisizione sanante risuscitata, in *Urb app.*, 2012, pp. 733 ss.; R. GRECO, *Il risarcimento del danno da occupazione illegittima: profili sostanziali e processuali*, in www.giustizia-amministrativa.it (pubblicato il 2 gennaio 2012); L. STICCHI, *Dall'occupazione acquisitiva, al nuovo art. 42-bis D.P.R. 327/2001: verso una rentrée del favor rei publicae. Profili di ammissibilità dell'azione di esatto adempimento*, in www-giustamm.it.

² Con sentenza 30 aprile 2015, n. 71, la Corte costituzionale ha rigettato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 42-bis del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità - Testo A), con il quale viene disciplinata la «Utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico», sollevata, sotto vari profili, dalla Corte di Cassazione (S.U., ord., 13 gennaio 2014, nn. 441 e 442) e dal TAR Lazio, II sez., ord. n. 5979 del 5 giugno 2014, in riferimento agli artt. 3, 24, 42, 97, 111, commi 1 e 2, 113 e 117, co. 1, della Costituzione. Tra i primi commenti della sentenza L. SALVIA, *Un "legale rimedio" per acquisire la proprietà dei beni illegittimamente occupati dalla P.A.: l'acquisizione sanante supera il vaglio della Corte Costituzionale*, in www.osservatorioaic.it; R. ARTANA - E. BARILÀ, *La nuova disciplina dell'acquisizione sanante, secondo la corte costituzionale*, in *Urb. app.*, 2015, pp. 767 ss.; D. PONTE, *L'acquisizione sanante: la coincidenza Corte Costituzionale-Consiglio di Stato*, in *Urb. app.*, 2015, p. 807. Sottolinea come la declaratoria di costituzionalità dell'art. 42-bis non elimini le incertezze sulle forme di tutela per i proprietari delle aree occupate R. GISONDI, *Rimedi risarcitori e restitutori contro le occupazioni illegittime alla prova dell'art. 42 bis del t.u.e.*, in www.giustamm.it.

tà, al quale si aggiungono le ulteriori voci di danno previste dalla norma.

Infine, quanto alla asserita violazione dell'art. 117 Cost. (in comb. disp. con l'art. 6 CEDU e dell'art. 1 Primo Protocollo Addizionale) e dell'art. 111 Cost. la Consulta dichiara le questioni infondate affermando che l'art. 42-*bis* elimina quella situazione di *défaillance structurelle* lamentata dalla Corte EDU riguardo al fenomeno italiano delle espropriazioni indirette, ravvisando nella disciplina della acquisizione coattiva ex art. 42-*bis* una sorta di «procedimento espropriativo semplificato nelle forme, ma pur sempre complesso negli esiti», considerata la necessaria valutazione comparativa degli interessi da parte della p.a., la quale non può prescindere dal ruolo partecipativo del privato, il quale potrà far valere «l'esistenza delle “ragionevoli alternative” all'adozione dell'annunciato provvedimento acquisitivo, prima fra tutte la restituzione del bene».

Le argomentazioni della Consulta³, tuttavia lasciano ancora trapelare criticità e distonie, segnatamente sotto il profilo indennitario e quello, in certo senso presupposto, del giusto procedimento espropriativo, inducendo ad una riflessione sulla tematica *de qua*, anche tenendo conto delle pur innegabili 'aperture' che la sentenza prospetta.

Pare contraddirsi, difatti, la Corte allorchè viene oggi a giustificare l'acquisizione coattiva in quanto 'procedimento espropriativo semplificato', poiché condivide la scelta del legislatore, che veste di legalità un procedimento comunque basato su un fatto illecito seguendo una metodologia invece criticata – nemmeno troppo larvatamente – nella pregressa pronuncia di incostituzionalità dell'art. 43. Siffatta qualificazione, peraltro, viene a costituire il fondamento giuridico della natura indennitaria del ristoro del privato, in controtendenza con la più recente giurisprudenza amministrativa che ne afferma, di contro, il carattere risarcitorio con le conseguenti implicazioni in punto di giurisdizione.

Imprescindibile appare, dunque, brevemente ripercorrere il formarsi dell'attuale assetto normativo in tema di indennità di espropria-

³ Argomentazioni identiche, peraltro, a sostegno della compatibilità del nuovo art. 42-*bis* d.P.R. n. 327/2001 con le coordinate costituzionali e CEDU avevano espresso Cons. St., sez. VI, 15 marzo 2012, n. 1438 e TSAP, 14 marzo 2012 n. 44.

zione alla luce della giurisprudenza CEDU, per poter poi verificare la possibilità o meno di 'letture conformi' della disciplina medesima ai principi nazionali e sovranazionali.

2. *Il dialogo delle Corti in materia di indennità di espropriazione.* – Come noto, nel nostro ordinamento l'evoluzione della determinazione dell'indennità di esproprio principia dal valore di mercato, per passare al criterio c.d. della città di Napoli, ripreso dal legislatore negli anni '90 del secolo scorso con una disciplina che ha comportato numerose condanne della Corte EDU. Difatti, l'importo dell'indennizzo per l'esproprio di aree edificabili era fissato dall'art. 5-bis, commi 1 e 2, del d.l. n. 333 (Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica), 11 luglio 1992, convertito, con modificazioni, dalla l. 8 agosto 1992, n. 359, (riprodotto nell'art. 37 del TU sull'espropriazione) ed era pari alla semisomma del valore venale del bene e del suo reddito dominicale rivalutato, ridotta del 40%, decurtazione che non si applicava solo ove il soggetto espropriato avesse convenuto la cessione volontaria del bene. Importo ulteriormente ridotto poi da una imposizione fiscale pari a circa il 20%.

La centralità del tema concerne l'equilibrio fra interesse pubblico e proprietà privata consacrato nell'art. 42 della Costituzione, che si fonda non già sulla sacralità della proprietà, quanto piuttosto sulla funzione sociale della stessa⁴. Ed è per questo che, secondo lo storico orientamento della Corte Costituzionale, se l'indennizzo assicurato all'espropriato dall'art. 42, co. 3, Cost., non deve necessariamente costituire una integrale riparazione per la perdita subita, «ma soltanto il massimo di contributo e di riparazione che, nell'ambito degli scopi di generale interesse, la Pubblica Amministrazione può garantire all'interesse privato⁵», nondimeno esso non può essere fissato in una

⁴ G. ALPA - M. BESSONE - L. FRANCIOSI, *Il privato e l'espropriazione*, III ed., Milano, 1994.

⁵ Corte Cost., 25 maggio 1957, n. 61.

«misura irrisoria o meramente simbolica, ma deve rappresentare un serio ristoro»⁶.

La Corte EDU, invece, adotta un indirizzo diverso rispetto allo statuto della proprietà riconosciuto dalla nostra Costituzione, in quanto favorisce decisamente la proprietà privata con sacrificio del pubblico interesse, prendendo le mosse dal dettato dell'art. 1 del Protocollo n. 1 della CEDU, secondo cui: «Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali di diritto internazionale. Le precedenti disposizioni non portano pregiudizio al diritto degli Stati di mettere in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi oppure di ammende». Merita ricordare come, dall'interpretazione della norma la Corte EDU ha fatto conseguire i seguenti principi⁷: a) le tre norme di cui si compone l'art. 1 del Protocollo n. 1 sono tra loro collegate, sicché la seconda e la terza, relative a particolari casi di ingerenza nel diritto al rispetto dei beni, devono essere interpretate alla luce del principio contenuto nella prima norma (punto 75); b) l'ingerenza nel diritto al rispetto dei beni deve contemperare un «giusto equilibrio» tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e il requisito della salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo (punto 93); c) nello stabilire se sia soddisfatto tale requisito, la Corte riconosce che lo Stato gode di un ampio margine di discrezionalità, sia nello scegliere i mezzi di attuazione sia nell'accertare se le conseguenze derivanti dall'attuazione siano giustificate, nell'interesse generale, per il conseguimento delle

⁶ Cfr., per tutte, Corte Cost., 30 gennaio 1980, n. 5; ID., 15 luglio 1983, n. 223; ID., 9 novembre 1991, n. 173.

⁷ Grande Chambre, 29 marzo 2006, *Scordino c. Italia*, peraltro già presenti nella precedente decisione *ex re di Grecia* del 28 Novembre 2002 ove si afferma che «nel caso di espropriazione lecita, solo un indennizzo integrale pari al valore del bene può essere ragionevolmente rapportato al sacrificio imposto». Tali principi hanno trovato conferma nella giurisprudenza successiva della Corte, che ad essa si è richiamata, cfr., tra le più recenti sentenze: 26 aprile 2011, *Di Marco c. Italia*; 19 gennaio 2010, *Zuccalà c. Italia*; 8 dicembre 2009, *Vacca c. Italia*; sentenza della Grande Chambre del 1° aprile 2008, *Gigli Costruzioni s.r.l. c. Italia*.

finalità della legge che sta alla base dell'espropriazione (punto 94); d) la Corte, comunque, non può rinunciare al suo potere di riesame e deve determinare se sia stato mantenuto il necessario equilibrio in modo conforme al diritto dei ricorrenti al rispetto dei loro beni (punto 94); e) come la Corte ha già dichiarato, il prendere dei beni senza il pagamento di una somma in ragionevole rapporto con il loro valore, di norma costituisce un'ingerenza sproporzionata e la totale mancanza d'indennizzo può essere considerata giustificabile, ai sensi dell'art. 1 del Protocollo n. 1, soltanto in circostanze eccezionali⁸, ancorché non sempre sia garantita dalla CEDU una riparazione integrale (punto 95); f) in caso di «espropriazione isolata», pur se a fini di pubblica utilità, soltanto una riparazione integrale può essere considerata in rapporto ragionevole con il bene (punto 96); g) obiettivi legittimi di pubblica utilità, come quelli perseguiti da misure di riforma economica o da misure tendenti a conseguire una maggiore giustizia sociale, potrebbero giustificare un indennizzo inferiore al valore di mercato (punto 97).

In sintesi, la Corte EDU ha indicato al legislatore una regola per determinare la indennità di esproprio che prende le mosse da due distinte tipologie di 'obiettivi di utilità sociale', di tal che, sempre presupponendo un procedimento ablatorio conforme al modello legalmente prescritto, allorché gli obiettivi di 'utilità sociale' cui è finalizzata l'espropriazione si realizzino attraverso 'espropriazioni isolate', avulse cioè da un contesto di ampia riforma, l'indennizzo deve sempre coincidere con il valore di mercato del bene.

Di contro, allorché l'intervento si collochi nell'ambito di 'misure di riforma economica o di giustizia sociale e cambiamenti radicali del sistema costituzionale'⁹, la Corte EDU ravvisa la presenza della pubblica utilità legittimante la deroga all'integralità dell'indennizzo, il

⁸ La Corte ha consentito l'espropriazione senza indennizzo nelle cause *Santi monasteri c. Grecia*, 9 dicembre 1994; *ex Re di Grecia c. Grecia*, 23 novembre 2000.

⁹ V. i casi *Lithgow c. Regno Unito*, 8 luglio 1986; *James c. Regno Unito*, 21 febbraio 1987; *Papachelas c. Grecia*, 25 marzo 1999; *Kopecky c. Slovacchia*, 28 febbraio 2004; *Broniowsky c. Polonia* 22 giugno 2004.

quale deve comunque essere in ‘ragionevole rapporto’ con il valore del bene¹⁰.

Sostanzialmente concorde la pressochè immediata risposta della Corte costituzionale che ha sancito la incostituzionalità, *in primis*, della normativa in materia di indennità di esproprio delle aree edificabili¹¹, per contrasto con l’art. 1 del Protocollo n. 1 della CEDU, in quanto i criteri di calcolo conducevano alla corresponsione di somme non congruamente proporzionate al valore dei beni oggetto di ablazione¹².

¹⁰ Sulla problematica, che ha interessato ampia parte della dottrina, vedansi in via meramente indicativa L. TARANTINO, *La disciplina dell’indennità di esproprio tra diritto nazionale e diritto europeo*, in *Urb. app.*, 2011, p. 3030; D. DUNI, *Indennizzi e risarcimenti da espropriazione. Problemi risolti e questioni in sospeso*, in *Giust. civ.*, 2008, I, pp. 53 ss. A. GIUSTI, *L’incidenza della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo sulla determinazione dell’indennità di esproprio*, in *diritti-cedu.unipg.it*; ID. *Il caso Scordino: l’inizio di un nuovo dialogo tra le Corti in materia espropriativa*, *ivi*.

¹¹ Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348, in *diritti-cedu.unipg.it*.

¹² Non è questa la sede per affrontare le delicate questioni sorte intorno alla identificabilità delle norme CEDU quali norme interposte integranti il parametro del giudizio di legittimità costituzionale delle disposizioni interne contrastanti, affermata con diversi accenti riguardo al ruolo affidato al giudice nazionale, da Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348 e da Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349. La prima pare concepire l’interpretazione della norma interna come articolazione del giudizio di costituzionalità, affidando direttamente al giudice delle leggi il compito dell’interpretazione convenzionalmente orientata, secondo la lettura resa dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, nonché la successiva verifica della legittimità costituzionale rispetto ai principi del nostro ordinamento delle norme della CEDU così interpretate. La sent. n. 349, invece, riconosce al giudice di merito il potere di esprimere un’interpretazione della norma interna conforme agli obblighi internazionali e, solo laddove questa sia impossibile, il giudice dovrebbe rimettere la questione alla Corte costituzionale. Tale lettura è stata riproposta dal giudice delle leggi con decisione del 5 gennaio 2011, n. 1, commentato con ampi riferimenti da S. FOÀ, *Un conflitto di interpretazione tra Corte Costituzionale e Corte Europea dei diritti dell’uomo: leggi di interpretazione autentica e ragioni imperative di interesse generale*, in *www.federalismi.it*. Sulla tematica cfr. altresì A. CELOTTO, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell’ordinamento italiano? (in margine alla sentenza n. 1220/2010 del Consiglio di Stato)*, in *www.giustamm.it*; F. MANGANARO, *L’indennità di espropriazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo*, *ivi*; R. CONTI, *CEDU e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo?*, in *www.federalismi.it*; G. REPETTO, *Il*

La Consulta ha tuttavia ricordato che, in questo bilanciamento tra rispetto degli obblighi internazionali e gli altri principi costituzionali, livelli troppo elevati di spesa per l'espropriazione di aree edificabili destinate ad essere utilizzate per fini di pubblico interesse potrebbero pregiudicare la tutela effettiva dei diritti fondamentali previsti dalla costituzione (salute, istruzione, casa) e potrebbero anche costituire un freno eccessivo alla realizzazione delle infrastrutture necessarie per un efficiente esercizio della iniziativa economica privata. Per questa ragione compete al legislatore valutare se l'equilibrio tra gli interessi individuali dei proprietari e la funzione sociale della proprietà debba essere fisso e uniforme, oppure, in conformità all'orientamento della Corte Europea, deve essere realizzato in modo differenziato, in rapporto alla qualità dei fini pubblici perseguiti.

Invero *«il legislatore non ha il dovere di commisurare integralmente l'indennità di espropriazione al valore di mercato del bene abitato. L'art. 42 Cost. prescrive alla legge di riconoscere e garantire il diritto di proprietà, ma ne mette in risalto la «funzione sociale». Quest'ultima deve essere posta dal legislatore e dagli interpreti in stretta relazione all'art. 2 Cost., che richiede a tutti i cittadini l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale..... Valuterà il legislatore se l'equilibrio tra l'interesse individuale dei proprietari e la funzione sociale della proprietà debba essere fisso e uniforme, oppure, in conformità all'orientamento della Corte europea, debba essere realizzato in modo differenziato, in rapporto alla qualità dei fini di utilità pubblica perseguiti. Certamente non sono assimilabili singoli espropri per finalità limitate a piani di esproprio volti a rendere possibili interventi programmati di riforma economica o migliori condizioni di giustizia sociale. Infatti, l'eccessivo*

*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, in *diritti-cedu.unipg.it*; V. MAZZARELLI, *Corte Costituzionale e indennità di esproprio: «serio ristoro» e proporzionalità dell'azione amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, pp. 32 ss.; S. MIRATE, *Cedu, parametro di costituzionalità per l'indennità d'esproprio e risarcimento del danno da occupazione acquisitiva*, in *Urb. app.*, 2008, pp. 163 ss.; B. RANDAZZO, *La Cedu e l'art. 117 della Costituzione. L'indennità di esproprio per le aree edificabili e il risarcimento del danno da occupazione acquisitiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, pp. 25 ss.*

livello della spesa per espropriazioni renderebbe impossibili o troppo onerose iniziative di questo tipo; tale effetto non deriverebbe invece da una riparazione, ancorché più consistente, per gli «espropri isolati», di cui parla la Corte di Strasburgo»¹³.

Nondimeno, il legislatore ordinario con la l. n. 244 (Finanziaria 2008), 24 dicembre 2007, ha riscritto l'art 37 del T.U. sull'espropriazione, fissando un criterio di computo dell'indennizzo dovuto per l'esproprio di aree edificabili che, in buona sostanza, rappresenta un ritorno alle disposizioni che si ispiravano al valore di mercato del bene¹⁴. Ed infatti, il 'nuovo' criterio coincide con il valore venale del bene, salvo che si tratti di espropriazioni relative a riforme economico sociali, nel qual caso l'indennizzo può essere diminuito del 25%¹⁵. Ove, poi, il soggetto espropriato addivenga ad una cessione volontaria dell'area ovvero se l'accordo di cessione non si sia concluso per causa non imputabile all'espropriato, l'indennizzo sarà aumentato del 10%.

2.1. *Il risarcimento del danno da occupazione illegittima (acquisitiva)*. – In caso di occupazioni illegittime, ai sensi dell'art. 5-bis, c. 7-bis del d.l. n. 333 del 1992, il risarcimento dovuto era parametrato a quello stabilito per le aree edificabili, con esclusione, però della decurtazione del 40%, e con la precisazione che in tal caso l'importo era aumentato del 10%.

Anche in riferimento all'istituto della occupazione illegittima (trasformata in 'acquisitiva' dall'ordinamento interno) la Corte europea ha ribadito il principio per cui l'ingerenza dello Stato deve avvenire rispettando il «giusto equilibrio» tra le esigenze dell'interesse generale e gli imperativi della salvaguardia dei diritti fondamentali dell'in-

¹³ In questi termini, Corte cost., 24 ottobre n. 348, 2007 cit.

¹⁴ Cfr. art. 39, l. 25 giugno 1865, n. 2359.

¹⁵ Peraltro la dottrina ha subito rilevato come siffatta previsione appaia foriera di ulteriore contenzioso in mancanza di specificazioni normative che chiariscano quando vi sia riforma economico-sociale. Cfr. S. BONATTI, *La giusta indennità d'esproprio tra Corte Costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2008, pp. 1288 ss.

dividuo¹⁶ e, con specifico riguardo al profilo della congruità della disciplina italiana censurata, ha da tempo affermato che il risarcimento del danno deve essere integrale e comprensivo di rivalutazione monetaria a far data dalla emanazione del provvedimento illegittimo¹⁷. Il venir meno della occupazione acquisitiva – di origine pretoria – per intervento della Corte EDU¹⁸ trasferì la problematica sulla successiva veste normativa dell'istituto: l'acquisizione coattiva 'sanante', prima ex art. 43 T.U. espropriazione, poi dichiarato incostituzionale e 'sostituito', con nuova veste, dall'art. 42-*bis*.

Nondimeno la Corte EDU, con una delle note sentenze Scordino¹⁹ – oltre a censurare la pratica tutta italiana di una espropriazione fondata su un fatto illecito (occupazione acquisitiva) a discapito della legalità e prevedibilità dell'azione amministrativa- sanziona, espressamente, la liquidazione del danno per l'occupazione illegittima prevista dalla normativa interna. Difatti, ancorchè stabilita in misura superiore a quella prevista per l'indennità di espropriazione, la medesima non raggiunge tuttavia quella serietà di ristoro tale da escludere la violazione del diritto di proprietà, così come è garantito dalla norma convenzionale, proprio in quanto difetta il richiesto «rapporto ragionevole con il valore del bene espropriato».

Anche in tale evenienza la pronta risposta della Consulta, con sentenza coeva a quella sopra ricordata pronunciata in tema di espropriazione, conduce alla declaratoria di incostituzionalità del criterio di calcolo di risarcimento del danno in caso di occupazione illegittima acquisitiva²⁰ contemplato dall'art. 5-*bis*, co. 7-*bis* del d.l. n. 333 del 1992, con conseguente applicazione dell'art. 37 del T.U.

¹⁶ Così Corte EDU, *Sporrong e Lönnroth c. Svezia*, 23 settembre 1982, punto 69.

¹⁷ Corte EDU, 7 agosto 1996, *Zubani*. In riferimento all'indennità di occupazione cfr. MARUOTTI, *Commento all'art. 22-bis*, cit., p. 402.

¹⁸ Corte EDU, 30 maggio 2000, *Belvedere Alberghiera c. Italia e Carbonara-Ventura c. Italia*.

¹⁹ Corte EDU, 17 maggio 2005, *Scordino*, ma anche ID., 23 febbraio 2006, *Immobiliare Cerro s.a.s.*; ID., 17 maggio 2006, *Pasculli*; A. GIUSTI, *I profili patrimoniali della c.d. occupazione acquisitiva nel dialogo fra Corte Europea dei diritti dell'uomo e Corte Costituzionale*, in *diritti-cedu.unipg.it*.

²⁰ Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349, in *diritti-cedu.unipg.it*.

sull'espropriazione, norma di rinvio anche per il risarcimento da occupazione acquisitiva.

Si ricorda che la giurisprudenza ha precisato come, in tali evenienze, nella quantificazione del danno per equivalente è necessario bensì far riferimento al valore venale in commercio dell'immobile, considerate tutte le caratteristiche del suolo, dovendosi escludere comunque la possibilità di applicare la percentuale di riduzione prevista dall'art. 37 d.P.R. 8 giugno 2001 n. 327, in quanto riferita esclusivamente all'indennità di espropriazione²¹.

Da parte della Corte EDU, invece, si riscontra una sorta di ridimensionamento dei criteri di valutazione dei danni nelle cause di espropriazione indiretta con la sentenza *Guiso-Gallisay c. Italia*²². La Grande Camera ha ritenuto, infatti, che la riparazione del danno patrimoniale debba essere bensì pari all'intero valore venale del bene, ma calcolato alla data della sentenza interna che ha riconosciuto la perdita della proprietà dei ricorrenti, non già alla data della sentenza della Corte. Tale importo (dedotto quanto già ottenuto a livello nazionale) deve essere aggiornato per compensare gli effetti dell'inflazione e maggiorato dell'ammontare degli interessi legali dovuti per compensare, almeno in parte, il lungo lasso di tempo per il quale i ricorrenti sono stati privati del terreno. Occorre, inoltre, tener conto del danno da perdita di *chances* subita dai ricorrenti a seguito dell'espropriazione indiretta e cioè del danno causato dall'indisponibilità del terreno per il periodo compreso tra l'inizio dell'occupazione illegittima e la data della perdita della proprietà. A tali voci la Corte aggiunge altresì il danno morale per «le sensazioni di impotenza e frustrazione derivanti dalla violazione dei diritti dei ricorrenti di cui all'articolo 1 del Protocollo n. 1» che dovrebbe essere opportunamente risarcito, provvedendo essa stessa in via equitativa²³.

²¹ Cons. St., sez. IV, 22 gennaio 2014, n. 306.

²² Corte EDU, Grande Camera, 22 dicembre 2009, *Guiso-Gallisay*.

²³ Nello stesso senso Corte EDU 25 novembre 2014, *Maiorano e Serafini c. Italia*. E' anche accaduto, peraltro, che la Corte abbia riconosciuto la corretta applicazione da parte del giudice interno dei principi dalla medesima stabiliti in materia... (Corte EDU, 19 maggio 2015, *Della Pietra c. Italia*; ID., 16 dicembre 2014, *D'Asta c. Italia*; ID., 5 febbraio 2013, *Rubortone e Caruso c. Italia*).

I giudici interni configurano, per conseguenza, l'obbligazione risarcitoria del danno da occupazione appropriativa come debito di valore che deve reintegrare per equivalente, alla data di determinazione del dovuto, le perdite ed i mancati guadagni, conseguendone che, in aggiunta alla rivalutazione, sulla somma liquidata alla data di consumazione dell'illecito, da rivalutare anno per anno fino alla decisione, potranno spettare gli interessi compensativi per il ritardato pagamento di quanto dovuto, sempre che i mancati guadagni siano provati dal creditore²⁴.

La vicenda per vero si presenta articolata, dovendosi tener distinta la diversa quantificazione del danno (di natura indennitaria), riferita al periodo di occupazione legittima, sia dal risarcimento dovuto *ex art. 42-bis* per il periodo di occupazione illegittima seguita da acquisizione, sia dal risarcimento per occupazione illecita non seguita da acquisizione²⁵, seguendosi criteri affatto differenti (*amplius infra* par. 3).

Per completezza, si ricorda che, in tutte le ipotesi in cui si verificano le condizioni di applicazione dell'istituto della cosiddetta occupazione acquisitiva o accessione invertita – e cioè nei casi in cui la dichiarazione di pubblica utilità sia mancante o carente dei termini o sia annullata o il decreto di esproprio non sia emesso o sia annullato – alla p.a. non è consentito, invocando il mancato formale trasferimento nel proprio patrimonio della proprietà del bene illegittimamente occupato sul presupposto che il menzionato istituto sia stato ritenuto contrario ai principi costituzionali e della CEDU negare al privato che lo richieda il risarcimento del danno, pur mantenendo il predetto bene nella propria disponibilità e destinandolo in modo definitivo e irreversibile ad un fine pubblico (nella specie, ad un cimitero); invero, in presenza di un comportamento costituente fatto illecito, l'amministrazione non può imputare al privato danneggiato il mancato esperimento del rimedio restitutorio in forma specifica che l'ordinamento interno ed internazionale gli accorda per la tutela della proprietà, al fine di essere esonerata dall'obbligazione di risarcimento del danno per equivalente: la relativa eccezione si configura, infatti, come *de iure tertii* ed è, pertanto, inammissibile, essendo la scelta dei rimedi a tutela della proprietà pur sempre riservata al privato danneggiato (Cass. civ., sez. I, 19 marzo 2014, n. 6301).

²⁴ Cass. civ., sez. I, 9 luglio 2014, n. 15604.

²⁵ L'indennità per l'occupazione di urgenza di un immobile spetta soltanto per il periodo di occupazione legittima, non anche per il periodo successivo in cui l'occupazione si sia, eventualmente, protratta, atteso che, decorso il tempo per l'occupazione temporanea, in carenza del decreto di esproprio, essa prosegue come occupazione illecita se il terreno non è stato definitivamente trasformato con l'opera

2.2. *L'indennità di esproprio per le aree agricole e le aree inedificabili.* – Restava fuori da ogni aggancio al dato reale la determinazione dell'indennizzo per le aree agricole (non coltivate) esterne ed interne ai centri edificati, trattandosi di un calcolo astratto della indennità di espropriazione con riferimento, rispettivamente, al valore agricolo medio e al valore agricolo medio della coltura più redditizia. Più precisamente ai sensi dell'art. 40, commi 2 e 3, del d.P.R. n. 327 del 2001 la determinazione dell'indennità di espropriazione relativa alle aree agricole doveva essere commisurata al valore agricolo medio annualmente calcolato da apposite commissioni provinciali, valore corrispondente al tipo di coltura in atto nell'area da espropriare. Nelle aree non suscettibili di classificazione edificatoria comprese nei centri edificati, l'indennità doveva invece essere commisurata al valore agricolo medio della coltura più redditizia in riferimento alla regione agraria in cui ricadeva l'area da espropriare.

E' di tutta evidenza come anche siffatto criterio presentasse un carattere astratto elusivo di quel «ragionevole legame» con il valore di mercato prescritto dalla Corte di Strasburgo in coerenza, del resto, con il «serio ristoro» richiesto dalla giurisprudenza consolidata della Corte costituzionale sopra ricordata²⁶. L'intervento della Consulta²⁷ che ha dichiarato l'incostituzionalità della norma predetta, ha posto fine alla discrasia, di tal che anche per la determinazione dell'indennizzo delle aree agricole è necessario far riferimento «al valore del bene in relazione alle sue caratteristiche essenziali, fatte palesi dalla potenziale u-

di pubblica utilità per la quale avvenne l'occupazione ovvero, se si è verificata la irreversibile destinazione a detta opera dell'area occupata, quest'ultima è acquisita dall'occupante per l'occupazione appropriativa (Cass. civ., sez. I, 3 luglio 2014, n. 15259).

²⁶ Cfr. Corte cost., 25 maggio 1957, n. 61; ID., 30 gennaio 1980, n. 5; ID., 15 luglio 1983, n. 223; ID., 9 novembre 1991, n. 173.

²⁷ Corte cost., 10 giugno 2011, n. 181. La Consulta è nuovamente intervenuta di recente in materia (con le sentenze n. 187 del 2 luglio 2014 e n. 213 del 18 luglio 2014) con la declaratoria di incostituzionalità della normativa delle province autonome di Trento e Bolzano, sulla indennità di espropriazione per le aree non edificabili, poiché, come già quella statale censurata nel 2011, si fondava sul valore agricolo medio del suolo prescindendo da ogni dato valutativo inerente ai requisiti specifici del bene.

tilizzazione economica di esso, secondo legge. Solo in tal modo può assicurarsi la congruità del ristoro spettante all'espropriato ed evitare che esso sia meramente apparente o irrisorio rispetto al valore del bene»²⁸.

Al fine di agevolare siffatta valutazione sulla base dei requisiti specifici del bene, la stessa Corte ha offerto una descrizione dei criteri orientativi per l'operatore della materia, il quale dovrà ricostruire le caratteristiche del terreno agricolo tenendo conto della posizione del suolo, del valore intrinseco del terreno (che non si limita alle colture in esso praticate, ma consegue anche alla presenza di elementi come l'acqua, l'energia elettrica, l'esposizione), della maggiore o minore perizia nella conduzione del fondo e di ogni altra circostanza possa incidere sul valore venale di esso.

Invero, in presenza di un evento espropriativo, non è ravvisabile alcun motivo idoneo a giustificare un trattamento differenziato circa le modalità di determinazione dell'indennità tra suoli edificabili e tra suoli agricoli o non suscettibili di classificazione edificatoria. D'altro canto, sia la Corte Costituzionale che la Corte EDU concordano nel ritenere parametro imprescindibile per determinare l'indennità di espropriazione il valore di mercato del bene da espropriare, punto di riferimento, questo, che non può variare in relazione alla natura del bene, poiché il mancato aggancio al dato reale è postulato necessario per la determinazione di una giusta indennità.

E' vero che il legislatore non ha il dovere di commisurare integralmente l'indennità di espropriazione al valore di mercato del bene, come si è visto²⁹, tuttavia, l'esigenza di effettuare una valutazione di congruità dell'indennizzo espropriativo, determinato applicando eventuali meccanismi di correzione sul valore di mercato, impone che quest'ultimo sia assunto quale termine di riferimento dal legislatore³⁰, sì da garantire il "giusto equilibrio" tra l'interesse generale e gli imperativi della salvaguardia dei diritti fondamentali degli individui. Proprio per questo la Corte ha espressamente ritenuto di non estendere la declaratoria di illegittimità costituzionale anche al co. 1 del citato art.

²⁸ Corte cost., 10 giugno 2011, n. 181, cit.

²⁹ Corte EDU, *Grande Chambre*, 29 marzo 2006, *Scordino c. Italia*, cit.

³⁰ Corte cost., 29 dicembre 1988, n. 1165.

40, che concerne l'esproprio di un'area non edificabile ma coltivata, sul presupposto che la mancata previsione del valore agricolo medio e il riferimento alle colture effettivamente praticate sul fondo consentono comunque una interpretazione della norma costituzionalmente orientata, poichè, in tale evenienza, l'indennità definitiva è determinata in base al criterio del valore agricolo, tenendo conto delle colture effettivamente praticate sul fondo e del valore dei manufatti edilizi legittimamente realizzati, anche in relazione all'esercizio dell'azienda agricola.

3. *La composita fattispecie del ristoro nella acquisizione coattiva.* – Come accennato, la storia infinita dell'equo ristoro si è riproposta anche con riferimento all'art. 42-bis del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327. E' ben noto come, secondo i giudici di Strasburgo, la regolamentazione dell'istituto della occupazione acquisitiva non aveva dato luogo ad una disciplina «stabile, completa e prevedibile»³¹, scaturendone comunque una procedura espropriativa frammentaria, con esiti imprevedibili ed una illegittima compressione del ristoro economico che la norma collocava, peraltro, nella fattispecie risarcitoria.

Nei suoi tratti essenziali, per quanto qui interessa, l'art. 42-bis contempla, invece, una complessa composizione indennitaria e risarcitoria del ristoro del privato prevedendo che l'autorità che utilizza il bene possa disporre l'acquisizione, non retroattiva, al proprio patrimonio indisponibile, contro la corresponsione di un indennizzo patrimoniale e non patrimoniale, quest'ultimo forfetariamente liquidato

³¹ Corte EDU, 12 gennaio 2006, *Sciarrotta c. Italia*; ID., 13 gennaio 2006, *Serrao c. Italia*; ID., 15 febbraio 2006, *Dominici c. Italia*; ID., 20 aprile 2006, *Sciselo c. Italia*; ID., 23 maggio 2006, *Cerro s.a.s. c. Italia*, cit. F. PATRONI GRIFFI, *Prime impressioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 293 del 2010, in tema di espropriazione indiretta*, in www.federalismi.it, n. 19/2010 auspicava l'inserimento, nella emananda norma sostitutiva dell'art. 43, di precisazioni quali l'efficacia *ex nunc* del provvedimento di acquisizione (che nemmeno andrebbe definito «sanante») ed il particolare onere di motivazione gravante sull'amministrazione, che in effetti riscontriamo nell'art 42-bis. Difetta ancora invece, qualsiasi chiarimento sull'ambito temporale di efficacia dell'istituto rispetto alle procedure espropriative in atto (*amplius infra*).

nella misura del 10 per cento del valore venale del bene³². Invece, per l'eventuale periodo di occupazione senza titolo è computato, a titolo risarcitorio, un interesse del 5 per cento annuo sul valore venale, salva la prova del maggior danno.

Invero, la prospettiva indennitaria, originata da un fatto lecito (*melius* atto legittimo), è *naturaliter* meno vantaggiosa per il privato rispetto all'obbligazione risarcitoria che scaturisce, invece, da un illecito. Solo questa consente, difatti, di ottenere l'integrale risarcimento del danno sofferto nelle voci del danno emergente e lucro cessante, comprensivo delle utilità, occasioni e vantaggi che il proprietario provi di aver perduto a causa della mancata disponibilità del bene³³. Trattasi, inoltre, di debito di valore, automaticamente soggetto alla rivalutazione monetaria, invece esclusa nel caso di indennizzo configurato come debito di valuta.

La modalità di determinazione del ristoro patrimoniale *ex art. 42-bis*, dunque, sembrerebbe non superare l'appunto mosso dalla Corte EDU al legislatore nazionale, secondo la quale un meccanismo riduttivo di determinazione dell'indennizzo o risarcimento da occupazione *sine titulo* consente all'espropriante, che già acquisisce il bene per effetto di un suo comportamento *contra ius*, di trarre ulteriore vantaggio dal suo comportamento illegittimo, evitandogli la corresponsione di quanto avrebbe dovuto versare in caso di procedimento espropriativo legittimo, «perciò non favorendo la buona amministrazione e non contribuendo a prevenire episodi di illegalità»³⁴.

E' quanto lamentano i giudici, anche *sub specie* di violazione del principio di uguaglianza, nelle ordinanze di remissione alla Corte costituzionale, la quale, tuttavia, respinge le censure³⁵ affermando che la norma riconosce comunque il ristoro del danno patrimoniale pari al valore venale del bene come avviene in caso di espropriazione ordina-

³² ... che è pari al venti per cento del valore venale del bene «quando un terreno sia stato utilizzato per finalità di edilizia residenziale pubblica, agevolata o convenzionata, ovvero quando si tratta di terreno destinato a essere attribuito per finalità di interesse pubblico in uso speciale a soggetti privati» (art. 42-*bis*, co. 5).

³³ In base ai parametri dell'art. 2043 c.c. In tal senso Cass, S.U 13 gennaio 2014, n. 441, che cita altresì Cass. 14606/2012; n. 4052/2009 e n. 2746/2008.

³⁴ Così Cass., S.U., 13 gennaio 2014, n. 441.

³⁵ Corte cost., 30 aprile 2015, n. 71.

ria. Ed ancora ravvisa nel danno non patrimoniale, forse per l'identica modalità di determinazione..., una sorta di compensazione per l'inapplicabilità dell'aumento del 10 per cento previsto dal co. 2 dell'art. 37 del T.U. sulle espropriazioni. Non emerge, però dalla sentenza, che siffatto «*surplus* pari proprio al 10 per cento del valore venale del bene»³⁶ è corrisposto a diverso titolo, quale ristoro, appunto, del danno non patrimoniale (danno morale, danno alla persona, alla vita di relazione, o ancora, in generale, agli interessi non patrimonialmente valutabili) che non pare parametrabile né compensare una *défaillance* di quello patrimoniale. Chè anzi, proprio la previsione del danno non patrimoniale, il quale, come noto, «ha come fondamento il particolare disvalore della condotta o la particolare gravidanza del bene attinto dal fatto illecito», quale componente dell'«indennizzo» potrebbe far ritenere la natura risarcitoria del medesimo³⁷, nonostante la *littera legis* (*amplius infra*).

Il generico riferimento al valore venale del bene, poi, non esclude la possibilità di valutare anche il valore delle colture effettivamente praticate e dei manufatti presenti sul suolo anche in relazione all'esercizio dell'azienda agricola, come pure la perdita di valore della porzione residua riconosciuta dall'art. 33 del T.U. sulle espropriazioni.

Natura risarcitoria mantiene invece il co. 3 dell'art. 42-*bis* al corrispettivo per il periodo di occupazione illegittima antecedente al provvedimento di acquisizione, censurata dai giudici remittenti in quanto determinato in base ad un parametro riduttivo rispetto a quello cui è commisurato l'analogo indennizzo per la legittima occupazione temporanea dell'immobile.

A tacer del fatto che la Consulta anche in tale fattispecie qualifica indennità il ristoro dovuto per l'illecito comportamento della p.a., la medesima, pur convenendo sulla riduttiva determinazione del *quantum*, salva comunque la disposizione in forza della prevista possibilità di provare una diversa entità del danno. E' evidente l'aggravio per il privato e la situazione paradossale che si viene a creare ove si ponga mente all'analoga disciplina in tema di occupazione (questa

³⁶ Corte cost., 30 aprile 2015, n. 71.

³⁷ Cons. St., sez. IV, 3 marzo 2014, n. 993.

volta) legittima, nonché di occupazione illegittima non seguita da atto acquisitivo.

Invero, la materia *de qua* non sembra davvero superare le censure della Corte EDU in punto di necessaria stabilità e prevedibilità della normativa ablatoria.

Si consideri, infatti, che per il risarcimento del danno da occupazione legittima *ex art. 50 del T.U. espropriazione* «è dovuta al proprietario una indennità per ogni anno pari ad un dodicesimo di quanto sarebbe dovuto nel caso di esproprio dell'area e, per ogni mese o frazione di mese, una indennità pari ad un dodicesimo di quella annua» (somma che tende all'8,33% del valore venale del bene per ogni anno di occupazione).

Di contro, il *quantum debeatur* nel caso di occupazione illegittima seguita da acquisizione *ex art. 42-bis* si calcola ricorrendo all'interesse «del 5% annuo sul valore determinato ai sensi del presente comma» perciò corrispondente a circa un ventesimo del suo valore annuo, salva la prova di una diversa entità del danno. Incomprensibile appare, invero, siffatta *deminutio* proprio in ipotesi di illegittimità dell'operato della p.a., nonostante il non condivisibile *placet* della Corte Costituzionale sul punto, argomentando essenzialmente da tale clausola probatoria, poiché come osservato³⁸, ben difficilmente un terreno può dare un reddito pari o superiore al 5% (o all'8,33%) annuo.

A diversa soluzione, poi, si perviene in ipotesi di occupazione illegittima senza acquisizione, ove, in assenza di una normativa *ad hoc*, la giurisprudenza adotta soluzioni contrastanti. Parte della giurisprudenza, invero, ha applicato estensivamente l'art. 42-*bis*³⁹, ed il criterio ivi previsto del 5% annuo sul valore del bene, ben più favorevole ri-

³⁸ ARTANA-BARILÀ, *La nuova disciplina dell'acquisizione sanante, secondo la corte costituzionale*, cit. Quanto al problema non sottoposto alla Corte della spettanza o meno al proprietario e al conduttore coltivatore diretto dell'indennità aggiuntiva prevista dagli artt. 37, co. 9, 40, co. 4, e 42 del d.P.R. n. 327/2001, optano per la soluzione positiva anche in caso di acquisizione sanante, poichè se l'indennità aggiuntiva dovuta al fittavolo fosse dedotta da quella dovuta al proprietario, quest'ultimo tornerebbe a percepire un indennizzo chiaramente deteriore.

³⁹ Cons. St., sez. IV, 2 agosto 2011 n. 4590; T.A.R. Puglia, Bari, 4 maggio 2012, n. 922; T.A.R. Puglia, Lecce, 16 luglio 2012, n. 1283; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 7 novembre 2014, n. 641.

spetto a quanti hanno invece escluso siffatta opzione interpretativa, ravvisando nella norma una previsione di natura eccezionale, costituente un *ius singulare* insuscettibile di applicazione analogica. Si è stabilito così che il risarcimento per l'illecita occupazione deve essere calcolato, in difetto di ulteriori elementi probatori, con riferimento agli interessi legali (che all'entrata in vigore dell'art. 42-*bis* era quantificato nell'1,5 % annuo) calcolati sul valore dell'area occupata all'epoca in cui ha avuto inizio l'occupazione illegittima. La somma così determinata dovrà, poi, essere rivalutata anno per anno e sugli importi così rivalutati dovranno essere corrisposti gli interessi legali, in base ai principi generali sulla liquidazione dell'obbligazione risarcitoria.⁴⁰

Dal medesimo fatto illecito (occupazione illegittima) scaturiscono così due diverse modalità di calcolo del risarcimento del danno che, in buona sostanza, dipendono esclusivamente da una scelta rimessa alla valutazione discrezionale dell'amministrazione: emettere o meno il provvedimento acquisitivo...

Evidente appare come il risarcimento per l'occupazione illegittima lasci trapelare ancora quella *défaillance structurelle* della disciplina evidenziata dalla Corte EDU e che avrebbe potuto essere superata, come già palesato dalla dottrina⁴¹, rendendo il procedimento acquisitivo 'sanante' maggiormente oneroso rispetto al procedimento ordinario e non viceversa, sì da costituire un deterrente, a poco valendo il pur stringente onere motivazionale che lo deve accompagnare. In fondo l'espropriante già si avvantaggia di un'opera realizzata *sine titulo* a seguito di una occupazione illegittimamente protrattasi per anni.

⁴⁰ T.A.R. Basilicata, 10 luglio 2015, n. 412; secondo T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 27 luglio 2015, n. 802, tale criterio, fondato sulla corresponsione degli interessi compensativi, pur essendo strumento sicuramente peculiare è tuttavia «esportabile al di là della *sedes materiae* ed utilizzabile in fattispecie similari nelle quali si tratti, in buona sostanza, di compensare il proprietario della mancata disponibilità della cosa utilizzata da altri». Cfr. T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, 7 febbraio 2013, n. 179, in *Foro amm. – TAR*, 2013, p.463. Si veda, inoltre Cons. St., sez. IV, 30 settembre 2013 n. 4871 con riferimento ai danni conseguenti alla irreversibile trasformazione del fondo agricolo.

⁴¹ ARTANA - BARILÀ, *La nuova disciplina dell'acquisizione sanante, secondo la corte costituzionale*, cit.

Défaillance structurelle che si ravvisa anche nella perdurante mancata previsione di un termine per l'esercizio del potere acquisitivo, invece auspicata dalla migliore dottrina all'indomani della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 43⁴², con grave nocumento, sempre, per la ricerca di stabilità e prevedibilità dell'azione amministrativa da parte dei cittadini. Per vero, nella concreta applicazione dell'art. 42-*bis*, la giurisprudenza ha elaborato soluzioni che consentano al privato di far sì che la p.a. possa pervenire in tempi ragionevoli ad una decisione sull'acquisizione sanante, prospettando, al contempo, articolati strumenti di tutela giurisdizionale. E' forse grazie all'apporto giurisprudenziale che la Consulta supera la censura rimettendo all'interprete la scelta opzionale più «idonea ad evitare il pregiudizio consistente nell'asserita esposizione in perpetuo al potere di acquisizione». Difatti il privato, dopo aver esperito il procedimento di messa in mora, potrà poi impugnare l'eventuale silenzio-rifiuto dell'amministrazione, precisandosi che l'obbligo coercibile di provvedere (*ex art. 2 l. n. 241/90*) non va individuato nell'obbligo della P.A. di adottare il provvedimento *ex art. 42- bis*⁴³, ma in quello di dare una risposta al privato interessato, non potendo il giudice, stante l'ampio margine di discrezionalità che caratterizza l'emanazione del provvedimento *ex art. 42-bis*, ordinare alla p.a. l'emanazione del medesimo. In tale evenienza, il giudice assegna all'amministrazione un termine entro cui scegliere tra l'adozione del provvedimento di cui all'art. 42-*bis* e la restituzione dell'immobile (fermo restando il potere di nomina del *commissario ad acta*)⁴⁴.

⁴² PATRONI GRIFFI, *Prime impressioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 293 del 2010*, cit.

⁴³ Difatti il giudizio sul silenzio inadempimento contempla la possibilità (art. 31, co. 3, c.p.a.) che il giudice pronunci sulla fondatezza della pretesa solo ove si tratti di attività vincolata, ovvero qualora non residuino ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non siano richiesti adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dalla p.a.

⁴⁴ T.A.R. Lazio, Latina, n. 410 e 824 del 2014; T.A.R. Sicilia, Catania, n. 2148 del 2013; T.A.R. Sicilia, sez. III, 7 novembre 2014, n. 2729; Cons. St., sez. IV, 15 settembre 2014, n. 4696; Id., 27 aprile 2015, n. 2126. Merita segnalare il diverso orientamento seguito da T.A.R. Sicilia, Catania, 19 agosto 2011, n. 2102 e T.A.R. Campania, Napoli, 24 luglio 2013, n. 3879, (annotata da C. BENETAZZO, *Occupazione*).

Per altro verso, il privato potrà oggi trovare soddisfazione ‘certa’ della propria situazione giuridica a fronte di una sentenza di condanna alla restituzione del bene illegittimamente espropriato passata in giudicato, poiché, la Corte, nell’evidenziare gli elementi di discontinuità dell’art. 42-*bis* rispetto al vecchio art. 43, evidenzia altresì il carattere non retroattivo dell’acquisizione, circostanza questa che impedisce l’utilizzo dell’istituto in presenza di un giudicato che abbia già disposto la restituzione del bene al privato⁴⁵.

*zione “espropriativa”, acquisizione “amministrativa” ed usucapione come rimedio “alternativo” all’applicazione dell’art. 42-bis del d.p.r. n. 327/2001: ambito e limiti dei poteri cognitori del giudice amministrativo, in www.federalismi.it,) ove i giudici, a fronte della sola domanda risarcitoria del privato, in applicazione dell’art. 34, co. 1, lett. c), c.p.a., hanno ordinato alla p.a. l’acquisizione del bene ex art. 42-*bis* con una sentenza di adempimento, ritenendo implicita la volontà dell’Amministrazione di acquisire l’area, nell’avvio della procedura espropriativa, nell’occupazione dei beni e nella trasformazione degli stessi per fini di pubblica utilità. In particolare, gli effetti dell’accoglimento della domanda risarcitoria sono stati differiti all’emanazione del formale provvedimento di acquisizione, condannando altresì l’Amministrazione al risarcimento «di tutti i danni connessi al suddetto esproprio», non solo al pagamento dell’indennizzo per il mero ritardo, avvertendosi che, in caso di mancato adempimento, tutte le questioni che sarebbero insorte avrebbero potuto formare oggetto di incidente di esecuzione.*

⁴⁵ Viene così superato quell’orientamento giurisprudenziale che consente l’esercizio del potere acquisitivo *post decisum* sul presupposto che trattasi dell’esercizio di un potere nuovo e diverso da quello di espropriazione ordinario e che si fonda proprio sull’esistenza di un pregressa sentenza di condanna alla restituzione del bene illegittimamente appreso dall’amministrazione, la cui piena esecutività resta peraltro ferma sino alla adozione del provvedimento di acquisizione sanante cfr. Cons. St., sez. IV, 14 aprile 2014, n. 1823. La giurisprudenza sul punto è discordante. Secondo T.A.R. Sicilia, Catania, 8 giugno 2012, n. 1462, l’art. 42-*bis* «non regola più, ..., i rapporti tra azione risarcitoria, potere di condanna del giudice e successiva attività dell’Amministrazione, sicché ove il giudice, in applicazione dei principi generali, condanni l’Amministrazione alla restituzione del bene, il vincolo del giudicato elide irrimediabilmente il potere sanante dell’Amministrazione (salva ovviamente l’autonoma volontà transattiva delle parti); di contro afferma T.A.R. Molise Campobasso, 6 maggio 2014, n. 293 che «ritenendo .. che il giudicato di restituzione valga ad inibire all’Amministrazione anche l’esercizio *ex novo* dei suoi poteri ablatori, significherebbe conferire al bene una sorta di immunità dal potere amministrativo che non può essere riconosciuta».

Maggiormente problematico si presenta a tutt'oggi, invece, il più avanzato profilo di tutela che il privato potrebbe ottenere ammettendosi che il giudice dell'ottemperanza possa disporre l'acquisizione sanante nell'ipotesi in cui l'amministrazione non restituisca il bene immobile, né provveda all'emanazione del provvedimento di acquisizione⁴⁶. Sulla controversa questione dell'ampiezza dei poteri del giudice dell'ottemperanza in materia, è ormai imminente la pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁴⁷, che ha rinviato la propria decisione in attesa della sentenza della Corte costituzionale sull'art. 42-*bis*⁴⁸.

3.1. *La natura indennitaria del ristoro nel 'procedimento espropriativo semplificato'*. – Secondo la prospettazione della Consulta l'istituto delineato dall'art. 42-*bis* configura «una procedura espropriativa ...semplificata nelle forme» ma «complessa negli esiti» di talché con il provvedimento che ne è espressione, l'amministrazione «riprende a muoversi nell'alveo della legalità amministrativa, esercitando una funzione amministrativa ritenuta meritevole di tutela privilegiata, in funzione degli scopi di pubblica utilità perseguiti, sebbene emersi successivamente alla consumazione di un illecito ai danni del privato cittadino»⁴⁹.

L'acquisizione non può più essere considerata 'sanante', ovvero espressione di un potere meramente rimediale di un illecito che, per questo motivo, necessiterebbe del ristoro integrale a titolo risarcitorio:

⁴⁶ Il che non può avvenire quando l'amministrazione, all'esito di una rinnovata ed autonoma valutazione degli interessi in conflitto, decida di acquisire al suo patrimonio indisponibile il bene in forza dei poteri espressamente riconosciutigli dall'ordinamento, e della sua legittimità conosce il giudice della cognizione e non quello dell'ottemperanza. (Sulla incoercibilità del potere di acquisizione sanante in giudizio, neanche in sede di ottemperanza Cons. St., sez. IV, 19 marzo 2014, n. 1344; Id., 6 agosto 2014, n. 4203; Cons. St., sez. IV, 12 febbraio 2015, n. 751).

⁴⁷ Cons. St., sez. IV, ord. 3 luglio 2014, n. 3347.

⁴⁸ Cons. St., Ad. Plen., ord. 15 ottobre 2014, n. 28.

⁴⁹ L'intervento ermeneutico del giudice amministrativo aveva da tempo qualificato l'acquisizione sanante in termini di procedimento espropriativo semplificato. Cons, St., sez. IV, 3 settembre 2014, n. 4479.

trattandosi di una espropriazione semplificata rientra a pieno titolo nella fattispecie indennitaria⁵⁰.

E' ben vero che siffatto speciale potere ablatorio può essere ritenuto legittimo unicamente nella prospettiva ermeneutica delineata dalla Corte, nel senso che per risultare conforme a Costituzione l'adozione dell'atto acquisitivo può essere consentita esclusivamente allorché costituisca l'*extrema ratio* per la soddisfazione di «attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico»⁵¹.

Questo interesse 'eccezionale', tuttavia, pare costituire piuttosto una componente della 'causa prossima' del potere acquisitivo (che giustifica nel caso concreto l'esercizio del medesimo), la quale sembra presentarsi a fattispecie composita e progressiva principiando ed anzi trovando la propria ragion d'essere nella «consumazione di un illecito ai danni del privato cittadino», appunto l'occupazione illegittima. La stessa Suprema Corte⁵², nelle ordinanze di rimessione, con ben diverso tono, aveva prospettato il convincimento che il semplice atto di acquisizione emesso dalla p.a. *ex art. 42-bis*, definisca un nuovo modo di acquisto della proprietà privata, che prescinde ormai dal collegamento con la realizzazione di opere pubbliche, e perfino con una pregressa procedura ablativa: essendo l'istituto rivolto a definire in linea generale (non più un procedimento espropriativo *in itinere*, bensì) «quale sorte vada riservata ad una *res* utilizzata e modificata dalla amministrazione, restata senza titolo nelle mani di quest'ultima (Cons. St. Ad. Plen. 2/2005)».

⁵⁰ Tra le prime applicazioni della pronuncia della Corte costituzionale, cfr. T.A.R. Toscana, Sez. I, 11 giugno 2015, n. 890 e T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 29 giugno 2015, n. 203, ove si evidenzia che l'opzione ermeneutica seguita dalla Consulta mette in crisi in modo insuperabile l'architettura giuridica dell'istituto che qualificava l'indennizzo previsto dall'art. 42-*bis* come sostanziale risarcimento da atto illecito. Configurandosi, invece l'acquisizione sanante come una espropriazione semplificata, le controversie per il relativo indennizzo dovuto sono di competenza della Corte di Appello competente per territorio.

⁵¹ «...solo quando siano stati escluse, all'esito di una effettiva comparazione con i contrapposti interessi privati, altre opzioni, compresa la cessione volontaria mediante atto di compravendita, e non sia ragionevolmente possibile la restituzione, totale o parziale, del bene, previa riduzione in pristino, al privato illecitamente inciso nel suo diritto di proprietà». (Corte cost., 30 aprile 2015, n. 71).

⁵² Cass., S.U., ord., 13 gennaio 2014, nn. 441 e 442.

Per vero, la disciplina dell'art. 42-*bis* non sembra superare nemmeno le critiche mosse dalla Corte EDU alla c.d. espropriazione indiretta non solo sotto il profilo nella mancanza di termini certi, come si è visto, ma anche poiché non può considerarsi condotto in modo giusto e corretto⁵³, come invece richiesto dalla Corte di Strasburgo, un procedimento espropriativo svolto *ex post* ovvero che trovi la propria causa in un precedente comportamento illegittimo dell'Amministrazione.

Né parrebbe sufficiente qualificarlo una espropriazione semplificata nel tentativo di salvarlo, poiché comunque, nonostante le stringenti prescrizioni dell'art. 42-*bis* (e della Corte...) scaturisce da un comportamento illecito e non da atto legittimo, e quindi, consentendo all'Amministrazione di utilizzare a proprio vantaggio una situazione di fatto derivante da azioni illegali, non sembra possa comunque costituire un'alternativa ad una espropriazione adottata seconda «buona e debita forma»⁵⁴.

Nella prospettiva ermeneutica della Corte, peraltro, è evidente che trattandosi di procedimento espropriativo semplificato non mette conto nemmeno affrontare *ex professo* la questione della natura giuri-

⁵³ F. SBARRA, *Il nuovo art. 42-bis TU Espropriazioni: la discussa compatibilità dell'acquisizione sanante riveduta e corretta con le coordinate della Corte di Strasburgo*, in www.duitbase.it.

⁵⁴ Corte EDU, sez. III, 12 gennaio 2006, *Sciarrotta c. Italia*. In tema di 'giusto' procedimento espropriativo F. SAITTA, *Verso un "giusto" procedimento espropriativo*, in *Dir. amm.*, 2013, pp. 627 ss., e, con riferimento al diritto ad una buona amministrazione sancito dall'art. 41 della Carta europea dei diritti di Nizza, D. U. GALETTA, *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Dir. amm.*, 2010, pp. 601 ss. Parte della dottrina ritiene che il « diritto ad una buona amministrazione » possa trovare espressione con altre formule quali i principi del giusto procedimento e di partecipazione: L. PEGORARO, *Esiste un "diritto" a una buona amministrazione? (Osservazioni critiche preliminari sull'(ab)uso della parola "diritto")* - Relazione alle « Jornadas internacionales sobre el derecho a la buena administración y la ética pública » — Malaga, 21-22 gennaio 2010), in *Ist. fed.*, 2010, p. 561. Con specifico riguardo alle garanzie partecipative, altresì D. SORACE, *La buona amministrazione e la qualità della vita, nel 60° anniversario della Costituzione* (Relazione al Convegno su: « La Costituzione ha 60 anni: la qualità della vita sessant'anni dopo » — Ascoli Piceno, 14 marzo 2008), in www.costituzionalismo.it.

dica dell'indennità dovuta a fronte dell'atto acquisitivo. La Corte si limita a prendere atto della previsione normativa di un indennizzo che, essendo determinato in misura corrispondente al valore venale del bene e con riferimento al momento del trasferimento della proprietà di esso, fa ritenere la disposizione immune da censure di incostituzionalità, non necessitando le relative somme di rivalutazione⁵⁵. Viene così

⁵⁵ E' noto come secondo la magistratura, in sede di applicazione dell'art. 42-bis, il comportamento della pubblica amministrazione, la quale abbia occupato e trasformato un bene immobile per scopi di interesse pubblico in mancanza di un valido procedimento di esproprio, non può mai determinare un effetto traslativo della proprietà, necessitando a tal fine un formale atto traslativo (negoziale o ablatorio). Trattasi, infatti, di «un'occupazione senza titolo, ossia come un illecito di carattere permanente. Ne consegue che il privato rimane in ogni caso proprietario del bene, non potendosi attribuire, neppure alla eventuale domanda risarcitoria per equivalente, efficacia abdicativa della proprietà, sicché non può essere risarcito il danno da perdita della stessa» (*infra multis*, cfr. Cons. St., sez. IV, 2 settembre 2011, n. 4970; ID., 29 agosto 2011, n. 4833; T.A.R. Liguria, 5 novembre 2012, n. 1373). Un più preciso *distinguo* tra effetto abdicativo (nel senso di rinuncia alla *restitutio in integrum* conseguente alla azione risarcitoria) e traslativo (che necessita di un atto successivo di trasferimento della proprietà) proviene da Cass., S.U., 19 gennaio 2015 n. 735: «in alternativa alla restituzione, al proprietario è sempre concessa l'opzione per una tutela risarcitoria, con una implicita rinuncia al diritto dominicale sul fondo irreversibilmente trasformato (cfr. *e plurimis*, in tema di occupazione c.d. usurpativa, Cass., 28 marzo 2001, n. 4451 e Cass., 12 dicembre 2001, n. 15710); tale rinuncia ha carattere abdicativo e non traslativo: da essa, perciò, non consegue, quale effetto automatico, l'acquisto della proprietà del fondo da parte dell'Amministrazione (Cass., 3 maggio 2005, n. 9173; Cass., 18 febbraio 2000 n. 1814)». Cfr. E. BARILÀ, *La nuova disciplina dell'espropriazione sostanziale, secondo le Sezioni Unite*, in *Urb app.*, 2015, p. 413. La definizione della richiesta risarcitoria implica, comunque, un passaggio intermedio consistente nell'assegnazione di un termine all'Amministrazione perché definisca la sorte della titolarità dei beni illecitamente appresi (potendo optare per l'acquisizione dei beni avvalendosi dell'art. 42-bis), cui potrà seguire, ma in posizione inevitabilmente subordinata, la condanna risarcitoria secondo il criterio generale ed esaustivo previsto dall'art. 2043 c.c. (T.A.R. Veneto, 24 giugno 2014, n. 913).

Peculiare, in questo contesto, la pronuncia del T.A.R. Lazio, Roma, 18 gennaio 2012, n. 554, che, nel caso di specie, afferma la automatica operatività (una sorta di sopravvivenza ...) della occupazione appropriativa, non potendosi applicare l'art. 42-bis, che prevede l'acquisizione del bene al patrimonio indisponibile dell'autorità che utilizzi il bene immobile per scopi di interesse pubblico, ove il bene sia irreversibilmente trasformato in sede autostradale e necessariamente già acquisi-

confermata la mutata natura giuridica del ristoro – rispetto al ‘vecchio regime’ dell’art. 43 – peraltro qualificato espressamente come indennizzo dallo stesso art. 42-*bis*.

Per vero, come accennato, depone in senso contrario la stessa articolazione delle voci di danno che lo compongono. Difatti, come rilevato dagli stessi Giudici di Palazzo Spada in un significativo arresto, l’analitica previsione legislativa dei criteri per la liquidazione del danno non può «*valere a tramutare l’obbligazione risarcitoria in obbligazione indennitaria (ossia in obbligazione da atto lecito), valendo piuttosto ad evidenziare il carattere pregnante dell’illecito pregresso, tanto da reclamare non solo un integrale ristoro patrimoniale (costituito dalla corresponsione di una somma pari al valore venale, e tale anche da elidere i danni da sottrazione del possesso in forza dell’illecita occupazione) ma anche il ristoro del pregiudizio non patrimoniale. Quest’ultimo sarebbe un non senso ove fosse collegato ad un atto lecito, non foss’altro perché se è giusto e comprensibile che le diminuzioni patrimoniali (non i danni) derivanti da atti leciti non rimangano in tutto o in parte in capo al singolo al quale il sacrificio è richiesto, non si vede come si possa ipotizzare in capo al singolo diminuzioni di carattere non patrimoniale che non siano anche qualificabili come voci di “danno”. In realtà il pregiudizio non patrimoniale è sempre tralasciato dall’ordinamento come un “danno”, ricomprendendo il danno morale, risarcibile in caso di reato o in altri casi previsti dalla legge – qual è sicuramente quello previsto dall’art. 42 bis – o il danno alla persona, o alla vita di relazione, o ancora, in generale, agli interessi non patrimonialmente valutabili, oggetto di protezione costituzionale, in forza di una ratio legis che ha come fondamento il particolare disvalore della condotta o la particolare pregnanza del bene attinto dal fatto illecito».*

to al demanio stradale statale ai sensi dell’art. 822, co. 2, c.c., al momento della destinazione alla viabilità pubblica. La natura dei beni demaniali è legata alla concreta ed effettiva destinazione alla utilizzazione pubblica, rispetto alla quale ogni atto formale assume solo carattere dichiarativo. In presenza di dette circostanze opera l’istituto della occupazione acquisitiva, con conseguente accoglimento della domanda di risarcimento danni.

E' evidente la rilevanza della questione ove si considerino le implicazioni che ne conseguono sia in punto di giurisdizione che sotto il profilo sostanziale. Rientrano, infatti, nella giurisdizione del g.o., ex art. 133, co. 1, lett. g), c. p. a.⁵⁶, tutte le controversie concernenti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa, mentre sono devolute alla giurisdizione esclusiva del g.a., le controversie risarcitorie in materia di espropriazione per pubblica utilità in quanto riconducibili, anche mediamente, all'esercizio di un pubblico potere, ai sensi della predetta norma⁵⁷.

La stessa giurisprudenza amministrativa si è mostrata contrastante in materia. Un primo indirizzo afferma la giurisdizione ordinaria sul presupposto che l'emanazione del provvedimento di acquisizione ex art. 42-bis comporta il mutamento della *causa petendi* della pretesa del proprietario non più riferibile ad un fatto illecito dell'occupante, ma alla corresponsione di un indennizzo a fronte di un provvedimento che, adeguando la situazione di fatto a quella di diritto, ha attribuito il diritto di proprietà all'occupante⁵⁸. Si giunge anzi ad affermare che la tendenziale trasmigrazione di tutti i danni patiti

⁵⁶ «Art. 133. Materie di giurisdizione esclusiva. 1. Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge:....g) le controversie aventi ad oggetto gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti, riconducibili, anche mediamente, all'esercizio di un pubblico potere, delle pubbliche amministrazioni in materia di espropriazione per pubblica utilità, ferma restando la giurisdizione del giudice ordinario per quelle riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa».

⁵⁷ Merita ricordare peraltro il recentissimo *revirement* delle Sezioni Unite sulla giurisdizione in materia di occupazioni illegittime con cui Cass., S.U., ord. 27 maggio 2015 n. 10879, afferma la sussistenza della giurisdizione esclusiva del G.A. anche per le domande di risarcimento dei danni per occupazioni illegittime della P.A. divenute tali a seguito della sopravvenuta inefficacia della dichiarazione di p.u., come già ritenuto nelle ipotesi di dichiarazione di p.u. emessa e successivamente annullata in sede amministrativa o giurisdizionale.

⁵⁸ Cons. St., sez. VI, 15 marzo 2012, n. 1438; Cons. St., sez. IV, 25 giugno 2013, n. 3455; ID., 29 agosto 2013, n. 4318; T.A.R. Lombardia, Milano, 28 agosto 2014, n. 2254; T.A.R. Campania, Napoli, ord. 4 novembre 2014, n. 5651; Cons. St., sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4285. Ma anche la più recente Cons. Stato, sez. VI, 18 maggio 2015, n. 2510.

dall'originario titolare delle aree acquisite all'interno dell'indennizzo dovuto a fronte dell'atto acquisitivo, contemplata dall'art. 42-*bis*, determinerebbe anche un mutamento del titolo della pretesa risarcitoria per occupazione *sine titulo* che si trasformerebbe *ex lege* in obbligo indennitario, con conseguente estinzione dell'originario diritto al risarcimento vantato dal privato e giurisdizione del giudice ordinario⁵⁹.

Un diverso orientamento, invece afferma la giurisdizione amministrativa⁶⁰ qualificando la pretesa del privato come risarcimento del danno cagionato da fatto illecito della p.a., conseguente ad un cattivo uso del potere espropriativo, al quale sopravvive l'esigenza dell'Amministrazione di continuare a trattenere il bene in considerazione della perdurante utilizzazione dello stesso nell'interesse pubblico. Nondimeno in un recentissimo arresto i Giudici di Palazzo Spada, con esplicita inversione di rotta, ripercorrendo le argomentazioni del Giudice delle leggi e nel dichiarato intento di evitare una lettura contrastante dell'art. 42 *bis* con le conclusioni rassegnate dalla Consulta, hanno affermato che il ristoro previsto dalla norma «configura un indennizzo da atto lecito, sicché le controversie inerenti alla sua quantificazione devono essere devolute alla giurisdizione ordinaria»⁶¹.

La questione è, dunque, particolarmente delicata stante il silenzio della legge in materia ed anche se entrambe le opzioni prospettate perseguono la medesima finalità semplificatoria, concentrando tutte le pretese patrimoniali connesse al bene avanti al medesimo giudice, occorre comunque l'autorevolezza di un giudice superiore, se non ancora una volta del legislatore, nello stabilire se l'indennizzo di cui si discute abbia carattere unitario e comprensivo anche del profilo risarcitorio per occupazione illegittima (*ergo* giudice ordinario) ovvero se le due voci debbano considerarsi autonome in quanto originate da due ben

⁵⁹ Cfr. Cons. St., sez. VI, 15 marzo 2012, n. 1438; T.A.R. Molise, 7 aprile 2015, n. 163.

⁶⁰ Afferma espressamente che in materia di acquisizione sanante, l'indennizzo di cui all'art. 42-*bis* T.U. 8 giugno 2001 n. 327 ha natura di risarcimento del danno cagionato da fatto illecito della p.a., da cui consegue che, in materia, la giurisdizione esclusiva spetta al giudice amministrativo, Cons. St., sez. IV, 3 marzo 2014, n. 993, cit.; ID., 12 maggio 2014, n. 2416; ID., 6 agosto 2014, n. 4203; ID., 3 settembre 2014, n. 4490; ID., 20 gennaio 2015, n. 128.

⁶¹ Cons. St., sez. IV, 19 ottobre 2015, n. 4777.

diverse *causae*: provvedimento acquisitivo ed atto illecito (*ergo* doppia giurisdizione).

Per vero ancor più urgente appariva l'auspicato intervento ove si consideri che neanche il *dictum* della Corte, che afferma la natura indennitaria del ristoro dovuto per l'acquisizione sembrava aver risolto il problema del consolidarsi della giurisdizione ordinaria per le controversie in materia. Con recentissima ordinanza, difatti, ancora una volta la problematica è stata rimessa alle Sezioni Unite alle quali la Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione⁶² ha rimesso, *in primis*, la questione concernente la giurisdizione del giudice ordinario o amministrativo in materia di azione del privato volta a contestare l'indennizzo determinato dalla p.a. nei casi previsti dall'art. 42-*bis* del d.P.R. n. 327 del 2001. Significative le argomentazioni dell'ordinanza che, nonostante la sentenza n. 71/2015 della Corte Costituzionale, sembra fondare il proprio dubbio applicativo su una interpretazione dell'art. 42-*bis* favorevole alla tesi 'risarcitoria', sottolineando l'irrilevanza, ai fini della esclusione della natura risarcitoria dell'indennizzo, di quelle argomentazioni che la stessa Corte Costituzionale aveva invece utilizzato *a contrariis*, ovvero, del dato letterale dell'art. 42-*bis* e dell'irretroattività dell'atto di acquisto che non «varrebbe ad eliminare l'illiceità della precedente, illegittima, occupazione dalla quale deriva...il diritto al risarcimento del danno», previsto, peraltro, dallo stesso articolo⁶³.

⁶² Ord. 28 luglio 2015, n. 15816. Dinanzi alla Corte di Cassazione la questione, peraltro, risulta già pendente con regolamento di giurisdizione, sospeso con la nota ordinanza n. 442 del 2014 (q.l.c. dell'art. 42-*bis*). Ove le Sezioni Unite ritenessero di mantenere fermo l'orientamento espresso con detta ordinanza, affermando la giurisdizione ordinaria per le controversie sulla determinazione dell'indennizzo da acquisizione sanante, andrebbe allora affrontata l'ulteriore questione prospettata dalla Sezione relativa alla competenza. Si domanda, difatti, se il proprietario, che ritenga sottostimato dalla P.A. il valore del bene acquisito, abbia a disposizione un'ordinaria azione di accertamento e di condanna al pagamento di una somma maggiore, di competenza del Tribunale, oppure debba agire in via di opposizione alla stima avanti alla Corte d'appello in unico grado.

⁶³ La Prima sezione dà atto, naturalmente, del contrasto giurisprudenziale, ma riporta il significativo passo di Cons. St., sez. IV, 3 marzo 2014, n. 993 sopra ricordato.

Di contrario avviso il sopravvenuto arresto delle Sezioni Unite – pronunciato in relazione ad altra precedente ordinanza di rimessione – le quali, sottolineando la mancanza di precedenti specifici delle Sezioni medesime, evidenzia altresì lo scarso supporto in materia della giurisprudenza amministrativa, sia per le incertezze ed i contrasti manifestati, sia per le argomentazioni utilizzate che ritiene superabili dalle considerazioni, che dichiara di condividere, svolte dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 71/2015.

Trattasi, in estrema sintesi, di un procedimento espropriativo semplificato, ancorchè dichiaratamente innestato su un precedente procedimento espropriativo irrimediabilmente viziato o, comunque, fondato su titolo astrattamente annullabile (!). Ne consegue che, ove detto autonomo, speciale ed eccezionale procedimento espropriativo sia stato legittimamente concluso, «l'indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale» previsto dal legislatore ha natura non già risarcitoria ma indennitaria, con l'ulteriore corollario che le controversie aventi ad oggetto la domanda di «determinazione [o di] corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa» sono attribuite alla giurisdizione del Giudice ordinario»⁶⁴.

Non si comprende bene, peraltro, se trattasi, come accennato, di giurisdizione comprensiva anche del profilo risarcitorio per occupazione illegittima o se, proprio seguendo il filo logico del ragionamento del Supremo Consesso, tale fattispecie resti attribuita al giudice amministrativo, in quanto scaturente non già dal provvedimento acquisitivo quanto piuttosto dalla occupazione *sine titulo* operata dalla p.a. Senza dimenticare, tra l'altro, che, secondo consolidata giurisprudenza

⁶⁴ Cass., Sez. Un., ord. 29 ottobre 2015, n. 22096, con decisione che ha trovato immediata applicazione da parte del Consiglio di Stato (sez. IV, 4 dicembre 2015, n. 5530) il quale ha ribadito che esula dalla giurisdizione del G.A. una controversia in materia di acquisizione sanante, ove venga contestato solo l'ammontare dell'indennizzo dovuto. Le Sezioni Unite, però, hanno lasciato senza risposta la richiesta del ricorrente volta a dirimere anche i dubbi in ordine alla competenza del tribunale o della corte d'appello in unico grado «eventualmente in un semplice *obiter dictum*» (!) poiché, tra l'altro, detta questione «è stata rimessa all'esame di queste Sezioni Unite con ordinanza interlocutoria della VI Sezione n. 15816/15 del 28 luglio 2015», a noi già nota...

za, una connessione tra domanda di corresponsione dell'indennità per il periodo di occupazione legittima e domanda di risarcimento del danno per l'occupazione illegittima non potrebbe giustificare l'attribuzione di entrambe le domande allo stesso giudice, per «*il principio generale dell'inderogabilità della giurisdizione per motivi di connessione*»⁶⁵.

4. *Considerazioni conclusive.* – Il perdurare dell'incertezza in cui ancora versiamo nella materia *de qua* è chiaro indice di come le soluzioni normative perseverino nel favorire una 'legalizzazione dell'illegale', fino a giungere alla utopistica trasmutazione della occupazione acquisitiva in 'procedimento espropriativo semplificato'⁶⁶. Opzione, questa, che non convince neanche la magistratura, pur all'indomani della pronuncia della Corte Costituzionale, sul rilievo che il provvedimento di acquisizione coattiva viene comunque emanato senza un pregresso procedimento con le garanzie partecipative contemplate nel T.U. sull'espropriazione⁶⁷.

Trattasi di soluzioni, comunque le si voglia chiamare (acquisizione coattiva, sanante, espropriazione semplificata), che appaiono non solo destabilizzanti per il privato ma anche per il sistema ordinamentale, non favorendo propriamente un dialogo fra le Corti interne e con la prospettiva di un ulteriore intervento della Corte EDU.

La riforma della disciplina *de qua*, periodicamente auspicata, con una ciclicità che purtroppo corrisponde ad ogni modifica della materia, dovrebbe essere finalmente radicale, sì da contemplare la rie-

⁶⁵ Cass., Sez. Un., 9 febbraio 2010, n. 2788; ID., 15 maggio 2003, n. 7621; Cons. St., sez. IV, 4 febbraio 2011, n. 804 e, da ultimo, T.A.R. Calabria, Catanzaro, ord. 26 novembre 2015, n. 1823, che rimette alle Sez. Un. la questione di giurisdizione per indennità – questa volta – da occupazione legittima, ribadendo la propria competenza per la sola azione risarcitoria.

⁶⁶ Peraltro SAITTA, *Verso un "giusto" procedimento espropriativo*, cit., sottolinea come anche il «giusto» procedimento espropriativo rischi di aggiungersi ai già numerosi esempi di «utopie imperfette» del giurista e, quindi, «giusto» non sia, richiamando A. ROMANO TASSONE, *Su diritto ed utopia: le "utopie imperfette" del giurista*, in *Scritti in memoria di R. Marrama*, Napoli, 2012, I, pp. 887 ss.

⁶⁷ Cass., sez. I, ord. 28 luglio 2015, n. 15816, cit.

Serenella Pieroni

dizione del potere espropriativo entro termini certi, con un procedimento inevitabilmente 'speciale' che tenga conto della impossibilità della restituzione del bene (per preminenti ragioni di interesse pubblico) irreversibilmente trasformato dalla realizzazione dell'opera, ma che consenta comunque al privato di interloquire con l'amministrazione espropriante (ad es. opponendosi alla stima, concordando l'indennità, pervenendo alla cessione volontaria...), garantendogli altresì una tutela giurisdizionale rispondente al fondamentale principio di certezza del diritto.

Diritti dei soggetti «deboli»

MARIANGELA MONTAGNA *

L'ESECUZIONE DELLA PENA
TRA SOLLECITAZIONI SOVRANAZIONALI
E POLITICA LEGISLATIVA INTERNA

SOMMARIO: 1. L'art. 3 CEDU: significato e contenuti applicativi. – 2. Il sovraffollamento carcerario come causa di violazione dell'art. 3 CEDU e la valutazione complessiva delle condizioni detentive. – 3. La condanna dell'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU – 4. Dalla sentenza Torreggiani una chiara indicazione di tutela dei diritti dei detenuti. – 5. La cessazione della violazione del diritto garantito dall'art. 3 CEDU – 6. Le misure individuali per la riparazione. – 7. I rimedi «preventivi». – 8. I rimedi compensativi.

1. *L'art. 3 CEDU: significato e contenuti applicativi.* – Il divieto sancito nell'art. 3 CEDU costituisce uno dei valori fondamentali delle società democratiche come più volte ricordato dalla stessa Corte EDU¹ ed ha natura assoluta ed inderogabile. L'art. 15 CEDU che pure prende in considerazione l'eventualità di apporre deroghe alle obbligazioni previste nella Convenzione in caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione esclude da siffatta deroga l'art. 3 CEDU. Ed, invero, si è più volte espressa in tal senso la stessa Corte EDU sottolineando la natura assoluta e inderogabile della norma², con riferimento tanto a situazioni di pericolo pubblico e minaccia alla nazione³, quanto di contrasto a fenomeni di terrorismo o criminalità organizzata⁴.

Il carattere fondamentale di tale divieto ha influito sull'interpretazione che la stessa Corte ha compiuto di norme concernenti profili procedurali del ricorso rivolto al giudice di Strasburgo. A fronte di ricorsi individuali per violazione dell'art. 3 CEDU, la Corte

* Prof. associato di Procedura penale, Università di Perugia.

¹ Corte EDU, 26 ottobre 2000, *Kudla c. Polonia*, ric. n. 30210/96, § 90.

² Sul valore assoluto dell'art. 3 CEDU, non suscettibile di deroga, cfr. Corte EDU, 21 novembre 2001, *Al-Adsani c. Regno Unito*, ric. n. 35763/97, § 59.

³ Corte EDU, 27 agosto 1992, *Tomasi c. Francia*, ric. n. 12850/87, § 47.

⁴ Corte EDU, 11 luglio 2000, *Dikme c. Turchia*, ric. n. 20869/92, § 89.

ha seguito un'impostazione meno rigorosa circa il necessario previo esaurimento delle vie di ricorso interne – regola prescritta dall'art. 35 CEDU – ed ha optato per una interpretazione particolarmente favorevole al ricorrente sotto il profilo dell'effettività del rimedio nazionale⁵.

L'art. 3 CEDU fa riferimento a tre diverse situazioni: tortura, pene, trattamenti inumani o degradanti. Non fornisce, però, alcuna indicazione per distinguere le diverse situazioni. Dai lavori preparatori della norma emerge come questa estrema sinteticità sia riconducibile al preciso intento di evitare che un'elencazione delle varie situazioni integranti la tortura possa poi lasciare prive di copertura altre eventuali forme di patimento⁶. L'essenzialità della norma convenzionale ha consentito alla Corte EDU di sviluppare un'ampia discrezionalità interpretativa sul punto. Solitamente, in quest'ambito, i giudici di Strasburgo tendono ad analizzare i casi sottoposti alla loro valutazione ponendo attenzione alle peculiarità della vicenda. In questa prospettiva, divengono oggetto di analisi una serie di parametri, oggettivi e soggettivi, quali la durata nel tempo della violazione, le conseguenze fisiche e mentali prodotte sulla vittima, lo stato di salute della persona sottoposta a trattamenti inumani o degradanti, la sistematicità dei trattamenti⁷ o la particolare vulnerabilità della vittima⁸. In questa opera interpretativa circa il contenuto da dare alla violazione del divieto di cui all'art. 3 CEDU, la Corte di Strasburgo ha, peraltro, elaborato il criterio della c.d. «soglia minima di gravità» che necessariamente deve sussistere per potersi dire violato il diritto sancito nella norma. Criterio che non può essere determinato in termini assoluti, ma tenendo appunto conto delle circostanze specifiche, oggettive o soggettive, che contraddistinguono il caso di specie.

⁵ Sul punto, v. P. PUSTORINO, *Commento all'art. 3 C.e.d.u.*, in S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 66.

⁶ *Council of Europe, Preparatory Work of Article 3 of the European Convention on Human Rights, Memorandum Prepared by the Secretariat of the Commission*, DH(56), pp. 5, 8.

⁷ Corte EDU, Grande Camera, 28 luglio 1999, *Selmouni c. Francia*, ric. n. 25803/94, § 103-104.

⁸ Corte EDU, 25 settembre 1997, *Aydin c. Turchia*, ric. n. 23178/94, § 83.

Posta questa premessa, si tratta, poi, di definire ulteriormente il contenuto della disposizione convenzionale e di tracciare una differenziazione tra i tre diversi stati di sofferenza che ricadono nell'ambito dell'art. 3 CEDU: tortura, pena o trattamento inumano o degradante. Una differenziazione che risiede nella diversa gravità di tali condotte e sulla quale la Corte EDU si è espressa rimarcando di volta in volta se la sofferenza inflitta nel caso specifico dovesse essere ricondotta in uno specifico trattamento vietato. Se ciò è vero, è altresì vero che, in molti casi, la Corte di Strasburgo si è espressa nel senso di individuare violazioni *tout court* del divieto contemplato dall'art. 3 CEDU, senza differenziare tortura, trattamenti inumani o degradanti.

Le situazioni sottoposte alla valutazione del giudice di Strasburgo per la violazione di tale divieto sono molteplici e diverse: nella maggior parte dei casi, si tratta di persone che hanno subito limitazioni nella libertà personale poiché arrestate, fermate o detenute in istituti penitenziari ovvero casi di espulsione o estradizione verso Paesi nei quali sussiste il rischio di essere sottoposti a tortura, trattamenti inumani o degradanti⁹.

Nel tentativo di delineare l'ambito di tutela derivante dall'art. 3 CEDU, la Corte europea ha fatto discendere da quella norma anche una serie di obblighi, negativi e positivi, a carico degli Stati membri. I primi, più immediatamente intuibili, sono quelli che impongono agli Stati (ma anche ai privati) di non porre in essere comportamenti tali da integrare il divieto sancito nella norma sovranazionale. I secondi derivano da un'interpretazione estensiva della stessa che ha portato ad un ampliamento della tutela specificamente rivolta verso persone in stato di vulnerabilità: donne, minori, appartenenti a minoranze e detenuti. Con riguardo a questi ultimi, l'obbligo positivo che discende dall'art. 3 CEDU concerne il trattamento penitenziario da riservare alle persone sottoposte a misure privative della libertà personale.

Cosicché, nell'ampio raggio di azione dell'art. 3 CEDU, lo *status* di soggetto ristretto nella propria libertà personale e detenuto in strutture carcerarie acquisisce una peculiare rilevanza: la norma convenzionale non soltanto assicura una tutela da eventuali comportamen-

⁹ Tra le tante v. Corte EDU, Grande Camera, 28 febbraio 2008, *Saadi c. Italia*, ric. n. 37201/06.

ti «attivi» delle autorità integranti condotte violente, ma richiede altresì che il trattamento penitenziario garantisca condizioni carcerarie atte a non pregiudicare la dignità umana e a non determinare stati di sofferenza fisica e psichica ulteriori rispetto a quelli già insiti nello *status* di soggetto detenuto. Lo stato di detenzione, secondo la Corte europea, «non fa perdere al detenuto il beneficio dei diritti sanciti dalla Convenzione». Al contrario, in alcuni casi, 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 Stato¹⁰. Le modalità di esecuzione della pena, perciò, non devono sottoporre l'interessato ad uno stato di sconforto eccedente l'inevitabile livello di sofferenza derivante dalla detenzione e devono contribuire ad assicurare, tenuto conto delle esigenze pratiche della reclusione, la salute e il benessere del detenuto¹¹.

In quest'ottica, le condizioni di detenzione acquisiscono rilevanza per la valutazione di un pregiudizio al diritto sancito dall'art. 3 CEDU: illuminazione, vitto¹², riscaldamento, acqua, servizi igienici¹³, adeguata assistenza medica¹⁴. Tra questi anche il sovraffollamento all'interno delle strutture carcerarie è divenuto elemento a fronte del quale considerare compiuta la violazione dell'art. 3 CEDU.

In termini generali, dunque, tale norma offre una tutela ampia e variegata che, per quanto concerne il carcere, fa sì che non possa darsi esecuzione a pene secondo modalità da cui discenda un trattamento inumano o degradante. Tre sono gli elementi riguardo ai quali

¹⁰ Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, cit., § 65.

¹¹ Corte EDU, Grande Camera, 26 ottobre 2000, *Kudla c. Polonia*, ric. n. 30210/96, § 94; Corte EDU, 22 ottobre 2009, *Norbert Sikorski c. Polonia*, ric. n. 17599/05, § 131; Corte EDU, 22 ottobre 2009, *Orchowski c. Polonia*, ric. n. 17885/04, cit.

¹² Corte EDU, 15 giugno 2006, *Moisejvies c. Lettonia*, ric. n. 64846/01, § 79.

¹³ Corte EDU, 28 ottobre 1998, *Assenov e altri c. Bulgaria*, ric. n. 24760/94; Corte EDU, 15 luglio 2002, *Kalashnikov c. Russia*, ric. n. 47095/99.

¹⁴ Corte EDU, Grande Camera, 26 ottobre 2000, *Kudla c. Polonia*, cit., § 94, cit.; e, di recente, per alcune condanne dell'Italia in riferimento all'art. 3 CEDU circa casi di cure mediche necessarie per detenuti in stati patologici di malattia, Corte EDU, 29 gennaio 2013, *Cirillo c. Italia*, ric. n. 36276/10; Corte EDU, 17 luglio 2012, *Scoppola c. Italia* (n. 4), ric. n. 65050/09.

l'irrogazione di una pena detentiva può causare compromissione del divieto sancito nell'art. 3 CEDU: le condizioni di detenzione, l'adozione di regimi carcerari «speciali» e differenziati rispetto agli ordinari circuiti di vigilanza, la durata della pena, come nel caso dell'ergastolo.

Negli ultimi anni si è potuta registrare una rinnovata attenzione verso questi temi. Molteplici sono, infatti, le condanne inflitte per l'art. 3 CEDU e abbastanza ampio l'ambito applicativo, sia per i Paesi coinvolti, sia per le situazioni di volta in volta ricondotte in questa sfera.

2. Il sovraffollamento carcerario come causa di violazione dell'art. 3 CEDU e la valutazione complessiva delle condizioni detentive. – Tra le condizioni detentive che ciascuno Stato membro deve assicurare ai propri detenuti al fine di non perpetrare un trattamento penitenziario inumano e degradante vi è l'attribuzione al singolo detenuto di uno spazio vitale adeguato.

Su questo tema la Corte EDU ha avuto modo di soffermarsi nel valutare entità e portata di una sovrappopolazione carceraria quale causa generante violazione dell'art. 3 CEDU, anche rifacendosi alle raccomandazioni evidenziate nei rapporti del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT)¹⁵.

Nelle osservazioni e raccomandazioni contenute negli annuali rapporti generali del Comitato europeo per la prevenzione della tortura, il CPT ha più volte rilevato come il sovraffollamento carcerario sia questione di diretta attinenza al suo mandato e si è espresso riguardo allo spazio da destinare a ciascun detenuto. Pur evidenziando la complessità del tema, il CPT 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

¹⁵ Dettagli sull'attività del Comitato e sui rapporti sono rinvenibili in www.cpt.coe.int.

pavimento e il soffitto¹⁶. Indicazioni che lo stesso CPT ritiene siano valori auspicabili più che parametri minimi ai quali attenersi e su questo punto si tornerà soprattutto nella sentenza *Sulejmanovic c. Italia* e, in particolare, nell'opinione dissenziente del giudice Zagrebelsky.

Nel caso *Sulejmanovic c. Italia*, il ricorrente, durante la detenzione aveva vissuto, per un periodo rimasto imprecisato, ma comunque superiore a due mesi e mezzo, in una cella di 16.20 metri quadrati, con annesso un piccolo locale sanitario di circa 5 metri quadrati, condividendo tali spazi con altre cinque persone ed avendo, dunque, a disposizione personale, in media, uno spazio corrispondente a 2.70 metri quadrati.

Chiamata a verificare se tale situazione fosse o meno conforme ai parametri sovranazionali, la Corte di Strasburgo ha evidenziato come il solo dato metrico non sia elemento sufficiente a fornire adeguata risposta al problema. Pur rimarcando come il CPT abbia fissato nella misura di 7 metri quadrati a persona la superficie minima auspicabile per una cella detentiva¹⁷, i giudici di Strasburgo hanno rilevato come non sia per loro possibile «quantificare, in modo preciso e definitivo, lo spazio personale che deve essere concesso ad ogni detenuto ai sensi della Convenzione»¹⁸. Tale spazio, invero, secondo la Corte EDU, è relativo, potendo dipendere da molteplici fattori, quali la durata della detenzione, le possibilità di accesso a passeggiata all'aria aperta, le condizioni mentali e fisiche del detenuto¹⁹, l'aerazione disponibile, l'accesso alla luce e all'aria naturali, la qualità del riscaldamento e il rispetto delle esigenze sanitarie di base²⁰.

In definitiva, se da un lato, il tema dello «spazio vitale» da riservare a ciascun detenuto diviene elemento centrale nella riflessione che ruota intorno al rispetto dell'art. 3 CEDU, d'altro lato, la Corte sovranazionale ha più volte evidenziato come non sia agevole una esatta ed

¹⁶ CPT, 2° Rapporto Generale [CPT/Inf (92) 3].

¹⁷ Cfr. il Secondo Rapporto Generale del CPT/Inf (92) 3, § 43.

¹⁸ Corte EDU, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*, cit., § 40.

¹⁹ Corte EDU, 19 luglio 2007, *Trepachkine c. Russia*, ric. n. 36898/03, § 92.

²⁰ Corte EDU, 9 ottobre 2008, *Moisseiev c. Russia*, ric. n. 62936/00; nonché Corte EDU, 12 giugno 2008, *Vlassov c. Russia*, ric. n. 78146/01, § 84; Corte EDU, 18 ottobre 2007, *Babouchkine c. Russia*, ric. n. 67253/01, § 44.

assoluta determinazione di tale spazio alla luce dei diritti sanciti in Convenzione, dovendo, altresì, tenersi conto di una molteplicità di fattori idonei ad incidere su tale «quantificazione». Di conseguenza, secondo la giurisprudenza europea, lo spazio della cella non è un criterio esclusivo per determinare se vi è stata violazione dell'art. 3 CEDU ed è da escludersi ogni connessione automatica tra le dimensioni del locale di detenzione e la violazione della norma convenzionale.

Questa impostazione più volte seguita e fatta propria dalla Corte di Strasburgo, tuttavia, non ha impedito, in alcuni casi, alla stessa Corte di guardare al caso da giudicare in modo diverso e dare a quell'entità metrico-spaziale un valore assoluto capace di travolgere la legalità convenzionale, giudicando «colpevole» lo Stato per aver posto in essere trattamenti penitenziari inumani o degradanti.

Ciò è accaduto quando il giudice sovranazionale si è trovato dinanzi a carenze di spazio detentivo particolarmente eclatanti in cui al ricorrente veniva riservata una superficie inferiore a 3 metri quadrati. A fronte di spazi così esigui, di gran lunga inferiori a quei livelli, seppure soltanto quali valori auspicabili, formulati dal CPT, la Corte si è sentita legittimata a denunciare la violazione dell'art. 3 CEDU anche soltanto sulla base di tale dato numerico, senza necessità che ricorressero ulteriori negative condizioni di privazione della libertà personale²¹. Specificamente, in tale prospettiva, i giudici di Strasburgo hanno evidenziato come «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»²². In siffatte situazioni, la mancanza di spazio all'interno della struttura carceraria può assumere rilevanza esclusiva al fine di stabilire se vi è violazione

²¹ Corte EDU, 12 marzo 2009, *Aleksandr Makarov c. Russia*, ric. n. 15217/07, § 93; Corte EDU, 6 dicembre 2007, *Lind c. Russia*, ric. n. 25664/05, § 59; Corte EDU, 21 giugno 2007, *Kantjrev c. Russia*, ric. n. 37213/02, §§ 50-51; Corte EDU, 29 marzo 2007, *Andreï Frolov c. Russia*, ric. n. 205/02, §§ 47-49; Corte EDU, 16 giugno 2005, *Labzov c. Russia*, ric. n. 62208/00, § 44; Corte EDU, 20 gennaio 2005, *Mayzit c. Russia*, ric. n. 63378/00, § 40.

²² Così Corte EDU, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*, cit.

o meno dell'art. 3 CEDU, soprattutto se si tratta di una situazione protratta nel tempo²³.

Su questo diverso approccio al tema dello spazio della cella detentiva quale parametro per valutare la violazione dell'art. 3 CEDU, si è soffermata, tra gli altri aspetti, l'opinione dissenziente manifestata dal giudice Zagrebelsky nella sentenza *Sulejmanovic c. Italia*, ove si rileva come «questo principio [sia] smentito dall'applicazione pratica che di esso ha fatto la Corte» ed, al proposito, si sono riportate diverse pronunce della Corte EDU nelle quali si è concluso per la non violazione dell'art. 3 CEDU sebbene lo spazio personale fosse compreso tra 2.70 e 3.20 metri quadrati²⁴.

Sta di fatto che, la Corte EDU, nel caso *Sulejmanovic c. Italia*, accertato che il ricorrente aveva trascorso parte del periodo detentivo in uno spazio circa di 2.70 metri quadrati, ha ritenuto trattarsi di «spazio molto esiguo, di gran lunga inferiore alla superficie minima ritenuta auspicabile dal CPT». A giudizio della Corte, «la flagrante mancanza di spazio personale di cui il ricorrente ha sofferto è, di per sé, costitutiva di un trattamento inumano o degradante»²⁵. A questo riguardo, è interessante notare come nella decisione *Sulejmanovic c. Italia*, la Corte di Strasburgo, per decidere sulla sussistenza di una violazione dell'art. 3 CEDU, ha differenziato la situazione detentiva vissuta dal ricorrente nel corso del periodo trascorso in carcere. Vi è stato un momento, come emerge dai documenti presentati dal Governo italiano e non contestati dal ricorrente, durante il quale l'interessato è stato trasferito in un'altra cella e nel cui ambito, in base al numero di altri detenuti presenti in cella, ha disposto ora di 3.24 metri quadrati, ora di 4.05 metri quadrati, ora di 5.40 metri quadrati. A fronte di ciò la Corte europea ha rilevato come la situazione del detenuto sia nettamente migliorata rispetto a quella iniziale. Solo con riferimento al primo conte-

²³ Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, cit., § 78.

²⁴ Corte EDU, 15 giugno 2005, *Labzov c. Russia*, ric. n. 62208/00, § 44, ove si afferma che, per stabilire se le condizioni detentive siano «degradanti», la flagrante mancanza di spazio (in quel caso, si trattava di spazi inferiori ad 1 metro quadrato per detenuto) era un fattore che incideva in modo rilevante, ma non è, da solo, sufficiente.

²⁵ Corte EDU, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*, cit., § 43.

sto detentivo il giudice sovranazionale ha riscontrato la violazione, pur evidenziando come anche la «seconda» sistemazione sia comunque rimasta «incresciosa». Tuttavia, a fronte di questo «leggero» ampliamento dello spazio fruibile in cella, il ricorrente non ha contestualmente denunciato altre carenze concernenti le condizioni detentive, quali problemi relativi al riscaldamento o all'accesso e alla qualità dei servizi igienici, o problemi concernenti il suo stato di salute fisica. Pertanto, secondo la Corte EDU, nel periodo di detenzione in cui è risultato che lo spazio assegnato al ricorrente era superiore a 3 metri quadrati non può dirsi raggiunto il livello minimo di gravità del trattamento penitenziario necessario perché si realizzi la violazione dell'art. 3 CEDU²⁶.

In sintesi, secondo la giurisprudenza europea, l'eccessivo numero di detenuti all'interno della struttura carceraria diviene motivo di censura sotto il profilo dell'art. 3 CEDU, ma va valutato unitamente ad altre condizioni detentive qualora la superficie metrica a disposizione del detenuto superi i 3 metri quadrati. Al contrario, lo spazio inferiore a questa entità diviene da solo elemento in grado di certificare la violazione dell'art. 3 CEDU.

3. *La condanna dell'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU.* – L'8 gennaio 2013, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU²⁷. La ragione che ha deter-

²⁶ Corte EDU, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*, cit., § 51.

²⁷ Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*. In proposito, cfr. C. FIORIO, *Torreggiani c. Italia: ultimo atto*, in *Antigone*, 2013, n. 3, pp. 146 ss.; F. FIORENTIN, *Sullo stato della tutela dei diritti fondamentali all'interno delle carceri italiane*, in www.penalecontemporaneo.it, 25 febbraio 2013; ID., *Carceri italiane: tutela risarcitoria entro un anno per le vittime del sovraffollamento delle prigioni*, in *Guida dir.*, 2013, n. 7, pp. 75 ss.; M. PASSIONE, *Dall'affaire Sulejmanovic all'affaire Torreggiani e altri: dal diritto violato al diritto negato*, in *Antigone*, 2013, n. 1; F. ROMOLI, *Il sovraffollamento carcerario come trattamento inumano o degradante*, in *Giur. it.*, 2013, p. 1188; 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

minato tale condanna per il nostro Paese traeva origine dal numero di detenuti presenti all'interno delle strutture carcerarie italiane, notevolmente superiore alla capacità massima che le strutture erano in grado di ospitare.

Come è ovvio, un tale eccesso si riverbera negativamente sulle condizioni detentive e sul trattamento penitenziario riservato a ciascun detenuto e, in quel momento, tale situazione ha esposto l'Italia a censura e condanna da parte della Corte di Strasburgo. Come accennato poc'anzi, non era la prima volta che l'Italia veniva condannata per tali ragioni. Già nel 2009, i giudici sovranazionali avevano accertato la violazione dell'art. 3 CEDU a carico del nostro Paese in ragione delle condizioni detentive subite dal ricorrente²⁸. Vi è però una significativa differenza tra le due decisioni, *Sulejmanovic* e *Torreggiani*: la più recente si inserisce nella procedura delle c.d. «sentenze pilota» e porta, dunque, con sé, oltre all'accertata violazione di un diritto fondamentale, un'inevitabile forza «cogente» tesa ad assicurare esecuzione alle decisioni della Corte di Strasburgo, secondo quanto previsto dall'art. 46 CEDU.

In via preliminare, va, peraltro, segnalato come quelli appena citati costituiscano i primi pronunciamenti di condanna dell'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU collegati al sovrannumero della popolazione carceraria. Sino a quel momento, invero, simili decisioni di condanna erano state indirizzate verso altri Paesi, nei cui riguardi la Corte europea, sempre per ragioni collegate al sovraffollamento delle carceri, aveva già adottato sentenze pilota²⁹.

Sta di fatto che, sulla base dei dati numerici concernenti l'intera popolazione carceraria emergenti dal caso *Torreggiani* e, dopo aver constatato l'elevato numero di ricorsi pendenti dinanzi alla Corte E-

www.penalecontemporaneo.it, 9 gennaio 2013; C. L. VOLINO, *La protezione diretta e indiretta dei diritti del detenuto*, *ivi*, 26 marzo 2013.

²⁸ Corte EDU, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*.

²⁹ Cfr. Corte EDU, 10 gennaio 2012, *Ananyev e altri c. Russia*, in cui si afferma che, entro sei mesi dalla data in cui la sentenza diverrà definitiva, la Russia dovrà produrre, in cooperazione con il Comitato dei ministri, un insieme di misure volte ad assicurare rimedi interni con effetti preventivi e compensativi in relazione al problema del sovraffollamento carcerario. In pari prospettiva, Corte EDU, 22 ottobre 2009, *Orchowski c. Polonia*.

DU, determinati dalle medesime ragioni, i giudici di Strasburgo hanno evidenziato come «il sovraffollamento carcerario in Italia ha assunto le dimensioni di un fenomeno strutturale e non riguarda esclusivamente il caso particolare dei ricorrenti»³⁰. Ne è, così, derivata la segnalazione di «un problema sistemico risultante da un malfunzionamento cronico proprio del sistema penitenziario italiano, che ha interessato e può interessare ancora in futuro numerose persone»³¹.

Nella logica della «sentenza pilota», lo Stato membro, responsabile della violazione, per risultare adempiente nei confronti degli obblighi internazionali, non si può limitare al pagamento di una somma di denaro a titolo di equa soddisfazione nei riguardi del ricorrente a cui è stata riconosciuta l'avvenuta violazione di un diritto fondamentale sancito in Convenzione, ma deve trovare *misure individuali* atte a rimuovere la violazione accertata dalla Corte europea, oltre che adottare *misure generali* idonee a prevenire il verificarsi di una nuova violazione del medesimo genere di quello denunciato. Nel caso di specie, i giudici sovranazionali hanno chiesto all'Italia di adottare, nel termine di un anno da quando la decisione sarebbe divenuta definitiva³², rimedi interni «preventivi» e «compensativi» idonei a fornire soddisfazione adeguata nei casi di sovraffollamento carcerario. La Corte di Strasburgo ha stabilito che nel corso di questo termine siano sospesi i giudizi pendenti dinanzi alla Corte EDU concernenti situazioni analoghe. L'art. 61, § 6, lett. a), del Regolamento della Corte prevede, infatti, la possibilità (non l'obbligo)³³ di rinviare l'esame di tutti i ricorsi pendenti originati dallo stesso motivo in attesa che siano attuate le misure correttive da parte dello Stato convenuto.

³⁰ Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*, cit., § 54.

³¹ Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*, cit., § 88; e, in questa medesima prospettiva, Corte EDU, Grande Camera, 22 giugno 2004, *Broniowski c. Polonia*, § 189.

³² La decisione è divenuta definitiva il 27 maggio 2013, vale a dire dopo che la grande Camera ha rigettato la richiesta di «nuovo esame» avanzata dal Governo italiano.

³³ Corte EDU, 10 gennaio 2012, *Ananyev c. Russia*, cit., § 235.

4. *Dalla sentenza Torreggiani una chiara indicazione di tutela dei diritti dei detenuti.* – Nella sentenza *Torreggiani c. Italia*, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha evidenziato 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»³⁴.

Il giudice sovranazionale pur nella consapevolezza della «necessità di sforzi conseguenti e sostenuti sul lungo periodo per risolvere il problema strutturale del sovraffollamento carcerario»³⁵, ha evidenziato l'urgenza di intervenire affinché il diritto sancito dall'art. 3 CEDU resti inviolato.

E' in questa prospettiva che occorre immettersi per comprendere la portata innovativa e dirompente della sentenza *Torreggiani c. Italia* e la ricerca avviata dal nostro Paese per individuare soluzioni strutturali interne atte a rimuovere le lacune segnalate dalla sentenza pilota.

In particolare, più di un passaggio della sentenza *Torreggiani c. Italia* viene dedicato all'analisi del rispetto del c.d. principio di sussidiarietà, cioè la regola secondo cui si può ricorrere alla Corte di Strasburgo soltanto dopo aver «esaurito» le vie di ricorso interne (art. 35 § 1 CEDU), intendendo per tali «i ricorsi verosimilmente effettivi, sufficienti ed accessibili»³⁶.

Ed, invero, è proprio sull'effettività dei rimedi interni atti a garantire adeguata ed efficace tutela al detenuto che si trovi a scontare la pena in condizioni detentive integranti violazione dell'art. 3 CEDU per ragioni di *prison overcrowding* che si è soffermata l'analisi della Corte di Strasburgo, oltre che la sua sollecitazione a trovare soluzioni interne atte a dare esecuzione alla sentenza nella prospettiva del *pilot judgment*.

La Corte europea, nel valutare il rispetto della regola della «sussidiarietà» quale requisito indispensabile per l'accesso al giudice sovranazionale, ha rilevato come non sia determinante stabilire la natura

³⁴ Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*, cit., § 65.

³⁵ Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*, cit., § 93.

³⁶ Tra le altre, Corte EDU, 20 febbraio 1991, *Vernillo c. Francia*, § 27.

amministrativa o giurisdizionale del reclamo di cui all'art. 35 ord. penit., ma come, piuttosto, sia necessario comprendere il tasso di effettività di quel rimedio³⁷. Nella fattispecie sottoposta al vaglio della Corte con il ricorso di *Torreggiani e altri c. Italia*, era stato espletato un ricorso ai sensi degli artt. 35 e 69 ord. penit. Ma, visto il susseguirsi degli eventi e dei controlli interni e, constatato il mancato sopravvenire di alcun effetto concreto atto a portare un miglioramento delle condizioni detentive dei ricorrenti³⁸, il giudice sovranazionale ha ritenuto che il rimedio interno all'uopo previsto non potesse considerarsi effettivo³⁹.

Da qui nasce l'esigenza segnalata dal giudice sovranazionale di approntare a livello interno una tutela dei diritti del detenuto capace di produrre risultati più concreti. Per i giudici sovranazionali, il detenuto collocato in istituti carcerari gravati da un'eccessiva presenza di individui ristretti nella libertà personale usufruisce di uno spazio vitale e di condizioni tali da configurare un trattamento inumano e degradante, in violazione di quanto stabilito dall'art. 3 CEDU, nonché – si può aggiungere – antitetico al senso di umanità ed al fine rieducativo della pena sanciti dall'art. 27, co. 2, Cost.

Chi si trovi a dover vivere tale situazione detentiva, secondo la Corte di Strasburgo, deve essere posto nelle condizioni di avere accesso a strumenti di tutela immediati ed efficaci, cioè idonei a «riparare» la violazione ai diritti fondamentali e reintegrare il singolo nella situazione di una detenzione conforme ai parametri sovranazionali e costituzionali.

Quali, dunque, gli strumenti necessari a tale scopo, posto che la situazione «fotografata» nella sentenza *Torreggiani c. Italia* e nei numeri in essa riportati dimostra un oggettivo e grave stato di malessere

³⁷ Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*, cit., § 51 e 52.

³⁸ Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*, cit., § 52.

³⁹ 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 – 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).

delle strutture penitenziarie, oltre a un'incapacità dell'amministrazione di farvi fronte? Ciò, come evidenziato dai giudici sovranazionali, nonostante gli sforzi già avviati in senso riformatore con il c.d. Piano carceri del 2010 e taluni provvedimenti legislativi già sperimentati sul fronte dell'esecuzione della pena.

La Corte EDU, malgrado l'indiscutibile incisività di una sentenza pilota, non può dare indicazioni specifiche su come risolvere il problema strutturale interno segnalato allo Stato convenuto. Con riguardo al tema della sovrappopolazione all'interno del carcere ed alle soluzioni da ricercare, il concetto più spesso ricorrente nella sentenza pilota del gennaio 2013 è quello di «riparazione» per la violazione subita. Non spetta alla Corte europea individuare il ricorso interno necessario ad offrire al detenuto tale «riparazione»⁴⁰. Il singolo Stato – segnala il giudice sovranazionale – può modificare i ricorsi esistenti o crearne di nuovi. Quel che conta è «che le violazioni dei diritti tratti dalla Convenzione possano essere riparate in maniera realmente effettiva»⁴¹.

Si tratta, allora di capire cosa poter ricondurre nel concetto di riparazione utilizzato in riferimento alla fattispecie detentive integranti violazioni dell'art. 3 CEDU. A questo riguardo, la Corte di Strasburgo, nella sentenza *Torreggiani c. Italia*, rileva che «quando un ricorrente sia detenuto in condizioni contrarie all'articolo 3 della Convenzione, la migliore riparazione possibile è la rapida cessazione della violazione del diritto a non subire trattamenti inumani e degradanti. Inoltre, chiunque abbia subito una detenzione lesiva della propria dignità deve potere ottenere una riparazione per la violazione subita»⁴².

Seguendo il percorso logico argomentativo della Corte di Strasburgo, dunque, il concetto di riparazione si snoda su due piani: interrompere lo stato detentivo lesivo della dignità umana e «riparare» la violazione patita.

⁴⁰ Evidenziando ciò, Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*, cit., § 98.

⁴¹ Così Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*, cit., § 98; Id., 22 dicembre 2005, *Xenides-Arestis c. Turchia*, § 40.

⁴² Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*, cit., §§ 50, 96; Id., 10 maggio 2007, *Benediktov c. Russia*, § 29; Id., 10 gennaio 2012, *Ananyev e altri c. Russia*, cit., §§ 97-98 e 210-240.

Sul primo fronte dovranno intervenire meccanismi processuali idonei a ripristinare la legalità penitenziaria e, dunque, rimedi accessibili ai detenuti che consentano di accertare la lesione del diritto e capaci di incidere in tempi rapidi sull'origine della lesione, rimuovendola ed impedendo che il pregiudizio nei riguardi del detenuto possa ulteriormente protrarsi⁴³. Sul secondo piano, quello strettamente attinente alla compensazione, occorre pensare a strumenti che consentano a chi ha subito tale violazione di essere risarcito.

I due esiti (rimozione della lesione e «compensazione» per averla sofferta) sono comunque strettamente connessi, posto che entrambi costituiscono il risultato di un controllo che accerta la sussistenza di una condizione detentiva inumana e degradante. Se poi il rito per attuare tale controllo debba essere unico o sdoppiato dinanzi a due diversi organi, la Corte europea non lo segnala, lasciando allo Stato convenuto la discrezionalità che la situazione richiede, ma tenendo fermo l'obiettivo del raggiungimento di una tutela effettiva per il detenuto.

5. *La cessazione della violazione del diritto garantito dall'art. 3 CEDU.* – La Corte EDU, già prima della sentenza *Torreggiani c. Italia*, a proposito di situazioni detentive deleterie al punto da integrare una violazione dell'art. 3 CEDU, ha rilevato come, nel valutare l'effettività del rimedio interno atto a denunciare tali situazioni, il principale problema risieda nel comprendere se il ricorrente abbia strumenti interni tali da ottenere, a livello giudiziario, una riparazione diretta ed appropriata⁴⁴. A tal riguardo, la Corte europea ha evidenziato come un'azione puramente risarcitoria non possa essere considerata sufficiente, poiché non ha un effetto «preventivo», cioè non può impedire il perpetrarsi della violazione dell'art. 3 CEDU o comunque consentire ai detenuti di ottenere un miglioramento delle condizioni

⁴³ In tal senso, P. CORVI, *Sovraffollamento carcerario e tutela dei diritti del detenuto: il ripristino della legalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1807; F. FIORENTIN, *Importante passo avanti nella ricerca di effettività della tutela dei diritti negati alle persone detenute*, in *Guida dir.*, 2013, n. 31, pp. 44 ss.

⁴⁴ Corte EDU, 20 ottobre 2011, *Mandic e Jovic c. Slovenia*, § 107.

detentive⁴⁵. Pertanto, allo scopo di assicurare un effettivo sistema di rimedi interni idonei a tutelare i diritti sanciti nell'art. 3 CEDU, occorre che i rimedi «preventivi» e quelli di natura «compensativa» coesistano in modo complementare⁴⁶.

Un rapporto di complementarità, dunque, è ciò che auspica la Corte europea nel sollecitare l'introduzione di rimedi preventivi, grazie ai quali assicurare una «rapida cessazione della violazione del diritto a non subire trattamenti inumani e degradanti»⁴⁷, e rimedi compensativi con cui garantire «una riparazione effettiva delle violazioni della CEDU risultanti dal sovraffollamento»⁴⁸.

Ciò premesso, si tratta di capire se all'interno di quella complementarità, così descritta in termini generali, possa essere individuato, in riferimento al caso specifico, un diverso approccio ai temi dei rimedi preventivi e compensativi o, detto in altri termini, se tra essi, dalla lettura della sentenza *Torreggiani*, possa emergere un ordine di priorità.

Ed allora, se, come rileva la Corte EDU nella sentenza del gennaio 2013, la migliore riparazione possibile è la rapida cessazione della violazione del diritto, è evidente che su questa esigenza deve dapprima concentrarsi l'azione riformatrice. In via susseguente, occorrerà individuare i meccanismi idonei a riparare l'individuo che ha patito una detenzione lesiva dei diritti fondamentali sanciti nell'art. 3 CEDU.

Il programma di intervento sembra, così, impostato dalla Corte di Strasburgo e per comprenderlo sino in fondo occorre fare mente lo-

⁴⁵ Corte EDU, 5 febbraio 2004, *Cenbauer c. Croazia*; Id., 22 ottobre 2009, *Norbert Sikorski c. Polonia*, § 116; Id., 20 ottobre 2011, *Mandic e Jovic c. Slovenia*, cit., § 116; Id., 13 marzo 2012, *Parascineti c. Romania*, § 38.

⁴⁶ Corte EDU, 10 gennaio 2012, *Ananyev c. Russia*, cit., § 98; nonché Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*, cit., §§ 50, 96.

⁴⁷ Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*, cit., § 96. Sulla pluralità di possibili configurazioni di strumenti normativi idonei ad impedire che si protragga un trattamento detentivo contrario al senso di umanità, v. Corte cost., 22 novembre 2013, n. 279, che, pur dichiarando l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 146 c.p., evidenzia come non sia tollerabile «l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa» sul problema oggetto del sovraffollamento carcerario e della ricerca di strumenti interni atti a porvi rimedio.

⁴⁸ Così Corte cost., 22 novembre 2013, n. 279, cit.

cale sul meccanismo che presiede l'adozione di un *pilot judgment*. L'esigenza primaria nella cui prospettiva nasce una sentenza pilota è quella di garantire effettività al controllo della Corte europea sul rispetto dei diritti sanciti nella Convenzione europea e, in pratica, evitare che si ripresentino in futuro ricorsi basati sulle violazioni già accertate a carico di uno Stato membro, provenienti sempre dal medesimo Stato. Se, dunque, si ragiona in termini generali, l'obiettivo principale perseguito con la sentenza *Torreggiani* sembra essere quello di trovare rimedi strutturali interni che, riducendo il numero di presenze all'interno del circuito carcerario, possano, per il futuro, offrire ai detenuti spazi vitali e, in genere, condizioni di detenzione in linea con quanto previsto dall'art. 3 CEDU. Sarebbe possibile, così, far diminuire il numero di ricorsi presentati alla Corte europea per condizioni detentive deleterie a causa del sovraffollamento.

Inoltre, la predisposizione a livello di legislazione nazionale di un sistema di tutela effettivo dei diritti del detenuto, capace di generare risultati concreti di miglioramento delle condizioni detentive, attenuerebbe i ricorsi a Strasburgo inerenti alla violazione dell'art. 3 CEDU.

Quanto detto vale in termini generali, cioè sino a quando si voglia ragionare dei meccanismi che presiedono alla logica delle sentenze pilota.

Nella fattispecie, però, la questione su cui la Corte europea è stata chiamata a decidere è del tutto peculiare. Non si tratta di situazioni potenzialmente lesive di diritti fondamentali dell'individuo che in un futuro, prossimo o lontano, potrebbero presentarsi. Nel caso *Torreggiani*, o in quelli simili basati sulla violazione dell'art. 3 CEDU, si tratta di una situazione oggettiva, già esistente al momento in cui la Corte europea si pronuncia ed efficacemente rappresentata nei dati numerici riportati in sentenza e negli atti del ricorso, oltre che nei documenti di sintesi dei rapporti stilati dalle varie autorità nazionali e internazionali. Vi è, cioè, un contesto tangibile e dolente, tristemente raffigurato in quelle diverse centinaia di ricorsi pendenti dinanzi alla Corte di Strasburgo contro l'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU a causa di condizioni detentive degradanti.

Pertanto, in quest'occasione, i meccanismi di riforma «interna» atti a colmare le lacune strutturali e di sistema segnalate dalla sentenza pilota allo Stato membro responsabile della violazione andavano realizzati seguendo un duplice obiettivo: a) prevenire violazioni future dello stato di legalità penitenziaria per «impedire» di legittimare futuri ricorsi alla Corte EDU; b) intervenire sullo stato di cose odierno per eliminare l'illegalità esistente sul piano delle condizioni detentive. A quest'ultimo scopo, si rivelano utili gli strumenti capaci nell'immediato di portare giovamento alla popolazione carceraria riducendone il numero e, dunque, assicurando uno spazio vitale detentivo in linea con gli *standards* internazionali. Il che, ove si realizzi, influisce altresì sulla legittimazione ad adire la Corte EDU per i soggetti, allo stato, presenti negli istituti carcerari italiani e pregiudicati dall'attuale problema del sovraffollamento. Ciò, però, non è sufficiente a garantire adeguata ed effettiva tutela al detenuto.

In sintesi, lo schema «misure generali e misure individuali» entro cui solitamente si muove la Corte europea in una sentenza pilota, nella fattispecie della pena, si connota di profili del tutto peculiari, dato il tema su cui interviene e lo stato delle cose.

6. *Le misure individuali per la riparazione.* – Quanto alle misure individuali la più chiara indicazione che viene dalla Corte di Strasburgo è quella di far cessare la violazione e dunque ripristinare la legalità. E' evidente che il singolo si avvantaggi delle misure generali predisposte dallo Stato per diminuire la popolazione all'interno del carcere. Ma, in tal caso, si tratta di una tutela indiretta. La tutela diretta della posizione del singolo, invece, è raggiunta nella misura in cui lo Stato membro è in grado di apprestare misure individuali.

Nella specie, esse si risolvono in rimedi interni per il detenuto finalizzati a sfociare, ove accertata la violazione, in un mutamento della sua condizione detentiva. Il che si traduce in un procedimento di controllo interno al quale il detenuto potrà avere agevole accesso e che in tempi rapidi, accertata la violazione, si concluda con un provvedimento capace di avere forza cogente dinanzi all'amministrazione peni-

tenziaria e, dunque, permettere un mutamento in senso positivo delle condizioni detentive del singolo⁴⁹.

La tutela diretta del detenuto, inoltre, passa attraverso la possibilità di compensare il singolo per la violazione subita. Il che implica l'ovvio ed immediato riferimento alla possibilità di risarcire il danno, ma anche ad altre soluzioni su cui ci si soffermerà più avanti.

In questa prospettiva «individuale» l'attività di riforma interna, tenendo conto delle sollecitazioni sovranazionali, si è mossa sul duplice piano dei cd. rimedi preventivi e dei rimedi compensativi.

Tra questi due diversi tipi di intervento si è posto il problema della priorità. In proposito, tra i molteplici passi da compiere al fine di realizzare una tutela diretta ed indiretta dei diritti del detenuto, nelle indicazioni di carattere generale provenienti da Strasburgo, quello inerente il settore delle «compensazioni» sembra essere stato spostato in avanti nel tempo, dovendosi prestare più urgente attenzione ai c.d. rimedi preventivi⁵⁰. Del resto, nell'ottica di voler assicurare a livello interno «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», come prescritto dall'art. 13 CEDU, il procedimento dinanzi al giudice civile per l'accertamento della lesione ed il riconoscimento della istanza risarcitoria avanzata dal detenuto risulta del tutto appropriato⁵¹ e idoneo rimedio interno⁵².

Se ne deduce, perciò, che, nell'ambito della sentenza *Torreggiani*, l'esigenza di approntare sul piano interno dei rimedi compensativi per la tutela dei diritti del detenuto «non suscita allarmate preoccupa-

⁴⁹ V. in tal senso il riformato procedimento di reclamo: art. 35-*bis* ord. pen. introdotto dall'art. 3, co. 1, lett. *b*, d.l. n. 146 del 2013, conv. con mod. in l. n. 10 del 2014.

⁵⁰ Cfr. A. DI BELLA, *Il termine per adempiere alla sentenza Torreggiani si avvicina a scadenza: dalla Corte costituzionale alcune preziose indicazioni sulla strategia da seguire*, in www.penalecontemporaneo.it, 19 dicembre 2013, p. 16.

⁵¹ In tal senso, cfr. F. DELLA CASA, *Il risarcimento del danno da sovraffollamento carcerario: la competenza appartiene al giudice civile (e non al magistrato di sorveglianza)*, in *Cass. pen.*, 2013, pp. 2272 ss.

⁵² Cfr. L. KALB, *La riforma possibile, anzi doverosa ...*, in *Dir. pen. proc.* 2013, p. 134.

zioni»⁵³. Se, dunque, come pare, un ordine di priorità tra i diversi rimedi è desumibile dalla sentenza del gennaio 2013, esso serve a comprendere *come* il nostro Paese, alla scadenza del termine di un anno entro cui operare le riforme interne, si sia presentato all'appuntamento. Sulla base di questa linea di priorità e sull'onda della pressante esigenza di riforma interna, il legislatore ha approntato dapprima strumenti di tutela «preventiva» e, soltanto successivamente, «compensativa». Perciò, allo scadere del termine di un anno dalla definitività della sentenza della Corte EDU ed entro il quale l'Italia doveva approntare idonee riforme per fronteggiare le sollecitazioni mosse nella sentenza pilota *Torreggiani c. Italia* del 2013, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa⁵⁴ ha emesso un «verdetto» favorevole riguardo alle misure di riforma adottate a livello interno ed essenzialmente basate sulla predisposizione dei rimedi preventivi, evidenziando come le riforme legislative interne fossero state realizzate e come, per quanto riguardava i più specifici rimedi compensativi, fosse stato avviato un percorso di riforma sebbene ancora *in itinere*.

7. *I rimedi «preventivi»*. – Ed invero il primo terreno sul quale si è sviluppata l'opera riformatrice susseguente alle censure di Strasburgo ha riguardato il profilo dei ricorsi interni effettivi e idonei ad offrire una riparazione adeguata e sufficiente in caso di sovraffollamento carcerario. Molteplici sono stati gli interventi legislativi sviluppati in tal senso, preceduti, tra l'altro – occorre dirlo – da una serie di riforme che già prima della sentenza *Torreggiani* erano state varate per affrontare il problema del carcere e che si incentravano prevalentemente sul piano dell'edilizia penitenziaria (il c.d. piano carceri), sul ricorso a forme di carcerazione alternativa alla detenzione⁵⁵ ed al potenziamento dei benefici penitenziari.

⁵³ Cfr. DELLA CASA, *Il risarcimento del danno da sovraffollamento carcerario*, cit., p. 2273.

⁵⁴ Decisione Comitato dei Ministri Del/Dec(2014)1201 del 6 giugno 2014.

⁵⁵ Cfr. l. 26 novembre 2010, n. 199 e d.l. 22 dicembre 2011, n. 211, conv. con modif. in l. 17 febbraio 2012, n. 9.

Dopo un primo intervento realizzato con d.l. 1° luglio 2013 n. 78 conv. con modificazioni in l. 9 agosto 2013, n. 94 (Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena)⁵⁶, il Governo è tornato ad affrontare il problema dell'eccessiva presenza di detenuti all'interno delle carceri italiane con un nuovo decreto legge (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 conv. con modificazioni in l. l. 21 febbraio 2014, n. 10 - Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria).

Al dichiarato scopo di ridurre con urgenza ed immediatezza il problema del sovraffollamento in carcere, il d.l. n. 78 del 2013 convertito con modificazioni in l. n. 94 del 2013 ha apportato significative modifiche al codice di procedura penale, all'ordinamento penitenziario, al testo unico delle leggi in materia di stupefacenti e sostanze psicotrope, oltre che alla disciplina dei poteri del Commissario straordinario del Governo per le infrastrutture carcerarie. Inserito nella prospettiva riformatrice sollecitata da Strasburgo, il d.l. n. 78 del 2013 mirava ad apportare modifiche all'ordinamento in grado di ridurre il flusso dei detenuti in entrata nelle carceri, da un lato, e di agevolare l'uscita dal carcere, dall'altro lato.

Si trattò, tuttavia, di un primo intervento non risolutivo dell'annoso problema del sovraffollamento, sebbene esso si collocasse nella prospettiva sovranazionale già evidenziata dalle raccomandazioni del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa secondo cui, per risolvere il fenomeno dell'eccesso di popolazione all'interno delle carceri, gli Stati devono orientare la politica legislativa penale verso un ricorso che sia minimo nei riguardi della carcerazione e, invece, ampio nei confronti delle misure alternative alla detenzione.

Sempre al fine di ridurre con effetti immediati il sovraffollamento carcerario, rafforzando la tutela dei diritti delle persone detenute, è stato, in seguito, adottato il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv. con mod. dalla l. 21 febbraio 14, n. 10, che ha generato talune riforme dell'ordinamento per quanto concerne la fase di esecuzione della pena e ha realizzato i «rimedi» sollecitati dalla Corte di Strasburgo. In questo secondo provvedimento normativo, sono stati delineati, per un ver-

⁵⁶ In proposito, cfr. C. FIORIO, *Strasburgo chiama. Roma non risponde*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, pp. 1133 ss.

so, meccanismi finalizzati a ridurre il sovraffollamento all'interno delle carceri italiane e, per altro verso, strumenti funzionali ad assicurare la tutela dei diritti dei detenuti nella prospettiva di garantire rimedi preventivi e compensativi fatta propria nelle sollecitazioni della Corte di Strasburgo. Due le direttrici lungo le quali si è mosso il provvedimento normativo per attenuare l'eccesso di popolazione carceraria: alcuni interventi hanno mirato a contenere il numero di detenuti in ingresso al carcere, altri hanno cercato di aumentare il flusso in uscita potenziando il ricorso alle misure alternative alla detenzione.

Inoltre, si è cercato di assicurare adeguata tutela ai diritti dei detenuti, come segnalato nella decisione della Corte europea, nel senso di costruire un rimedio interno effettivo volto a rimuovere eventuali situazioni di sofferenza all'interno del carcere. A quest'ultimo riguardo, il d.l. n. 146 del 2013 conv. in l. n. 10 del 2014 ha introdotto un nuovo strumento di controllo, il reclamo giurisdizionale regolamentato dall'art. 35-*bis* ord. penit., attivabile in materia di procedimento disciplinare ed anche per l'inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dalla legge penitenziaria e dal relativo regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti⁵⁷. Si è colmato, in tal modo, un vuoto di tutela che, da tempo, era stato evidenziato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 26 del 1999, la quale aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 35 e 69 ord. pen. «nella parte in cui non prevedono una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti della amministrazione penitenziaria lesivi di diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale». Alla censura costituzionale aveva poi fatto seguito una meritoria opera di supplenza giurisprudenziale⁵⁸ che, però, necessitava di un intervento stabilizzatore del legislatore che, finalmente, la Corte di Strasburgo ha determinato.

Va altresì ricordato che in termini di rimedi e controlli sullo stato detentivo, il d.l. n. 146 del 2013 ha previsto l'istituzione del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, cui spetta vigilare affinché l'esecuzione della custodia di

⁵⁷ Cfr. M. BORTOLATO, *Torreggiani e rimedi "preventivi": il nuovo reclamo giurisdizionale*, in *Arch. pen.*, 2014, n. 2, pp. 563 ss.

⁵⁸ Cfr. Cass., Sez. Un., 26 febbraio 2003, Gianni, *Giur. cost.*, 2004, p. 792.

tutti coloro che si trovano ristretti nella loro libertà personale si realizzi in conformità alle norme e ai principi costituzionali e sovranazionali.

8. *I rimedi compensativi.* – Nella prospettiva di riforme interne avviata dopo la sentenza *Torreggiani c. Italia*, un ulteriore intervento legislativo è stato realizzato con il d.l. n. 92 del 2014, conv. dalla l. n. 117 del 2014 che, recependo le sollecitazioni della Corte di Strasburgo, ha, tra le altre cose, introdotto un rimedio compensativo (art. 35-ter ord. pen.) dei pregiudizi derivanti dall'inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dalla legge di ordinamento penitenziario, dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei suoi diritti⁵⁹.

Nel dettaglio sono state previste due diverse procedure, a seconda che la persona sia o meno detenuta, ripartendo la competenza giurisdizionale tra il magistrato di sorveglianza nel primo caso ed il giudice civile nel secondo caso.

Il magistrato di sorveglianza ove accerti che l'istante ha sofferto «il pregiudizio di cui all'articolo 69, comma 6, lett. b) ord. penit., per un periodo di tempo non inferiore ai quindici giorni, in condizioni tali da violare» l'art. 3 CEDU, come interpretato dalla Corte europea, «dispone, a titolo di risarcimento del danno, una riduzione della pena detentiva ancora da espire pari, nella durata, a un giorno per ogni dieci durante il quale il richiedente ha subito il pregiudizio». Nell'ipotesi in cui il periodo di pena da espire è tale da non consentire la detrazione dell'intera misura percentuale sopra indicata, poiché il periodo residuo di pena da espire è inferiore alla «compensazione» ovvero perché il periodo di detenzione già espriato in violazione dell'art. 3 CEDU è stato inferiore a quindici giorni, il magistrato di sorveglianza liquida altresì al richiedente, in relazione al residuo periodo e a titolo di risarcimento del danno, una somma di denaro pari ad otto euro per ciascuna giornata in cui il soggetto ha subito il pregiudizio.

⁵⁹ Sui rimedi compensativi v. M. MONTAGNA, *Torreggiani e rimedi "compensativi": prospettive de iure condendo*, in *Arch. pen.*, 2014, n. 2, pp. 584 ss.

Diverso è lo schema procedimentale per le persone che hanno subito il pregiudizio in stato di custodia cautelare in carcere non computabile nella determinazione della pena da espiare ovvero per coloro che hanno terminato di espiare la pena detentiva. Il rimedio compensativo per tali soggetti dovrà essere esperito dinanzi al tribunale civile, in composizione monocratica, del capoluogo del distretto in cui hanno la residenza, che decide con procedimento camerale e con decreto non suscettibile di reclamo⁶⁰. Anche in tale eventualità il risarcimento del danno, una volta accertato, è liquidato nella stessa misura prevista dal co. 2 dell'art. 35-ter ord. pen., vale a dire otto euro per ogni giorno di pregiudizio subito.

Infine, sebbene permangano talune implicazioni problematiche nella realizzazione ed applicazione dei «nuovi» rimedi, quel che, in estrema sintesi, si può qui accennare è come l'ordinamento interno, sulla base delle sollecitazioni sovranazionali, abbia avuto nel suo complesso la capacità di generare un sistema di rimedi interni che operi in modo complementare in funzione sia preventiva, sia compensativa per assicurare una piena tutela al detenuto. Del resto, non si trattava soltanto di dare esecuzione agli obblighi derivanti dalla sentenza della Corte di Strasburgo, bensì di testimoniare i valori fondanti di una comunità che non può trascendere dal rispetto della dignità umana e dal perseguimento dei canoni che si è data in Costituzione: «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato» (art. 27, co. 3, Cost.).

⁶⁰ L'azione deve essere proposta, a pena di decadenza, entro sei mesi dalla cessazione dello stato di detenzione o della custodia cautelare in carcere, secondo quanto disposto dall'art. 35-ter, co. 3, ord. pen.

Va, inoltre, evidenziato che l'art. 2, co. 1, d.l. n. 92 del 2014 detta una disciplina transitoria secondo cui è previsto un termine di sei mesi dalla data di entrata in vigore del d.l. quale termine di decadenza entro il quale i soggetti che abbiano cessato di espiare la pena detentiva ovvero non si trovino più in stato di custodia cautelare possono proporre l'azione risarcitoria. Inoltre, l'art. 2, co. 2, d.l. n. 92 del 2014 prevede la possibilità di trasferire, entro sei mesi dall'entrata in vigore del d.l., presso la giurisdizione nazionale il ricorso già presentato alla CEDU, fatta salva l'ipotesi che non sia intervenuta una decisione sulla ricevibilità del ricorso.

STEFANIA SARTARELLI*

I DIRITTI DEI DETENUTI:
CARCERE E PRIVAZIONE DEL DIRITTO DI VOTO

SOMMARIO: 1. Il *disenfranchisement*, la CEDU, la Corte, l'Italia. – 2. segue: l'ampio margine di apprezzamento. – 3. La privazione del diritto di voto dei detenuti e la legislazione italiana. – 4. Il diritto di voto nella Costituzione italiana e nella Convenzione (art. 3 Prot. n. 1). – 5. Rilievi conclusivi.

1. *Il disenfranchisement, la CEDU, la Corte, l'Italia.* – Il problema della compatibilità con l'art. 3 Prot. n. 1 CEDU della limitazione del diritto di voto dei soggetti condannati a pena detentiva necessita, in via preliminare, di una breve descrizione del dettato normativo richiamato, il cui testo così recita: «le Alte Parti contraenti si impegnano ad organizzare, ad intervalli ragionevoli, libere elezioni a scrutinio segreto, in condizioni tali da assicurare la libera espressione dell'opinione del popolo sulla scelta del corpo legislativo». La norma sembra porre in capo agli Stati membri l'obbligo di tenere libere elezioni che soddisfino i requisiti in essa stabiliti, più che fare riferimento a specifici diritti. Nonostante il tenore letterale, la Corte ritiene che l'art. 3 Prot. n. 1 CEDU (che sancisce tanto il diritto di elettorato attivo, ossia il diritto di eleggere i propri rappresentanti, quanto il diritto di elettorato passivo, ossia il diritto di essere eletti) garantisca diritti individuali: ciò che sarebbe dimostrato dai lavori preparatori, dai quali si evince che la formulazione della norma è stata pensata per rendere più solenne l'impegno assunto dagli Stati firmatari e per sottolineare come in questo campo essi non dovessero semplicemente astenersi da qualsiasi violazione della norma, ma fossero tenuti ad adottare azioni positive per rendere effettivo il diritto da essa sancito¹.

* Ricercatore di Diritto penale, Università di Perugia.

¹ A. COLELLA, in A. COLELLA - L. BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto a libere elezioni (art. 3 Prot. 1)*, in *Riv. dir. pen. cont.*, 2011, p. 327.

Nell'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, un ruolo fondamentale lo ha assunto proprio l'Italia.

Infatti, lo Stato italiano risulta essere quello direttamente investito del giudizio di compatibilità, ma le linee-guida individuate nella sentenza della Grande Camera *Scoppola c. Italia* (n. 3) del 22 maggio 2012² sembrano, in realtà, indirettamente (e neanche troppo velatamente) rivolgersi soprattutto al Regno Unito. In questa sentenza, 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 'condannata' a risanare le situazioni patologiche censurate in sede europea³, e cioè quello, addirittura, di una sorta di 'modello' esportabile in altri Paesi membri del Consiglio d'Europa⁴ (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* andranno indagate fra breve, è appena il caso di anticipare, però, come esse vadano ravvisate sia nella difesa, da parte della Grande Camera, del proprio operato e della riaf-

² Corte EDU, sent., GC, *Scoppola c. Italia* (n. 3), 22. 5. 2012, ric. n. 126/05, in hudoc.echr.coe.int.

³ Si pensi, ad esempio, tra le più recenti a Corte EDU, sent., GC, *Scoppola c. Italia* (n. 2), 17. 9. 2009, ric. n. 10249/03; Corte EDU, sent., Sez. II, *Torreggiani e altri c. Italia*, 8. 1. 2013. Più in generale, sulla privazione del diritto di voto dei detenuti, sia consentito rinviare a S. SARTARELLI, *La Corte EDU e il diritto di voto dei condannati*, in *federalismi.it*, Focus *Human Rights* n. 4, 20 dicembre 2013, pp. 1-15; ID., *La giurisprudenza della Corte EDU in materia di disenfranchisement ovvero sulla privazione del diritto di voto dei detenuti*, in www.diritti-cedu.unipg.it, 2014, pp. 1-8.

⁴ 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.

fermazione del valore della continuità della propria giurisprudenza⁵; 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*⁶ 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*»⁷ 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 oggetto⁸, ovvero il caso *Greens*

⁵ 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 *Dir. um. dir. int.*, vol. 6, 2012, p. 665.

⁶ Corte EDU, sent., GC, *Hirst c. Regno Unito* (n. 2), 6. 10. 2005, ric. n. 74025/01.

⁷ Corte EDU, sent., GC, *Hirst c. Regno Unito* (n. 2), 6. 10. 2005, cit., par. 82; PITEA, *Sul diritto di voto dei condannati e dei detenuti*, cit., p. 663.

⁸ PITEA, *Sul diritto di voto dei condannati e dei detenuti*, cit., pp. 663-664; pp. 666-667. Sottolinea l’A. come l’eco di questa contrapposizione sia giunta sino a Brighton, dove il Governo britannico ha ospitato l’annuale «Conferenza di alto livello sul futuro della Corte europea dei diritti umani». L’agenda proposta, infatti, era palesemente finalizzata a restringere il sindacato giurisdizionale della Corte mediante un’accentuazione della natura sussidiaria della sua funzione. Si voleva, cioè, impegnare le Parti contraenti a emendare il testo della Convenzione, introducendovi le nozioni di derivazione giurisprudenziale di sussidiarietà e di margine di apprezzamento. Gli esiti del negoziato hanno però respinto o fortemente ridimensionato le proposte britanniche.

e *M.T. c. Regno Unito*⁹, imponendo così 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 definitiva¹⁰.

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 proporzionalità, 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

⁹ Corte EDU, sent., *Greens e M.T. c. Regno Unito*, 23. 11. 2010, ric. n. 24833/94, per una breve descrizione di questa sentenza, cfr. anche L. BEDUSCHI, in A. COLELLA - L. BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto a libere elezioni (art. 3 Prot. 1)*, in *Riv. dir. pen. cont.*, 2011, pp. 328-329, secondo cui: «ai ricorrenti, entrambi condannati alla pena dell'ergastolo, era stata negata l'iscrizione nel registro elettorale con decisione confermata a seguito dei ricorsi presentati dai medesimi presso l'Ufficio elettorale e davanti alle giurisdizioni competenti, nei quali i ricorrenti medesimi – alla luce di quanto affermato dalla Corte europea nella citata sentenza *Hirst* – avevano inutilmente chiesto la disapplicazione della normativa nazionale nella parte in cui prevede la limitazione automatica del diritto di voto per i condannati ad una pena detentiva. Conseguentemente, essi avevano presentato ricorso alla Corte di Strasburgo lamentando la violazione dell'art. 3 Prot. n. 1 Cedu, per non aver potuto partecipare alle elezioni europee del 4 giugno 2009 né a quelle nazionali del 6 maggio 2010 e per la prospettiva di non partecipare alle elezioni del Parlamento scozzese del 2011. La Corte europea – in linea con quanto precedentemente affermato nel caso *Hirst* – ha rilevato una violazione dell'art. 3 Prot. n. 1 Cedu (peraltro riconosciuta dallo stesso Governo convenuto, il quale si era limitato ad eccepire l'inammissibilità del ricorso per il mancato esaurimento dei ricorsi interni) poiché, nonostante la privazione del diritto di voto in capo a determinate categorie di condannati non sia in quanto tale incompatibile con la Convenzione, deve tuttavia ritenersi che l'esclusione assoluta e automatica del diritto di voto rispetto a tutti i detenuti costituisca una misura sproporzionata rispetto agli interessi pubblici perseguiti».

¹⁰ COLELLA, *La Grande Camera della Corte EDU nel caso Scoppola (n.3)*, cit.

sentenza di condanna¹¹. 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 italiana¹².

¹¹ A. 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.

¹² PITEA, *Sul diritto di voto dei condannati e dei detenuti*, cit., p. 665. Va ricordato, come precisato dall'A., che il signor Scoppola era stato condannato con sentenza passata in giudicato per i reati di omicidio e lesioni dolose, inizialmente, alla pena dell'ergastolo. A seguito di una constatazione della violazione degli artt. 6 e 7 della CEDU da parte della Corte (Corte EDU, GC, *Scoppola c. Italia* (n. 2), sentenza del 17 novembre 2009), egli aveva ottenuto la riduzione della pena principale a trent'anni di reclusione. Per effetto della condanna, il ricorrente subiva l'applicazione della pena accessoria dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici e il suo nome veniva cancellato dalle liste elettorali, così come previsto dall'art. 32 del d.P.R. 20 marzo 1967, n. 223. V. anche N. HERVIEU, *Le droit de vote des détenus: histoire sans fin pour un contentieux décisif*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n. 94, 2013, pp. 433 ss.; S. BUZZELLI, *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo (PARTE I)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 389 ss.; A. GUAZZAROTTI, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2013, pp. 9 ss.; Cfr., più in generale, M. RUOTOLLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, pp. 47 ss.; ID., *Sul problema dell'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, nota a Corte Cost., 7 marzo 2012, n. 46, in *Giur. cost.*, 2012, pp. 684 ss.; ID., *La tutela dei diritti dei detenuti*, in *I diritti dei detenuti e la Costituzione*, collana Quaderni dal carcere, 2009, pp. 90 ss.; ID., *I diritti dei detenuti*, in E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008, pp. 137 ss.

2. segue: *l'ampio margine di apprezzamento*¹³. – 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 EDU¹⁴.

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 successivamente sul caso *Frodl*¹⁵, di un obbligo di determinazione giudiziaria, caso per caso, della necessità della privazione del diritto di voto non ne costituiva un'applicazione, ma un'estensione¹⁶.

In particolare, nel caso *Frodl*, la Corte europea, pur riconoscendo che le restrizioni al diritto di voto previste dalla normativa austriaca erano più circoscritte rispetto a quelle della disciplina inglese (censurata nel caso *Hirst*), ha ritenuto che esse non fossero conformi al requisito di proporzione, enucleato dalla Corte stessa in tale pronuncia. Per i giudici europei, dunque, la privazione del diritto di voto dovrebbe essere una «misura eccezionale» anche quando sia disposta nei confronti dei detenuti e che, quindi, «deve essere accompagnata da

¹³ Sul margine di apprezzamento, cfr. anche *infra* §4.

¹⁴ COLELLA, *La Grande Camera della Corte EDU nel caso Scoppola* (n.3), cit.

¹⁵ Corte EDU, sent., *Frodl c. Austria*, 8. 4. 2010, ric. n. 20201/04. Precisa COLELLA, *Terza condanna dell'Italia a Strasburgo*, cit., nella sentenza *Frodl c. Austria*, la Corte aveva affermato che la privazione del diritto di voto non può considerarsi legittima laddove manchi un apprezzabile nesso tra la misura, da un lato, e la condotta e le condizioni personali dell'autore del reato, dall'altro; sicché la sua applicazione dev'essere accompagnata da adeguata motivazione in ordine alle ragioni per le quali, alla luce delle circostanze specifiche del caso concreto, la stessa si sia resa necessaria.

¹⁶ PITEA, *Sul diritto di voto dei condannati e dei detenuti*, cit., p. 665.

¹⁷ BEDUSCHI, in A. COLELLA - L. BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto a libere elezioni* (art. 3 Prot. 1), cit., pp. 329-330.

una motivazione adeguata in ordine alle ragioni per le quali la stessa si è resa necessaria», alla luce delle specifiche circostanze del caso concreto. Lungi dall'affermare alcun principio generale per cui i condannati a pena detentiva debbano conservare sempre e comunque il loro diritto di voto (e se ne sono stati privati devono essere messi in condizioni di poterlo nuovamente esercitare), la Corte riconosce che la privazione di cui si tratta possa rispondere ad esigenze legittime di prevenzione generale, del rafforzamento del senso civico dei detenuti e del rispetto, da parte di questi ultimi, delle regole dello Stato di diritto, purché essa non consegua automaticamente alla condanna a pena detentiva, senza un accertamento giurisdizionale (motivato) della proporzione intercorrente tra la misura di tale privazione, la condotta dell'autore del reato e le peculiarità del caso concreto¹⁷.

Appare comprensibile, allora, il motivo per cui, la Grande Camera, di fronte alle critiche avanzate dal governo inglese, si ergeva in difesa del proprio operato¹⁸ e decideva di ribaltare completamente il giudizio espresso dalla Seconda Sezione in merito alla compatibilità con l'art. 3 Prot. 1 CEDU della disciplina italiana sull'interdizione dai pubblici uffici, da cui discende, ex art. 28, co. 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 evidenziato 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

¹⁸ PITEA, *Sul diritto di voto dei condannati e dei detenuti*, cit., p. 665.

attivo possa dirsi, nel caso di specie, proporzionata ai sensi dell'art. 3 Prot. 1¹⁹.

La Corte, pertanto, rigettava l'argomentazione avanzata dal Regno Unito e ribadiva la validità del precedente *Hirst*, (seppur restringendone la portata) con l'ulteriore constatazione che nessuna convergenza si era, nel tempo, realizzata tra gli ordinamenti degli Stati contraenti in seguito a tale sentenza, i cui principi rimanevano pienamente validi ed attuali²⁰.

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)²¹. E' appena il caso di precisare che il margine di apprezzamento costituisce una sorta di zona franca, riservata agli Stati contraenti per l'adozione di misure derogatorie alle norme convenzionali, interferenti con le disposizioni della CEDU, anche se, neppure dall'art. 15 della Convenzione, è possibile ricavare una nozione puntuale di tale principio derogatorio.

¹⁹ COLELLA, *La Grande Camera della Corte EDU nel caso Scoppola (n.3)*, cit. L'A. precisa come, per suffragare ulteriormente il proprio orientamento, la Corte EDU abbia rilevato che molti detenuti, in Italia, conservano il diritto di votare alle elezioni politiche e, soprattutto, che la legge prevede l'istituto della riabilitazione tramite cui poter riacquistare il diritto di elettorato attivo.

²⁰ PITEA, *Sul diritto di voto dei condannati e dei detenuti*, cit., p. 665. L'A. sottolinea come la Corte, citando il noto caso *Christine Goodwin*, ribadisca che, per giustificare un mutamento nel proprio orientamento – non solo in senso *evolutivo*, ma come risulta dal contesto dell'affermazione, anche eventualmente nel senso di un *restringimento* nella tutela dei diritti individuali – essa deve avere riguardo all'esistenza di un «*evolving convergence* [negli ordinamenti degli Stati contraenti] as to the standars to be achieved» (Corte EDU, GC, *Christine Goodwin c. Regno Unito*, sentenza del 11 luglio 2002, par. 74). Per un'analisi critica della vicenda v. anche pp. 666-668.

²¹ COLELLA, *La Grande Camera della Corte EDU nel caso Scoppola (n.3)*, cit.

In sostanza, esso corrisponde ad un atteggiamento di *self restraint* da parte della Corte, la quale, chiamata a valutare una misura statale, nel raffronto con la legislazione CEDU, una volta rilevato un eventuale contrasto tra la disposizione convenzionale e quella nazionale, può astenersi dallo *iuris dicere*, in base al sistema stesso della CEDU che prevede che gli Stati possano far uso di una certa discrezionalità nel maneggiare la materia dei diritti fondamentali, avvalendosi delle deroghe e delle clausole di interferenza previste dalla Convenzione. Alla Corte, spetta, dunque, il compito di tracciare un confine tra misure derogatorie ammesse (in quanto ricomprese nel margine di apprezzamento) e misure non ammesse (in quanto poste al di là di detto margine). Il punto problematico è quello di conciliare l'interpretazione conforme delle norme convenzionali con le diversità giuridiche, culturali e sociali dei singoli Stati contraenti, creandosi le condizioni per una dialettica tra esigenze unitarie 'europee' e rispetto delle diversità nazionali²².

In quest'ottica, la Grande Camera ha riscontrato come il legislatore italiano, nell'ambito del proprio margine di apprezzamento, abbia 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 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 inglese²³.

²² F. M. FERRARI, *La pena accessoria della perdita dell'elettorato attivo nella sentenza Scoppola della Grande Camera: la Cedu salva gli effetti distorsivi dell'automatismo sanzionatorio*, in Europeanrights.eu, 2012, pp. 3-5.

²³ COLELLA, *La Grande Camera della Corte EDU nel caso Scoppola (n.3)*, cit. Si condivide con l'A. l'osservazione secondo cui appare piuttosto difficile pensare che la lettura restrittiva del precedente *Hirst* e il *revirement* rispetto alla decisione della Sezione Seconda nel caso *Scoppola* (n. 3) non abbiano niente a che vedere con le reazioni fortemente critiche che la sentenza *Greens e M.T. c. Regno Unito* ha suscitato nell'opinione pubblica inglese e soprattutto con il dibattito sull'opportunità di denunciare la Convenzione europea dei diritti umani e uscire da Consiglio d'Europa, proprio per sottrarsi alle indebite «ingerenze» della Corte EDU.

3. *La privazione del diritto di voto dei detenuti e la legislazione italiana.* - Da quanto sin qui rilevato, emerge incontrovertibilmente, come già detto, il ruolo ‘strumentale’ avuto dal caso *Scoppola c. Italia* (n. 3) nelle decisioni Convenzionali in materia di *disenfranchisement*. In particolare, la normativa italiana concernente la privazione del diritto di elettorato attivo dei condannati, prima censurata dalla Sezione Seconda e poi salvata dalla Grande Camera, è stata raffrontata, in termini di compatibilità, con il parametro derivante dall’art. 3 Prot. 1 CEDU: si ritiene opportuna, pertanto, una breve disamina delle disposizioni normative di riferimento²⁴.

Circa la legislazione domestica, le disposizioni di interesse sono quelle di cui agli artt. 19, 20, 28 (in particolare, co. 2, n. 1; commi 3 e 4) e 29 del Codice penale, dal combinato disposto delle quali si evince che l’interdizione dai pubblici uffici costituisce una pena accessoria che come tale consegue direttamente alla condanna, annoverandosi tra gli effetti penali di essa; dall’interdizione dai pubblici uffici deriva la privazione del diritto di elettorato attivo e passivo²⁵.

Essa, inoltre, può essere *perpetua* come conseguenza automatica della condanna in alcune ipotesi previste dalla legge che sono individuate in base alla gravità della pena principale (ergastolo o reclusio-

²⁴ Si noti che per i detenuti che mantengono il diritto di votare sono predisposte delle particolari procedure in capo all’ordinamento penitenziario affinché tale diritto possa essere anche regolarmente esercitato, cfr. *Circolare n. 6/2013* del Ministero dell’Interno per le elezioni del 24 e 25 febbraio 2013 in relazione al funzionamento dei seggi speciali e la *circolare n. 4/2013* del Ministero della Giustizia con cui si invitano le istituzioni penitenziarie a verificare che i detenuti che possono votare abbiano la tessera elettorale e che siano predisposte tutte le misure necessarie per garantire il regolare esercizio di tale diritto. E’ appena il caso di accennare, in questa sede, a come la tutela dei diritti dei detenuti abbia, di recente, ottenuto maggiore attenzione rispetto al passato e a quanto ancora l’Italia debba fare per risultare immune da censure in tal senso, si pensi alla sentenza Corte EDU, Sez. seconda, *Torreggiani c. Italia*, del 8 gennaio 2013, divenuta definitiva il 27 maggio successivo, avendo la Grande Camera rigettato la richiesta di nuovo esame avanzata dal Governo italiano e la sentenza della “nostra” Corte Costituzionale del 22 novembre, n. 279 con cui si lanciano imprescindibili moniti al legislatore, cfr. G. LEO, *Sovraffollamento carcerario: dalla Corte costituzionale una decisione di inammissibilità con un severo monito per il legislatore*, in penalecontemporaneo.it (25.11.2013).

²⁵ COLELLA, *Terza condanna dell’Italia a Strasburgo*, cit.

ne non inferiore a cinque anni), ad una dichiarazione di pericolosità qualificata (abitudine, professionalità nel delitto o tendenza a delinquere), o negli altri casi espressamente previsti dalla legge, oppure *temporanea* (non inferiore ad un anno, né superiore ai cinque) di durata fissa quinquennale nel caso di condanna alla reclusione non inferiore a tre anni ovvero di durata pari a quella della pena principale nel caso di condanna per un delitto realizzato con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione o a un pubblico servizio (ex artt. 31 e 37 c.p.); da ultimo, eccezionalmente, essa può derivare dalla condanna per specifici delitti qualunque sia l'entità della pena inflitta (ad esempio, art. 371, co. 3, c.p., falso giuramento della parte; art. 373, co. 2, c.p., falsa perizia o informazione; art. 377, ult. co., intralcio alla giustizia, ecc.)²⁶.

Le pene accessorie sono diverse, nella loro tipologia, a seconda che siano applicate in conseguenza della condanna per la commissione di delitti o di contravvenzioni (art. 19 c.p.), tutte però, secondo quanto si legge nell'inciso dell'art. 20 c.p., e a differenza delle pene principali che sono inflitte dal giudice con sentenza di condanna, «conseguono di diritto alla condanna quali effetti penali della stessa»²⁷. Quest'ultima frase ha fatto sì che tali pene venissero ritenute dalla dottrina dominante²⁸ caratterizzate dall'automaticità, cioè dalla loro incondizionata ed obbligatoria applicazione, senza un'esplicita pronuncia giudiziale (sempre che se ne riscontrino i presupposti di legge). Una parte minoritaria della dottrina, invece, preferisce parlare di complementarietà o accessorietà astratta²⁹, in quanto, sussistono anche

²⁶ A. TOMASELLI, sub *art. 29*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI - G. MARINUCCI, Tomo I, Milano, 2011, pp. 335-336.

²⁷ A. MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo. Una proposta de iure condendo*, Torino, 2008, p. 77.

²⁸ S. LARIZZA, *Le pene accessorie*, Milano, 1986, pp. 81, ss.; ID., *Effetti penali*, in *Dig. pen.*, vol. IV, 1990, p. 203. V. anche G. CERQUETTI, voce *Pene accessorie*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, pp. 822 ss.

²⁹ P. PISA, *Le pene accessorie. Problemi e prospettive*, Milano, 1984, pp. 8-10.

ipotesi in cui la comminatoria della pena accessoria permane nella discrezionalità del giudice (ad esempio, art. 32, co. 3, c.p.)³⁰.

Circa i rapporti tra pene accessorie e rieducazione del condannato, il problema preliminare è quello relativo alla riconducibilità delle pene accessorie al principio espresso dall'art. 27, co. 3, Cost.

Secondo la tesi per cui il Costituente intese riferirsi solo alle pene principali, se non addirittura solo a quelle detentive, la riconducibilità in questione andrebbe esclusa³¹.

In un'ottica, invece, opposta alla precedente, l'art. 27, co. 3, Cost., interesserebbe non solo le pene principali, ma anche, almeno, quelle pene accessorie che incidano su aspetti della libertà personale.

Tale norma costituzionale rappresenterebbe una garanzia minima volta ad impedire la configurazione di pene accessorie che rendano impossibile il reinserimento sociale del condannato, precluden-

³⁰ MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo*, cit., 78, e bibliografia ivi citata; A. TOMASELLI, sub art. 20, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI - G. MARINUCCI, Tomo I, Milano, 2011, pp. 301-303, il quale sottolinea come l'art. 20 c.p. accomuni le pene accessorie agli effetti penali della condanna, ricomprendendole fra questi. Nonostante, però, una parziale coincidenza tra effetti penali e pene accessorie, rimane controverso, in dottrina, in base a quali criteri si possano distinguere gli uni dagli altri, per un approfondimento sul tema, G. CERQUETTI, *Gli effetti penali della sentenza di condanna*, Padova, 1990, pp. 20 ss.; P. FRISOLI, *Effetti penali della sentenza di condanna*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, 1965, pp. 408 ss.; S. RIONDATO, sub art. 20, in *Codice penale commentato con la giurisprudenza*, a cura di A. CRESPI - G. FORTI - G. ZUCALÀ, Padova, 2013, p. 140, in cui si afferma come la perdita dell'elettorato costituisca non un effetto penale della condanna, ma una pena accessoria, in quanto particolare modo di essere della pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici, di cui segue direttamente ed inscindibilmente la sorte, venendo meno, quindi, soltanto per effetto delle cause che estinguono la pena interdittiva, fra le quali non è compreso l'esito positivo dell'affidamento in prova al servizio sociale che, invece, estingue soltanto la pena detentiva ed ogni altro effetto penale, ma non le pene accessorie (Cass. Civ., Sez. I, 28 ottobre 2008, n. 25896).

³¹ A. TOMASELLI, sub art. 19, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI - G. MARINUCCI, Tomo I, Milano, 2011, p. 293; P. DE FELICE, *Natura e funzioni delle pene accessorie*, Milano, 1988, p. 85; R. A. FROSALI, *Pena accessoria*, in *Nss. dig. it.*, vol. XIII, 1965, pp. 836 ss.; P. NUVOLONE, *Pena (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXII, 1982, p. 787; P. PISA, *Pene accessorie*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXII, 1990, pp. 1 ss.; F. PALAZZO, *Le interdizioni nella prospettiva delle misure alternative alla pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, pp. 190 ss.

dogli una gamma troppo vasta di attività; altrimenti, le pene accessorie potrebbero divenire strumento per aggirare i principi di garanzia stabiliti dalla Costituzione, specie nel momento in cui le scelte di politica criminale del legislatore le possano portare ad assumere un ruolo di maggior rilievo nel sistema penale³².

Altro problema è se le pene accessorie così come previste dal nostro legislatore siano idonee a perseguire la finalità rieducativa della pena di cui all'art. 27, co. 3, Cost., individuabile nell'aiuto che lo Stato dovrebbe prestare al condannato per il superamento o per l'attenuazione dei fattori che lo hanno indotto a delinquere³³. Il sospetto contrasto non si porrebbe per quelle pene accessorie, come le interdizioni professionali, che sono caratterizzate dalla finalità di prevenzione del pericolo di nuovi reati e che trovano giustificazione nel tipo di reato commesso. Diversamente, sarebbe invece per le pene accessorie c.d. 'infamanti', come l'interdizione dai pubblici uffici che consegue all'entità della pena principale irrogata: si obietta, infatti, che tali specie di pene accessorie, oltre a marchiare il reo come 'indegno' anche dopo l'esecuzione della pena principale, per l'ampio spettro degli effetti, il carattere perpetuo e la scarsa 'flessibilità' della disciplina, ostacolerebbero il reinserimento del condannato nel contesto sociale, fino a renderlo assolutamente velleitario³⁴.

Nonostante le questioni di legittimità costituzionale siano state ritenute infondate, seri dubbi di legittimità costituzionale continuano a persistere, per quel che qui interessa, per il carattere della perpetuità della privazione del diritto di elettorato attivo e passivo e di ogni altro diritto pubblico, conseguenza 'accessoria' della pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici, specialmente con riferimento alla quantità dei casi cui essa consegue, all'ampiezza dei suoi effetti e ai

³² TOMASELLI, sub art. 19, in *Codice penale commentato*, cit., p. 293; PISA, *Le pene accessorie*, cit., pp. 21-24; F. PAZIENZA, *Brevi riflessioni sulla costituzionalità delle pene accessorie*, in *Arch. pen.*, 1970, II, p. 301; A. VIRGILIO, *Le pene accessorie nel momento attuale*, Napoli, 1991, pp. 117 ss.

³³ TOMASELLI, sub art. 19, in *Codice penale commentato*, cit., p. 293; E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, pp. 175 ss.

³⁴ TOMASELLI, sub art. 19, in *Codice penale commentato*, cit., pp. 293-294; LARIZZA, *Le pene accessorie*, cit., pp. 387 ss.; PISA, *Le pene accessorie*, cit., p. 21.

rischi di definitiva emarginazione che essa comporta³⁵. Tanto più che, se per un verso, si potrebbe affermare che la privazione del diritto di voto non ‘tenda’ alla rieducazione, proprio perché preclude al condannato un momento peculiare altamente educativo, volto a favorire l’assorbimento di valori civici e l’assunzione di responsabilità verso la comunità; per l’altro verso, si potrebbe sostenere l’esatto contrario e

³⁵ A. TOMASELLI, sub *art. 28*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI - G. MARINUCCI, Tomo I, Milano, 2011, pp. 334-335, in particolare, l’A. sottolinea come il dubbio di costituzionalità di tale pena accessoria affligga soprattutto i casi in cui la pena perpetua consegua a pena principale temporanea, nonché all’evidente disparità di trattamento che deriverebbe dalla ben maggiore afflittività di essa nei confronti del pubblico dipendente rispetto al dipendente privato; v. anche LARIZZA, *Le pene accessorie*, cit., p. 113; MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo*, cit., p. 89. Va precisato come sia stata ritenuta manifestamente infondata, in relazione all’art. 27 Cost., la questione di legittimità costituzionale degli artt. 28 e 29 c.p. sotto il profilo che la pena accessoria dell’interdizione perpetua dai pubblici uffici sarebbe in contrasto con il principio secondo cui le pene non devono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità, ma devono tendere alla rieducazione del condannato. Esclusa, come ha fatto la Corte Costituzionale con la sentenza n. 264/74, l’illegittimità dell’ergastolo, a maggior ragione deve essere esclusa quella della pena accessoria perpetua; soprattutto la predetta pena può efficacemente contribuire proprio all’emenda del condannato ed al suo reinserimento nel consorzio civile, inducendolo a mantenere la buona condotta richiesta per la riabilitazione, che estingue le pene accessorie, cfr. Cass., Sez. I, 21 marzo 1980, n. 6183, in *Riv. pen.*, 1980, p. 886, la questione è riportata da P. PISA, sub *art. 28*, in *Codice penale commentato con la giurisprudenza*, a cura di A. CRESPI - G. FORTI - G. ZUCCALÀ, Padova, 2013, pp. 187-188 in cui si riferisce anche in merito a quella giurisprudenza volta ad escludere il carattere generale e automatico della compressione del diritto di voto, dovendosi avere riguardo alla pena inflitta nel caso concreto, sulla base dei parametri di cui all’art. 133 c.p. e non alla fattispecie criminosa, e dovendosi comunque, anche a fronte della dichiarata definitività della interdizione dai pubblici uffici, tenere conto della possibilità di applicazione della riabilitazione, ex art. 178 c.p. Né l’esclusione del diritto di voto si pone in contrasto con l’art. 48 Cost., il quale ne prevede limitazioni per effetto di sentenza penale irrevocabile, secondo presupposti e contenuti che, come ritenuto dalla Corte Costituzionale, rientrano nella discrezionalità del legislatore, vincolato solo all’osservanza del principio di razionalità normativa; e nemmeno con l’art. 27, co. 3, Cost., in quanto sfugge al controllo di legittimità l’indagine sulla efficacia rieducativa della pena, mentre la possibilità di disporre a discrezione della pena accessoria in esame fino ad escluderla o graduarla al caso concreto in riferimento ai principi costituzionali postula l’intervento del legislatore.

cioè che la portata rieducativa della privazione del diritto di voto risiederebbe nel fatto che essa induce il condannato a riflettere sull'importanza del diritto che gli è stato tolto e sulle responsabilità legate al suo esercizio³⁶. Dunque, seppure inserita nell'ambito dell'interdizione dai pubblici uffici, una pena accessoria che coinvolge così tanti aspetti, come la privazione del diritto di voto, meriterebbe una riflessione autonoma che prenda le mosse proprio dalle caratteristiche che la tratteggiano³⁷.

4. *Il diritto di voto nella Costituzione italiana e nella Convenzione (art. 3 Prot. n. 1).* – La disciplina penale italiana come sopra delineata viene, quindi, raffrontata, al fine di verificarne la tenuta, col parametro convenzionale costituito dall'art. 3 Prot. 1 CEDU che non sancisce propriamente il diritto di voto, bensì l'impegno delle Alte Parti contraenti a che siano indette, con intervalli ragionevoli, «elezioni libere a scrutinio segreto in condizioni tali da assicurare la libera espressione dell'opinione del popolo sulla scelta del corpo legislativo». Di certo, il tenore semantico di tale disposizione sembra essere molto meno cogente di quello rinvenibile nella lettura del «nostro» art. 48 Cost., dove, invece, l'espressione «diritto di voto» si staglia nitida nel testo della norma.

In particolare, il co. 1 dell'art. 48 attribuisce un diritto individuale e contemporaneamente definisce un'entità collettiva, il «corpo elettorale», formato da tutti i cittadini, uomini e donne, che abbiano raggiunto la maggiore età, cui viene affidato in concreto l'esercizio della sovranità popolare. Proprio in questa duplice funzione si manifesterebbe quell'ambivalenza con cui, tradizionalmente, si individua la natura giuridica del voto, sempre in bilico tra esercizio di un diritto

³⁶ B. BRANCATI, *Una riflessione sulla privazione del voto per effetto di sentenza penale irrevocabile*, in A. GABOARDI - A. GARGANI - G. MORGANTE - A. PRESOTTO - M. SERRAINO (a cura di), *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Torino, 2013, p. 432 e pp. 436-438 per alcune riflessioni critiche in merito alla legittimità costituzionale dell'art. 29 c.p.

³⁷ BRANCATI, *Una riflessione sulla privazione del voto per effetto di sentenza penale irrevocabile*, cit., p. 442.

innato dell'individuo ed esercizio di una pubblica funzione collettivamente attribuita³⁸.

Due sono, infatti, le principali concezioni teoriche della capacità elettorale (e degli altri diritti politici) strettamente connesse a precise visioni politico-ideologiche del rapporto tra Stato ed individuo, che si sono fronteggiate negli ultimi tre secoli e che ancora continuano a dominare il campo: i giusnaturalisti identificano nell'elettorato attivo un diritto naturale dell'individuo, non limitabile (se non a ben precise condizioni) da parte dello Stato³⁹. Viceversa, la scuola giuspubblicistica tedesca dell'Ottocento respinge l'idea del voto come diritto naturale ed elabora la teoria funzionalistica del voto: «Eleggere è una funzione statale, il cui subietto non può mai essere l'individuo come tale. Da tutta la procedura dell'elezione, regolata esclusivamente dal diritto obiettivo, non può discendere alcun diritto subiettivo a favore di chicchessia»⁴⁰.

Una posizione intermedia, volta a superare la persistente dicotomia voto-diritto inviolabile/voto-pubblica funzione, propone l'unificazione dei due concetti all'interno del circuito democratico, nel quale il singolo individuo (che è il solo e vero «centro di imputazione dei valori costituzionali») partecipa ad una fondamentale funzione collettiva, esprimendo, come membro del corpo elettorale, la propria volontà elettiva con effetti giuridicamente vincolanti⁴¹.

Il co. 4 dell'art. 48 Cost. circoscrive, invece, costituzionalmente il potere del legislatore di porre limitazioni al diritto di voto, preve-

³⁸ E. GROSSO, sub art. 48, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI, vol. I, Torino, 2006, p. 964.

³⁹ F. FURLAN, sub art. 48, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. BARTOLE - R. BIN, Padova, 2008, p. 485, secondo cui i diritti di partecipazione politica, attraverso cui l'individuo contribuisce alla formazione della volontà politica statale, rappresentano, nei *Two Treaties of Government* di J. Locke, il corrispettivo per la rinuncia alla libertà naturale, concretizzatasi con il contratto sociale, mentre Rousseau considera il diritto di votare in ogni atto di sovranità un «diritto che niente può togliere ai cittadini» (J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, 2002, IV, p. 165).

⁴⁰ FURLAN, sub art. 48, in *Commentario breve alla Costituzione*, cit., p. 485, il quale riproduce, nel virgolettato, la frase di G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, 1912, p. 153.

⁴¹ FURLAN, sub art. 48, in *Commentario breve alla Costituzione*, cit., p. 486.

dendo specifici casi di incapacità elettorale («[...] per incapacità civile o per effetto di sentenza penale irrevocabile o nei casi di indegnità morale indicati dalla legge»). La formulazione di tale norma («Il diritto di voto *non può* essere limitato *se non* [...]») obbliga, da un lato, ad una interpretazione restrittiva delle singole ipotesi in cui gli elettori possono essere privati del diritto di voto, e affida, dall'altro lato, al legislatore ordinario il potere di apprezzare discrezionalmente, all'interno di tali ipotesi, se operare effettivamente tale limitazione (stante l'uso del verbo *può*)⁴². Dalla disposizione costituzionale si evince, comunque, l'attribuzione al legislatore di un certo tasso di discrezionalità, mediante la formulazione di prescrizioni «aperte», che non impediscono al Parlamento di determinare in concreto i confini dell'esclusione, *purché tale determinazione avvenga per categorie generali e non attraverso disposizioni ad personam*⁴³.

⁴² GROSSO, sub art. 48, in *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 974.

⁴³ GROSSO, sub art. 48, in *Commentario alla Costituzione*, cit., pp. 974-975, il quale specifica come, a testimonianza della natura «mobile» del potere parlamentare in materia, si deve osservare che il legislatore ha più volte modificato la normativa in materia di incapacità elettorale, pervenendo progressivamente a una sempre maggiore diminuzione delle singole ipotesi di esclusione. Fino al 1978, la legge privava della capacità elettorale gli «interdetti e gli inabilitati per *infermità di mente*», cosicché il diritto di voto non era sottratto agli inabilitati per altre ragioni (coloro che, per prodigalità o abuso abituale di sostanze alcoliche o di stupefacenti, espongono sé o la propria famiglia a gravi pregiudizi economici; i sordomuti; i ciechi dalla nascita o dalla prima infanzia). Inoltre, era prevista la *sospensione* dal diritto di voto «per i ricoverati negli istituti psichiatrici a decorrere dalla data del decreto del tribunale che autorizza in via definitiva la loro ammissione agli istituti suddetti» e fino alla data del decreto con cui il presidente del tribunale avesse autorizzato il loro «licenziamento» dagli istituti stessi. Con l'art. 11, l. n. 180/1978, sono state abrogate entrambe le disposizioni, eliminando così qualsiasi ipotesi di limitazione del diritto di voto per incapacità civile. Ad oggi, pertanto, tale possibilità offerta dalla Costituzione al legislatore risulta «congelata» dallo stesso, il quale ha stabilito, nell'attuale fase storica, di non avvalersene. L'A. precisa come anche in relazione al potere di prevedere limitazioni alla capacità elettorale per effetto di sentenza penale irrevocabile se ne sia limitata nel tempo l'operatività. Sono state, inoltre, abrogate, nel corso degli anni, alcune fattispecie che prevedevano originariamente la sospensione o la cancellazione dalle liste per coloro che erano stati condannati, indipendentemente dalla pena accessoria comminata, a una serie di reati espressamente elencati. Cfr. anche BRANCATI, *Una riflessione sulla privazione del voto per effetto di sentenza penale irrevocabile*, cit., pp. 425 ss.; S. LARIZZA, *Sulla natura giuridica della perdi-*

Come già rilevato in precedenza, rispetto all'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. 1⁴⁴.

ta del diritto di elettorato attivo conseguente all'interdizione dai pubblici uffici a seguito di condanna penale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, pp. 330 ss.; FURLAN, sub art. 48, in *Commentario breve alla Costituzione*, cit., p. 486, anche Egli sottolinea come il legislatore abbia progressivamente ridotto il novero delle limitazioni al diritto di voto: dapprima sono state abrogate le disposizioni che inibivano il voto agli interdetti ed inabilitati per infermità mentale e lo sospendevano a chi fosse ricoverato in istituto psichiatrico; successivamente sono state soppresse le ipotesi che collegavano l'esclusione dalle liste elettorali per cinque anni per coloro che fossero stati condannati per alcuni reati e contravvenzioni (gioco d'azzardo); da ultimo, sono state eliminate le restrizioni a carico degli imprenditori falliti. Ai sensi della normativa vigente (art. 2, d P.R. n. 223/1967) restano esclusi dall'elettorato attivo: coloro i quali sono sottoposti, in forza di provvedimenti definitivi, alle misure di prevenzione di cui all'art. 3, l. n. 1423/1956 (sorveglianza speciale); coloro cui sono applicate misure di sicurezza personali detentive ovvero non detentive (libertà vigilata e divieto di soggiorno in uno o più Comuni o in una o più Province, ex art. 215 c.p.); i condannati a pena che importa la interdizione perpetua dai pubblici uffici; coloro i quali siano sottoposti all'interdizione temporanea dai pubblici uffici, per tutto il tempo della sua durata. Le sentenze penali, inoltre, producono la perdita dell'elettorato attivo solo quando sono passate in giudicato e la sospensione condizionale della pena non ha effetto ai fini della privazione del diritto di elettorato.

⁴⁴ 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, pp. 832-833. L'A. precisa come i diritti politici in senso stretto, e cioè quelli più intimamente legati alla democrazia come forma di governo, non furono inseriti nel catalogo dei diritti garantiti nel timore nutrito da alcuni Stati membri del Consiglio d'Europa di sottoporsi al controllo della Commissione e della Corte in una materia tradizionalmente considerata oggetto del loro dominio riservato.

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 Stati⁴⁵.

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 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 (*categorical balancing* 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

⁴⁵ STARITA, sub *art. 3 Prot. 1*, cit., pp. 842-844.

procedimento⁴⁶. 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 interessato⁴⁷.

5. *Rilievi conclusivi.* – 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 commesso⁴⁸; con la sentenza *Anchugov e Gladkov c. Russia*, con cui la Corte è intervenuta per valuta-

⁴⁶ STARITA, sub *art. 3 Prot. 1*, cit., pp. 844-845. V. anche GROSSO, sub *art. 48*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 978.

⁴⁷ STARITA, sub *art. 3 Prot. 1*, cit., pp. 847-848, secondo cui questa soluzione costituisce un'applicazione, in materia di eguaglianza politica, del principio di non discriminazione, nonché il prodotto di una concezione sostanziale/aperta della democrazia che la Corte reputa sottesa alla CEDU e ai Protocolli e che si caratterizza per il «il pluralismo, la tolleranza e l'apertura mentale» (Corte EDU (Plenaria), *Handyside c. Regno Unito*, sentenza del 7 dicembre 1976, par. 50). Tali caratteristiche non ammettono che un detenuto perda i suoi diritti solo a causa del suo *status* (*Hirst*, cit., par. 70, ma anche *Frodl*, cit., par. 34-35).

⁴⁸ 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.

re 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 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 materia⁴⁹.

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» evidenziata nelle prime pagine di queste considerazioni 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.

⁴⁹ 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); v. anche *Söiler c. Turchia*, sentenza del 17 settembre 2013, in cui la Corte ribadisce che la privazione del diritto di voto come conseguenza di una condanna penale è illegittima se caratterizzata da una applicazione automatica e se non è giustificata da uno specifico nesso funzionale tra sanzione e reato commesso, in *Monitoraggio Corte EDU Settembre 2013*, penalecontemporaneo.it (10.12.2013); SARTARELLI, *La giurisprudenza della Corte EDU in materia di disenfranchisement ovvero sulla privazione del diritto di voto dei detenuti*, cit., pp. 6-8; ID., *La Corte EDU e il diritto di voto dei condannati*, cit., pp. 13-15.

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 costituzionale⁵⁰.

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. Non v'è chi non veda come tale distinzione, astrattamente plausibile, appaia 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 norme).

La conseguente condanna dello Stato contraente per la violazione occorsa nel caso concreto presuppone, dunque, uno scrutinio tutto normativo, in cui la legge nazionale – addirittura, di rango costituzionale – viene testata in rapporto alla Convenzione⁵¹.

Quanto statuito nella sentenza *Anchugov e Gladkov c. Russia* dalla Corte EDU rispetto all'ampiezza del suo sindacato non fa che riproporre l'annosa questione concernente i rapporti tra le fonti, interne ed europea, e soprattutto, finisce per adombrare nettamente il principio consolidato nella giurisprudenza nostrana sin dalle sentenze ge-

⁵⁰ ZIRULIA, *La privazione del diritto di elettorato attivo a seguito di condanna penale*, cit.

⁵¹ ZIRULIA, *La privazione del diritto di elettorato attivo a seguito di condanna penale*, cit., il quale sottolinea come la stessa Corte pare confermare questa lettura nel momento in cui suggerisce alla Russia di procedere alla revisione costituzionale del divieto di elettorato per i condannati o di adottarne una interpretazione conforme al diritto di Strasburgo.

melle del 2007 che assegna alle disposizioni convenzionali il rango di norma interposta, ai sensi dell'art. 117 Cost., dal quale deriva che la Convenzione ha rango superiore alla legge primaria, ma inferiore all'intera Costituzione italiana, ciò che si tradurrebbe nella preclusione per il giudice di Strasburgo di un qualsivoglia sindacato avente ad oggetto le norme della Costituzione italiana⁵².

⁵² ZIRULIA, *La privazione del diritto di elettorato attivo a seguito di condanna penale*, cit. Per approfondimenti, cfr.: R. DICKMANN, *Corte Costituzionale e controlimiti al diritto internazionale. Ancora sulle relazioni tra ordinamento costituzionale e Cedu (dalle sent. nn. 348-349 del 2007 alla sent. n. 264 del 2012)*, in federatismi.it, Focus Human Rights, (15.9.2013), pp. 1 ss.; V. VALENTINI, *Case-Law convenzionale, cultura dei controlimiti e giustizia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1, 2014, pp. 295 ss. e riferimenti bibliografici ivi indicati, tra i tanti: V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, pp. 14 ss.; L. CAPPUCCIO, *Differenti orientamenti giurisprudenziali tra Corte EDU e Corte costituzionale nella tutela dei diritti*, in C. DECARO - N. LUPO - G. RIVISECCHI (a cura di), *La "manutenzione" della giustizia costituzionale. Il giudizio sulle leggi in Italia, Spagna e Francia*, Torino, 2012, pp. 65 ss.; A. MORRONE, *Sui rapporti tra norme della CEDU e ordinamento costituzionale*, in L. MEZZETTI - A. MORRONE (a cura di), *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, Torino, 2011, pp. 189 ss.; F. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole. Un nuovo tassello nella complicata trama dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU: riflessioni in margine alla sentenza n. 236/2011*, in penalecontemporaneo.it, (6.9.2011), pp. 20 ss.; ID., *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in P. CORSO - E. ZANETTI (a cura di), *Studi in onore di M. Pisani, II, Diritto processuale penale e profili internazionali. Diritto straniero e diritto comparato*, Milano, 2010, pp. 617 ss.; M. CARTABIA, *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, pp. 3565 ss.; ID., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, in A. BALSAMO - R. E. KOSTORIS (a cura di), in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, pp. 33 ss.; A. ARLOTTA, *La tutela dei diritti dell'uomo a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: rapporti tra normativa interna e CEDU*, in *Giur. merito*, 2011, pp. 525 ss.; C. SOTIS, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto comunitario*, in V. MANES - V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, pp. 109 ss.; M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, pp. 72, ss.; G. INSOLERA, *Luci e ombre del diritto penale vivente. Tra legge e diritto delle Corti*, in AA.VV., *Studi in onore di M. Romano*, IV, Napoli, 2011, pp. 2351 ss.; O. DI GIOVINE, *Ancora sui rapporti tra le*

Stefania Sartarelli

Alla luce di questa decisione della Corte EDU, però, si profila il forte sospetto che il fondamento del «nostro» principio possa essere rimesso in discussione.

galità europea e legalità nazionale: primato del legislatore o del giudice?, in pena-lecontemporaneo.it, (5.11.2012), pp. 19 ss.

SABRINA VANNUCCINI*

JUSTICE FOR STREET CHILDREN:
VILLAGRÁN MORALES ET AL. V. GUATEMALA
AS THE FIRST CASE EVER INVOLVING THE CAUSE
OF THE CHILDREN ABANDONED IN THE STREETS
BEFORE AN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TRIBUNAL

SUMMARY: 1. Who Are «Street Children»? A Concern of Definition. – 2. Guatemalan Background Context of the Case. – 3. Guatemala's Neglected Children: The Guatemalan Law. – 4. Factual Framework: Genesis of the Case. – 5. Street Children's Violated Rights: The Core of the Inter-American Court of Human Rights' Reasoning. – 6. The Historic Reparations Awarded by the Inter-American Court of Human Rights to the Families of the Killed Street Children. – 7. Final Remarks.

«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 desparating) 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».

(A. A. Cançado Trindade)

1. *Who Are «Street Children»? A Concern of Definition.* – The phenomenon of street children constitutes a critical, alarming and escalating problem that is not restricted to poor countries, but experi-

* Ph.D. in International Law and EU Law, University of Florence.

enced worldwide. Millions of children throughout the world live on the street, but there is little understanding of the scale and nature of this phenomenon, and reliable statistics on the number of street children are lacking¹.

A major difficulty in estimating street children population is that definitions of the term «street children» are contested. Who are «street children»? This term is problematic as it can be employed as a stigmatizing label². A commonly accepted definition of street children does not exist, though countless attempts to establish one have been made³. 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, family disintegration due to health or death, peer pressure, hope for a better future, social unrest, regional and country-specific factors⁴.

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.

¹ 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» (see UNITED NATION CHILDREN'S FOUND, *The State of the World's Children 2003*, 2002, p. 40). 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» (see UNITED NATION CHILDREN'S FOUND, *The State of the World's Children 2006 – Excluded and Invisible*, 2005, pp. 40-41). See B. MILNE, *Rights of the Child: 25 Years After the Adoption of the UN Convention*, Heidelberg-New York-Dordrecht-London, 2015, p. 72.

² See M. MAKOFANE, *A Conceptual Analysis of the Label "Street Children": Challenges for the Helping Professions*, 50 *Social work (Stellenbosch. Online)*, 2014, available at <http://dx.doi.org/10.15270/50-1-20>, pp. 134-145.

³ See C. WILLIAMS, *Who Are «Street Children»? A Hierarchy of Street Use and Appropriate Responses*, 17 *Child Abuse and Neglect*, 1993, pp. 831-841.

⁴ See N. D. BARBU, „*Delincventa juvenila – Copiii Strazii*” („*Juvenile Delinquency – Street Children*”), 1 *Pub. Sec. Stud.*, 2012, pp. 104-114; J. TODRES, *Independent Children and the Legal Construction of Childhood*, 23 *S. Cal. Interdisc. L. J.*, 2014, pp. 261-304.

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 Child⁵. 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)⁶.

Up till now, this phenomenon, commonly considered as a «global problem of growing magnitude»⁷, is especially acute in the developing countries of Latin America, where poverty is pervasive and extreme⁸. 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 defend⁹. These children are among the most deprived; they usually have no access to 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 of-

⁵ Adopted by the UN General Assembly in its Resolution 1386 (XIV) of 20 November 1959.

⁶ See T. J. SCANLON - A. TOMKINS - M. A. LYNCH - F. SCANLON, *Street Children in Latin America*, in *316 Bmj*, 23 May 1998, available at www.bmj.com, pp. 1596-1597.

⁷ See U. EWELUKWA, *Litigating the Rights of Street Children in Regional or International Fora: Trends, Options, Barriers and Breakthroughs*, 9 *Yale Hum. Rts. & Dev. L. J.*, 2006, pp. 85-131.

⁸ See P. M. CORREA, *Poverty as a Violation of Human Rights: The Case of Street Children in Guatemala and Brazil*, 10 *Braz. J. Int'l L.*, 2013, pp. 334-352.

⁹ See M. PARE, *Why Have Street Children Disappeared? – The Role of International Human Rights Law in Protecting Vulnerable Groups*, 11 *Int'l J. Child. Rts.*, 2003, pp. 1-32.

ten 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 authorities¹⁰.

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*), in 1999, was the very first case in the history of the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR, Court) where the victims of human rights violations were children, and the first legal and moral pronouncement of the IACtHR directly concerned with the rights of the child¹¹, as well as the first case in which the cause of the children abandoned in the streets was brought before an international human rights tribunal, signifying that international human rights litigation can be a powerful political tool to protect harassed, abused, exploited and victimized children worldwide¹².

¹⁰ See 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 *Buff. J. Pub. Int'l L.*, 1997-1998, pp. 159-193.

¹¹ 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». This article is a specific provision for the protection of the child without parallel in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Liberties (hereinafter ECHR) and the African Charter on Human and People's Rights.

¹² It was the first children murder case in contentious international human

2. *Guatemalan Background Context of the Case.* – The events of the case *Villagrán Morales et al. v. Guatemala* 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. The background to the instant case stood out for gross and systematic human rights violations in general, and for the atmosphere of extreme societal violence that was left deep-rooted in Central America's most populous country, combined with an institutionalised culture of impunity for security forces.

Guatemala was among those countries at the bottom of the list of Latin American countries as regards illiteracy, malnutrition, child labour and trafficking of children, and signalled for illegal adoptions, violence against street children and deficiency of an adequate juvenile justice system. As a State Party to the UN Convention on the Rights of the Child (CRC) since 26 January 1990, the State of Guatemala was one of the first countries to pledge to safeguard children from harm, abuse, exploitation, violence and neglect, but that commitment has borne little fruit. Moreover, Article 51 of the Guatemalan Constitution (*Constitución Política de la República de Guatemala*), in force since 14 January 1986, requires the State to protect the physical, mental and

rights law, the first arbitrary detention case involving children, and the first case dealing with police brutality against street children to come before an international adjudicatory body. It was a terrible example of unprecedented number of grievous human rights breaches committed against children, among which the gross violation of the right to life stood out, and it meant by far the most serious threshold of children torture. See 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, 2004, pp. 57-78; G. CITRONI - T. SCOVAZZI, *«Vos vas a aparecer muerto como aparecieron tus amigos, los demás»*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani – Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, pp. 616-635; R. J. WILSON - J. PERLIN, *The Inter-American Human Rights System: Activities During 1999 Through October 2000*, 16 *Am. U. Int'l L. Rev.*, 2001, pp. 327-331.

moral health of minors, and guarantee their rights to food, health, education, security and social welfare¹³. But, in the late 1980s and early 1990s, violence, murder and torture of street children were usual, and these practices persist to some extent up to today.

Life on the street is frightful for Guatemalan street children. In general, they have little or no education and their health is poor. 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. They 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.

The so-called «*Street Children*» case was 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.

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 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 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

¹³ Artículo 51 (Protección a menores y ancianos) de la Constitución Política de la Republica de Guatemala: «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».

who break the law be «treated» (rather than «punished») by «specialized 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 prisoners¹⁴. 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»¹⁵, a specific protection of children and the elderly¹⁶, a particular protection of orphans and abandoned children, which is a matter of «national interest»¹⁷, and the prohibition of child labour¹⁸.

The Guatemalan Minors' Code of 1979 reflected the social perception of street children as objects in need of protection rather than

¹⁴ Artículo 20 (Menores de edad) de la Constitución Política de la Republica de Guatemala: «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 recluidos en centros penales o de detención destinados para adultos. Una ley específica regulará esta materia».

¹⁵ Artículo 4 (Libertad e igualdad) de la Constitución Política de la Republica de Guatemala: «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».

¹⁶ Artículo 51 (Protección a menores y ancianos) de la Constitución Política de la Republica de Guatemala, *supra* n. 13.

¹⁷ Artículo 54 (Adopción) de la Constitución Política de la Republica de Guatemala: «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».

¹⁸ Artículo 102 (Derechos sociales mínimos de la legislación del trabajo) de la Constitución Política de la Republica de Guatemala: «Son derechos sociales mínimos que fundamentan la legislación del trabajo y la actividad de los tribunales y autoridades: [...] I. 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. Los trabajadores mayores de sesenta años serán objeto de trato adecuado a su edad».

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. 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), 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»¹⁹.

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 punishment²⁰ and isolation²¹ 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

¹⁹ See I. ZARIFIS, *Guatemala: Children Rights Case Wins Judgment at Inter-American Court of Human Rights*, 9 *Hum. Rts. Brief*, 2001, p. 2.

²⁰ See INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, *Report on Corporal Punishment and Human Rights of Children and Adolescents*, 5 August 2009, OEA/Ser.L/V/II.135, Doc. 14.

²¹ See T. R. BIRCKHEAD, *Children in Isolation: The Solitary Confinement of Youth*, 50 *Wake Forest L. Rev.*, 2015, pp. 1-80; L. A. GALLAGHER, *More Than a Time Out: Juvenile Solitary Confinement*, 18 *U.C. Davis J. Juv. L. & Pol'y*, 2014, pp. 244-266.

irregular situation», according to which 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. 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.

Since an irregular conduct was not codified, this fostered arbitrariness, e.g., 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 standards²². 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.

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. 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

²² See S. VANNUCCINI, *When Justice Hurts Youthful Defendants: The Incompatibility of Juvenile Life Sentences with International Human Rights Standards on Juvenile Justice in Mendoza et al. v. Argentina*, in this eBook.

(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);

- 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)²³.

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.

4. *Factual Framework: Genesis of the Case.* – On 15 June 1990, Henry Giovanni Contreras (18 years of age), Federico Clemente Figueroa Túnchez (20 years of age), Julio Roberto Caal Sandoval (15 years of age) and Jovito Josué Juárez Cifuentes (17 years of age) were approached by a pick-up truck and violently apprehended by armed men in civilian clothes (Samuel Rocael Váldez Zúñiga and Néstor

²³ See HUMAN RIGHTS WATCH, *Guatemala's Forgotten Children: Police Violence and Abuses in Detention*, July 1997, available at www.hrw.org/sites/default/files/reports/guatemala1977.pdf.

Fonseca López, identified as members of the National Police Force) descended from the vehicle, in an area of Guatemala City that was infamous for its high rate of crime and delinquency, and large number of street children. 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 (*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, Anstraum Aman Villagrán Morales (17 years of age), 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».

Despite strong evidence to support the plaintiff's case, including ballistics tests linking one policeman directly to the crime, the case was subject to arbitrary consideration, judicial partiality and omission of vital evidence and investigation at every level of the Guatemalan judicial system.

On 15 September 1994, four years after the events, having exhausted all domestic remedies, 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 – 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 Inter-American Commission on Human Rights (hereinafter 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 IACtHR²⁴, 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 Ansträum 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 (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) IACPPT, which define more precisely and extensively the mechanisms of protection established in Article 5 (Right to Humane Treatment) ACHR.

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

²⁴ The IACtHR 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 IACtHR on 9 March 1987, and ratified the Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture (IACPPT) on 29 January 1987.

Guatemala on all counts, i.e. violation of all the provisions mentioned in the petition²⁵.

5. *Street Children's Violated Rights: The Core of the Inter-American Court of Human Rights' Reasoning.* – Firstly, the IACtHR declared its opinion on the alleged infringement of 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 offence²⁶. 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 Euro-

²⁵ See 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.

²⁶ Artículo 6 (Detención Legal) de la Constitución Política de la Republica de Guatemala: «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».

pean 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 ECHR²⁷. 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 protection²⁸. Therefore, the IACtHR concluded that the State had violated Article 7 (Right to Personal Liberty) ACHR, in relation to Article 1(1) (Obligation to Respect Rights) ACHR²⁹ to the detriment of Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez, Julio Roberto Caal Sandoval and Jovito Josué Juárez Cifuentes³⁰.

The Court stressed the particular gravity of the 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 (Right to Life) ACHR³¹, 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 jurisdiction³². The

²⁷ See ECtHR (Judgment) 25 May 1998, *Kurt v. Turkey*, paras. 123-124; ECtHR (Judgment) 18 December 1996, *Aksoy v. Turkey*, para. 76; ECtHR (Judgment) 29 November 1988, *Brogan and Others v. The United Kingdom*, para. 58.

²⁸ See IACtHR (Judgment) 19 November 1999, *Case of the «Street Children» (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala*, para. 135.

²⁹ 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».

³⁰ See IACtHR (Judgment) 19 November 1999, *Case of the «Street Children» (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala*, para. 136.

³¹ Article 4(1) (Right to Life) ACHR: «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».

³² See IACtHR (Judgment) 19 November 1999, *Case of the «Street Children» (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala*, para. 146.

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. 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. The universal acknowledgement of the paramount importance of the right to life has principally referred to the traditional «negative» aspects of this right, i.e. 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: 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. 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 violations³³. 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,

³³ See IACtHR (Judgment) 19 November 1999, *Case of the «Street Children» (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala*, Joint Concurring Opinion of Judges A. A. Cançado Trindade and A. Abreu-Burelli, para. 4.

the duty to prevent its agents from violating it»³⁴. 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. The Joint Concurring Opinion by the Judges A. A. Cançado Trindade and A. Abreu-Burelli elaborated this concept further. Such a comprehensive interpretation of the right to life under Article 4 (Right to Life) ACHR, in connection with Article 1(1) (Obligation to Respect Rights) 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 to the death of persons. In the *cas d'espèce*, there is the aggravating circumstance that the life of the children was already devoid of any meaning, i.e. 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. 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 person³⁵. Consequently, 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 (Right to Life) ACHR, in relation to Article 1(1) (Obligation to Respect Rights) ACHR, to the detriment of Henry Giovanni Contreras,

³⁴ See IACtHR (Judgment) 19 November 1999, *Case of the «Street Children» (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala*, para. 144. See also HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General Comment No. 6: The Right to Life (Art. 6)*, 30 April 1982, para. 3; HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General Comment No. 14: Nuclear Weapons and the Right to Life (Art. 6)*, 9 November 1984, para. 1. See also S. R. KEENER - 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*, 40 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.*, 2009, p. 606.

³⁵ See IACtHR (Judgment) 19 November 1999, *Case of the «Street Children» (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala*, Joint Concurring Opinion of Judges A. A. Cançado Trindade and A. Abreu-Burelli, paras. 3, 8. See also 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, 2004, pp. 1881-1883.

Federico Clemente Figueroa Túnchez, Julio Roberto Caal Sandoval, Jovito Josué Juárez Cifuentes and Ansträum Aman Villagrán Morales³⁶.

The alleged violation of Article 5 (Right to Humane Treatment) ACHR³⁷ was considered by the Court under two aspects: first, whether or not it had been violated to the detriment of the direct victims; 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 to 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 Force³⁸. 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 time³⁹. Not only: 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

³⁶ See IACtHR (Judgment) 19 November 1999, *Case of the «Street Children» (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala*, para. 147.

³⁷ Article 5 (Right to Humane Treatment) ACHR: «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».

³⁸ See CASA ALIANZA, *Informe al Comité de las Naciones Unidas Contra la Tortura; tortura de los niños de la calle en Guatemala 1990-1995*, San José, 1995.

³⁹ See AMNESTY INTERNATIONAL, *Guatemala: Extrajudicial Executions and Human Rights Violations Against Street Children*, AMR 34/37/90, July 1990.

treatment they had received was «extremely aggressive»⁴⁰. 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 aggravate position of vulnerability⁴¹. In this regard, the IACtHR recalled that the simple fact of being placed in the trunk of a car represents a violation of Article 5 (Right to Humane Treatment) 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 place⁴². 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 infringed⁴³. 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 agents⁴⁴. From the victims' families' per-

⁴⁰ See IACtHR (Judgment) 19 November 1999, *Case of the «Street Children» (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala*, para. 162.

⁴¹ See IACtHR (Judgment) 19 November 1999, *Case of the «Street Children» (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala*, para. 163. See also IACtHR (Judgment) 12 November 1997, *Suárez-Rosero v. Ecuador*, para. 90.

⁴² See IACtHR (Judgment) 3 November 1997, *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 (Prohibition of Torture) ECHR («No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment»), which corresponds to Article 5 (Right to Humane Treatment) 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, *Campbell and Cosans v. The United Kingdom*, para. 26.

⁴³ See IACtHR (Judgment) 17 September 1997, *Loayza-Tamayo v. Peru*, para. 57.

⁴⁴ See IACtHR (Judgment) 19 November 1999, *Case of the «Street Children» (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala*, para. 169. The IACtHR adopted the pre-

spective, 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 that the youths «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»⁴⁵. According to the IACtHR, these acts of omission and commission altogether amounted to a violation of Article 5(1), (2) (Right to Humane Treatment) ACHR, in relation to Article 1(1) (Obligation to Respect Rights) ACHR, to the detriment of the victims, and of Article 5(2) (Right to Humane Treatment) ACHR, in relation to Article 1(1) (Obligation to Respect Rights) ACHR, with respect to the victims' mothers and grandmother⁴⁶.

In this judgment, for the first time the Court considered a case with children – specifically street children – as victims of human

sumption 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, *Aksoy v. Turkey*, para. 61; ECtHR (Judgment) 4 December 1995, *Ribitsch v. Austria*, para. 34; ECtHR (Judgment) 27 August 1992, *Tomasi v. France*, paras. 108-111.

⁴⁵ See IACtHR (Judgment) 19 November 1999, *Case of the «Street Children» (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala*, para. 174. See also IACtHR (Judgment) 24 January 1998, *Blake v. Guatemala*, para. 115. See also ECtHR (Judgment) 24 May 1998, *Kurt v. Turkey*, paras. 130-134.

⁴⁶ See IACtHR (Judgment) 19 November 1999, *Case of the «Street Children» (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala*, para. 177.

rights violations, and interpreted Article 19 (Rights of the Child) ACHR⁴⁷. The skeletal wording of this article raised problems for the Court in order to determine exactly its content, because of the lack of definition of the term «child», and of the nature of the protection that is owed to minors. The Court bypassed these gaps by drawing on universal human rights standards⁴⁸. Article 1 CRC provides that 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 Anstrum 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. In the light of Article 19 (Rights of the Child) ACHR, the IACtHR described the situa-

⁴⁷ Article 19 (Rights of the Child) ACHR, *supra* n. 11.

⁴⁸ The definition of child as rights holder under international law is established in the CRC. Article 1 defines «child» for the purposes of interpreting and applying this treaty as «every human being below the age of eighteen years». In this way, the CRC establishes a legal definition of children on the basis of the objective criterion of age. Along the same lines as the CRC, Agreement 182 of the International Labour Organization, on the Worst Forms of Child Labour, establishes in its Article 2 that the term child designates «every person under 18 years of age», as does the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the UN Convention against Transnational Organized Crime (Article 3(d)). In the Inter-American System of Human Rights Protection (IASPHR), there is no standard definition of the child for legal purposes. The American Declaration of the Rights and Duties of Man only provides for protection of the child, but does not define the term (Article VII). Both the IACtHR and the IACommHR have stipulated that the definition of the child is based on the provisions of Article 1 CRC. In the European System of Human Rights Protection, Article 1 of the European Convention on the Exercise of Children's Rights establishes that its provisions shall apply to «children who have not reached the age of 18 years», as does the European Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse. In the African System of Human Rights Protection, Article II of the African Charter on the Rights and Well-Being of Children defines as a child «every human being below the age of 18 years».

tion of children and adolescents abandoned 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»⁴⁹. 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. 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 Article 19 (Rights of the Child) ACHR⁵⁰. With this object, the IACtHR referred to several provisions enshrined in the CRC, which were immediately relevant to this case⁵¹. Special protection obligations in favour of children imply the

⁴⁹ See IACtHR (Judgment) 19 November 1999, *Case of the «Street Children» (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala*, para. 191. See also B. DUHAIME, *Le Système interaméricain et la protection des droits économiques, sociaux et culturels des personnes et des groupes vivant dans des conditions particulières de vulnérabilité*, 44 *Can. Y.B. Int’l L.*, 2006, pp. 147-150.

⁵⁰ See IACtHR (Judgment) 19 November 1999, *Case of the «Street Children» (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala*, para. 194.

⁵¹ See 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».

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».

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

existence of an additional and complementary right of children, supported by the specificity of these obligations incumbent upon States⁵². The «measures of protection» referred to in Article 19 (Rights of the Child) 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 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”»⁵³. 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 (Rights of the Child) ACHR, in relation to Article 1(1) (Obligation to Respect Rights) ACHR, to the detriment of the three minors, Julio Roberto Caal Sandoval, Jovito Josué Juárez Cifuentes and Ansträum Aman Villagrán Morales⁵⁴.

The Court also analyzed this case from the viewpoint of the al-

her liberty before a court or other competent, independent and impartial authority, and to a prompt decision on any such action».

⁵² See F. ORR, *Do Children Require Special Protection under International Human Rights Law?*, 5 *King's Student L. Rev.*, 2014, pp. 43-57.

⁵³ See IACtHR (Judgment) 19 November 1999, *Case of the «Street Children» (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala*, para. 197.

⁵⁴ See IACtHR (Judgment) 19 November 1999, *Case of the «Street Children» (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala*, para. 198.

leged violations of Articles 25 (Right to Judicial Protection)⁵⁵ and 8(1) (Right to a Fair Trial) ACHR⁵⁶. 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, and thus every State is considered internationally responsible for any or all act or omission of any of its organs infringing international obligations⁵⁷. Article 1(1) (Obligation to Respect Rights) ACHR is essential in this regard, and Articles 25 (Right to Judicial Protection) and 8 (Right to a Fair Trial) 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 omissions⁵⁸. It is evident from

⁵⁵ Article 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».

⁵⁶ Article 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».

⁵⁷ See *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries, Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-third session*, UN Doc A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part. 2), in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two, Article 4.

⁵⁸ 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, *Edward v. The United Kingdom*, para. 34; ECtHR (Judgment) 22 April 1992, *Vidal v. Belgium*, para. 33.

Article 1(1) (Obligation to Respect Rights) ACHR that the State has to investigate and punish any violation of the rights and freedoms guaranteed by the ACHR. 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 identify 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 the aforesaid article. 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 must be evaluated as a whole. Therefore, the Court concluded that the State had violated Article 1(1) (Obligation to Respect Rights) ACHR, in relation to Article 8 (Right to a Fair Trial) ACHR, because of the failure to comply with the obligation to undertake effective and adequate investigations of the corresponding facts⁵⁹. Guatemala had also violated Article 1(1) (Obligation to Respect Rights) ACHR, in relation to Article 25 (Right to Judicial Protection) 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 instance⁶⁰.

Finally, this case represented the second finding by the IACtHR

⁵⁹ See IACtHR (Judgment) 19 November 1999, *Case of the «Street Children» (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala*, para. 233. See also C. M. BAILLIET, *Towards Holistic Transnational Protection: An Overview of International Public Law Approaches to Kidnapping*, 38 *Denv. J. Int'l L. & Pol'y*, 2010, p. 592.

⁶⁰ See IACtHR (Judgment) 19 November 1999, *Case of the «Street Children» (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala*, para. 236.

of a violation of the IACPPT⁶¹, in particular of Article 1 (Obligation to Prevent and Punish Torture)⁶², Article 6 (Obligation to Take Effective Measures to Prevent and Punish Torture)⁶³, and Article 8 (Right to Impartial Examination, Investigation and Criminal Process of a Case)⁶⁴ of this instrument. 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 that they had not inquired into it in the practice, though a lot of concurring 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 (Right to Impartial Examination, Investigation and Criminal Process of a Case) 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 proceed-

⁶¹ See IACtHR (Judgment) 8 March 1998, *Case of the «White Van» (Paniagua-Morales et al.) v. Guatemala*, para. 136.

⁶² Article 1 (Obligation to Prevent and Punish Torture) IACPPT: «The States Parties undertake to prevent and punish torture in accordance with the terms of this Convention».

⁶³ 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».

⁶⁴ 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».

ings 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»⁶⁵. Guatemala had not respected these provisions. Consequently, the Article concluded that the State had infringed Article 1 (Obligation to Prevent and Punish Torture), Article 6 (Obligation to Take Effective Measures to Prevent and Punish Torture), and Article 8 (Right to Impartial Examination, Investigation and Criminal Process of a Case) IACPPT to the detriment of Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez, Julio Roberto Caal Sandoval and Jovito Josué Juárez Cifuentes⁶⁶.

6. *The Historic Reparations Awarded by the Inter-American Court of Human Rights to the Families of the Killed Street Children.* – 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.

By applying the second sentence of Article 63(1) ACHR⁶⁷, 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. Usually, the expression «pecuniary damage» or «material damage», may comprise loss of, or detriment to, the income of the victim, the medical ex-

⁶⁵ See IACtHR (Judgment) 21 January 1994, *Gangaram-Panday v. Suriname*, para. 49; IACtHR (Judgment) 20 January 1989, *Godínez-Cruz v. Honduras*, para. 141; IACtHR (Judgment) 29 July 1988, *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, para. 135.

⁶⁶ See IACtHR (Judgment) 19 November 1999, *Case of the «Street Children» (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala*, para. 252.

⁶⁷ 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».

penses 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 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, and 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, which is 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 facts⁶⁸. 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 interest⁶⁹. The lost earnings of the deceased victims had to be paid to the successors, as beneficiaries, of the victims.

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

⁶⁸ The Court based its calculation of the victims' life expectancy on official tables – «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.

⁶⁹ See IACtHR (Judgment) 26 May 2001, *Case of the «Street Children» (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala*, paras. 79, 81.

be assessed in financial terms»⁷⁰. 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. 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 compensation⁷¹. Thus, the IACtHR considered the various aspects of non-pecuniary damage that had been submitted as evidence by the victims' representatives and the IA-CommHR – 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 – 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. The IACtHR took also into account the overall adverse conditions of abandonment endured by the five street children in a high-risk situation and without any protection as regards their future, and the

⁷⁰ See IACtHR (Judgment) 26 May 2001, *Case of the «Street Children» (Vilagrán-Morales et al.) v. Guatemala*, para. 84.

⁷¹ See IACtHR (Judgment) 26 May 2001, *Case of the «Street Children» (Vilagrán-Morales et al.) v. Guatemala*, Separate Opinion of Judge C. V. De Roux Rengifo.

particular circumstances of each of them. The IACtHR also decided the amounts as compensation for the emotional pain and other violations suffered by their mothers and grandmother directly, as well as by their siblings⁷². The value of the respective compensatory payments was determined by the Court assessing them in amounts that were generally higher than those of the penalties imposed on States for reparation of *non-pecuniary damage* in cases previously decided by it⁷³, in confirmation of the fact that the instant ruling on reparations went to the core of the history of the Court, not only as to the condemnation of Guatemala for the horrendous crimes against street children, but also as to the amounts of damage awarded.

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»⁷⁴. 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) ACHR⁷⁵ derive. This provision enshrines the general obligation to bring the domestic law in line with the obligations resulting from the treaty protecting

⁷² See IACtHR (Judgment) 26 May 2001, *Case of the «Street Children» (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala*, paras. 89-93.

⁷³ See IACtHR (Judgment) 26 May 2001, *Case of the «Street Children» (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala*, Separate Opinion of Judge C. V. De Roux Rengifo.

⁷⁴ See IACtHR (Judgment) 26 May 2001, *Case of the «Street Children» (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala*, para. 84.

⁷⁵ 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».

human rights, which the State must comply with, just because it has ratified the said legal instrument⁷⁶. In the judgment on the merits, 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, in order to guarantee the non-repetition of the events such as those under consideration⁷⁷.

Guatemala had also to investigate the facts of the human rights violations declared in the judgment on the merits, 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 caused⁷⁸. 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

⁷⁶ See IACtHR (Judgment) 27 August 1998, *Garrido and Baigorria v. Argentina*, para. 68.

⁷⁷ See IACtHR (Judgment) 26 May 2001, *Case of the «Street Children» (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala*, para. 98. 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 cannot 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.

⁷⁸ See IACtHR (Judgment) 27 August 1998, *Garrido and Baigorria v. Argentina*, para. 72.

subject to its jurisdiction⁷⁹. The Court also reiterated the right of the victims' next of kin to know all the facts⁸⁰ 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 formality⁸¹. 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 relatives⁸².

Another measure of satisfaction ordered by the IACtHR was the exhumation of the body of Henry Giovanni Contreras and the adoption of 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 customs⁸³. As further measure of satisfaction, the IACtHR ordered Guatemala to designate an educational centre with a name allusive to the murdered street children, and to place, in this centre, 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

⁷⁹ See IACtHR (Judgment) 25 November 2000, *Bámaca-Velásquez v. Guatemala*, para. 129; IACtHR (Judgment) 8 March 1998, *Case of the «White Van» (Paniagua-Morales et al.) v. Guatemala*, para. 178.

⁸⁰ See IACtHR (Judgment) 10 September 1993, *Aloeboetoe et al. v. Suriname*, para. 109; IACtHR (Judgment) 20 January 1989, *Godínez-Cruz v. Honduras*, para. 191; IACtHR (Judgment) 29 July 1988, *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, para. 181.

⁸¹ See IACtHR (Judgment) 22 January 1999, *Blake v. Guatemala*, para. 65; IACtHR (Judgment) 20 January 1999, *Suárez-Rosero v. Ecuador*, paras. 79-80; IACtHR (Judgment) 14 September 1996, *El Amparo v. Venezuela*, para. 61.

⁸² See IACtHR (Judgment) 6 February 2001, *Ivcher-Bronstein v. Peru*, para. 186; IACtHR (Judgment) 31 January 2001, *Case of the Constitutional Court v. Peru*, para. 123; IACtHR (Judgment) 8 March 1998, *Case of the «White Van» (Paniagua-Morales et al.) v. Guatemala*, para. 173.

⁸³ See IACtHR (Judgment) 26 May 2001, *Case of the «Street Children» (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala*, para. 102.

to the memory of the victims and to keep it alive, but also of a deterrent effect, in order to raise awareness and avoid the repetition of violations such as those that occurred in the present case⁸⁴.

7. *Final Remarks.* – 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.

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. The Court established the juridical foundations of the enlargement of the notion of victim, till to include the close relatives of the direct victims: 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 justice⁸⁵.

Even if there was no lack of academic literature calling for an expanded conception of the right to life, the novelty of this case is that it was the first case in international human rights jurisprudence to adopt this position concretely⁸⁶. The IACtHR interpreted the right to life in extremely clear, decisive and comprehensive way: it not only

⁸⁴ See IACtHR (Judgment) 26 May 2001, *Case of the «Street Children» (Vilagrán-Morales et al.) v. Guatemala*, para. 103. See also IACtHR (Judgment) 19 June 1998, *Benavides-Ceballos v. Ecuador*, paras. 48.5, 55; IACtHR (Judgment) 10 September 1993, *Aloeboetoe et al. v. Suriname*, para. 96.

⁸⁵ See A. A. CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium – General Course on Public International Law – Part I*, 316 *Rec. des cours*, 2005, p. 280.

⁸⁶ See A. R. HARRINGTON, *Life as We Know It: The Expansion of the Right to Life Under the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights*, 35 *Loy. L. A. Int'l & Comp. L. Rev.*, 2013, pp. 313-341.

considered the «negative» aspects of this right, but it also emphasized the «positive» ones. 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. In this sense, the *Villagrán Morales et al. v. Guatemala* case 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.

For the first time, Article 19 (Rights of the Child) ACHR was the core argument of a case in the IASPHR. By founding the interpretation of the vague and indefinite content of the said article 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. The so-called «*Street Children*» case symbolized a first-rate example of regional case-law integrating the accomplishment mechanism of the CRC, taking into account 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 praise-worthy, innovative and influential approach directed to the improvement and safeguarding of children's rights.

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 specific provisions⁸⁷, in addition to the general international human rights instruments.

This judgment established precedent-setting interpretations of core international treaties affecting the rights of children: it added to the body of regional jurisprudence on grave human rights transgressions and it used all available treaties in the promotion and protection of human rights⁸⁸, to demonstrate that the IASPHR accepts cross-fertilisation of all accessible standards, and indirectly enhances receptivity of its own jurisprudence⁸⁹ by fostering a general climate of re-

⁸⁷ See the UN Declaration of the Rights of the Child of 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); the UN Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty (Havana Rules of 1990).

⁸⁸ See W. D. ANGEL (ed.), *The International Law of Youth Rights – Second Revised Edition*, Leiden, 2015.

⁸⁹ In its General Comment No. 8, the UN Committee on the Rights of the Child explicitly made reference to the IACtHR's highly important Advisory Opinion OC-17/2002 of 28 August 2002 on the *Juridical Condition and Human Rights of the Child*, mainly inspired to the case in question (see COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *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)*, 2 March 2007, UN Doc. CRC/C/GC/8, para 24).

ciprocity within the international human rights community⁹⁰. 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.

The *Villagrán Morales et al. v. Guatemala* case was truthfully pioneering and paradigmatic as to the reparations phase as well. The Court took an incredible step in creating a more structural guarantee for the protection of children, also by ordering ground-breaking and far-reaching remedies, which invoked action not only by the State's executive, but also by the legislature and national tribunals. This case signalled the first time that a judgment involved legal, social, economic and educational remedies. The Court proved its victim-centric approach, by emphasizing the perspective of the centrality of the position of the victims so as to shape adequate non-monetary remedies⁹¹. 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. The case at issue also 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, i.e. the intensity of human suffering and the trauma of what had happened, which had been so deep and pervasive that the close relatives of the killed victims could never return to who they were before.

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

⁹⁰ See INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, *Considerations Related to the Universal Ratification of the American Convention and Other Inter-American Human Rights Treaties*, 14 August 2014, OEA/Ser.L/V/II.152 Doc. 21.

⁹¹ See T. M. ANTKOWIAK, *An Emerging Mandate for International Courts: Victim-Centered Remedies and Restorative Justice*, 47 *Stan. J. Int'l L.*, 2011, pp. 279-332.

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*, found its first instance in the so-called «*Street Children*» 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 damage⁹².

The instant case 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 subjects⁹³. In their Joint Concurring Opinion on the judgment on the merits, the Judges A. A. Cançado Trindade and A. Abreu-Burelli underlined that «the damage to the project of life ought to be integrated to the conceptual universe of reparations under

⁹² See 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, 2008, pp. 421 ff.

⁹³ See S. VANNUCCINI, *Le misure di riparazione decise dalla Corte interamericana dei diritti dell'uomo per violazioni che coinvolgono i minori di età*, LXVIII *La Com. int.*, 2013, pp. 520 ff.

Article 63.1 of the American Convention»⁹⁴. 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(s), the Court expanded the concept of financial compensation so as to provide redress for injuries that were harder to quantify («compensatory reparation»).

However, 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 these 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. It also ordered the State «other forms of reparation» of the kind of the obligations of doing, i.e. 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.

The IACtHR also reaffirmed that the sentence itself was a *per se* form of reparation to the victims because it brought out the truth⁹⁵. This was particularly significant and important for vindicating the memory of the injured parties, such as in the instant case where the

⁹⁴ See IACtHR (Judgment) 19 November 1999, *Case of the «Street Children» (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala*, Joint Concurring Opinion of Judges A. A. Cançado Trindade and A. Abreu-Burelli, para. 8.

⁹⁵ See INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, *The Right to Truth in the Americas*, 13 August 2013, OEA/Ser.L/V/II.152, Doc. 2, pp. 58-62. See also D. GROOME, *The Right to Truth in the Fight Against Impunity*, 29 *Berkeley J. Int'l L.*, 2011, pp. 175-199.

killed street children were labelled juvenile delinquents («honorific reparation»). 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 («preventive reparation»).

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. 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 non-pecuniary or moral 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, 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 right⁹⁶. 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 rights⁹⁷. As a matter of fact, the decision at issue was also a prominent example of the concept of collective reparations (reparations with a

⁹⁶ See Y. OTÁROLA ESPINOZA, *El respeto a los derechos fundamentales reconocidos en tratados internacionales. Los niños de la calle*, 33 *Rev. Chil. Der.*, 2006, pp. 388-389.

⁹⁷ See IACtHR (Judgment) 26 May 2001, *Case of the «Street Children» (Vilagrán-Morales et al.) v. Guatemala*, Separate Opinion of Judge A. A. Cançado Trindade, para 22.

collective dimension) envisaged by the IACtHR, which allowed it to force the State to make amends for human rights breaches that had affected an entire community⁹⁸. 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 was required to adopt the so-called «other forms of reparation», i.e. public or publicly visible measures.

In conclusion, the full significance of the decision in the leading case of *Villagrán Morales et al. v. Guatemala* can be synopsized into the contribution to the «de-legitimation» of State complicity in the execrable crimes against children living on the street, who inhabit marginal social spaces and are vilified as subjects who threaten the civilised order of a city; into the «re-affirmation» of a greater obligation of the State to respect children's personality and to enforce their rights, due to the quintessential vulnerabilities of childhood and to the existence of structural guarantees for the protection of children at international level; and into the «elevation» of the *status* of this particularly weak group of rights holders, by means of the exercise of the right of international individual petition. In consequence, 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 obvious magnitude for the rights of children and an immense potential as a precedent for international human rights jurisprudence.

⁹⁸ See D. CONTRERAS-GARDUÑO, *Defining Beneficiaries of Collective Reparations: The Experience of the IACtHR*, 4 *Amsterdam L. F.*, 2012, pp. 40-57; B. MAYEUX - J. MIRABAL, *Collective and Moral Reparations in the Inter-American Court of Human Rights*, University of Texas, November 2009.

SABRINA VANNUCCINI*

WHEN JUSTICE HURTS YOUTHFUL DEFENDANTS:
THE INCOMPATIBILITY OF JUVENILE LIFE SENTENCES
WITH INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS STANDARDS
ON JUVENILE JUSTICE IN *MENDOZA ET AL. V. ARGENTINA*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Legislative Framework of the Case. – 3. Factual Framework of the Case. – 4. Considerations of the Inter-American Court of Human Rights on the «Conventionality» of Sentencing Individuals to Life in Prison for Crimes They Committed as Minors. – 5. Measures the Inter-American Court of Human Rights Ordered Argentina to Remedy the Consequences of the Life Sentences Imposed on the Victims. – 6. Conclusion.

«[I]mposing punishment of an illegal nature has subjected these young men, by their very existence, to a very serious obstacle to their possibility of growing up in a healthy environment [...]. 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».

(L. D. Sobredo)

1. *Introduction.* – The Argentine Republic is the only Latin American country whose legislation provides for the possibility to sentence juveniles between ages of 16 and 18 to life in prison¹, despite that State being a party to the American Convention on Human Rights (ACHR)², the Convention on the Rights of the Child (CRC)³,

* Ph.D. in International Law and EU Law, University of Florence.

¹ See *Piden a la CorteIDH una condena contra Argentina por la prisión perpetua a menores*, 31 August 2012, available at http://justiciapenaladolescente.blogspot.it/2012_08_01_archive.html.

² The Argentine Republic has been a State Party to the ACHR since 5 September 1984, accepted the contentious jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR, Court) on that same date, and has been a party to the Inter-

and the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)⁴. All these treaties, individually and combined, prohibit the practice of sentencing juveniles to serve life sentences.

The United Nations (UN) has disseminated international legal standards concerned with «juvenile justice» – a term that cover children who come into conflict with the law⁵ – for the treatment of young offenders⁶, through a number of «soft law» declarations, resolutions, recommendations, rules, bodies of principles, codes of conduct and guidelines, which complement the treaties and have significant moral force. These types of UN non-treaty instrument include:

- the UN Declaration of the Rights of the Child of 1959⁷;
- the UN Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (Beijing Rules of 1985)⁸, which focus on a rehabilitative approach to juvenile justice and note that a juvenile justice system must comply with the principle of proportionality;

American Convention to Prevent and Punish Torture (IACPPT) since 31 March 1989. None of the reservation and the declarations made by the State and regarding the ACHR affect the examination of juvenile life imprisonment.

³ The Argentine Republic has signed the CRC on 29 June 1990, and ratified it on 4 December 1990. Neither the reservation nor the declarations made by the State upon signature affect the pertinent articles of the CRC when analysing juvenile life imprisonment.

⁴ The Argentine Republic has signed the ICCPR on 19 February 1968, and ratified it on 8 August 1986. The State has submitted a single understanding on the treaty not affecting the pertinent article that foresees a distinction between juvenile and adult offenders, and affords juveniles special protection.

⁵ See UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Justice in Matters Involving Children in Conflict with the Law – Model Law on Juvenile Justice and Related Commentary*, Vienna, 2013.

⁶ See J. WINTERDYK, *One Size Does Not Fit All: Juvenile Justice in The International Arena and a Call For Comparative Analysis*, 2013 *An. Un. Buc. Drept*, 2013, pp. 36 ff.

⁷ Adopted by the UN General Assembly in its Resolution 1386 (XIV) of 20 November 1959.

⁸ Adopted by the UN General Assembly in its Resolution 40/33 of 29 November 1985.

- the UN Standard Minimum Rules for Non-Custodial Measures (Tokyo Rules of 1990)⁹, which aim to promote the use of non-custodial measures, thus reducing the use of imprisonment, and the safeguards that need to be in place for those sentenced to these measures;
- the UN Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency (Riyadh Guidelines of 1990)¹⁰, which provide guidance on how to prevent juveniles from ever reaching the criminal justice system, including the protection of children who are deemed at risk of juvenile delinquency and implementing measures that can negate these risks;
- the UN Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty (Havana Rules of 1990)¹¹, which apply to juveniles deprived of their liberty in all forms, and seek a holistic approach to juvenile criminal justice with a view to counteracting the detrimental effects of all types of detention and to fostering integration in society;
- the UN Guidelines for Action on Children in the Criminal Justice System (Vienna Guidelines of 1997)¹², which point out and reemphasize the need for children's rights to be respected, and that States should strive to establish and maintain a child/youth-oriented juvenile justice system¹³.

⁹ Adopted by the UN General Assembly in its Resolution 45/110 of 14 December 1990.

¹⁰ Adopted by the UN General Assembly in its Resolution 45/112 of 14 December 1990.

¹¹ Adopted by the UN General Assembly in its Resolution 45/113 of 14 December 1990.

¹² Adopted by the Economic and Social Council (ECOSOC) in its Resolution 1997/30 of 21 July 1997.

¹³ See also the UN Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters, adopted by the ECOSOC in its Resolution 2002/12 of 24 July 2002; the UN Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, adopted by the ECOSOC in its Resolutions 663c (XXIV) of 31 July 1957, and 2076

Particularly relevant are also the Principles and Best Practices on the Protection of Persons Deprived of Liberty in the Americas, promulgated by the Inter-American Commission on Human Rights (IACommHR, Commission) in 2008 in the context of its 131st period of sessions, which are a review of the international standards and the criteria issued by the organs of the Inter-American System of Human Rights Protection regarding persons deprived of liberty. This document specifically focuses on the region and call on the Member States of the Organization of American States (OAS) to «establish by law a series of alternative or substitute measures for deprivation of liberty, duly taking into account the international human rights standards on the topic»¹⁴.

The aforementioned international and regional human rights law and principles informed the IACtHR's analysis of 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 (*privación perpetua de la libertad*) on César Alberto Mendoza, Lucas Matías Mendoza, Ricardo David Videla Fernández and Saúl Cristian Roldán Cajal, and reclusion for life (*reclusión perpetua*) on Claudio David Núñez – for crimes committed while under 18 years of age (all of the victims were 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 youths¹⁵, but rather the imposing of life imprisonment

(LXII) of 13 May 1977; the UN Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-custodial Measures for Women Offenders (Bangkok Rules), adopted by the UN General Assembly in its Resolution 65/229 of 16 March 2011; the UN Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems, adopted by the UN General Assembly in its Resolution 67/187 of 28 March 2013.

¹⁴ See INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, *Principles and Best Practices on the Protection of Persons Deprived of Liberty in the Americas*, 3-14 March 2008, OEA/Ser/L/V/II.131 Doc. 26, Principle III, para. 4.

¹⁵ See A. HUNEEUS, *International Criminal Law by Other Means: The Quasi-Criminal Jurisdiction of the Human Rights Courts*, 107 *Am. J. Int'l L.*, 2013, pp. 1-44.

and reclusion for life on them, in application of a juvenile justice system that allowed adolescent offenders to be treated the same as adult offenders¹⁶. This landmark decision is in line with the progressive developments in the approach to the promotion and protection of children's rights from the Inter-American Human Rights Law and, specifically, with the criteria the IACtHR itself has established regarding the trend to integrate the regional and universal systems of human rights in terms of the notion of *corpus juris* concerning children¹⁷.

2. *Legislative Framework of the Case.* – 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 Argentine dictatorship – it was conceived and promulgated by the last military dictatorship, and not by the democratic institutions of government¹⁸ –, applies nationwide (i.e. in the provincial and national-federal jurisdictions, and in the jurisdiction of the Autonomous City of Buenos Aires), owing to the federal structure of government in Argentina.

The said law retains a system in which juvenile offenders are sentenced and/or released according to the provisions of the adult criminal justice system. In other words, a juvenile convicted of committing crimes that occurred when he was under the age of 18 can be subject to an adult criminal justice system, and sentenced and/or released according to the provisions of the adult criminal justice system, despite the overpowering evidence that a juvenile is mentally, physically, and emotionally different from an adult.

More notably, Law 22,278 makes a distinction between non-punishable and punishable individuals. The first group includes chil-

¹⁶ See N. ESPEJO-YACSIK, *Mendoza v. Argentina: Against the Life Imprisonment for Children*, 23 July 2013, available at ohrh.law.ox.ac.uk.

¹⁷ See S. VANNUCCINI, *La protezione dei minori di età nella prassi della Corte interamericana dei diritti dell'uomo*, LXVIII *La Com. int.*, 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 Com. int.*, 2013, pp. 517-543.

¹⁸ See expert opinion of Liliana Gimol Pinto (merits file, tome II, folio 1469).

dren who have not attained 16 years of age¹⁹. The second group covers children over 16 years of age and under 18 years of age at the time they commit the offence, if they are accused of a offence that is subject to public prosecution and punishable by more than two years' imprisonment²⁰.

¹⁹ Article 1 of Law 22,278: «The child who has not attained 16 years of age may not be punished. Nor may the child who has not attained 18 years of age in the case of offenses subject to private prosecution or punishable by imprisonment of no more than two years, a fine or loss of civil rights. If a minor is accused of an offense, the judicial authority shall take charge of him provisionally, proceed to prove the offense, investigate the minor, his parents, tutor or guardian directly, and order reports and expert appraisals of the child's personality and of the family and the environmental situation. When necessary, he shall place the minor in an appropriate place for a more thorough investigation, but only for as long as is essential. If the studies that are carried out reveal that the minor has been abandoned, is without assistance, in physical or moral danger, or has behavioral problems, the judge shall take charge of him definitively by a court order, following a hearing with the parents, tutor or guardian». See COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 44 of the Convention: Argentina*, 26 February 2002, UN Doc. CRC/C/70/Add.10, para. 615.

²⁰ Article 2 of Law 22,278: «The child from sixteen to eighteen years of age who commits any offence not listed in article 1 may be punished. In such cases, the judicial authority shall submit him to the respective proceedings and take charge of him provisionally during its processing, in order to make it possible to exercise the powers granted by article 4. Whatever the result of the proceedings, if the studies that are carried out reveal that the minor has been abandoned, is without assistance, in physical or moral danger, or has behavioural problems, the judge shall take charge of him definitively by a court order, following a hearing with the parents, tutor or guardian».

Article 3 of Law 22,278: «The decision shall establish: a) The mandatory custody of the minor by the judge, in order to seek his appropriate upbringing by means of his integral protection. To achieve this objective, the judge may order the measures he considers appropriate for the minor, which may always be amended in the interests of the latter; b) The resulting restriction of the exercise of parental authority or tutorship, within the limits imposed and complying with the indications provided by the judicial authority, without prejudice to the continuation of the obligations inherent in the parents or the tutor; c) The decision on guardianship when this is appropriate. The final decision may cease at any time by a court order and shall conclude *ipso jure* when the minor attains his majority».

Article 3 bis of Law 22,278: «In the national jurisdiction, the technical and administrative authority with competence for child welfare shall be responsible for

Law 22,278 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 treatment²¹, 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 offenders²².

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

confinements decided by the judges in application of articles 1 and 3. If appropriate, with adequate justification, the judges may order confinements in other public or private institutions».

Article 4 of Law 22,278: «The sentencing of the minor referred to in the [second] article shall be subject to the following requirements: 1) That criminal or civil responsibility, as applicable, has been declared previously, pursuant to the procedural norms. 2) That the minor has attained eighteen years of age. 3) That the minor has been subject to tutelary treatment for no less than one year, extendible if necessary until he attains his majority. Once these requirements have been met, if the facts, the minor's background, the result of the tutelary treatment, and the direct impression made on the judge make it necessary to apply a sanction, the judge shall decide this, but may reduce the punishment to that applicable to attempted offences. Conversely, if application of a punishment is unnecessary, the minor shall be acquitted, in which case the requirement under the [... second] paragraph can be dispensed with».

²¹ In conformity with the law in question, the judicial authority is empowered to provide tutelary measures for a child who commits an offence during the investigation and the processing of the proceedings, regardless of his or her age. No time frame or limit is established for the measures that are ordered, on a discretionary basis, for child offenders. See 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.

²² Upon attaining 18 years of age, and after tutelary treatment for at least one year, the judge may impose one of the punishments established in the National Criminal Code (namely, reclusion for life or life imprisonment).

80)²³ with no possibility of parole for 20 years (Article 13)²⁴, 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 appropriate²⁵.

3. *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

²³ Article 80 of the National Criminal Code: «Reclusion for life or life imprisonment shall be imposed, allowing for the application of the provisions of Article 52, to a person who has committed murder: [...] 7) To prepare, facilitate, perpetrate or conceal another offense or to ensure its results or to seek impunity for oneself or another, or for not having achieved the intended objective when attempting another offense [...]».

See also Article 44 of the National Criminal Code: «[...] If the sentence is to reclusion for life, the sentence for an attempted offense shall be fifteen to twenty years' reclusion. If the sentence is to life imprisonment, the sentence for an attempted offense shall be ten to fifteen years' imprisonment [...]».

²⁴ Article 13 of the National Criminal Code: «The person sentenced to life imprisonment or to reclusion for life who has served twenty years of the sentence, [...] routinely respecting prison rules may obtain his or her liberty by judicial decision, following the report of the head of the establishment, on the following conditions [...]».

See also Article 14 of the National Criminal Code: «Repeat offenders shall not be granted parole».

²⁵ See COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 44 of the Convention: Argentina*, 11 June 2010, UN Doc. CRC/C/ARG/CO/3-4. See also G. F. KNOBLACH, *César Alberto Mendoza et al. v. Argentina: Argentina is Violating International Law by Sentencing Juvenile Offenders to Life Imprisonment*, 4 *Inter-Am. & Eur. Hum. Rts. J.*, 2011, pp. 39-44.

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 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 22,278²⁶. 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, aggra-

²⁶ See *supra* n. 20.

vated coercion and illegally carrying an arm for civilian use. He 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 IACCommHR's Report on merits No. 172/10, issued on 2 November 2010²⁷, 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 Code²⁸ 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.

4. *Considerations of the Inter-American Court of Human Rights 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 ACHR, in addition to the special measures of protection called for in Article 19 (Rights of the Child) of this instrument²⁹, which must be defined ac-

²⁷ See INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, *Report No. 172/10, César Alberto Mendoza et al. (Juveniles Sentenced to Life Time Imprisonment) (Case 12.651)*, 2 November 2010.

²⁸ See *supra* n. 23.

²⁹ Article 19 (Rights of the Child) ACHR: «Every minor child has the right to

ording 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 liberty³⁰. Children must receive special treatment as a response to the reality that they are differently situated than adults³¹. 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».

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 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

the measures of protection required by his condition as a minor on the part of his family, society, and the state». 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. See C. ARGENTIERI, *La interpretación del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿Fueron superados los estándares establecidos en la Opinión Consultiva N° 17?*, 27 *Am. U. Int'l L. Rev.*, 2012, pp. 581-611.

³⁰ See INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, *Principles and Best Practices on the Protection of Persons Deprived of Liberty in the Americas*, cit., Principle II («Every person deprived of liberty shall be equal before the law and be entitled to equal protection of the law and the tribunals [...]. Measures designed exclusively to protect the rights of [...] children [...] shall not be considered discriminatory. These measures shall be applied in accordance with the law and international human rights law, and shall always be subject to review by a judge or other competent, independent, and impartial authority»).

³¹ See K. MINER-ROMANOFF, *Juvenile Offenders Tried as Adults: What They Know and Implications for Practitioners*, 41 *N. Ky. L. Rev.*, 2014, pp. 205-224.

from those for adults³².

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 offence³³.

Moreover, Rule 5(1) of the Beijing Rules, 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», and Rule 17(1)(a) of the said instrument establishes that «[t]he reaction taken shall always be in proportion not only to the circumstances and the gravity of the offence but also to the circumstances and the needs of the juvenile as well as to the needs of the society».

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 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 society³⁴.

³² See IACtHR (Judgment) 14 May 2013, *Case of Mendoza et al. v. Argentina*, para. 147. See also C. SLOBOGIN, *Treating Juveniles Like Juveniles: Getting Rid of Transfer and Expanded Adult Court Jurisdiction*, 46 *Tex. Tech L. Rev.*, 2013-2014, pp. 103-132.

³³ See IACtHR (Judgment) 14 May 2013, *Case of Mendoza et al. v. Argentina*, para. 146.

³⁴ See IACtHR (Judgment) 14 May 2013, *Case of Mendoza et al. v. Argentina*, para. 151.

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 CRC³⁵ 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»³⁶.

³⁵ Adopted and opened for signature, ratification and accession by the UN General Assembly Resolution 44/25 of 20 November 1989, and entered into force on 2 September 1990. The CRC, the primary treaty on children's rights and the most widely ratified human rights treaty in the world, is a reaffirmation of a broad spectrum of fundamental rights that leaves no doubt as to the importance of the rights of children in international human rights law. This convention entails a considerable change in the manner in which the topic of children is addressed, which involves replacing the «irregular situation doctrine» with the «comprehensive protection doctrine». It signifies moving away from the concept of «minors» as objects of protection in favour of a concept in which children are the subjects of their rights. See INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, *Third Report on the Situation of Human Rights in Paraguay*, 2001, Chapter VII, para. 11. See also M. FERIA TINTA, *The CRC as a Litigation Tool Before the Inter-American System of Protection of Human Rights*, in T. LIEFAARD - J. E. DOEK (eds.), *Litigating the Rights of the Child – The UN Convention on the Rights of the Child in Domestic and International Jurisprudence*, Dordrecht-Heidelberg-New York-London, 2014, pp. 231 ff.; B. POMERANCE, *Not Just Child's Play: Why Recognizing Fundamental Principles of the UN Convention on the Rights of the Child as Jus Cogens Would Give Needed Power to an Important International Document*, 16 *Gonz. J. Int'l L.*, 2013, pp. 22-50; J. GRUGEL - E. PERUZZOTTI, *The Domestic Politics of International Human Rights Law: Implementing the Convention on the Rights of the Child in Ecuador, Chile, and Argentina*, 34 *Hum. Rts. Q.*, 2012, pp. 178-198.

³⁶ See also Article 10(3) ICCPR: «The penitentiary system shall comprise treatment of prisoners the essential aim of which shall be their reformation and social rehabilitation».

Article 14(4) ICCPR: «In the case of juvenile persons, the procedure shall be such as will take account of their age and the desirability of promoting their rehabilitation».

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 purpose³⁷. 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 degree³⁸.

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 instrument³⁹ to the detriment of César

Rule 26(1) of the Beijing Rules: «The objective of training and treatment of juveniles placed in institutions is to provide care, protection, education and vocational skills, with a view to assisting them to assume socially constructive and productive roles in society».

Rule 8(1) of the Tokyo Rules: «The judicial authority, having at its disposal a range of non-custodial measures, should take into consideration in making its decision the rehabilitative needs of the offender, the protection of society and the interests of the victim, who should be consulted whenever appropriate».

Rule 12 of the Havana Rules: «Juveniles detained in facilities should be guaranteed the benefit of meaningful activities and programmes which would serve to promote and sustain their health and self-respect, to foster their sense of responsibility and encourage those attitudes and skills that will assist them in developing their potential as members of society».

Rule 79 of the Havana Rules: «All juveniles should benefit from arrangements designed to assist them in returning to society, family life, education or employment after release. Procedures, including early release, and special courses should be devised to this end».

³⁷ See IACtHR (Judgment) 14 May 2013, *Case of Mendoza et al. v. Argentina*, para. 165.

³⁸ See IACtHR (Judgment) 14 May 2013, *Case of Mendoza et al. v. Argentina*, para. 166.

³⁹ 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, lan-

Alberto Mendoza, 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, respectively⁴⁰.

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 disproportionate⁴¹. 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 norms on the rights of the child that regulate this matter are not taken into consideration⁴².

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»⁴³; 2) temporal determination from the moment measures or sentences involving the deprivation of liberty of children are imposed,

guage, religion, political or other opinion, national or social origin, economic status, birth, or any other social condition».

⁴⁰ See IACtHR (Judgment) 14 May 2013, *Case of Mendoza et al. v. Argentina*, para. 167.

⁴¹ See IACtHR (Judgment) 21 November 2007, *Case of Chaparro Álvarez and Lapo Íñiguez v. Ecuador*, para. 90.

⁴² See INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Amicus Curiae Brief – Case No. 12,651 César Alberto Mendoza et al. (Perpetual Imprisonment and Confinement of Adolescents) v. Argentina*, 14 September 2012.

⁴³ See also INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, *Principles and Best Practices on the Protection of Persons Deprived of Liberty in the Americas*, cit., Principle III, para. 1 («Deprivation of liberty of children shall be applied as a measure of last resort and for the minimum necessary period, and shall be limited to strictly exceptional cases»); INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, *Report on the Use of Pretrial Detention in the Americas*, 30 December 2013, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 46/13, p. 85.

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 measures⁴⁴. 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 legislation⁴⁵.

Based on the above, and in view of the principle of the best interests of the child⁴⁶ provided for in Article 3(1) CRC⁴⁷ – which is the regulating principle of the laws on the rights of the child, based on the dignity of the human being, on the inherent characteristics of the child, and on the need to foster his development making full use of his potential, as well as on the nature and scope of the CRC⁴⁸ – life imprisonment and reclusion for life for children are incompatible with Article 7(3) (Right to Personal Liberty) ACHR⁴⁹, 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 re-

⁴⁴ See Article 25 CRC: «States Parties recognize the right of a child who has been placed by the competent authorities for the purposes of care, protection or treatment of his or her physical or mental health, to a periodic review of the treatment provided to the child and all other circumstances relevant to his or her placement». See also COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment No. 10 (2007) – Children's Rights in Juvenile Justice*, 25 April 2007, UN Doc. CRC/C/GC/10, para. 27.

⁴⁵ See IACtHR (Judgment) 14 May 2013, *Case of Mendoza et al. v. Argentina*, para. 162.

⁴⁶ See L. R. SILVA, *The Best Interest Is the Child: A Historical Philosophy for Modern Issues*, 28 *BYU J. Pub. L.*, 2013/2014, pp. 415-470.

⁴⁷ 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».

⁴⁸ See IACtHR (Judgment) 31 August 2012, *Case of Furlan and Family v. Argentina*, para. 126.

⁴⁹ Article 7(3) (Right to Personal Liberty) ACHR: «No one shall be subject to arbitrary arrest or imprisonment».

view of the need to keep children deprived of liberty with a view to the possibility of release⁵⁰.

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 minors⁵¹.

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 «[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». Likewise, 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 subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment»⁵², however the dynamic nature of the interpreta-

⁵⁰ See IACtHR (Judgment) 14 May 2013, *Case of Mendoza et al. v. Argentina*, para. 163.

⁵¹ See IACtHR (Judgment) 14 May 2013, *Case of Mendoza et al. v. Argentina*, para. 164.

⁵² See also Article 7 ICCPR: «No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment».

Article 3 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Liberties (ECHR): «No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment».

tion 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 to be 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 ECHR – which corresponds to Article 5 (Right to Humane Treatment) ACHR – at the moment of its imposition⁵³.

In the present case, the expert opinion provided by Sofia Tiscornia, Miguel Cillero Bruñol and Laura Dolores Sobredo referred to the extreme psychological impact of imposing a life sentence on the victims. «[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

Article 5 of the African Charter on Human and Peoples' Rights: «All forms of exploitation and degradation of man particularly slavery, slave trade, torture, cruel, inhuman or degrading punishment and treatment shall be prohibited».

⁵³ See ECtHR (Judgment) 17 January 2012, *Case of Harkins and Edwards v. The United Kingdom*, para. 133. See also T. CLINTON JAJA, *The Modern Legal History of Criminal Liability of Children in The United Kingdom 1938-2008*, 2 *New J. Eur. Crim. L.*, 2011, pp. 301-316; E. KEELEY, *Around the World: Juvenile Sentencing in the UK*, 32 *Child. Legal Rts. J.*, 2012, pp. 89-90.

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»⁵⁴. When the victims realized the magnitude of their punishment, the effect was terrible: nothing was important to them any longer because they felt that they were being killed in life. The penalty of life in prison imposed on the victims «a life project, but for a life that implies the end, the closure, of all autonomy and decent social existence»⁵⁵.

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. «[L]ength of time before the review [of the sentence] is considered, in itself, a lapse that ends the hope of rehabilitation and social reintegration for anyone, but especially for the adolescent»⁵⁶. Not only: «[t]he existence of these over-delayed review procedures, which were unreliable in practice and had unreliable results, causes the individual concerned additional suffering – considered unlawful and not inherent in those punishments – to the normal suffering associated with a sentence, so that [it is...] one of those punishments that [may] be regarded as cruel, inhuman or degrading treatment»⁵⁷. Bearing in mind 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 sentence⁵⁸, for these minors the expectations of liberty were minimal. «[A]ll those experiences [suffered by the youths] should be considered traumatic [...and] indelible events»⁵⁹.

From the foregoing, the IACtHR found that the disproportionality of the sentences imposed on the victims was evident and the truly

⁵⁴ See expert opinion provided by Sofia Tiscornia before the IACtHR at the public hearing held on 30 August 2012.

⁵⁵ See *supra* n. 54.

⁵⁶ See expert opinion provided by Miguel Cillero Bruñol before the IACtHR at the public hearing held on 30 August 2012.

⁵⁷ See *supra* n. 56.

⁵⁸ See *supra* n. 24.

⁵⁹ See expert opinion provided by Laura Dolores Sobredo by affidavit on 23 August 2012 (merits file, tome II, folios 1440-1441).

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)⁶⁰ 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 Videla⁶¹.

The Court was also asked to ascertain the violation of Article 2 (Domestic Legal Effects) ACHR⁶², 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»⁶³. 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 minors⁶⁴.

In addition, life imprisonment and reclusion for life are contrary to the ACHR, because the fixed period following which release can be

⁶⁰ Article 5(1) (Right to Humane Treatment) ACHR: «Every person has the right to have his physical, mental, and moral integrity respected».

⁶¹ See IACtHR (Judgment) 14 May 2013, *Case of Mendoza et al. v. Argentina*, para. 183.

⁶² 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».

⁶³ See Article 4 of Law 22,278, *supra* n. 20.

⁶⁴ See IACtHR (Judgment) 14 May 2013, *Case of Mendoza et al. v. Argentina*, para. 295.

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 passing 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 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 punishment⁶⁵, bearing in mind that, in Argentina, children from 16 to 18 years of age can be charged under Article 2 of Law 22,278⁶⁶.

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

⁶⁵ See IACtHR (Judgment) 14 May 2013, *Case of Mendoza et al. v. Argentina*, para. 296.

⁶⁶ See *supra* n. 20.

22,278 and by the National Criminal Code⁶⁷.

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 Cajal⁶⁸.

5. Measures the Inter-American Court of Human Rights Ordered Argentina to Remedy the Consequences of the Life Sentences Imposed on the Victims. – Based on the provisions of Article 63(1) ACHR⁶⁹, 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, adequate and effective medical, and psychological or psychiatric care to the juveniles César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez, Lucas Matías Mendoza and Saúl Cristian Roldán Cajal, if they all had requested it, as well as the free provisions of any medication they might have eventually require, taking into consideration the ailments of each one related to this

⁶⁷ See IACtHR (Judgment) 14 May 2013, *Case of Mendoza et al. v. Argentina*, para. 297.

⁶⁸ See IACtHR (Judgment) 14 May 2013, *Case of Mendoza et al. v. Argentina*, para. 298.

⁶⁹ 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». See D. SHELTON, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford, 2015, pp. 224 ff.

case⁷⁰.

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-development⁷¹. 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 education⁷².

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

⁷⁰ See IACtHR (Judgment) 14 May 2013, *Case of Mendoza et al. v. Argentina*, para. 311.

⁷¹ See IACtHR (Judgment) 27 November 1998, *Loayza-Tamayo v. Peru*, para. 150.

⁷² See IACtHR (Judgment) 14 May 2013, *Case of Mendoza et al. v. Argentina*, paras. 316-317. See also INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, *Principles and Best Practices on the Protection of Persons Deprived of Liberty in the Americas*, cit., Principle XIII («Persons deprived of liberty shall have the right to education, which shall be accessible to all, without any discrimination, with due consideration to cultural diversity and special needs. Primary or basic education shall be free for persons deprived of liberty, particularly for children, and for adults who have not received or completed the whole cycle of primary instruction. [...]»). See also S. VANNUCCINI, *La “justiciabilidad” del diritto all’istruzione dinanzi alla Corte interamericana dei diritti dell’uomo*, in *Federalismi.it. – Focus Human Rights* n. 3, 2013, pp. 1-25.

the child⁷³. The IACtHR also remarked the entry into force of Law 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 regard⁷⁴. 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)⁷⁵, 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

⁷³ See SUPREME COURT OF JUSTICE OF THE NATION (Judgment) 7 December 2005, Case No.1174, *Maldonado, Daniel Enrique et al.* (file of annexes to the submission of the case, tome VIII, folio 4333).

⁷⁴ Article 2 (Mandatory Application) of Law 26,061: «The Convention on the Rights of the Child is of mandatory application in the conditions under which it is in force, in every administrative, judicial or any other type of action, decision or measure adopted concerning persons under eighteen years of age. Children and adolescents have the right to be heard and responded to in whatever form they express themselves, in all spheres».

⁷⁵ Article 17 (Rights of the Family) ACHR: «1. The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the state. 2. The right of men and women of marriageable age to marry and to raise a family shall be recognized, if they meet the conditions required by domestic laws, insofar as such conditions do not affect the principle of nondiscrimination established in this Convention. 3. No marriage shall be entered into without the free and full consent of the intending spouses. 4. The States Parties shall take appropriate steps to ensure the equality of rights and the adequate balancing of responsibilities of the spouses as to marriage, during marriage, and in the event of its dissolution. In case of dissolution, provision shall be made for the necessary protection of any children solely on the basis of their own best interests. 5. The law shall recognize equal rights for children born out of wedlock and those born in wedlock».

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 families⁷⁶.

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 Inter-American Human Rights System, and that they could be decided by the corresponding domestic organs⁷⁷.

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 terms⁷⁸ –, 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

⁷⁶ See IACtHR (Judgment) 14 May 2013, *Case of Mendoza et al. v. Argentina*, para. 325. See also COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment No. 10 (2007) – Children's Rights in Juvenile Justice*, 25 April 2007, UN Doc. CRC/C/GC/10, para. 18.

⁷⁷ See IACtHR (Judgment) 14 May 2013, *Case of Mendoza et al. v. Argentina*, para. 327.

⁷⁸ See IACtHR (Judgment) 26 May 2001, *Case of «Street Children» (Villagrán Morales et al. v. Guatemala)*, para. 84. See also S. VANNUCCINI, *Justice for Street Children: Villagrán Morales et al. v. Guatemala as the First Case ever Involving the Cause of the Children Abandoned in the Streets before an International Tribunal*, in this eBook.

and anguish that the unlawful sentencing of the victims to life imprisonment and reclusion for life had caused to their families⁷⁹.

6. *Conclusion.* – 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, and capacity for change.

In the case of *Mendoza et al. v. Argentina*, 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 rights⁸⁰. Thus, there had been a series of violations, and in particular of:

- the principle of subsidiarity of a prison sentence for juveniles, by applying life sentences and by the failure to extend the tutelary treatment;
- the principle of equality and non-discrimination;

⁷⁹ See IACtHR (Judgment) 14 May 2013, *Case of Mendoza et al. v. Argentina*, paras. 353-354.

⁸⁰ See INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, *Report No. 26/08, César Alberto Mendoza et al. (Case 270-02)*, 14 March 2008, OEA/Ser.L/V/II.130 Doc. 22.

- 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, because children were not judged as children;
- the principle of differentiated treatment that, in the sphere of criminal justice, means that the differences between children and adults, as regards both their physical and psychological development, as well as their emotional and educational needs, must be taken into account for the existence of a separate juvenile criminal justice system;
- the principle of deprivation of liberty as a measure of last resort and for the shortest appropriate period of time, which must guide and limit the use of penalties of incarceration in the case of children;
- the principle of periodic review of the detention measures and the possibility of release, by imposing an absolute sentence on the youths, with no possibility of release until at least 20 years (more than the amount of time they had lived before the crime for which they were sentenced took place);
- the principle of lesser criminal responsibility of children in conflict with the law, given that the Juvenile Criminal Regime establishes that juveniles can be sentenced to the same prison sentences as adults;
- the principle of social reintegration and rehabilitation of juveniles convicted of crimes – as the essential aim of juvenile detention and also as a right (i.e. the right to rehabilitation) that is reflected in international law⁸¹ – and ac-

⁸¹ See *supra* n. 36. See also S. BUCKINGHAM, *Reducing Incarceration for Youthful Offenders with a Developmental Approach to Sentencing*, 46 *Loy. L. A. L.*

cordingly the opportunity for children to become productive members of society upon release.

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»⁸². Besides, the State acknowledged that this «same shortcoming is apparent in the context of the execution of the sentences, because both the technical defence and the judges concerned based their interventions on norms that were manifestly inapplicable to the case»⁸³.

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 upsetting effects on minors that are impossible to remove, with a consequence of strong psychological problems and difficulties in personality development, 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 highlight important questions concerning the functioning of the system of the administration of juvenile justice in the Argentine Republic, with an impact on states within the region more broadly, and, particularly, to issue an explicit statement regarding a number of practices that have damaging and irreversible effects for

Rev., 2013, 801-884.

⁸² See *supra* n. 73.

⁸³ See IACtHR (Judgment) 14 May 2013, *Case of Mendoza et al. v. Argentina*, para. 138.

youth who come into conflict with the law⁸⁴, 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.

⁸⁴ See S. VANNUCCINI, *Significant Issues of Juvenile Justice in the Americas with a Special Focus on the Use of the Penalty of Life in Prison against Adolescent Offenders*, LXX *La Com. int.*, 2015 (forthcoming).

ANTONELLO CIERVO*

LA GOVERNANCE ITALIANA DELL'IMMIGRAZIONE
ALLA PROVA DELLA CORTE DI STRASBURGO.
UN PERCORSO GIURISPRUDENZIALE
A PARTIRE DALL'ART. 3 DELLA CEDU

SOMMARIO: 1. L'art. 3 della CEDU e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di protezione dei migranti economici e dei richiedenti asilo. – 2. «Hirsi e altri c. Italia»: la violazione degli obblighi positivi in capo agli Stati membri del Consiglio d'Europa, ai sensi dell'art. 3 della CEDU. Una sentenza sistemica. – 3. Il persistere delle prassi dei respingimenti illegali ed il deterioramento degli standard di accoglienza dei richiedenti asilo: le sentenze «Sharifi» e «Tarakhel». – 4. Alcune osservazioni conclusive alla luce di alcuni casi ancora pendenti davanti alla Corte di Strasburgo.

1. *L'art. 3 della CEDU e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di protezione dei migranti economici e dei richiedenti asilo.* – La crisi finanziaria che ha interessato l'Europa nel corso dell'ultimo decennio sta incominciando a produrre i suoi effetti anche sulla tenuta del sistema di asilo dell'Unione. Da un lato, il sensibile aumento dei flussi migratori in entrata, strettamente connesso ad una serie di emergenze umanitarie che, a partire dallo scoppio della guerra in Siria e Libia, ha ridisegnato il quadro geo-politico dell'Africa settentrionale e del vicino Oriente; dall'altro, l'incapacità delle istituzioni comunitarie di porre in essere un'agenda comune in grado di far fronte a un'ondata eccezionale e massiccia di migrazioni provenienti da Stati geo-politicamente ai confini del «vecchio continente»¹, stanno deter-

* Dottore di ricerca in Diritto pubblico, Università di Perugia.

¹ Per un ripensamento del concetto di confine – in un'accezione strettamente geo-politica, oltre che filosofica –, si veda da ultimo, l'importante lavoro di S. MEZ-ZADRA - B. NEILSEN, *Confini e frontiere. La moltiplicazione del lavoro nel mondo globale*, Bologna, 2014, in particolare il primo capitolo sulla proliferazione dei confini all'interno del territorio europeo. Sullo stesso tema, si rinvia anche ad E. RIGO, *Europa di confine. Trasformazioni della cittadinanza nell'Unione allargata*, Roma, 2007 che per prima ha analizzato, nell'ottica della *governance* dei flussi migratori, le

minando un abbassamento significativo degli standard qualitativi di tutela e di accoglienza in Paesi come l'Italia, la Spagna e soprattutto la Grecia.

Se, quindi, all'inizio della crisi economica – in concomitanza con questo eccezionale flusso migratorio –, era stata proprio la Repubblica ellenica il primo Paese della UE ad essere condannato – sia in sede comunitaria² che in sede internazionale³ – in quanto «Stato

conseguenze dell'apertura delle frontiere europee ai Paesi dell'est. Sul rapporto tra la crisi economica e lo scadimento degli standard di tutela dei richiedenti asilo in Europa, cfr. N. NAPOLETANO, *Estensione e limiti della dimensione economica e sociale della Convenzione europea dei diritti umani in tempi di crisi economico-finanziaria*, in *Dir. um. dir. int.*, 2014, pp. 389 ss. Infine, sul punto, si veda l'interessante lavoro di K. MCCONNACHIE, *Governing Refugees: Justice, Order and Legal Pluralism*, Abingdon, 2014.

² Si fa qui riferimento alla procedura di infrazione aperta dalla Commissione europea nei confronti della Grecia, per il mancato recepimento della normativa comunitaria in materia di condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo. La Corte di Giustizia, al riguardo, aveva aperto la procedura di infrazione con la sentenza del 19 aprile 2007 (si tratta del ricorso C-72/06, *Commissione della Comunità Europea c. Repubblica Ellenica*) e ciò aveva indotto, già nel corso del 2008, sia la Norvegia che la Finlandia a sospendere i trasferimenti di richiedenti asilo sul territorio ellenico. Per approfondimenti sulla giurisprudenza comunitaria successiva all'avvio della procedura di infrazione, sia consentito rinviare ad A. CIERVO, *La tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo in Europa: dal sistema europeo multilivello all'asylum shopping*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, pp. 139 ss.

³ Sin dal 2007, l'UNHCR aveva preso una posizione netta sulla questione con un *report* del 15 aprile 2008, anche se in precedenza, con due *report* del luglio 2007 («*Rinvio in Grecia di richiedenti asilo con domande di riconoscimento dello status di rifugiato "interrotte"*») e del novembre dello stesso anno («*Studio UNHCR sulla trasposizione della Direttiva Qualifiche*»), aveva già evidenziato la situazione emergenziale che si andava creando sul territorio ellenico.

La Corte EDU, in un primo momento, con una decisione dell'11 giugno 2009 (*S. D. c. Grecia*, ric. n. 53541/07), aveva condannato le autorità greche per violazione dell'art. 3 CEDU, nei confronti di un cittadino turco che aveva chiesto asilo nel 2007 e che aveva subito una serie di maltrattamenti all'interno di alcuni centri di accoglienza. Successivamente, i giudici di Strasburgo erano ritornati sulla questione con la sentenza della *Grande Chambre*, *M. S. c. Belgio e Grecia* del 21 gennaio 2011 (ric. n. 30696/2009), condannando questa volta entrambi i Paesi per violazione degli artt. 3 e 13 della Convenzione. La Corte, in particolare, aveva affermato che il Regno del Belgio aveva violato l'art. 3 della CEDU esponendo il richiedente asilo, da un lato, ai rischi risultanti dalle carenze della procedura di asilo in Grecia – atteso

non sicuro» con riferimento alla tutela dei diritti e all'accoglienza dei rifugiati, nel corso degli ultimi anni anche l'Italia è stata interessata da una serie di pronunce della Corte di Strasburgo con cui la *governance* del fenomeno migratorio è stata sottoposta al vaglio critico dei giudici internazionali i quali, in alcuni casi, sono giunti a condannare il nostro Paese per violazione dell'art. 3 CEDU.

Come è noto, infatti, sebbene questa disposizione affermi che «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti» – in questo modo censurando ogni forma di tortura posta in essere da uno degli Stati del Consiglio d'Europa nei confronti di un proprio cittadino, o comunque nei confronti di uno straniero presente *tout court* sul territorio nazionale –, l'interpretazione che questo articolo ha avuto nel corso degli ultimi anni in sede giurisprudenziale, ha consentito alla Corte di Strasburgo di utilizzarlo al fine di censurare la violazione degli standard di accoglienza e di tutela dei diritti degli stranieri, presenti a qualsiasi titolo sul territorio di uno dei Paesi membri del Consiglio d'Europa⁴.

Al riguardo, può essere utile ricordare come con la sentenza *Selmouni c. Francia* del 28 luglio 1999 (ric. n. 25803/94), la Corte di

che le autorità belghe sapevano o erano comunque tenute a sapere che non vi era alcuna garanzia che la sua domanda di asilo sarebbe stata esaminata effettivamente dalle autorità greche –, e dall'altro a condizioni detentive ed esistenziali integranti trattamenti inumani.

Sul punto in dottrina, si vedano E. REBASTI, *Corte europea dei diritti umani e sistema comune europeo in materia d'asilo*, in *Dir. um. dir. int.*, 2011, pp. 343 ss.; A. DEL GUERCIO, *La seconda fase di realizzazione del sistema europeo comune d'asilo*, *Oss. AIC*, settembre 2014; E. A. IMPARATO, *L'asilo tra diritto e concessione nei principi costituzionali e nelle norme di attuazione: alcune note per una ricostruzione in chiave comparata*, *ivi*, novembre 2014; A. LANCIOTTI - D. VITIELLO, *L'articolo 3 della CEDU come strumento di tutela degli stranieri contro il rischio di refoulement*, in L. CASSETTI (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Napoli, 2012, pp. 223 ss.

⁴ Al riguardo, come è stato efficacemente evidenziato in dottrina, il sistema di asilo della UE, nonostante il suo elevato livello di frammentazione, si pone comunque «*Au coeur de la dialectique qui anime le droit international, reposant sur la souveraineté des Etats, mais destiné à la transcender*», così L. BALMOND, *Les Etat membres de l'Union européenne et le droit des réfugiés*, in A-S. MILLET-DEVALLE (a cura di), *L'Union européenne et la protection des migrants et des réfugiés*, Paris, 2010, p. 21.

Strasburgo abbia chiarito che, ai sensi della CEDU, il termine «tortura» deve essere interpretato quale atto che comporta una pena notevole e/o sofferenze gravi – fisiche o mentali, poco importa dal punto di vista della loro qualificazione giuridica –, intenzionalmente inflitte ad una persona allo scopo di ottenere informazioni (anche su soggetti terzi), ovvero una confessione, o ancora al fine di punirla per un atto da essa compiuto o che una terza persona ha commesso. Precisava al riguardo la Corte come, nell'ipotesi in cui questa pena e/o sofferenza sia inflitta per istigazione, ovvero col consenso o l'acquiescenza di un pubblico ufficiale o di altra persona che agisce nell'esercizio di una pubblica funzione, la violazione dell'art. 3 CEDU si debba considerare *ipso facto* consumata.

Sempre nella sentenza *Selmouni*, inoltre, la Corte di Strasburgo ha altresì avuto modo di precisare che se il ricorrente formula una doglianza ben argomentata e fondata di violazione dell'art. 3, la nozione di rimedio efficace, così come definita nel testo della Convenzione, determina l'obbligo da parte dello Stato convenuto di svolgere un'indagine approfondita dei fatti oggetto di controversia, tale da condurre all'identificazione e (eventualmente) alla punizione dei colpevoli in tempi ragionevoli, ai sensi dell'art. 6 CEDU⁵.

Di un certo rilievo, ai fini della nostra analisi, è senz'altro anche la sentenza *Dougoz c. Grecia* del 6 marzo 2001 (ric. n. 40907/98), con cui la Corte di Strasburgo ha affermato che affinché si possa parlare di «trattamento inumano e degradante» ai sensi dell'art. 3 CEDU, i patimenti inflitti al ricorrente devono superare una certa soglia di gravità. Tale soglia, tuttavia, è variabile e dipende dalle circostanze concrete del caso, dovendosi tenere conto della durata dei maltrattamenti, delle loro conseguenze sul corpo e sulla psiche della vittima, nonché delle caratteristiche soggettive di quest'ultima (quali, ad esempio, il sesso,

⁵ Tale obbligo, del resto, è previsto anche all'art. 12 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura, secondo cui le autorità competenti statali sono obbligate a condurre un'indagine immediata – e senza ritardi – tutte le volte in cui si è in presenza di prove tali da far ragionevolmente supporre che un atto di tortura sia stato compiuto da un pubblico ufficiale. Per approfondimenti sul tema, si rinvia all'analisi di A. TANCREDI, *Assicurazioni diplomatiche e divieto «assoluto» di refoulement alla luce di alcune recenti pronunzie della Corte europea dei diritti umani*, in *Dir. um. dir. int.*, 2010, pp. 41 ss.

l'età e le condizioni di salute)⁶. Ai fini della determinazione dell'onere della prova – concernente il rischio presunto di trattamenti inumani e degradanti, oltre che al fine della dimostrazione dell'esistenza di motivi seri e attendibili che inducano a ritenere che sussista un rischio reale di trattamenti incompatibili con l'art. 3 CEDU –, la Corte di Strasburgo fonda la propria valutazione sull'insieme degli elementi, in fatto e diritto, che le vengono forniti o che essa stessa si procura d'ufficio se necessario, nel corso del processo innanzi ad essa⁷. Con riferimento specifico ai casi che riguardano cittadini stranieri extra-comunitari, sempre secondo la valutazione della Corte EDU, spetta innanzitutto al ricorrente produrre elementi suscettibili di dimostrare che qualora la misura dell'espulsione o del respingimento venisse eseguita, egli sarebbe esposto al rischio di trattamenti inumani nel Paese di destinazione, mentre spetta allo Stato convenuto dissipare i dubbi sollevati dal ricorrente⁸.

In questo ambito, tuttavia, il *leading-case* della Corte di Strasburgo rimane senza dubbio *Soering c. Regno Unito* del 7 luglio 1989, con cui per la prima volta i giudici internazionali hanno stabilito che gli stranieri provenienti da un Paese non facente parte del Consiglio d'Europa vedono comunque estesi i diritti riconosciuti dalla CEDU ai

⁶ Nel caso di specie, era stata qualificata come «trattamento inumano e degradante» una detenzione protrattasi per circa un anno e mezzo in condizioni di sovraffollamento carcerario, assenza di suppellettili, scarsa igiene, assenza di attività ricreative e difficoltà di comunicazione con l'esterno. Per approfondimenti sull'interpretazione giurisprudenziale della nozione di «trattamento inumano e degradante» nei casi concernenti l'espulsione, l'extradizione o l'allontanamento dal territorio nazionale di uno straniero, si veda P. PUSTORINO, *Articolo 3. Trattamenti inumani e degradanti*, in S. BARTOLE - P. DE SENA - V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, pp. 85 ss.

⁷ Al riguardo, si veda la sentenza *H. L. R. c. Francia* del 29 aprile 1997, in particolare i §§. 37 ss.

⁸ Cfr., per tutte, la sentenza *Vilvarajah e altri c. Regno Unito* del 30 ottobre 1991, in particolare il §. 111, dove la Corte di Strasburgo stabilisce per la prima volta che «*A mere possibility of ill-treatment, however, in such circumstances, is not in itself sufficient to give rise to a breach of Article 3*», specificando poi che resta nella piena disponibilità delle parti provare la «possibilità concreta» di un simile rischio nel Paese di origine e/o di provenienza dello straniero.

cittadini di uno dei Stati membri del Consiglio d'Europa (c.d. «protection par ricochet»⁹). Dal riconoscimento di tale principio ne consegue, ad avviso della Corte, che lo straniero possa essere espulso soltanto in esecuzione di una decisione giudiziaria, presa conformemente alla normativa interna dello Stato espellente, ferma restando la garanzia delle tutele procedurali minime e la possibilità di far valere – da parte dello straniero stesso – le proprie ragioni contro l'espulsione innanzi all'autorità giudiziaria nazionale competente.

In questa ottica, allora, una decisione di allontanamento dal territorio statale di un migrante – economico o richiedente asilo che sia – , è sempre suscettibile di violare uno dei diritti garantiti dalla Convenzione, innanzitutto l'art. 3 CEDU, in ragione degli obblighi positivi che gravano su ciascuno Stato membro nei confronti delle singole persone che si trovano sul territorio statale, senza che lo Stato stesso possa fare alcun tipo di distinzione tra cittadini e stranieri.

Sempre nella sentenza *Soering c. Regno Unito*¹⁰, la Corte di Strasburgo ha avuto modo di evidenziare che l'art. 3 della Convenzione può essere applicato a tutti quei casi in cui uno Stato allontana dal proprio territorio uno straniero, in quanto un simile atto o comportamento fattivo, posto in essere dalle autorità di pubblica sicurezza competenti, può avere come diretta conseguenza quella di esporre lo straniero a una violazione dei suoi diritti, così come garantiti dalla Convenzione, in ragione del fatto che grava sullo Stato espellente un obbligo di tutela degli stranieri che giungeranno nel Paese di destinazione. Non deve meravigliare, quindi, se la Corte di Strasburgo abbia condannato l'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU per aver espulso un cittadino straniero extra-comunitario verso il proprio Paese di origine (nella fattispecie, la Tunisia), in quanto era prevedibile per le autorità di pubblica sicurezza italiane ipotizzare che sulla base di com-

⁹ Cfr. al riguardo il §. 85 della sentenza *Soering c. Regno Unito*. Per approfondimenti in dottrina, si vedano F. JULIEN-LAFERRIÈRE, *L'application par ricochet de l'article 3 CEDH: l'exemple des mesures d'éloignement des étrangers*, in C-A. CHASSIN (a cura di), *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2006, pp. 141 ss.; LANCIOTTI - VITIELLO, *L'articolo 3 della CEDU come strumento di tutela*, cit., pp. 227 ss.

¹⁰ Si rinvia, in particolare, al §. 91 della sentenza citata.

provate e concrete circostanze fattuali, lo straniero avrebbe potuto, una volta espulso, essere sottoposto a trattamenti inumani e degradanti¹¹.

Allo stesso modo, inoltre, nell'ipotesi in cui lo Stato di destinazione in cui lo straniero venisse espulso o respinto facesse parte del Consiglio d'Europa, la Corte potrebbe valutare anche il comportamento tenuto da quest'ultimo Stato, la sua normativa interna ed eventuali violazioni della CEDU da esso compiute nel trattamento dello straniero espulso. Ciò del resto risulta confermato da una recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo che ha visto la condanna, proprio in materia di immigrazione, tanto dello Stato espellente quanto dello Stato destinatario dell'espulsione: si tratta dell'importante sentenza *M. S. S. c. Belgio e Grecia*¹², dove al §. 367 delle motivazioni, la Corte ha avuto modo di affermare che «*Based [...] on the obligations incumbent on the States under Article 3 of the Convention in terms of expulsion, the Court considers that by transferring the applicant to Greece the Belgian authorities knowingly exposed him to conditions of detention and living conditions that amounted to degrading treatment*»¹³.

¹¹ Si tratta del caso *Sellem c. Italia* del 5 maggio 2009 (ric. n. 12584/08) con cui la Corte di Strasburgo ha avuto modo di risolvere il caso di un cittadino tunisino che, pur vivendo da molti anni regolarmente nel nostro Paese, a seguito di una perquisizione del proprio domicilio, predisposta dalla procura di Milano per terrorismo, ai sensi dell'art. 270-bis c. p., veniva espulso dal territorio del nostro Paese, nonostante il procedimento penale fosse ancora pendente. Identica situazione si è avuta nel caso *Saadi c. Italia* del 28 febbraio 2008 che, al riguardo, risulta il precedente da cui la Corte EDU ha desunto il principio applicato poi anche nel caso *Sellem*. Per approfondimenti sulla sentenza *Saadi*, si vedano ancora LANCIOTTI - VITIELLO, *L'articolo 3 della CEDU come strumento di tutela*, cit., pp. 230 ss.

¹² Sentenza del 22 gennaio 2011 (ric. n. 30696/09) della *Grande Chambre*.

¹³ Ciò era dovuto al fatto che, come riconosciuto al successivo §. 257 della medesima decisione, «*In the light of the above and in view of the obligations incumbent on the Greek authorities under the European Reception Directive (see paragraph 84 above), the Court considers that the Greek authorities have not had due regard to the applicant's vulnerability as an asylum seeker and must be held responsible, because of their inaction, for the situation in which he has found himself for several months, living in the street, with no resources or access to sanitary facilities, and without any means of providing for his essential needs. The Court considers that the applicant has been the victim of humiliating treatment showing a lack of*

Al fine di verificare l'esistenza di un concreto rischio di sottoposizione a maltrattamenti e/o trattamenti inumani e degradanti in senso lato, la giurisprudenza di Strasburgo orienta gli Stati membri non soltanto a fare una ricognizione generale del sistema giudiziario e normativo del Paese di destinazione dello straniero espulso o respinto, ma a trarre specifiche informazioni al riguardo nei rapporti delle ONG, o comunque delle associazioni internazionali indipendenti come, ad esempio, *Amnesty International*, ovvero da fonti governative tra cui vanno considerate anche quelle elaborate da Paesi terzi al Consiglio d'Europa, come il Dipartimento di Stato americano¹⁴.

Nel caso *Said c. Paesi Bassi* (sentenza del 5 luglio 2005), tuttavia, la Corte di Strasburgo ha chiarito che l'onere di provare il rischio di subire trattamenti inumani e degradanti nel Paese di destinazione può essere assolto anche a mezzo di presunzioni che rendano verosimile la violazione presupposta, mentre risulta preclusa allo Stato convenuto in giudizio la possibilità di esigere un elevato grado di certezza probatoria sulla violazione subita dall'espulso/respinto, prova che potrebbe ragionevolmente non essere fornita in sede processuale perché, ad esempio, determinate pratiche di tortura vengono compiute segretamente dalle autorità governative del Paese di destinazione.

Tale onere di informazione dello Stato espellente, così come le tutele a favore dello straniero discendenti dall'art. 3 CEDU, ad avviso della Corte di Strasburgo devono valere anche in materia di respingimento alla frontiera dello straniero: nel caso *Gebremedhin (Geberemadhiem) c. Francia* (sentenza del 26 aprile 2007), ad esempio, i giudici hanno avuto modo di svolgere una ricognizione alquanto approfondita dei principi generali della propria giurisprudenza in materia, ampliando lo spettro delle tutele del ricorrente all'art. 13 della Con-

respect for his dignity and that this situation has, without doubt, aroused in him feelings of fear, anguish or inferiority capable of inducing desperation».

¹⁴ Tuttavia, bisogna altresì evidenziare come la Corte di Strasburgo abbia ritenuto che la semplice possibilità di maltrattamenti dovuti ad una congiuntura politica di forte instabilità all'interno del Paese di destinazione dell'espulso/respinto, non dia luogo in sé e per sé ad una violazione dell'art. 3 CEDU (cfr. per tutte, la sentenza *Fatgan Katani e altri c. Germania* del 31 maggio 2001)

venzione, letto per l'appunto in combinato disposto con l'art. 3 CEDU¹⁵.

In questa sede, inoltre, non si possono non considerare le osservazioni svolte dalla Corte EDU con riferimento ad un caso in cui le autorità di pubblica sicurezza di uno Stato membro del Consiglio d'Europa avevano rifiutato l'ammissione sul territorio nazionale di uno straniero, rifiuto che aveva impedito a quest'ultimo di inoltrare la propria domanda d'asilo, in violazione della Convenzione di Ginevra¹⁶. Al riguardo i giudici di Strasburgo hanno evidenziato come la nozione di ricorso effettivo ex art. 13 CEDU, letta in combinato disposto con l'art. 3 della Convenzione, richieda un esame indipendente di tutti i dubbi sollevati da una persona che si trova in una situazione di questo tipo, al termine del quale se esistono ancora motivi seri per credere nell'esistenza di un rischio effettivo di trattamenti inumani e degradanti, qualora il ricorrente venisse immediatamente espulso o respinto nel Paese di provenienza, tali dubbi possono essere considerati come ragionevolmente fondati¹⁷.

¹⁵ Al riguardo, come è possibile leggere al §. 53 della sentenza *Gebremedhin (Geberamadhien) c. Francia*, ad avviso dei giudici di Strasburgo: «*Article 13 of the Convention guarantees the availability at national level of a remedy to enforce the substance of the Convention rights and freedoms in whatever form they may happen to be secured in the domestic legal order. The effect of Article 13 is thus to require the provision of a domestic remedy to deal with the substance of an «arguable complaint» under the Convention and to grant appropriate relief. [...] The “effectiveness” of a “remedy” within the meaning of Article 13 does not depend on the certainty of a favourable outcome for the applicant. Nor does the “authority” referred to in that provision necessarily have to be a judicial authority; but if it is not, its powers and the guarantees which it affords are relevant in determining whether the remedy before it is effective.*».

¹⁶ Si tratta della sentenza *Chamaiev e altri c. Georgia e Russia* del 12 aprile 2005. Sull'obbligo che discende direttamente dalla Convenzione di Ginevra di inoltrare la domanda (espressa anche soltanto oralmente) di un potenziale rifugiato politico che si presenta al confine di uno degli Stati che hanno ratificato la Convenzione e sul divieto di respingimento alla frontiera, si rinvia alle osservazioni di F. SALERNO, *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, in *Dir. um. dir. int.*, 2010, pp. 512 ss.

¹⁷ Nei casi *Jabari c. Turchia* (sentenza dell'11 luglio 2000, in particolare si veda il §. 50) e *Conka c. Belgio* (sentenza del 5 febbraio 2002, si vedano in particolare i §§. 79 ss.), la Corte ha dichiarato che un ricorso giudiziale non rispecchia le

2. «*Hirsi e altri c. Italia*»: la violazione degli obblighi positivi in capo agli Stati membri del Consiglio d'Europa, ai sensi dell'art. 3 della CEDU. Una sentenza sistemica. – All'interno di questo complesso ed articolato quadro giurisprudenziale, la Corte di Strasburgo, come detto, ha avuto modo di valutare una serie di atti e di comportamenti giuridicamente rilevanti da parte della autorità di pubblica sicurezza del nostro Paese, con particolare riguardo al respingimento dei migranti che cercavano di entrare nel territorio italiano, al fine di inoltrare domanda di protezione internazionale ai sensi della Convenzione di Ginevra.

In particolare, con l'importante sentenza del 23 febbraio 2012, *Hirsi e altri c. Italia* (ric. n. 27765/09), la Corte di Strasburgo ha avuto modo di affermare che le autorità governative del nostro Paese non potevano dirsi esonerate dal rispetto degli obblighi derivanti dall'art. 3 della Convenzione, per il solo fatto che i ricorrenti non avessero chiesto asilo o provato giuridicamente i rischi di tortura a cui avrebbero potuto essere sottoposti, una volta rimpatriati in Libia¹⁸. Ad avviso dei giudici CEDU, infatti, le autorità di pubblica sicurezza italiane erano comunque obbligate ad accertare se e in che modo le autorità libiche rispettassero i loro obblighi internazionali di protezione dei rifugiati.

tutele e le garanzie stabilite dall'art. 13 CEDU, se non consente di impedire l'esecuzione di misure contrarie alla Convenzione, le cui conseguenze appaiano anche soltanto potenzialmente irreversibili e dannose per il ricorrente. Inoltre, sempre nei casi citati, la Corte di Strasburgo ha avuto modo di osservare che la necessità per una persona esposta al rischio di trattamenti inumani e degradanti di avere accesso ad un ricorso sospensivo della misura di allontanamento è condivisa sia dal Comitato dei ministri che dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, nonché dal Commissario per i diritti dell'uomo, dal Comitato delle Nazioni Unite contro la tortura e da diverse organizzazioni non governative.

¹⁸ Per un commento in dottrina alla sentenza *Hirsi*, si veda M. BENVENUTI, *Un diritto in alto mare. Riflessioni critiche di diritto costituzionale sui recenti respingimenti in mare di potenziali richiedenti asilo verso la Libia da parte dell'Italia*, in www.costituzionalismo.it, n. 1/2009, pp. 1 ss.; LANCIOTTI - VITIELLO, *L'articolo 3 della CEDU come strumento di tutela*, cit., pp. 240 ss. Per una ricostruzione sistematica del diritto di asilo nell'ordinamento convenzionale, si veda A. SACCUCCI, *Il diritto di asilo nella Convenzione europea dei diritti umani*, in *Rass. dir. pub. eur.*, 2011, pp. 101 ss.

Tuttavia, come è noto, poiché la Libia non ha mai recepito nel proprio ordinamento interno – e neppure sottoscritto a livello internazionale – la Convenzione di Ginevra, il trasferimento dei migranti in Libia da parte delle forze dell'ordine del nostro Paese implicava *in re ipsa* l'esposizione dei ricorrenti al rischio di essere sottoposti a trattamenti inumani e degradanti, ovvero ad un ulteriore respingimento degli stessi nei loro rispettivi Paese di origine, ciò integrando una pacifica violazione dell'art. 3 CEDU, secondo una giurisprudenza costante della Corte di Strasburgo, come abbiamo potuto rilevare nel corso del precedente paragrafo¹⁹.

I fatti oggetto di giudizio erano i seguenti: nei primi giorni del mese di maggio del 2009, circa 200 persone salpavano clandestinamente dalle coste libiche, su tre imbarcazioni di fortuna, per raggiungere l'Italia; tra i tanti imbarcatisi sui gommoni, vi erano anche 11 cittadini somali e 13 eritrei che cercavano di raggiungere il territorio del nostro Paese al solo fine di inoltrare domanda di asilo politico. Il 6 maggio 2009, le imbarcazioni si trovavano 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 venivano raggiunte da tre ammiraglie della guardia di finanza italiana che, intercettate le imbarcazioni, le riconducevano al porto di Tripoli, dopo aver fatto salire a bordo tutti i passeggeri, ma senza porre in essere alcuna procedura di identificazione e senza chiedere ai migranti presenti sulle imbarcazioni, se qualcuno di loro avesse voluto inoltrare domanda di asilo²⁰.

Dopo dieci ore di navigazione, le ammiraglie giungevano al porto di Tripoli dove costringevano con la forza i migranti a scendere sulla banchina: affidati con la forza alle autorità di pubblica sicurezza libiche, così come stabilito dal trattato internazionale stipulato tra

¹⁹ Su questo punto, si vedano in dottrina A. TERRASI, *I respingimenti in mare di migranti alla luce della Convenzione europea dei diritti umani*, in *Dir. um. dir. int.*, 2009, pp. 596 ss. e F. MASTROMARTINO, *Il diritto di asilo. Teoria e storia di un istituto giuridico controverso*, Torino, 2012, pp. 245 ss.

²⁰ Sulla determinazione del luogo di sbarco dei migranti soccorsi in mare, si rinvia alle attente osservazioni di F. DE VITTOR, *Il diritto di traversare il Mediterraneo... o quanto meno di provarci*, in *Dir. um. dir. int.*, 2014, pp. 67 ss.

l'Italia e la Libia il 29 dicembre del 2007, le ammiraglie ritornavano nel loro porto di partenza²¹. Gli 11 cittadini somali ed i 13 eritrei intercettati nelle acque internazionali, pertanto, una volta rientrati sulle coste libiche ricorrevano direttamente alla Corte di Strasburgo, sebbene due di loro, successivamente ai fatti di causa, siano stati dichiarati morti nelle carceri di Tripoli per circostanze sconosciute anche ai loro stessi avvocati.

I ricorrenti eccepivano la violazione degli artt. 3 e 13 della CEDU, oltre che dell'art. 4 del quarto protocollo addizionale alla Convenzione che vieta le espulsioni collettive degli stranieri da parte degli Stati membri del Consiglio d'Europa. Tuttavia, la *Grande Chambre* riteneva opportuno verificare, in via preliminare, se effettivamente la fattispecie *de quo* potesse essere ricondotta nell'ambito della giurisdizione italiana, ai sensi dell'art. 1 della Convenzione. Al riguardo, i giudici di Strasburgo – al §. 81 della sentenza – rilevavano come i fatti oggetto del giudizio si fossero interamente consumati a bordo delle

²¹ L'art. 2 di questo accordo bilaterale, a lungo tenuto segreto dai governi di entrambi i Paesi, prevedeva che «*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 altresì rilevare come, successivamente alla ratifica dell'accordo bilaterale, il 4 febbraio del 2009, i due Stati abbiano firmato anche un protocollo addizionale al testo, il quale 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*».

navi italiane, il cui equipaggio era composto esclusivamente da militari italiani²².

Per quanto concerneva, invece, più specificamente la violazione dell'art. 3 CEDU da parte dell'Italia, la Corte, pur rilevando che gli Stati che si trovano alle frontiere esterne della UE abbiano dovuto farsi carico, soprattutto nel corso degli ultimi anni, di difficoltà considerevoli nella gestione dei flussi migratori – oltre che nell'accogliere le richieste di protezione internazionale dei richiedenti asilo –, tuttavia, affermava che il carattere assoluto e non bilanciabile della disposizione in oggetto, non esonerasse i Paesi membri del Consiglio d'Europa dal rispettare gli obblighi che discendono direttamente dalla CEDU. La Libia del resto – evidenziava la Corte – non soltanto non ha mai aderito alla Convenzione di Ginevra, ma addirittura, a partire dal mese di giugno del 2010, aveva persino chiuso l'ufficio dell'UNHCR di Tripoli, in questo modo non consentendo a nessun organismo internazionale di poter svolgere anche soltanto un controllo sulle modalità minime di accoglienza – oltre che di tutela dei Diritti fondamentali – degli stranieri espulsi o respinti dai Paesi della UE²³.

Ad avviso dei ricorrenti, invece, dando diretta esecuzione all'accordo bilaterale stipulato con la Libia, le autorità di pubblica sicurezza italiane avrebbero violato comunque il principio di «non-refoulement», principio questo desumibile direttamente dal testo della Convenzione di Ginevra²⁴ – oltre che, secondo una parte della dottri-

²² Infatti, ad avviso della Corte EDU, «... 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» (così al §. 81 della sentenza *Hirsi*).

²³ Cfr. al riguardo il §. 125 della sentenza *Hirsi*.

²⁴ L'art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951, come noto, impone agli Stati facenti parte del trattato di astenersi dall'allontanare uno straniero verso i confini di territori in cui ci sia il rischio di essere perseguitati in ragione della razza, della religione, della nazionalità, dell'appartenenza a un determinato gruppo sociale o delle opinioni politiche. Per un approfondimento sul dibattito interno alla dottrina internazionalistica sulla natura del principio di *non-refoulement*, si vedano per tutti G. S. GOODWIN-GIL - J. McADAM, *The Refugee in International Law*, Oxford, 2007, *passim*.

na, norma di *ius cogens* a livello internazionale²⁵ –, nei confronti di quegli immigrati presenti che avrebbero potuto inoltrare domanda d’asilo, una volta approdati sulle coste italiane. I ricorrenti, invece, una volta soccorsi in mare, ai soli fini in realtà di contrasto dell’immigrazione clandestina (come stabilito nell’accordo bilaterale con la Libia), sono stati condotti dalle ammiraglie sul territorio di un Paese terzo in cui il principio di «non refoulement» – che la Corte, tra

²⁵ Sul punto, per approfondimenti, cfr. MASTROMARTINO, *Il diritto di asilo*, cit., pp. 256 ss., il quale desume il carattere di *ius cogens* del principio di *non refoulement*, richiamandosi non soltanto alla sentenza *Soering* della Corte di Strasburgo, ma anche alla successiva sentenza *Cruz Varaz e altri c. Svezia* del 20 marzo 1991. Ad avviso dello studioso, infatti, «Questa giurisprudenza, che fa leva sul carattere assoluto, o inderogabile, del divieto di tortura, è espressione di un’opinione generale che insiste nel ritenere proibito l’allontanamento di una persona (in particolare di uno straniero) verso un altro Stato, là dove tale allontanamento rischi di determinare la violazione di un suo diritto fondamentale o la grave violazione di altri diritti umani» (ivi, p. 260). Sul punto, si veda per tutti, nel dibattito dottrinale internazionalistico, il contributo di W. KÄLIN - A. CARONI - L. HEIN, *Article 33, para. 1*, in A. ZIMMERMAN (a cura di), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and Its 1967 Protocol. A Commentary*, Oxford, 2011, pp. 1345 ss.

Inoltre, come ha avuto modo di evidenziare l’UNHCR, in un suo parere consultivo sull’applicazione extra-territoriale degli obblighi di *non-refoulement* derivanti dalla Convenzione di Ginevra, 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, inoltre, l’UNHCR aggiungeva 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* - 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*]]».

l'altro, ricorda essere riconosciuto e garantito a livello europeo anche all'art. 19 della Carta di Nizza –, veniva sistematicamente violato²⁶.

Ma la *Grande Chambre* era stata adita anche al fine di accertare, come detto, la violazione dell'art. 4 del quarto protocollo alla Convenzione, il quale stabilisce un divieto assoluto di espulsioni collettive di stranieri, locuzione questa («*expulsions collectives d'étrangers*») che i giudici di Strasburgo ebbero modo di definire già con la sentenza *Henning Becker c. Danimarca*²⁷, 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*».

Del resto, ad avviso di chi scrive, l'importanza del caso *Hirsi* consiste proprio nel fatto che la Corte di Strasburgo è stata chiamata per la prima volta ad esaminare la questione dell'applicabilità dell'art. 4, protocollo n. 4 alla CEDU al caso di una espulsione collettiva di cittadini stranieri verso uno Stato terzo in acque internazionali. Tuttavia, a ben vedere, la questione dal punto di vista giuridico risulta essere meno complessa di quanto possa apparire, non soltanto perché la lettera della disposizione CEDU qui rilevante non fa alcun riferimento al territorio nazionale dello Stato membro convenuto, ma anche perché, alla luce dell'interpretazione teleologica della disposizione, è possibile desumere che «... *le but de l'article 4 du Protocole n° 4 est d'éviter que les Etats puissent éloigner un certain nombre d'étrangers sans*

²⁶ Per questo motivo, i giudici di Strasburgo giungevano 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*» (così la Corte, ai §§. 156-157 della sentenza *Hirsi*).

²⁷ Così la Commissione EDU, ric. n. 7011/75, sentenza del 3 ottobre 1975. Sul divieto di espulsioni collettive degli stranieri ai sensi dell'art. 4 del quarto protocollo alla CEDU, si veda C. FAVILLI, *Articolo 4, Protocollo n. 4. Divieto di espulsioni collettive di stranieri*, in BARTOLE - DE SENA - ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione*, cit., pp. 866 ss.

examiner leur situation personnelle et, par conséquent, sans leur permettre d'exposer leurs arguments s'opposant à la mesure prise par l'autorité compétente»²⁸.

Infatti, poiché i giudici avevano già precedentemente rilevato la competenza della giurisdizione italiana ai sensi dell'art. 1 CEDU, allora ne consegue logicamente, ad avviso della Corte, 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*»²⁹.

Per quanto riguarda, infine, la violazione dell'art. 13 della Convenzione, letto in combinato disposto con gli artt. 3 e 4 del protocollo quarto alla CEDU, la Corte rilevava come i ricorrenti avrebbero potuto inoltrare domanda di asilo in Italia, ma di fatto si erano visti negare la possibilità di accedere a questa procedura amministrativa, oltre che a quella giudiziaria – in caso di diniego della domanda da parte della Commissione territoriale competente. Sul punto i giudici di Strasburgo, citando il loro importante precedente *M. S. S. c. Belgio e Grecia*³⁰, hanno avuto modo di ribadire 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 per-*

²⁸ Così al §. 177 della sentenza *Hirsi*. Sottolinea FAVILLI, *Articolo 4, Protocollo n. 4*, cit., p. 867 come, in sede di stesura del Protocollo n. 4 alla CEDU, non si ritenne opportuno intervenire anche in materia di espulsione individuale degli stranieri, in quanto ritenuta di esclusiva competenza degli Stati membri del Consiglio d'Europa, proprio in ragione dei principi qui ripresi dalla Corte di Strasburgo e rientranti ormai nel novero delle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute.

²⁹ Così al §. 180 della sentenza *Hirsi*.

³⁰ Si rinvia *supra*, alla nota 3.

mettant d'avoir un accès effectif aux procédures et d'étayer leurs griefs»³¹.

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, in questa sede, che la Libia era, fino a pochi anni fa, una delle peggiori dittature esistenti in Africa e come oggi la situazione in questo Paese, con il crollo del regime di Gheddafi, sia forse – se possibile – anche peggiorata, vista la presenza di ben due governi di fatto, nessuno dei quali in grado di controllare effettivamente il territorio libico, ormai divenuto nel frattempo oggetto di continue incursioni terroristiche dell'esercito del sedicente «Stato islamico»³².

Tuttavia, la Corte EDU non si è limitata, con la sentenza *Hirsi*, a censurare soltanto le politiche di respingimento delle autorità italiane nei confronti dei richiedenti asilo intercettati nelle acque del mediterraneo: più di recente, infatti, i giudici di Strasburgo sono tornati a valutare le prassi di respingimento che il nostro Paese ha posto in essere anche insieme ad altri Stati europei membri del Consiglio d'Europa e che, tuttavia, ai sensi degli standard internazionali non possono essere considerati «Paesi sicuri», ai fini della normativa e della giurisprudenza comunitaria ed internazionale in materia di asilo.

3. Il persistere delle prassi dei respingimenti illegali ed il deterioramento degli standard di accoglienza dei richiedenti asilo: le sentenze «Sharifi» e «Tarakhel». – Come evidenziato in precedenza, alla

³¹ Così al §. 206 della sentenza *Hirsi*. Sempre FAVILLI, *Articolo 4, Protocollo n. 4*, cit., p. 871 osserva come «*La motivazione dell'espulsione è determinante al fine di verificare se lo Stato abbia effettivamente garantito un esame individuale dello straniero. [...] Questo significa che gli Stati devono espellere gli stranieri irregolari non con motivazioni generiche sull'irregolarità del loro status, bensì facendo specifico riferimento alla situazione individuale delle persone coinvolte*».

³² Sulla disastrosa situazione libica, con particolare riferimento al rischio di trattamenti inumani e degradanti che i richiedenti asilo respinti dagli Stati europei in questo Paese, possono correre, si rinvia al recente report dell'UNHCR e alle statistiche in esso citate, reperibile al seguente URL: www.unhcr.org/pages/49e485f36.html.

fine del 2014, il nostro Paese è stato oggetto di una serie di ulteriori condanne in materia di tutela dei richiedenti asilo da parte della Corte di Strasburgo: l'Italia, infatti, con una prima sentenza, è stata condannata insieme alla Grecia, per una prassi illegale di respingimento verso le coste elleniche di potenziali richiedenti asilo provenienti dall'Afghanistan (*Sharifi e altri c. Italia e Grecia*, ric. n. 16643/09). In un secondo caso, invece (si tratta della sentenza *Tarakhel c. Svizzera*, ric. n. 29217/12), pur non essendo il nostro Paese formalmente convenuto in giudizio, la Corte ha dato una valutazione parzialmente negativa del sistema di protezione ed accoglienza italiano 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 minorenni³³.

³³ Sul c. d. «Regolamento Dublino II» e sulle problematiche connesse alla sua attuazione da parte degli Stati membri della UE, si vedano in dottrina M. MARCHEGIANI, *Sistema di Dublino e tutela dei diritti fondamentali: il rilievo della clausola di sovranità nella giurisprudenza europea recente*, in *Dir. um. dir. int.*, 2014 pp. 159 ss.; M-L. BASILIEN-GAINCHE, *Droit d'asile (Règlement n. 343/2003): Derniers éclairages sur la détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile*, in *Rev. dr. homme*, disponibile al seguente URL: www.revdh.org/2013/06/22/derniers-eclairages-determination-etat-membre-responsable-demande-asile/. Per una ricostruzione normativa del «Regolamento Dublino II», si veda M. SALERNO, *Il regolamento Dublino II*, in F. ANGELINI - M. BENVENUTI - A. SCHILLACI (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione. Integrazione, diritti, sicurezza. Atti del Convegno di Roma, 2-3 febbraio 2011*, Napoli, 2011, pp. 93 ss. Sulle modifiche apportate al «Sistema Dublino» dal nuovo «Regolamento Dublino III», che tuttavia di fatto non stravolge l'impianto giuridico di base della precedente normativa, si veda O. FERACI, *Il nuovo Regolamento "Dublino III" e la tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo*, in www.osservatoriosullefonti.it, n. 2/2013, pp. 1 ss. Il «Sistema Dublino» ha come obiettivo quello di fissare una serie di criteri oggettivi che consentano la determinazione, in tempi rapidi, dello Stato responsabile dell'esame di una richiesta d'asilo, di prevenire il fenomeno della proposizione di una stessa richiesta d'asilo in più Stati membri (il c. d. fenomeno dello «*asylum shopping*»), oltre che il rischio di trasferimenti ripetuti del richiedente da uno Stato membro all'altro (il c. d. fenomeno dei «*refugees in orbit*»). I criteri stabiliti dal Regolamento per la determinazione dello Stato competente sono molteplici e attengono al principio dell'unità familiare dei minori non accompagnati, al possesso di permessi di soggiorno o di visti da parte del

Ma iniziamo ad analizzare più approfonditamente queste due importanti sentenze a partire da quella emessa dalla II sezione della Corte EDU, 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, erano minorenni –, che avevano cercato di entrare in Italia via mare, dopo essere transitati per la Grecia e che erano stati respinti dalla polizia di frontiera nei porti di Bari, Ancona e Venezia, sulla base di un accordo bilaterale stipulato dal governo italiano e da quello ellenico nel corso del 1999³⁴.

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 effettiva di richiesta d'asilo, 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 inumani e degradanti da parte delle autorità elleniche. 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 alla procedura di riconoscimento della protezione internazionale in territorio italiano, indirettamente avrebbe favorito il loro successivo respingimento in Afghanistan.

Entrambi i rilievi sono stati accolti, seppur in maniera gradatamente diversa, da parte della Corte di Strasburgo la quale, rifacendosi al proprio *leading case* in materia – ossia la sentenza *M. S. S. c. Belgio*

richiedente asilo, all'ingresso o al soggiorno illegali in uno degli Stati membri dell'Unione.

³⁴ Il testo dell'accordo è reperibile al seguente URL: www.meltingpot.org/Accordo-Italia-Grecia-sulla-riammissione-delle-persone-in-ht-m-l#.VYfdyvntmko. 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 coloro che si erano costituiti in giudizio.

e Grecia del 2011 –, aveva modo di osservare come ai sensi dell'art. 13 della Convenzione, per ricorso effettivo deve intendersi un ricorso che sia «... *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 [...]. 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*»³⁵.

Pertanto, ad avviso della Corte, il mancato accesso dei ricorrenti ad un'effettiva procedura amministrativo-giudiziaria di valutazione del proprio potenziale *status* di rifugiati politici da parte delle autorità greche, in ragione anche del fatto che ciò avrebbe automaticamente determinato il respingimento dei ricorrenti nel loro Paese di origine (con il rischio, poi, di essere sottoposti a trattamenti inumani e degradanti da parte delle autorità afgane che, nel frattempo, sarebbero potute venire a conoscenza della domanda di protezione internazionale inoltrata), avrebbe determinato una violazione degli artt. 3 e 13 della Convenzione, letti in combinato disposto tra di loro.

Per quanto concerneva, invece, la posizione dell'Italia, la Corte aveva modo di rilevare una violazione dell'art. 4, protocollo n. 4 alla CEDU, in ragione dell'assoluta discrezionalità con cui le forze di polizia del nostro Paese avevano posto in essere i respingimenti dei ricorrenti, in quanto «*c'est 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*»³⁶.

Ma la Corte di Strasburgo, nel caso *Sharifi*, ha accertato nuovamente una violazione dell'art. 3 CEDU da parte dell'Italia, rilevando che la situazione di fatto in cui si sono trovati i ricorrenti risultava addirittura peggiore rispetto a quella accertata nel caso *M. S. S. c. Belgio e Grecia*: infatti, in quest'ultimo caso, il ricorrente aveva comunque

³⁵ Così al §. 167 della sentenza *Sharifi*.

³⁶ Così al §. 215 della sentenza *Sharifi*.

potuto accedere ad una procedura amministrativa di valutazione della propria domanda di asilo da parte delle autorità belghe, prima di essere respinto illegalmente in Grecia. Infine, la Corte ha rilevato, sempre nei confronti del nostro Paese, 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 italiane non avevano consentito ai ricorrenti 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 rifugiati politici.

Passando poi ad analizzare la sentenza *Tarakhel c. Svizzera* del 4 novembre 2014 – pubblicata quindi a sole due settimane di distanza dal caso *Sharifi* –, si deve osservare come la *Grande Chambre* abbia accertato la violazione dell'art. 3 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», vigente al momento dei fatti. Il «Regolamento Dublino II», infatti, recentemente modificato nel giugno 2013, nel presumere che tutti i Paesi UE debbano essere considerati «Paesi sicuri», 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 – nella fattispecie l'Italia –, esso può interpellare 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 predisponesse il trasferimento in Italia per violazione dell'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.

In effetti, i giudici di Strasburgo hanno valutato in maniera molto approfondita il sistema italiano di accoglienza 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 di Strasburgo ha così avuto modo di affermare che le domande dei richiedenti asilo in Italia vengono evase in tempi ragionevoli (cfr. §. 107 della sentenza), ma anche che gli standard qualitativi di accoglienza nei centri pubblici sono elevati e, in ogni caso, certamente non paragonabili a quelli della Grecia (cfr. i §§. 116 ss.) che era già stata dichiarata «Paese non sicuro» da Strasburgo. Tuttavia, i giudici della *Grande Chambre* hanno anche rilevato 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*»³⁷.

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 dove-

³⁷ Così al §. 110 della sentenza *Tarakhel*.

va desumere, quindi, ad avviso dei 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 –, decidendo di trasferire la famiglia del Sig. Tarakhel in Italia, di fatto la Svizzera si è assunta il ragionevole rischio di far subire ai ricorrenti un trattamento inumano e degradante, in violazione dell'art. 3 della Convenzione³⁸.

Tenuto conto di quanto affermato dalla Corte EDU in queste due importanti decisioni che (direttamente o indirettamente) hanno interessato l'Italia, riteniamo opportuno svolgere una serie di considerazioni, alla luce degli argomenti impiegati dai giudici di Strasburgo nel risolvere questi casi. Senza dubbio, nella sentenza *Sharifi*, la Corte ha dato seguito ad un proprio importante precedente (ossia, come detto, *M. S. S. c. Belgio e Grecia*), in questo modo consolidando in maniera significativa la propria giurisprudenza sul punto. L'accordo intergovernativo tra Italia e Grecia, in materia di cooperazione sui respingimenti degli stranieri extra-comunitari nell'ambito delle acque territoriali adriatiche, infatti, risultava assolutamente derogatorio degli stessi principi europei in materia tanto di espulsioni collettive, quanto

³⁸ Al riguardo, ad avviso di P. BONETTI, *Sharifi c. Italia e Tharakel c. Svizzera: sui diritti del richiedente asilo alla protezione e a un'assistenza dignitosa*, in *Quad. cost.*, 2015, p. 222, nel condannare la Svizzera, la Corte di Strasburgo avrebbe mutato orientamento «... rispetto alla sent. 3 aprile 2013 *Mohammed Hussein c. Paesi Bassi e Italia* (in cui sulla base dei rapporti sull'Italia redatti da istituzioni italiane e da organizzazioni non governative o internazionali aveva ritenuto che, benché le condizioni di vita in Italia dei richiedenti asilo e delle persone già riconosciute come beneficiarie di protezione internazionale o umanitaria mettessero in luce alcuni difetti del sistema, non si poteva parlare di falle sistemiche nell'offerta di supporto ai richiedenti asilo) e attribuisce un'importanza fondamentale alla presenza di minori quale categoria molto vulnerabile e valuta negativamente la mancanza di dettagliate e affidabili informazioni da parte del governo italiano sul centro di accoglienza dove i ricorrenti sarebbero stati ospitati e sull'esistenza di condizioni di accoglienza adeguate all'età dei minori e idonee a preservare l'unità familiare».

di garanzia dell'inoltro delle domande di protezione internazionale, ai sensi della Convenzione di Ginevra.

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 preavviso nei confronti dell'Italia che, a questo punto, rischia di vedersi condannata dalla Corte EDU – 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 i giudici di Strasburgo abbiano più volte ribadito, 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 Paese³⁹.

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

³⁹ Sul punto osserva sempre BONETTI, *Sharifi c. Italia e Tharakel c. Svizzera*, cit., p. 223 che «l'art. 1-sexies, comma 2, d.-l. n. 416/1989, convertito con mod. dalla l. n. 39/1990, introdotto dalla l. n. 189/2002, prevede che i servizi di accoglienza organizzati dagli enti locali e del privato sociale nell'ambito del Sistema di accoglienza dei richiedenti asilo e dei rifugiati (SPRAR) siano finanziati per non più dell'80% mediante un periodico decreto del Ministro dell'interno che stabilisce nei limiti delle risorse disponibili nel Fondo nazionale per le politiche e i servizi dell'asilo, ma tali limiti fondati su ipotesi imprevedibili delle domande di asilo sono stati sempre sottovalutati rispetto all'effettivo fabbisogno e perciò violano gli obblighi di assistenza dei richiedenti asilo previsti dalla direttiva UE sull'accoglienza dei richiedenti asilo».

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*»⁴⁰.

Del resto, una valutazione soltanto quantitativa degli standard di accoglienza italiani, tra l'altro a fronte di una valutazione d'insieme del sistema di accoglienza che non presenterebbe nessuna carenza strutturale – come del resto ribadito anche dalla maggioranza dei giudici della *Grande Chambre* –, non può essere sufficiente da sola ad accertare una 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 UE la Svizzera non ha neppure aderito formalmente.

4. Alcune osservazioni conclusive alla luce di alcuni casi ancora pendenti davanti alla Corte di Strasburgo. – La valutazione fatta al termine del precedente paragrafo sembrerebbe del resto essere confermata da una sentenza simile – e di poco successiva – al caso *Tarakhel* che ha visto questa volta l'Olanda come Stato convenuto in giudizio davanti alla Corte di Strasburgo, per il trasferimento di un richiedente asilo in Italia ai sensi del «Regolamento Dublino II». Si tratta della sentenza della III sezione della Corte di Strasburgo, *A. M. E. c. Olanda* del 5 febbraio 2015 (ric. n. 51428/10) che ha dichiarato inammissibile il ricorso d'urgenza del Sig. A. M. E., cittadino di origine somala che dopo aver ottenuto la protezione sussidiaria in Italia – e, quindi, il relativo permesso di soggiorno rinnovabile per la durata di tre anni –, si era poi recato in Olanda per reiterare la propria domanda di asilo.

Le autorità olandesi, tuttavia, avevano negato al ricorrente lo *status* di rifugiato politico, anche in ragione del fatto che questi lo a-

⁴⁰ Così la *dissenting opinion* dei giudici Casadevall, Berro-Lefèvre e Jäderblom, p. 54 del testo inglese della sentenza *Tarakhel*.

veva ottenuto in precedenza proprio nel nostro Paese. Ciò nonostante, il Sig. A. M. E. invocava l'art. 3 CEDU per opporsi al suo trasferimento in Italia, rilevando il fatto che avrebbe corso il rischio di essere rimpatriato in Somalia e che il nostro sistema di accoglienza risultava al di sotto degli standard di tutela europei. Tuttavia, proprio rifacendosi alla sentenza *Tarakhel*, la Corte di Strasburgo – come detto – dichiarava inammissibile la richiesta presentata in via d'urgenza dal ricorrente, in quanto a differenza del precedente citato, il Sig. A. M. E. «... is an able young man with no dependents and that, as regards transfers to Italy under the Dublin Regulation, the Netherlands authorities decide in consultation with the Italian authorities how and when the transfer of an asylum seeker to the competent Italian authorities will take place and that in principle three working days' notice is given»⁴¹.

Questa decisione ci sembra esemplare per quanto concerne la capacità che la Corte di Strasburgo ha di svolgere una valutazione concreta, caso per caso, delle questioni che le si presentano, facendo emergere di volta in volta gli elementi concreti che la conducono a svolgere un giudizio equitativo⁴². A distanza di pochi giorni, quindi, pur non essendo convenuta nel giudizio, l'Italia si è vista indirettamente prima condannata e poi «assolta» dalla Corte di Strasburgo, con riferimento all'art. 3 CEDU e questo perché nel caso *Tarakhel* le caratteristiche personali di alcuni dei ricorrenti – nella fattispecie i figli del Sig. Tarakhel – facevano valutare il sistema di accoglienza dei richiedenti asilo italiano come al di sotto degli standard qualitativi internazionali; viceversa nel caso A. M. E., trovandosi i giudici di Strasburgo di fronte ad un ricorrente adulto, in grado di svolgere una normale vita lavorativa e di potersi tranquillamente integrare a livello sociale, avendo già ottenuto la protezione sussidiaria in Italia, non era

⁴¹ Così al §. 34 della sentenza *A. M. E.* che tra l'altro riprende a sua volta il precedente *Mohammed Hussein c. Italia* che, ad avviso di Paolo Bonetti (vedi *supra*, nota 36), non era stato tenuto in considerazione dalla stessa Corte di Strasburgo nel caso *Tarakhel*.

⁴² Sul punto, si rinvia alle osservazioni svolte da G. REPETTO, *Argomenti comparativi e Diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli, 2011, in particolare pp. 305 ss.

riscontrabile alcun tipo di violazione dell'art. 3 CEDU da parte dell'Olanda, non essendo necessaria una sua presa in carico da parte del sistema di accoglienza del nostro Paese.

Ancora una volta, quindi, il sistema di accoglienza dei richiedenti asilo italiano, è stato valutato con un giudizio equitativo da parte della Corte, tenendo cioè conto delle diverse situazioni concrete e, come affermato nella sua giurisprudenza ormai divenuta costante, tenendo conto delle caratteristiche soggettive dei richiedenti che l'avevano adita. Ciò non significa, tuttavia, che in futuro il nostro Paese non possa essere nuovamente condannato per violazione dell'art. 3 CEDU da parte dei giudici di Strasburgo.

Al riguardo, infatti, pendono ancora innanzi alla Corte, in attesa di una decisione definitiva due cause che potrebbero mettere a dura prova la tenuta del sistema di accoglienza italiano: in particolare, nel caso *Khlaifia e altri c. Italia* (ric. n. 16483/12, pendente innanzi alla II sezione della Corte EDU), i ricorrenti lamentano una violazione dell'art. 3 CEDU per le modalità con cui sono stati accolti nel centro di accoglienza di primo soccorso di Lampedusa nel corso del mese di settembre 2011. In particolare, essi si lamentavano del fatto di aver dovuto dormire e mangiare per terra nel corso del periodo di accoglienza, a causa del sovraffollamento del centro, e di non aver potuto comunicare con l'esterno a causa del divieto imposto, per ragioni di ordine pubblico, dalle autorità di sicurezza che controllavano il centro. A seguito di una rivolta, dovuta proprio alle condizioni di vita ed igienico-sanitarie in cui versavano i migranti, la polizia li aveva fatti imbarcare su alcune navi verso Palermo e qui erano stati nuovamente rimpatriati a Tunisi senza poter in alcun modo inoltrare domanda di protezione internazionale⁴³.

Un altro caso ancora pendente innanzi alla Corte di Strasburgo è il ricorso (n. 62841/13), *Hassani e altri c. Italia e Grecia* presentato da parte di 19 ricorrenti che lamentano di essere stati respinti dalle au-

⁴³ Sulla vicenda della rivolta del centro di prima accoglienza di Lampedusa, sul ricorso alla Corte di Strasburgo e sulle palesi violazioni dei Diritti fondamentali dei migranti «rinchiusi» nel centro, si rinvia all'approfondita analisi di L. MASERA, *Il «caso Lampedusa»: una violazione sistemica del diritto alla libertà personale*, in *Dir. um. dir. int.*, 2014, pp. 83 ss.

torità di polizia portuale italiane verso la Grecia: si tratta, per la maggior parte, di minori stranieri non accompagnati e richiedenti asilo vittime di illegittimi respingimenti attuati dalle autorità di frontiera italiane (tra il mese di marzo e luglio del 2013) che, in violazione del principio di *non refoulement* previsto dalla Convenzione di Ginevra – e senza alcun tipo di formalità legale –, in maniera collettiva ed indiscriminata, con modalità tali da integrare una violazioni dell'art. 3 CEDU, hanno proceduto al loro rinvio in Grecia, sottoponendoli nuovamente (in maniera consapevole) alle gravi violazioni ivi poste in essere dalle autorità elleniche⁴⁴.

Risulta evidente, quindi, come la Corte di Strasburgo sarà presto chiamata ad affrontare nuovamente la questione della *governance* italiana dei flussi migratori alla luce dell'art. 3 della CEDU e non è da escludersi che potranno emergere delle *défaillances* strutturali soprattutto nel nostro sistema di prima accoglienza dei richiedenti protezione internazionale. Ciò detto, tuttavia, nonostante le significative lacune strutturali – comunque non giustificabili nella misura in cui si pongono al di sotto degli standard qualitativi di accoglienza previsti dalla normativa interna ed europea –, l'Italia sembra ancora rientrare negli standard di accoglienza europei, dovendosi registrare delle violazioni non in termini sistemici (fatta eccezione per i respingimenti illegali accertati nel caso *Hirsi*), ma in specifici contesti.

L'auspicio, in conclusione, è che questo filone giurisprudenziale possa esaurirsi nel corso dei prossimi anni, non perché la realtà ci consegna un quadro pacificato ed idilliaco in materia di *governance* dei flussi migratori da parte delle autorità di pubblica sicurezza del nostro Paese, al contrario, ma perché si auspica che a livello europeo si possa finalmente trovare una soluzione sistemica all'emergenza umanitaria ormai in atto nel Mediterraneo e che, quindi, tutti gli Stati membri dell'Unione – non soltanto, quindi, i Paesi di confine –, possano finalmente condividere tra di loro, in maniera solidale, le proprie responsabilità, al fine di risolvere un problema che non interessa soltan-

⁴⁴ Per approfondimenti su entrambi questi casi, si rinvia a S. FACHILE - L. LEO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la tutela dei Diritti fondamentali dei migranti e dei richiedenti asilo*, in *Quest. giust.*, n. 3/2014, pp. 121 ss.

La governance italiana dell'immigrazione alla prova della Corte di Strasburgo ...

to alcuni Stati, ma l'intera Unione intesa come comunità politica e sociale, oltre che giuridica.

ROSSANA PALLADINO*

PRINCIPIO DI *NON REFOULEMENT* E «SITUAZIONI GENERALI DI VIOLENZA» NEL PAESE DI DESTINAZIONE: LA PROBLEMATICA VALUTAZIONE DEGLI «ELEMENTI OGGETTIVI DI RISCHIO» RISPETTO ALLE ESPULSIONI VERSO LA SOMALIA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I fatti relativi al caso *K.A.B. v. Sweden* e le posizioni sostenute dalle parti in causa. – 3. Il principio di *non refoulement* ed il rilievo della situazione generale di violenza nel paese di destinazione: dal caso *Vilvarajah* al caso *Sufi and Elmi*. – 4. La valutazione della situazione somala effettuata dalla Corte di Strasburgo nella pronuncia *K.A.B.* – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa.* – La sentenza relativa al caso *K.A.B. v. Sweden*, resa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo il 5 settembre 2013¹, offre qualche spunto di riflessione sui criteri che reggono l'applicazione del principio di *non-refoulement* (non respingimento) riconducibile, come è noto, nell'alveo dell'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). In particolare, rileva l'ipotesi in cui il luogo in cui è destinato il cittadino straniero soggetto ad un provvedimento di allontanamento (nella specie, trattasi di Mogadiscio, capitale della Somalia), sia interessato da «situazioni generali di violenza».

La pronuncia appare degna di nota per la differente valutazione cui perviene la Corte di Strasburgo rispetto alla precedente sentenza relativa al caso *Sufi and Elmi v. the United Kingdom* del 2011², avente anch'essa ad oggetto la compatibilità rispetto all'art. 3 CEDU dell'espulsione di uno straniero verso la Somalia. Ampliando la sua

* Ricercatore a t.d. di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno.

¹ Corte EDU, sent. 5.9.2013, *K.A.B. v. Sweden*, ric. n. 886/11.

² Corte EDU, sent. 28.6.2011, *Sufi and Elmi v. the United Kingdom*, ric. n. 8319/07 e 11449/07.

precedente giurisprudenza – della quale si darà conto *infra* al par. 3 – la Corte aveva, in quell'occasione, ritenuto applicabile il principio di *non-refoulement* sulla base di soli elementi «oggettivi» del rischio, legati alla valutazione della situazione somala di violenza generalizzata, giungendo così a ritenere che per «chiunque» si fosse trovato a Mogadiscio si sarebbe configurato un rischio reale di subire trattamenti contrari all'art. 3 della CEDU.

Pur richiamando tale giurisprudenza, come si vedrà, dalla più recente sentenza relativa al caso *K.A.B. v. Sweden* emerge la difficoltà nell'individuare ed applicare criteri uniformi al fine di valutare il carattere della «sufficiente intensità» delle situazioni generali di violenza, carattere dal quale dipende l'applicabilità del principio di *non-refoulement* a prescindere dalla valutazione degli elementi «soggettivi» del rischio legati alla situazione «personale» di pericolo dello straniero da allontanare.

2. I fatti relativi al caso KAB v. Sweden e le posizioni sostenute dalle parti in causa. – Il caso *K.A.B.* riguarda un cittadino somalo, originario di Mogadiscio, entrato in Svezia il 18 aprile 2009 e richiedente asilo il 24 aprile 2009. Nei gradi di giudizio interni, la richiesta di asilo del Sig. K.A.B. non ha trovato accoglimento, cosicché egli propone ricorso innanzi la Corte europea dei diritti dell'uomo, lamentando che il respingimento dalla Svezia verso la Somalia lo esporrebbe ad un rischio concreto di essere soggetto a trattamenti contrari agli artt. 2 e 3 della Convenzione di salvaguardia.

Come è noto, l'art. 2 della CEDU sancisce il diritto alla vita³, mentre l'art. 3 pone il divieto di tortura e di sottoposizione a pene o

³ Nel sancire il diritto alla vita, l'art. 2 della CEDU afferma che «1. Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nel caso in cui il reato sia punito dalla legge con tale pena. 2. La morte non si considera cagionata in violazione del presente articolo se è il risultato di un ricorso alla forza resosi assolutamente necessario: (a) per garantire la difesa di ogni persona contro la violenza illegale; (b) per eseguire un arresto regolare o per impedire l'evasione di una persona regolarmente detenuta; (c) per reprimere, in modo conforme alla legge, una sommossa o un'insurrezione».

trattamenti inumani e degradanti⁴. Invocando tale doppio parametro convenzionale, innanzi alla Corte EDU il ricorrente ribadisce la posizione già sostenuta nei giudizi nazionali, ossia l'impossibilità di ritornare a Mogadiscio – la sua ultima città di residenza e di cui dichiara di essere originario – a motivo dei conflitti armati esistenti, facendo, in particolare, leva sulla generale condizione di insicurezza e violenza; condizione peraltro, rappresentata anche 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 che le autorità locali svedesi hanno inteso adottare, volte ad espellerlo verso Somaliland, ossia una zona della Somalia ritenuta meno pericolosa di Mogadiscio. In particolare, egli si appella alle *Guidelines* dell'UNHCR poc'anzi citate, dalle quali emerge che a Somaliland non sono comunque accettati i cittadini somali che non sono originari di questa specifica area. Di conseguenza, il ricorrente sostiene che egli sarebbe comunque sottoposto al rischio di essere detenuto e conseguentemente deportato verso la zona del sud o del centro della Somalia, ossia proprio verso quelle aree interessate dai conflitti armati.

Alla luce della situazione fin qui riassunta, 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.

Dal suo canto, il Governo svedese si allinea alla posizione sostenuta dal *Migration Board* che ha trattato la questione in Svezia, ritenendo legittima l'emissione di un ordine di espulsione verso Somaliland.

In particolare, la posizione della Svezia è basata sulla precedente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo dalla quale si evidenzia la non sussistenza di una generale necessità di protezione per tutti i cittadini somali e la legittimità dell'applicazione del principio secondo il quale la protezione nei confronti degli stranieri può es-

⁴ Stando al quale «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti».

sere esercitata solo previa valutazione delle specifiche situazioni individuali⁵.

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 riguardo al posto in cui egli effettivamente ha vissuto prima di arrivare in Svezia, seppure sembra pacifico che egli abbia vissuto per lungo tempo nel sud della Somalia e a Mogadiscio.

Infine, il Governo svedese sostiene che il Sig. KAB ben potrebbe vivere in Somaliland, zona dove, dalle informazioni reperite, egli avrebbe dei familiari. All'uopo, 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.

3. *Il principio di non refoulement ed il rilievo della situazione generale di violenza nel paese di destinazione: dal caso Vilvarajah al caso Sufi and Elmi.* – Prima di passare ad esaminare la pronuncia resa dalla Corte EDU in relazione al caso *K.A.B* ed gli aspetti di problematicità che da essa emergono, appare opportuno soffermarsi sui profili giuridici legati all'applicazione del principio di *non-refoulement* nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo ed, in particolare, sul rilievo da tributare alla «situazione generale» di violenza nel Paese di destinazione.

Pur in assenza di una espressa previsione nella Convenzione europea, è grazie all'attività ermeneutica della Corte EDU che dall'art. 3 CEDU è stata fatta discendere una forma di protezione nei confronti di individui che, se allontanati verso un determinato paese di destinazione, rischiano di essere soggetti a gravi violazioni dei diritti umani. Si tratta, dunque, di una protezione «ricavata» in via interpretativa dall'art. 3 CEDU che, attraverso una formulazione che può risultare

⁵ Nella specie, il governo svedese richiama la pronuncia del 20.1.2009 relativa al caso *F.H. v. Sweden*, ric. n. 32621/06, par. 90, e quella del 17.7.2008, *N.A. v. the United Kingdom*, ric. n. 25904/07, par. 115.

piuttosto generica, si limita a stabilire che «nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti».

Ma è proprio grazie a questa formulazione letterale, suscettibile di una certa «elasticità», che la Corte di Strasburgo, seppure mai affermando la sussistenza di un vero e proprio diritto di asilo⁶, ha plasmato in ambito CEDU un meccanismo di protezione molto simile a quello disciplinato dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato del 1951, nella quale, come è noto, il principio di *non refoulement* si erge a «pietra angolare» della Convenzione stessa⁷.

Il *leading case* in materia può essere individuato nella sentenza relativa al caso *Soering*⁸, in cui la Corte di Strasburgo ha censurato l'extradizione, da parte del Regno Unito, di un cittadino tedesco verso gli Stati Uniti. Nella specie, si trattava di un soggetto accusato di omi-

⁶ Come peraltro evidenziato dalla Corte stessa, tra le altre, nella sentenza del 15.11.1996, *Chahal v. the United Kingdom*, ric. n. 22414/93, par. 73. In tema, si veda N. MOLE - C. MEREDITH, *Asylum and the European Convention on Human Rights (Human Rights Files No. 9)*, Council of Europe Publishing, 2010.

⁷ Rubricato «Divieto d'espulsione e di rinvio al confine», l'art. 33 della Convenzione sancisce che «1. Nessuno Stato Contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche. 2. La presente disposizione non può tuttavia essere fatta valere da un rifugiato se per motivi seri egli debba essere considerato un pericolo per la sicurezza del paese in cui risiede oppure costituisca, a causa di una condanna definitiva per un crimine o un delitto particolarmente grave, una minaccia per la collettività di detto paese».

⁸ Cfr. Corte EDU, sent. 7.7.1989, *Soering v. the United Kingdom*, ric. n. 14038/88. In tema S. BREITENMOSER - G. E. WILMS, *Human Rights v. Extraditions: The Soering Case*, in *Michigan J. Int. L.*, 1989-1990, pp. 845 ss.; C. WARBRICK, *Coherence and the European Court of Human Rights: The Adjudicative Background to Soering Case*, ivi, pp. 1073 ss.; A. DAMATO, *Estradizione e divieto di trattamenti inumani o degradanti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1991, pp. 648 ss.; R. B. LILLICH, *The Soering Case*, in *Am. J. Int. L.*, 1991, pp. 128 ss.; F. MAROTTA, *Responsabilità dello Stato estradante con riferimento all'art. 3 della Convenzione europea*. *Considerazioni sulla sentenza Soering*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1989, pp. 439 ss. Si veda anche M. PEDRAZZI, *Espulsione e giustizia penale: le garanzie della CEDU*, in R. DEL COCO - E. PISTOIA (a cura di), *Stranieri e giustizia penale. Problemi di perseguibilità e di garanzie nella normativa nazionale ed europea*, Bari, 2014, pp. 153-162.

icidio, reato per il quale nel paese di destinazione (la Virginia) era prevista l'applicazione della pena di morte, che ha condotto la Corte EDU a ritenere che non la pena di morte in quanto tale ma l'attesa nei corridoi della morte e la relativa sindrome ad essa correlata integrassero una forma di tortura vietata ai sensi dell'art. 3 della Convenzione di salvaguardia⁹.

Il consolidamento di tale giurisprudenza¹⁰ ha portato a ritenere il principio di *non refoulement* – da considerarsi, peraltro, quale espressione di una norma consuetudinaria dalla natura non derogabile¹¹ – quale corollario dell'art. 3 della Convenzione di salvaguardia¹², rientrando nel nocciolo duro dei diritti CEDU non negoziabili neppure in

⁹ Corte EDU, sent. 7.7.1989, *Soering*, cit., parr. 93-100.

¹⁰ Sulla prassi successiva che consolida la pronuncia *Soering*, si veda F. CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione europea*, Bari, 2012, pp. 105 ss.

¹¹ Si veda J. ALLAIN, *The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement*, in *Int. J. Ref. Law*, 2001, pp. 533 ss.; N. COLEMAN, *Renewes Review of the Status of the Principle of non-refoulement as Customary International Law*, in *Eur. J. Migr. L.*, 2003, p. 23; G. S. GOODWINS-GILL - J. MCADAM, *The Refugee in International L.*, Oxford, 2007, pp. 201 ss.; R. PISILLO MAZZESCHI, *Il diritto di asilo 50 anni dopo la Dichiarazione universal dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1999, pp. 694 ss.; B. NASCIMBENE, *Il diritto di asilo e lo status di rifugiato. Profili di diritto interno e comunitario*, in *Studi Panzera*, vol. II, Bari, 1995, pp. 519 ss.; K. HAILBRONNER, *Non-Refoulement and "Humanitarian" Refugees: Customary International Law or Wishful Legal Thinking?*, in *Virginia J. Int. L.*, 1986, pp. 866 ss.; R. M. M. WALLACE, *The Principle of non-refoulement in International Refugee Law*, in V. CHETAİL - C. BAULOZ (eds.), *Research Handbook on International Law and Migration*, Cheltenham, 2014, pp. 417-438.

¹² In argomento, 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, pp. 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, pp. 352 ss.; P. PUSTORINO, *Articolo 3, Proibizione della tortura*, in S. BARTOLE - P. DE SENA - V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, pp. 63 ss.; B. RAINEY - E. WICKS - C. OVEY, *The European Convention on Human Rights*, IV ed., Oxford, 2014, cap. 9 "Prohibition of Torture", pp. 169 ss.; F. SUDRE, *Article 3*, in L-E. PETTITI - E. DECAUX - P-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne de droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, 1999, pp. 159-161.

condizioni di emergenza che possano minacciare la vita di una nazione, ai sensi dell'art. 15 della stessa Convenzione¹³.

Il parametro normativo dell'art. 3 CEDU risulta, allora, violato da qualsiasi misura di allontanamento (estradizione, espulsione o respingimento) dal territorio nazionale adottata da uno Stato parte della Convenzione nei confronti di uno straniero, nell'ipotesi in cui siano riscontrabili «*substantial grounds*»¹⁴, ossia sostanziali motivi di ritenere che tale misura abbia l'effetto di esporre lo straniero al «rischio reale» di subire tortura o altri trattamenti inumani o degradanti nel Paese di destinazione (sia esso il paese di origine oppure di transito)¹⁵,

¹³ Ed è proprio in considerazione della natura assoluta del divieto di tortura che la Corte di Strasburgo ha ritenuto che un'interpretazione dell'art. 3 CEDU che non avesse contemplato quale corollario l'obbligo di *non-refoulement* sarebbe stato da considerarsi in contrasto con quel «common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law» ai quali fa riferimento il Preambolo della Convenzione. Cfr. Corte EDU, sent. 7.7.1989, *Soering*, cit., par. 88. Sul carattere assoluto dell'art. 3 della Convenzione, si veda J. CALLENWAERT, *L'article 3 de la Convention européenne: une norme relativement absolue ou absolument relative?*, in *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles, 1995, pp. 13-38.

¹⁴ Cfr. Corte EDU, sent. 7.7.1989, *Soering*, cit., par. 90-91; sent. 28.2.2008, *Saadi v. Italy*, ric. n. 37201/06, par. 152; sent. 17.7.2008, *N.A.*, cit., par. 108-117; sent. 11.1.2007, *Salah Sheekh v. the Netherlands*, ric. n. 1948/04, par. 135. Da ultimo, si veda anche Corte EDU, sent. 4.11.2014, *Tarakhel v. Switzerland*, ric. n. 29217/12, par. 93.

¹⁵ È appena il caso di sottolineare che il sindacato della Corte di Strasburgo circa l'esistenza di una violazione dell'art. 3 della CEDU si estende sia alle ipotesi in cui il Paese di destinazione sia uno Stato non parte della Convenzione, sia nell'ipotesi in cui si tratti di uno Stato parte. Particolarmente delicata è l'ipotesi in cui lo Stato che procede all'allontanamento invochi l'applicazione dei criteri fissati nella legislazione dell'Unione europea dalla «Regolamentazione Dublino» (attualmente è in vigore il Regolamento (UE) n. 604/2013 (cd. «Dublino III») che ha sostituito il Regolamento (CE) 343/2003 (cd. «Dublino II»). All'uopo rileva quanto affermato dalla Corte di Strasburgo nella sentenza del 21 gennaio 2011, relativa al noto caso *M.S.S. v. Belgium and Greece*, ric. n. 30696/09. Si tratta di una pronuncia che, per la prima volta ed in rottura con la precedente giurisprudenza della stessa Corte EDU (sent. 2.12.2008, *K.R.S. v. the United Kingdom*, ric. n. 32733/08), ha stabilito il criterio generale secondo il quale i meccanismi di determinazione dello Stato competente, fissati nella «Regolamentazione Dublino», sono suscettibili di derogazione, allorquando la loro applicazione implichi una violazione degli obblighi convenzionali (nel caso di specie, veniva condannato il Belgio per aver disposto, in ap-

andando ad integrare una responsabilità indiretta (o *par ricochet*) in capo allo Stato che ha autorizzato l'allontanamento stesso¹⁶. Si tratta, peraltro, di una responsabilità che scatta in capo allo Stato parte della Convenzione a prescindere dalla effettiva lesione subita dal ricorrente ad opera dello Stato terzo, quanto piuttosto per la semplice esposizio-

plicazione del regolamento «Dublino II», il trasferimento di un richiedente asilo in Grecia, nonostante la situazione di carenza sistemica e strutturale del sistema di accoglienza e delle procedure d'asilo in cui versava lo Stato di destinazione). In altre parole, il «sistema Dublino» poggia su una presunzione – quella secondo cui ogni Stato ad esso appartenente vada considerato come «Paese sicuro» – che, configurandosi come presunzione *non* assoluta, lascia margini di valutazione sulla responsabilità dello Stato che effettui l'espulsione, in relazione agli obblighi discendenti dalla CEDU. Per ulteriori approfondimenti, si vedano E. REBASTI, *Corte europea dei diritti umani e sistema comune europeo in materia di asilo*, in *Dir. um. dir. int.*, 2011, p. 343; J-Y. CARLIER - S. SAROLEA, *Le droit d'asile dans l'Union européenne contrôlé par la Cour européenne des droits de l'homme: A propos de l'arrêt M.S.S. c. Belgique et Grèce*, in *Journal des tribunaux*, 2011, pp. 353 ss.; L. MAGI, *Protezione dei richiedenti asilo 'par ricochet' o protezione 'par moitié'? La Grande Camera ripartisce fra gli Stati contraenti la responsabilità per violazione della Convenzione europea conseguenti al trasferimento di un richiedente asilo in attuazione del regolamento Dublino II*, in *Riv. dir. int.*, 2011, pp. 824 ss.; V. MORENO-LAX, *Dismantling the Dublin system: M.S.S. v. Belgium and Greece*, in *Eur. J. Migr. Law*, 2012, pp. 1 ss. Sulla più recente pronuncia della Corte EDU, sent. 4.11.2014, *Tarakhel*, cit., e sugli aspetti innovativi rispetto al precedente *M.S.S.*, cit., si vedano F. PERRINI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo condanna l'Italia per respingimenti collettivi e valuta il sistema italiano di accoglienza dei richiedenti asilo* e M. MARCHEGIANI, *Il sistema di Dublino ancora al centro del confronto tra Corti in Europa: carenze sistemiche, problemi connessi alle «capacità attuali del sistema di accoglienza» e rilievo delle garanzie individuali nella sentenza Tarakhel c. Svizzera*, in *Rivista OIDU*, 2014, rispettivamente, pp. 1104 ss. e pp. 1107 ss.; G. VICINI, *Regolamento Dublino e principio di non-refoulement, the neverending story: il caso Tarakhel c. Svizzera*, ne *La Com. int.*, pp. 203-222. Sia consentito anche rinviare a R. PALLADINO, *La 'derogabilità' del 'sistema Dublino' dell'UE nella sentenza Tarakhel della Corte europea: dalle 'deficenze sistemiche' ai 'seri dubbi sulle attuali capacità del sistema' italiano di accoglienza*, in *Dir. um. dir. int.*, 2015, n. 1, pp. 226-232.

¹⁶ In generale, sulla protezione dello straniero apprestata dal diritto internazionale contro espulsioni arbitrarie, si veda J. WOJNOWSKA-RADZIŃSKA, *The Rights of an Alien to Be Protected against Arbitrary Expulsion in International Law*, Leiden, 2015.

ne al «rischio»¹⁷. Un rischio che, pur non dovendo necessariamente tradursi in «certezza» non può però, ridursi a mera «possibilità»¹⁸, rilevando, come si evince dalla giurisprudenza della Corte europea, allorquando sia qualificabile come «reale e personale»¹⁹.

Dalla suddetta giurisprudenza emerge anche che, affinché lo straniero possa utilmente invocare la protezione derivante dall'art. 3 CEDU, egli debba essere in grado di dimostrare di essere personalmente e individualmente esposto al rischio di subire tortura o altri trattamenti vietati²⁰, esponendo «seri e fondati motivi» a sostegno della fondatezza del suo timore.

¹⁷ Corte EDU, sent. 7.7.1989, *Soering*, cit., par. 86. La Corte ha precisato peraltro che l'art. 3 è integrato da quelle condotte che presentino un «minimum level of severity» da valutarsi alla luce di un insieme di variabili, quali la loro durata e i loro effetti, il sesso, l'età e lo stato di salute della vittima. Cfr. Corte EDU, sent. 18.01.1978, *Ireland v. United Kingdom*, ric. n. 5310/71, par. 162 e sent. 25.4.1978, *Tyrer v. United Kingdom*, ric. n. 5856/72, par. 30. Si veda anche Corte EDU, sent. 11.7.2006, *Jalloh v. Germany*, ric. n. 54810/00, par. 67, in cui la Corte ha precisato che «The assessment of this minimum level of severity is relative; it depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical and mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim».

¹⁸ La Corte ha, infatti, precisato che «A mere possibility of ill-treatment, however, in such circumstances, is not in itself sufficient to give rise to a breach of Article 3». Cfr. Corte EDU, sent. 30.10.1991, *Vilvarajah and others v. the United Kingdom*, ric. n. 13163/87, par. 111.

¹⁹ «However, it is well established in the case-law of the Court that expulsion by a Contracting State may give rise to an issue under Article 3 (art. 3), and hence engage the responsibility of that State under the Convention, where substantial grounds have been shown for believing that the person in question, if expelled, would face a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 (art. 3) in the receiving country. In these circumstances, Article 3 (art. 3) implies the obligation not to expel the person in question to that country (see the *Soering v. the United Kingdom* judgment of 7 July 1989, Series A no. 161, p. 35, paras. 90-91, the *Cruz Varas and Others v. Sweden* judgment of 20 March 1991, Series A no. 201, p. 28, paras. 69-70, and the above-mentioned *Vilvarajah and Others* judgment, p. 34, para. 103)». Cfr. Corte EDU, sent. 15.11.1996, *Chahal*, cit., par. 74.

²⁰ Per una esemplificativa casistica delle tipologie di «rischio», derivanti sia da condotte statali sia da condotte ascrivibili a gruppi o individui privati, si veda A. SACCUCCI, *Diritto di asilo e Convenzione europea dei diritti umani*, in C. FAVILLI (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova 2011, pp. 147 ss., in particolare p. 159. Circa la possibilità che la violazione dell'art. 3 CEDU sia integrata

A contrario, la mera esistenza di una situazione generalizzata di violazione dei diritti umani nello Stato di destinazione non è stata tradizionalmente considerata elemento sufficiente a far scattare il divieto di allontanamento ai sensi dell'art. 3 CEDU. All'uopo, rileva, in particolare la pronuncia *Vilvarajah and others v. the United Kingdom*, in cui la Corte EDU ha ritenuto necessario che i singoli ricorrenti, appartenenti ad una minoranza etnica (i Tamil) e provenienti da un paese (lo Sri-Lanka) in cui erano in corso sistematiche violazioni dei diritti umani fondamentali, dimostrassero l'esistenza di un loro rischio personale²¹.

La persistenza di disordini interni allo Sri-Lanka non ha condotto la Corte a ritenere che posizione personale dei ricorrenti fosse «any worse than the generality of other members of the Tamil community or other young male Tamils who were returning to their country. Since the situation was still unsettled there existed the possibility that they might be detained and ill-treated as appears to have occurred previously in the cases of some of the applicants». La Corte ha, dunque, ritenuto sussistente una «mera possibilità» di rischio in considerazione della situazione generale del paese di destinazione, in quanto tale non sufficiente ad integrare il parametro dell'art. 3 della Convenzione di salvaguardia.

Tale impostazione ha trovato conferma nella giurisprudenza successiva della Corte di Strasburgo, dalla quale si evince che la situazione generalizzata di violenza nel paese di destinazione, se non connessa all'elemento soggettivo del rischio, ossia alla dimostrazione di

anche a seguito di comportamenti tenuti da privati, si veda Corte EDU, sent. 29.4.1997, *H.L.R v. France*, ric. n.24573/94, ove la Corte ha affermato che «Owing to the absolute character of the right guaranteed, the Court does not rule out the possibility that Article 3 of the Convention may also apply where the danger emanates from persons or groups of persons who are not public officials. However, it must be shown that the risk is real and that the authorities of the receiving State are not able to obviate the risk by providing appropriate protection» (par. 40).

²¹ Dello stesso tenore anche Corte EDU, sent. 31.5.2001, *Fatgan Katani and others v. Germany*, ric. n. 67679/01.

un rischio «personale», non assume rilievo *ex se* ai fini dell'applicazione del principio di *non-refoulement*²².

Si tratta di un'impostazione, invero, destinata progressivamente a mutare in nome di un approccio più estensivo, adottato dalla Corte EDU con riferimento a quelle persone appartenenti ad un determinato gruppo suscettibile di essere soggetto a trattamenti contrari all'art. 3 della Convenzione di salvaguardia. Un approccio che ha consentito alla Corte di Strasburgo di prescindere, nei suddetti casi, dalla specifica situazione «personale» di rischio, per considerare comunque sussistente la violazione dell'art. 3 CEDU. Emblematica, in proposito, è la sentenza sul caso *Salah Sheek v. the Netherlands*²³, ove la Corte considera, «on the basis of the applicant's account and the information about the situation in the “relatively unsafe” areas of Somalia in so far as members of the Ashraf minority are concerned, that it is foreseeable that on his return the applicant would be exposed to treatment in breach of Article 3. It might render the protection offered by that provision illusory if, in addition to the fact of his belonging to the Ashraf – which the Government have not disputed –, the applicant were required to show the existence of further special distinguishing features» (par. 148).

Tale impostazione è stata seguita anche nella nota sentenza *Saadi v. Italy*, ove la Corte ha, *in primis*, ricordato che «una semplice possibilità di maltrattamenti per motivi di congiuntura instabile in un Paese non comporti di per sé una violazione dell'art. 3» e che «quando le fonti di cui dispone descrivono una situazione generale, le lamentele specifiche di un ricorrente nel caso di specie devono essere corroborate da ulteriori elementi di prova»²⁴, proseguendo poi nell'affermare

²² In proposito, si veda Corte EDU, sent. 29.4.1997, *H.L.R.*, cit., ove si è precisato che la Corte «can but note the general situation of violence existing in the country of destination. It considers, however, that this circumstance would not in itself entail, in the event of deportation, a violation of Article 3 (art. 3)». V. anche sent. 20.9.2007, *Sultani v. France*, ric. n. 45223/05, par. 67; sent. 31.5.2001, *Fatgan Katani and others*, cit.; sent. 26.4.2005, *Muslim v. Turkey*, ric. n. 53566/99, par. 70.

²³ Corte EDU, sent. 11.01.2007, *Salah Sheek v. the Netherlands*, cit.

²⁴ Par. 131. In tal senso, sono state richiamate Corte EDU, sent. 12.7.2007, *Mamatkoulov and Askarov v. Tyurkey*, ric. n. 46827/99, par. 73, e sent. 26.4.2005, *Muslim*, cit., par. 68.

che nei casi in cui un ricorrente lamenta di far parte di un gruppo sistematicamente esposto ad una pratica di maltrattamenti, essa considera che la protezione entri in gioco allorquando l'interessato dimostri che vi siano motivi seri ed accertati di credere che esiste la pratica in questione e che appartiene al gruppo preso di mira²⁵.

Nella stessa direzione rileva pure la pronuncia *N.A. v. the United Kingdom*, ove ulteriormente si delineano i contorni del rilievo da tributare all'elemento oggettivo del rischio connesso alla situazione generale di violenza nel paese di destinazione che, secondo la Corte, va presa in considerazione «only in the most extreme cases of general violence»²⁶.

Tale elemento è ripreso anche nella pronuncia *Sufi and Elmi*, ove la Corte precisa pure che una situazione di violenza generalizzata deve possedere il carattere della «sufficiente intensità» al fine di «create such a risk “in the most extreme cases” where there was a real risk of ill-treatment simply by virtue of an individual being exposed to such violence on return».

Come sarà meglio precisato *infra* al par. 4, da quest'ultima pronuncia è rilevabile un ulteriore elemento di apertura nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, atteso che la presenza di una situazione di violenza caratterizzata dalla «sufficiente intensità» diventa elemento principale di valutazione del «rischio» integrante la violazione dell'art. 3 della CEDU, che porta l'analisi della Corte a poter prescindere dalla sussistenza di un rischio specifico che riguardi personalmente il ricorrente²⁷.

4. La valutazione della situazione somala effettuata dalla Corte di Strasburgo nella pronuncia *K.A.B.* – L'iter argomentativo seguito

²⁵ Corte EDU, sent. 28.2.2008, *Saadi*, cit., par. 132 e 143. Per approfondimenti sulla pronuncia, si veda S. SILEONI, *La CEDU e l'espulsione di immigrati stranieri: il caso Saadi c. Italia*, in *Quad. cost.*, 2009, n. 3, pp. 719 ss.

²⁶ Corte EDU, sent. 17.7.2008, *N.A.*, cit., par. 116.

²⁷ Sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte in tal senso, vedi E. FRIPP, *The Law and Practice of Expulsion from the United Kingdom. Deportation, Removal, Exclusion and Deprivation of Citizenship*, Oxford, 2015, pp. 132 ss.

dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *K.A.B.* rappresenta il frutto dell'evoluzione della giurisprudenza di cui si sono delineate le tappe principali *supra* al par. 3.

Nel valutare la sussistenza di un «rischio» correlato all'allontanamento del ricorrente, la Corte EDU dapprima si concentra sull'analisi dell'area del Somaliland, area verso la quale le autorità svedesi intendono espellere il Sig. K.A.B. Tale scelta, proposta dalle autorità svedesi come alternativa al rimpatrio a Mogadiscio, ossia il paese dal quale il ricorrente proviene, è ritenuto dalla Corte di per sé compatibile con l'art. 3 della CEDU, seppure nel rispetto di alcune garanzie quali, *in primis*, la possibilità per il ricorrente di recarsi fino all'area in questione, di accedervi e di insediarsi²⁸.

La valutazione della Corte poggia sulle *Guidelines* dell'UNHCR già citate, in linea con la sua precedente giurisprudenza che vuole che la situazione generale del Paese di destinazione tenga conto delle informazioni contenute nei più recenti rapporti provenienti da associazioni internazionali indipendenti di difesa dei diritti dell'uomo, come ad esempio *Amnesty International*, oppure da fonti governative²⁹.

Dalle *Guidelines* emerge, in particolare, 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»³⁰. 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.

²⁸ Sul ruolo delle garanzie diplomatiche, A. TANCREDI, *Assicurazioni diplomatiche e divieto 'assoluto' di refoulement alla luce di alcune recenti pronunzie della Corte europea dei diritti umani*, in *Dir. um. dir. int.*, 2010, pp. 41 ss.

²⁹ Vedasi, per esempio, Corte EDU, sent. 15.11.1996, *Chahal*, cit., parr. 99-100; sent. 26.4.2005, *Muslim*, cit., par. 67; sent. 5.7.2005, *Said v. the Netherlands*, ric. n. 2345/02, par 54; sent. 20.2.2007 *AlMoayad v. Germany*, ric. n. 35865/03, parr. 65-66; sent. 28.2.2008, *Saadi*, cit., par. 131.

³⁰ Cfr. parr. 47 e 48 delle *Guidelines* e par. 82 della sentenza *K.A.B.*

A questo punto, la Corte EDU si concentra sulla verifica dello stato di sicurezza a Mogadiscio, passando a valutare, quindi, 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 tal senso, la Corte dichiaratamente fa applicazione dei criteri precedentemente elaborati nella pronuncia *Sufi and Elmi*.

Se, come si è detto *supra* al par. 3, 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 aveva ritenuto 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»³¹.

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, come si è già fatto cenno, 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'art. 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 conflitto³².

Peraltro, la Corte di Strasburgo si allineava all'analogo approccio adottato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nella sentenza *Elgafaji* del 17 febbraio 2009³³. Nella specie, la Corte di giustizia

³¹ Corte EDU, sent. 28.6.2011, *Sufi and Elmi*, cit., par. 250.

³² Cfr. par. 248 della pronuncia.

³³ Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 17.02.2009, *Meki Elgafaji e Noor Elgafaji v. Staatssecretaris van Justitie*, causa C-465/07.

aveva interpretato l'art. 15, lett. c) della «direttiva qualifiche»³⁴ 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'art. 15, lett. c) della direttiva»³⁵.

Con riferimento, invece, alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, va sottolineato che la valutazione circa la situazione somala è stata successivamente effettuata anche dalla Grande Camera della Corte EDU. Si fa riferimento alla ben nota pronuncia relativa caso *Hirsi Jama and Others v. Italy* del 23 febbraio 2012³⁶, ove si richiama

³⁴ Direttiva 2004/83/CE del Consiglio del 29 aprile 2004 recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta, pubblicata in *GUUE* L 304 del 30.9.2004. Essa è stata sostituita dalla direttiva 2011/95/UE, pubblicata in *GUUE* L 337 del 20.12.2011.

³⁵ Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 17.02.2009, *Meki Elgafaji*, cit., par. 34. Sul rilievo da accordare all'elemento della «violenza indiscriminata» nella giurisprudenza e nella legislazione dell'Unione europea, si veda S. PEERS - E. GUILD - J. TOMKIN, *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary)*, 2nd rev. ed., The Netherlands, 2015, pp. 140 ss.

³⁶ Ric. n. 27765/09. Per approfondimenti sui vari profili giuridici rilevanti nella sentenza, si rinvia a P. BONETTI, *La decisione Hirsi Jamaa e altri c. Italia: i respingimenti collettivi in mare violano i diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 2012, n. 2, pp. 447-449; C. CELLAMARE, *Brevi note sulla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'affare Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, in *Studi int. eur.*, 2012, n. 2/3, pp. 491-508; A. DEL GUERCIO, *La compatibilità dei respingimenti dei migranti verso la Libia con la Convenzione europea dei diritti umani alla luce del ricorso Hirsi e altri c. Italia*, in *Rass. dir. pub. eur.*, 2011, n. 2, pp. 255-282; A. DI PASCALE, *La sentenza Hirsi e altri c. Italia: una condanna senza appello della politica dei respingimenti*, in *Dir. imm. citt.*, 2012, n. 1, pp. 85-93; C. ZANGHÌ, *Emigrazione e respingimento in mare* e D. FANCIULLO, *L'applicazione extraterritoriale del divieto di espulsioni collettive di stranieri: il caso Hirsi*, in A. DI STASI - L. KALB (a cura di), *La gestione dei flussi migratori tra esigenze di ordine pubblico, sicurezza interna ed integrazione europea*, Napoli, 2013, rispettivamente pp. 9-21 e pp. 175-198; F. LENZERINI, *Il principio del non-refoulement dopo la sentenza Hirsi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2012, n. 3, pp. 721-761; A. LIGUORI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo condanna l'Italia per i respingimenti verso la*

la causa *Sufi and Elmi* in cui la Corte aveva «costatato la gravità del livello di violenza raggiunto a Mogadiscio e il rischio elevato, per le persone rinviate in questo Paese, di essere portate a transitare nelle zone interessate dal conflitto armato o a cercare rifugio nei campi per profughi o per i rifugiati, in cui le condizioni di vita sono disastrose». Il che ha portato la Corte ad affermare, invero in maniera abbastanza sintetica, che tutte le informazioni in suo possesso mostrano «prima facie» che la situazione somala «ha posto e continua a porre gravi problemi di insicurezza generalizzata»³⁷.

Il 5 settembre 2013, nel decidere la questione relativa al caso *K.A.B.*, la Corte EDU giunge ad opposte conclusioni circa la situazione somala, ritenendo conseguentemente esclusa la violazione del principio di *non-refoulement* ricollegato all'art. 3 della CEDU.

La differente conclusione cui perviene la Corte va letta alla luce dei criteri di valutazione del rischio che essa stessa ha elaborato nella propria giurisprudenza, dai quali, invero, la Corte in linea di principio non si discosta.

Si ribadisce, in primo luogo, che l'approccio consistente nella valutazione generale che prescinda 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. In altre parole, la protezione riconducibile all'art. 3 della CEDU risulta applicabile solo nell'ipotesi in cui ci si trovi di fronte a circostanze di violenza generalizzata caratterizzate da un elemento di «eccezionalità»³⁸.

Alla luce di tale considerazione, nel valutare la situazione «attuale» del paese di destinazione, ossia lo stato dei fatti al momento in cui è adottata la decisione relativa al caso *K.A.B.*, la Corte di Strasbur-

Libia del 2009: il caso Hirsi, in *Riv. dir. int.*, 2012, n. 2, pp. 415-443; N. NAPOLITANO, *La condanna dei 'respingimenti' operati dall'Italia verso la Libia da parte della Corte europea dei diritti umani: molte luci e qualche ombra*, in *Dir. um. dir. int.*, 2012, n. 2, pp. 436-447. Vedi anche A. CIERVO, *Il "miglio verde": note a prima lettura alla sentenza "Hirsi"*, in diritti-cedu.unipg.it.

³⁷ Cfr. Corte EDU, sent. 23.2.2012, *Hirsi Jama*, cit., par. 151.

³⁸ Sul punto, si vedano Corte EDU, sent. 17.7.2008, *N.A.*, cit., par. 115 e Corte EDU, sent. 28.6.2011, *Sufi and Elmi*, cit., par. 218.

go, come si è detto, perviene a conclusioni differenti rispetto al precedente *Sufi and Elmi* citato³⁹. 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. In particolare, pur constatando che 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»⁴⁰, dando un peso determinante soprattutto alla circostanza che al-Shabaab ha perso controllo nella città.

5. *Considerazioni conclusive.* Dall'analisi della pronuncia *K.A.B.* emerge innanzitutto un dato, ossia che, in linea di principio, la Corte di Strasburgo ribadisce l'approccio, adottato nel caso *Sufi and Elmi*, estensivo rispetto alla precedente giurisprudenza analizzata *supra* al par. 3. Un approccio che, come si è visto, ha condotto la Corte EDU, per la prima volta, a conferire all'elemento oggettivo del rischio una portata preponderante rispetto all'elemento soggettivo, atteso che la situazione generale di violenza è venuta in rilievo in maniera autonoma e a prescindere dalla situazione individuale dei ricorrenti. Ed infatti, la Corte ha affermato la sussistenza del rischio per «chiunque» fosse stato allontanato verso Mogadiscio. Il tutto in considerazione della sussistenza dell'elemento della «sufficiente intensità», quale ca-

³⁹ Per quanto riguarda il momento da prendere in considerazione, la Corte di Strasburgo ha precisato che ci si deve riferire prioritariamente alle circostanze che lo Stato in causa aveva o doveva conoscere al momento dell'espulsione. «Tuttavia, se il ricorrente non è stato estradato o espulso nel momento in cui la Corte esamina il caso, la data da considerare è quella della procedura davanti alla Corte (Chahal precitata, §§ 85-86, e Venkadajalasarma c. Paesi Bassi, no 58510/00, § 63, 17 febbraio 2004). Uguale situazione accade generalmente quando, come nel presente caso, l'espulsione o l'estradizione è ritardata in seguito all'applicazione di una misura provvisoria emessa dalla Corte, conformemente all'art. 39 del regolamento (Mamatkoulou e Askarov precitata, § 69)». Pertanto, se è vero che i fatti storici presentano un interesse in quanto permettono di chiarire la situazione attuale e la sua probabile evoluzione, sono le circostanze presenti ad essere determinanti». Cfr. Corte EDU, sent. 28.02.2008, *Saadi*, cit., par. 133.

⁴⁰ Par. 88 della sentenza.

rattere che necessariamente deve connotare la situazione di violenza generalizzata nel paese di destinazione.

Pertanto, più che su una non uniforme impostazione di ragionamento, può dirsi che la differente conclusione cui perviene la Corte di Strasburgo nella sentenza *K.A.B.* rispetto alla precedente *Sufi and Elmi* – e che conduce, dunque, ad escludere una violazione dell'art. 3 della Convenzione di salvaguardia – poggia proprio sulla differente valutazione della situazione di violenza a Mogadiscio ed, in particolare, sull'elemento della «sufficiente intensità» di cui si è detto.

Pertanto, a questo punto, appare legittimo chiedersi quale sia il livello di violenza minimo sopra il quale si può ritenere che vi sia una situazione di rischio generalizzata tale da far scattare quel meccanismo «eccezionale» di presunzione di rischio che va ad integrare la violazione dell'art. 3 della Convenzione. E ciò soprattutto in considerazione del fatto che la stessa Corte dichiara di essere cosciente che la situazione dei diritti umani e della sicurezza a Mogadiscio è «serious and fragile and in many ways unpredictable»⁴¹.

Tale elemento, ossia la valutazione del «sufficiente livello di intensità», dal quale è deducibile il rischio reale di trattamenti contrari all'art. 3 CEDU, è rimesso al giudizio della Corte di Strasburgo, la quale fa riferimento a tutta una serie di fonti reperibili, delle quali si è detto *supra* al par. 4. Proprio la valutazione di tale elemento rappresenta il *discrimen* su cui poggiano le differenti conclusioni della Corte rispetto alla precedente sentenza del 2011 relativa al caso *Sufi and Elmi*, 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».

In altre parole, pure a fronte di una medesima impostazione, è la valutazione dell'estrema situazione di violenza generale nel paese di destinazione che è suscettibile di creare problemi in questioni analoghe a quella decisa dalla Corte di Strasburgo nel caso *K.A.B.*

A tal proposito, non può non evidenziarsi che il Giudice della Corte Power-Forde, al quale si è associato il Giudice Zupančič, ha

⁴¹ Come si legge al par. 91 della sentenza *K.A.B.*

presentato una *Dissenting Opinion*, nella quale sono stati messi in rilievo, per l'appunto, problemi circa la valutazione della situazione somala, così come risultante dalla sentenza *K.A.B.* In particolare, viene sottolineata la necessità che tale valutazione sia uniformata a criteri di estrema «rigorosità», così come richiesto dalla stessa giurisprudenza CEDU⁴², 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'art. 3 della CEDU⁴³.

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.

Infine, ulteriore elemento sul quale si ritiene vada posto particolare rilievo è rappresentato dalla non completa applicazione dei criteri precedentemente elaborati nella pronuncia *Sufi and Elmi* che, come già detto *supra* al par. 4, facevano riferimento ai bombardamenti indiscriminati e le offensive militari portate avanti da tutte le parti in causa; all'inaccettabile numero di civili morti; al numero di persone sfolate; alla natura estesa ed imprevedibile del conflitto.

⁴² Sul punto, si veda la Corte EDU, sent. 15.11.1996, *Chahal*, cit., par. 96.

⁴³ In nome del carattere di assolutezza, è stato anche osservato che la conclusione cui è pervenuta la Corte appare «prematura» anche per il non tenere in conto della «capacità di un ricorrente di poter far fronte ai suoi bisogni più basilari come l'alimentazione, l'igiene e l'alloggio; la vulnerabilità ai maltrattamenti; o ancora la prospettiva di poter vedere migliorare la sua situazione in un lasso di tempo ragionevole quando le precarie situazioni umanitarie non siano attribuibili essenzialmente ad eventi naturali quali la siccità, o alla mancanza di risorse da parte dello Stato, ma, come nel caso della Somalia, agli scontri tra fazioni opposte che hanno distrutto il tessuto politico, sociale e produttivo del paese». Cfr. 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, www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=533.

A ben vedere, infatti, nella pronuncia relativa al caso *K.A.B.*, la Corte EDU non approfondisce alcuni dei criteri poc'anzi riportati, quale, in particolare, l'aspetto del «numero delle persone sfollate» come indicatore del reale pericolo di rischio per «chiunque» si trovi a Mogadiscio, laddove da alcune fonti delle Nazioni Unite – peraltro riportate anche nella *Dissenting Opinion* – esse risultano essere in aumento rispetto al 2011.

È facile allora intuire che la situazione di un paese di destinazione, quale quella che interessa la capitale della Somalia, ove continuano a perpetrarsi violenze ed attentati, sia suscettibile di valutazioni difformi le une dalle altre. Il che palesa – come, per l'appunto, emerge anche dalla *Dissenting Opinion* – la difficoltà ad ancorare a criteri e parametri del tutto oggettivi la rilevazione della «sufficiente intensità» delle violenze generalizzate, quale elemento necessario a far «scattare» quel meccanismo di applicazione quasi «automatica» dell'art. 3 della Convenzione adottato dalla Corte EDU a partire dal caso *Sufi and Elmi*. Valutazione che, per essere necessariamente «rigorosa» e per non creare uno stato di diffusa incertezza, dovrebbe quanto meno fare applicazione di *tutti* i criteri che risultano elaborati dalla stessa Corte EDU nella sua precedente giurisprudenza.

LUISA CASSETTI *

LA «COSTRUZIONE» DEI DIRITTI SOCIALI
NELL'APPROCCIO DELLA CORTE INTERAMERICANA
E DELLA CORTE EUROPEA DI STRASBURGO:
CONTENUTO, LIMITI E PROSPETTIVE DELLA
«COMUNICAZIONE» GIURISPRUDENZIALE**

SOMMARIO: 1. Dalle spinte in avanti giurisprudenziali alle (diverse) forme di integrazione regionale in Europa e nel continente Latinoamericano: diritti e politiche sociali. – 2. L'interpretazione «evolutiva» del parametro convenzionale: premesse condivise dalle due Corti, percorsi interpretativi diversi. – 3. L'interdipendenza tra le categorie dei diritti e la realizzazione «progressiva» dei diritti sociali: una affermazione condivisa dalle due Corti. La (diversa) estensione del parametro convenzionale e le (differenti) potenzialità delle rispettive giurisprudenze. – 4. Prospettive e limiti dell'interpretazione evolutiva del diritto alla vita: «vita digna» e «progetto di vita» come veicolo per l'affermazione del livello minimo di salute e di crescita culturale delle persone «deboli». – 5. Al di là della comunicazione giurisprudenziale: potenzialità e limiti della «costruzione» pretoria dei diritti sociali nella prospettiva delle (differenti) forme di integrazione regionale.

1. *Dalle spinte in avanti giurisprudenziali alle (diverse) forme di integrazione regionale in Europa e nel continente latinoamericano: diritti e politiche sociali.* – Analizzare e confrontare le argomentazioni che hanno spinto la Corte di Strasburgo a «forzare» i limiti del catalogo dei diritti contemplati dalla Convenzione di Roma del 1950 (diritti civili e politici *versus* diritti sociali di prestazione non espressamente codificati)¹ con le sollecitazioni che nella giurisprudenza della Corte

*Prof. ordinario di Diritto costituzionale, Università di Perugia.

**Pubblicato nel volume *Diritti e giurisprudenza. La Corte interamericana dei diritti umani e la Corte europea di Strasburgo*, in L. CASSETTI - A. DI STASI - C. LANDA ARROYO (a cura di), Napoli, 2014, pp. 27-46.

¹ Confini ovviamente legati ai limiti considerati allora «naturali» delle garanzie internazionali sussidiarie rispetto a quelle che gli Stati nazionali si avviavano a realizzare per costruire lo «Stato sociale di diritto» sulle macerie della seconda guerra mondiale: gli accordi in ambito internazionale giunsero così a formalizzare in

Interamericana prospettano soluzioni «promettenti» sul versante della garanzia dei diritti economici sociali e culturali significa impostare un percorso di ricerca che dovrebbe consentirci di verificare se (e in quale misura) i due sistemi di protezione regionale internazionale abbiano metabolizzato ovvero siano permeabili rispetto ai presupposti culturali dello «Stato sociale di diritto». Come è noto, tale formula ben descrive le radici del costituzionalismo europeo del secondo dopoguerra e continua a indicare la via maestra per il consolidamento della democrazia nei paesi latinoamericani.

Talune recenti costruzioni giurisprudenziali della Corte interamericana sul versante degli obblighi positivi degli Stati nel garantire lo sviluppo della persona umana, potendo fondarsi peraltro su una varietà di convenzioni internazionali poste a garanzie di soggetti «deboli» (fanciulli, disabili, donne), sono destinate a incrementare un dialogo con gli ordinamenti degli Stati parte della Convenzione (ovverosia di quelli che soprattutto hanno sottoscritto il Patto di San Josè ed il Protocollo di San Salvador sui diritti economici sociali e culturali) e il loro modo di interpretare, costruire, valorizzare il concetto di cittadinanza sociale e di dignità della persona umana.

Le tracce di questo «dinamismo» nella costruzione giurisprudenziale dei giudici interamericani possono essere confrontate con gli sforzi compiuti, fin dagli anni Settanta del secolo scorso, dalla Corte di Strasburgo nella direzione del superamento degli steccati tra diritti civili e politici e diritti di prestazione. La comunicazione ha in realtà

modo differente i diritti classici fondamentali – civili e politici – nella CEDU e a porre, a distanza di oltre dieci anni, nella Carta sociale europea le garanzie dei diritti di prestazione avendo peraltro cura di costruirli come «obiettivi»: sul punto si rinvia a C. TOMUSCHAT, *I diritti sociali nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi integr. eu.*, n. 2/2007, pp. 231 ss. Per un bilancio sugli sforzi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel campo dell'elaborazione di garanzie sociali, v. I. GÓMEZ FERNÁNDEZ, *El sistema de protección de los derechos sociales en el marco del Consejo de Europa*, in F. FACURY SCAFF - R. ROMBOLI - M. REVENGA (a cura di), *Problemi e prospettive in tema di tutela costituzionale dei diritti sociali*, Milano, 2009, pp. 71 ss. ove l'autore ricorda che, nonostante l'indubbia valorizzazione in via pretoria delle garanzie sociali, il problema della indivisibilità dei diritti fondamentali, necessaria per garantire l'effettività e la giustiziabilità dei diritti sociali, continua a rimanere latente sia nella giurisprudenza della Corte EDU, sia nelle iniziative del Consiglio d'Europa (ivi, pp. 91-92).

preso forma con i richiami costanti alle posizioni della Corte di Strasburgo da parte dei giudici interamericani impegnati sul versante della sperimentazione delle potenzialità dell'interpretazione evolutiva delle garanzie convenzionali.

Nel porre i termini di questa comunicazione tra giurisprudenze dobbiamo chiederci se sia ragionevole immaginare, anche in virtù dell'intensificarsi, specie nell'ultimo decennio, dei riferimenti e delle citazioni alla Corte Interamericana nella giurisprudenza dei giudici di Strasburgo², una «contaminazione» tale da indurre la Corte europea ad esprimersi sulla responsabilità degli Stati nell'ambito delle precondizioni necessarie per garantire *standard* di vita dignitosi in un continente, quale quello europeo, che è ormai costretto a fare i conti con una gravissima recessione economica³.

² Per i dati relativi all'intensificarsi, nell'ultimo decennio, delle citazioni della giurisprudenza americana rinvenibili nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo v. T. GROPPI - M. LECIS COCCO-ORTU, *Le citazioni reciproche tra la Corte europea e la Corte interamericana dei diritti dell'uomo*, in *Federalismi.it*, n. 19/2013, p. 37; sul significato e le tecniche di dialogo tra le due Corti, v. A. DI STASI, *La Corte interamericana e la Corte europea dei diritti dell'uomo: da un trans-regional judicial dialogue ad una cross-fertilization?*, in L. CASSETTI - A. DI STASI - C. LANDA ARROYO (a cura di), *Diritti e giurisprudenza*, cit., pp. 1-25.

³ Il riferimento è alla questione posta da G. BRONZINI, *Le politiche europee*, in C. PINELLI (a cura di), *Esclusione sociale. Politiche pubbliche e garanzie dei diritti*, Firenze, 2012, p. 351, il quale si chiede se sia ipotizzabile un'evoluzione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo nella direzione di ricomprendere nel diritto alla vita (art. 2 CEDU) una nozione comparabile a quella di «vita digna», elaborata dalla Corte Interamericana, stante la «fitta rete di rimandi giurisprudenziali» che alimentano ormai i rapporti tra le due Corti internazionali. Sulle premesse convenzionali e sulle argomentazioni che hanno consentito alla Corte Interamericana di enucleare tale nozione si rinvia a L. CASSETTI, *Il diritto di vivere con dignità nella giurisprudenza della Corte*, in *Studi in onore di F. Modugno*, Napoli, 2011, vol. I, pp. 645 ss. È bene ricordare che il tema della crisi economica è sempre più presente nel percorso argomentativo dei nostri giudici costituzionali: v., da ultimo, il richiamo, contenuto nella sentenza della Corte costituzionale n. 62 del 2013, alla «crisi economica che ha investito il nostro paese» per giustificare l'intervento legislativo statale che ha introdotto il meccanismo della «carta acquisti» in nome della protezione di «situazioni di estrema debolezza della persona umana» (par. 6.1. del *Considerato in Diritto*). Su questo filone della giurisprudenza costituzionale si veda M. BENVENUTI, *Brevi considerazioni intorno al ricorso all'argomento della crisi economica nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2013, pp. 969 ss.

Per ragionare sulle potenzialità della circolazione delle interpretazioni relative al valore della «dignità» della persona, che è alla base del costituzionalismo moderno e della sua «naturale» apertura verso i sistemi di protezione internazionale dei diritti dell'uomo, è opportuno precisare la prospettiva di analisi che si intende adottare. Questa indagine si propone di utilizzare gli spunti di riflessione che emergono dal confronto tra le due giurisprudenze e dalle forme di comunicazione tra le due Corti internazionali sul tema delle garanzie giurisdizionali dei diritti sociali⁴, al fine di immaginare una eventuale prospettiva di sviluppo e di crescita di quelle (problematiche) garanzie individuali che sia coerente con le caratteristiche del «sistema regionale» in cui i due giudici internazionali operano.

In altre parole, è proprio la «specificità» dell'integrazione sovranazionale europea attraverso i diritti e le politiche economico-finanziarie, fondata come è noto sulla base di una convivenza «trilaterale» tra ordinamento internazionale (CEDU), ordinamento sovranazionale (UE) e ordinamenti costituzionali nazionali nei termini oggi descritti dall'art. 6 TFUE⁵, a farci riflettere sulle modalità e forme con le quali si potrebbero valorizzare gli sforzi interpretativi dei giudici di Strasburgo. Diversamente, le spinte in avanti della giurisprudenza interamericana sul versante del consolidamento del *corpus juris* latinoamericano in materia di diritti fondamentali sociali sono destinate ad inserirsi in una struttura ordinamentale che, a differenza di ciò che è

⁴ Sulle corrispondenze e sulle dissonanze che si rinvergono nel dialogo e nella reciproca *fertilization* tra le due giurisprudenze internazionali indagate con l'obiettivo di monitorare il livello di sedimentazione di tradizioni universali sul modo di percepire i diritti umani, nella prospettiva di uno *ius commune* euroamericano sui diritti dell'uomo, si veda l'interessante analisi comparata raccolta nel volume curato da F. J. GARCÍA ROCA - P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ - P. SANTOLAYA MACHETTI - R. CANOSA USERA, *El Diálogo entre los sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, 2012.

⁵ Alla luce del riformato art. 6 TUE le garanzie della CEDU, così come elaborate dalla giurisprudenza dei giudici di Strasburgo, al pari delle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri dell'UE, non sono fonti esterne dalle quali ricavare principi generali dell'ordinamento comunitario, ma sono «parte del diritto dell'Unione europea». La stessa norma codifica inoltre l'adesione dell'UE alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

accaduto in Europa, non ha sviluppato la dimensione dell'integrazione regionale sul versante economico- giuridico⁶.

Gli sviluppi di questa trama di «comunicazioni» tra i due sistemi di protezione dei diritti umani appaiono dunque destinati a operare in contesti regionali ben distinguibili, al di là della costante e sempre più intensa circolazione di principi e argomenti tra le due giurisdizioni internazionali, circolazione che, come vedremo, evidenzia la condivisione di alcune premesse teoriche generali, ma si fonda altresì su percorsi interpretativi e argomenti talora autonomi e distinti.

In realtà, le «costruzioni» giurisprudenziali della Corte europea di Strasburgo sul versante delle garanzie dei diritti di prestazione sono destinate a confluire nel «completamento istituzionale» prefigurato dal Trattato di Lisbona nella parte in cui ha incorporato nel diritto dei Trattati la Carta di Nizza (carta ricca di «nuovi» diritti e di circostanziate garanzie sociali) ed ha immaginato l'adesione dell'Unione europea alla CEDU. Per la giurisprudenza della Corte Interamericana resta invece centrale e pressoché esclusivo, quantomeno alla luce dello stato ancora embrionale delle forme di integrazione/cooperazione sovranazionale sviluppato ad oggi nel continente latinoamericano⁷, il rapporto di stimolo, scambio e talora di aperta conflittualità con le giurisdizioni nazionali superiori e, in particolare, con i giudici costituzionali.

2. L'interpretazione «evolutiva» del parametro convenzionale: premesse condivise dalle due Corti, percorsi interpretativi diversi. –

⁶ Come sottolinea C. ZANGHÌ, *Il sistema interamericano dei diritti dell'uomo*, in Id., *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2006, p. 353, dal punto di vista istituzionale il regionalismo americano si fonda sulla tradizionale cooperazione intergovernativa e non ha raggiunto i livelli di integrazione realizzatisi in Europa occidentale.

⁷ Sullo stato attuale delle forme di integrazione sovranazionale nel continente latino-americano si rinvia ai risultati di una ricerca, finanziata dal CUIA (Consorzio Universitario Italiano per l'Argentina), raccolti nel volume *La dinamica delle integrazioni regionali latinoamericane. Casi e materiali*, a cura di M. CARDUCCI - P. RIBERI, Torino, 2013. Sui rapporti tra la Corte Interamericana e il Tribunale costituzionale peruviano v. C. LANDA ARROYO, *La Corte Interamericana y el Tribunal Constitucional del Perú: cooperación, conflictos y tensiones*, in L. CASSETTI - A. DI STASI - C. LANDA ARROYO (a cura di), *Diritti e giurisprudenza*, cit., pp. 149-159.

Se è indubbio che nel costituzionalismo europeo del «secolo breve» i diritti fondamentali declinati dalle Costituzioni europee nate sulle ceneri della seconda guerra mondiale (es. Italia e Germania) ovvero tornate alla democrazia in tempi più recenti (Spagna e Portogallo) sono diritti internazionalizzati, in virtù delle clausole di apertura all'ordinamento internazionale (ONU e poi ordinamento sovranazionale comunitario), i processi costituzionali (di apertura ovvero di consolidamento della democrazia) che prendono forma nel continente americano a ridosso della caduta del muro di Berlino sono perfettamente in sintonia con la cultura della universalizzazione e internazionalizzazione dei diritti⁸. E' emblematico sotto questo profilo il processo di scrittura della Costituzione brasiliana del 1988 che «subisce», a distanza di solo un anno dal suo varo, gli eventi del «1989» e su quella base sarà progressivamente destrutturata e ricomposta attraverso una lunga serie di revisioni costituzionali le quali sanciranno il valore dell'apertura, specie in materia di rapporti economici e di finanza pubblica, all'ordine internazionale e globale⁹. Altrettanto paradigmatico è il caso della prima grande revisione costituzionale dell'era democratica maturata nel 1994 in Argentina: tale revisione, pur non toccando formalmente il catalogo dei diritti della Costituzione storica del 1853-60, incide indirettamente su quelle garanzie attraverso il principio, codificato nell'art. 75, co. 22, che attribuisce rango costituzionale alle garanzie contenute nei trattati internazionali sui diritti umani (a

⁸ E' importante ricordare che le premesse comuni sui valori condivisi, quale quello della dignità della persona e del rispetto dei diritti umani garantiti a livello internazionale, hanno avuto sviluppi talora differenti, in virtù delle specifiche condizioni politico-culturali di ciascuna esperienza costituzionale: sulla comparazione tra Italia e Germania v. le riflessioni di P. RIDOLA, *Le suggestioni del Grundgesetz nella dottrina costituzionalistica italiana. Sessant'anni di rapporti tra "culture" costituzionali tedesca e italiana*, in AA.VV., *Costituzione, economia, globalizzazione. Liber amicorum in onore di C. Amirante*, Napoli, 2013, pp. 1495 ss., in particolare pp. 1501-2.

⁹ Su questo processo di trasformazioni/revisioni costituzionali indotte dagli eventi del 1989 che contribuiranno a ridisegnare il contenuto «sociale» della Costituzione del 1988, si rinvia a F. FACURY SCAFF, *A Constituição Econômica formal, material y ordem econômica: questões conceituais*, in A. G. MOREIRA MAUÉS - F. FACURY SCAFF - J. C. MONTEIRO DE BRITO FILHO (a cura di), *Direitos Fundamentais & Relações Sociais no Mundo Contemporâneo*, Curitiba, 2006, pp. 174 ss.

partire dalla Convenzione Americana fino a ricomprendere il Patto ONU sui Diritti economici e sociali e ad alcuni patti internazionali posti a protezione di soggetti deboli) e riconosce alle suddette garanzie un ruolo complementare rispetto al livello di tutela assicurato dalle clausole costituzionali¹⁰. Ovviamente questo dato convive con tutte le incertezze e con i necessari distinguo tra i diversi diritti fondamentali (realtà ben nota nell'esperienza di crescita e di progressiva crisi dello Stato sociale di diritto in Europa nel corso del Novecento): questo processo di universalizzazione appare ai più attenti studiosi latinoamericani articolato e non uniforme, visto che alcuni diritti sono costruiti come obblighi costituzionali mentre altri appaiono aspettative umane

¹⁰ La clausola della Costituzione argentina è tra quelle che mostrano piena apertura degli Stati verso l'allineamento ai principi della Convenzione Americana: l'art. 75, co. 22, dopo aver affermato che i trattati internazionali hanno valore superiore alla legge, riconosce «rango costituzionale» alle garanzie contenute nella Dichiarazione americana sui diritti e i doveri dell'uomo (adottata con risoluzione in occasione della firma della Carta dell'Organizzazione degli Stati Americani alla Conferenza di Bogotà del 1948), nella Dichiarazione Universale dei diritti umani, nel Patto Internazionale dei diritti economici, sociali e culturali e nel Patto internazionale sui diritti civili e politici e relativo Protocollo facoltativo, nella Convenzione sulla prevenzione e sanzione del delitto di genocidio, nella Convenzione internazionale sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale, nella Convenzione per la eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne, nella Convenzione contro la tortura e altri trattamenti crudeli, disumani e degradanti, nonché nella Convenzione sui diritti del fanciullo. Tali garanzie non possono però derogare ad alcuno dei diritti garantiti nella prima parte della Costituzione argentina, in quanto devono essere interpretate come garanzie «complementari» rispetto a quelle costituzionali. Sull'esistenza in Argentina di una Costituzione ormai «convencionalizzata» v. da ultimo E. A. IBARLUCIA, *¿Existe una Constitución "convencionalizada"?*, ne *La Ley*, 2013-D, pp. 1 ss.; M. G. ÁBALOS, *Avances del control de convencionalidad en Argentina*, in *DPCE*, 2013, pp. 115 ss. La Costituzione colombiana del 1991 (art. 93) ha addirittura previsto il rango «superiore» dei trattati sui diritti umani ratificati e del diritto internazionale umanitario rispetto all'ordinamento interno: sul punto v. G. De VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010, pp. 91 ss. Per un'analisi e una classificazione delle clausole di apertura alle garanzie internazionali dei diritti umani contenute nelle Costituzioni latinoamericane, v. A. BREWER CARIAS, *La aplicación de los Tratados Internacionales sobre derechos humanos en el orden interno*, in *Rev. IIDH*, n. 46, 2007, pp. 215 ss.

legate alla realizzazione di politiche che sono nelle mani dello Stato e della comunità internazionale¹¹.

Tanto in Europa quanto in America Latina la consapevolezza della dimensione internazionale e universale dei diritti, consapevolezza maturata attraverso processi democratici fondati su Costituzioni rigide che pongono al centro i valori della persona nel segno dell'apertura al patrimonio internazionale comune dei diritti umani (e della eventuale sottoposizione a giurisdizioni internazionali), è destinata a incidere sugli stessi equilibri costituzionali: è emblematica sotto tale profilo la forza con cui si è imposta nell'ordinamento costituzionale italiano la cultura del giusto processo grazie alla giurisprudenza di Strasburgo così come è doveroso ricordare l'influenza «diretta» sugli assetti costituzionali che è in grado di esercitare oggi la giurisprudenza della Corte Interamericana¹².

La capacità delle due Corti regionali internazionali di incidere sugli ordinamenti degli Stati membri trova nella questione della garanzia giurisdizionale dei diritti sociali di prestazione un terreno fertile la cui «costruzione» contiene in sé la sfida, accolta da entrambe i sistemi di protezione dei diritti umani, di superare i limiti e i confini del diritto convenzionale scritto.

In verità, l'analisi comparata degli orientamenti giurisprudenziali elaborati a Strasburgo e a San José sul versante delle garanzie dei diritti sociali non può prescindere dalla natura ed estensione dei rispettivi parametri convenzionali: quello del testo è, come vedremo, un li-

¹¹ Si veda, in particolare, la ricostruzione di P. J. FRIAS, *Los derechos humanos en el contexto cultural de Latinoamérica*, in J. F. PALOMINO MANCHEGO - J. C. REMOTTI CARBONELL (a cura di), *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica* (Libro Homenaje a Germán J. Bidart Campos), Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), 2002, pp. 79 ss., spec. pp. 92 ss.

¹² Ci riferiamo al Caso "*La última tentación de Cristo*", *Olmedo Bustos v. Chile*, 5.02.2001, in cui la Corte Interamericana esige, come misura risarcitoria, una modifica dell'ordinamento costituzionale: nel caso di specie la Corte ha accertato (parr. 68-73) la responsabilità dello Stato per violazione della libertà di manifestazione del pensiero, considerata «autentica pietra angolare di una società democratica» in linea con i precedenti della Corte EDU (citati a partire dal *leading case Handyside v. United Kingdom* del 7.12.1976), in virtù della previsione, a livello costituzionale, dell'istituto della censura previa per gli spettacoli cinematografici (art. 19, n. 12 Cost. Cile).

mite oggettivo ancorché «relativizzato» dalla tendenza di entrambe le Corti a configurare la fonte convenzionale come diritto suscettibile di interpretazione evolutiva. Da questo approccio deriva la percezione, comune ad entrambe le Corti, di contribuire, mediante l'interpretazione evolutiva del testo convenzionale, alla definizione di un sistema «dinamico» di protezione dei diritti¹³.

In una recente decisione la Corte Interamericana ha ribadito il principio in base al quale i Trattati sui diritti umani sono «instrumentos vivos» la cui interpretazione deve accompagnare le trasformazioni dei tempi e delle condizioni di vita attuali e che su questo punto il suo pensiero è in tutto congruente con le posizioni della Corte europea dei diritti dell'uomo: l'occasione per ribadire questo *idem sentire* con i giudici europei rispetto alla percezione dinamica del testo convenzionale è stata fornita da una controversia che ha portato alla condanna del Cile per il trattamento discriminatorio riservato dalle autorità giurisdizionali competenti ad una madre di due figlie affidate al padre sulla base di una (artificiosa e piena di pregiudizi) sovraesposizione degli effetti sociali «negativi» sulla crescita dei minori riconducibili al

¹³ E' indubbio che i riferimenti testuali ovverosia la lettera di ciascuna convenzione rappresenta un limite, seppur relativo. Nella comparazione tra le due giurisprudenze questo limite, ancorché relativo, non può essere dimenticato: sul punto cfr. F. G. GARCÍA ROCA - H. NOGUEIRA ALCALÁ - R. BUSTOS GISBERT, *La Comunicación entre ambos sistemas y las características del dialogo*, in F. J. GARCÍA ROCA - P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ - P. SANTOLAYA MACHETTI - R. CANOSA USERA, *El Diálogo entre los sistemas*, cit., p. 84, ove si evidenzia come il dato «testuale» è uno degli elementi che differenziano i due sistemi (gli altri elementi di differenziazione sono di carattere procedimentale e riguardano l'organizzazione dei lavori, l'appellabilità delle decisioni, presente solo nel sistema europeo che prevede l'appello alla *Grande Chambre*, il ruolo della Commissione interamericana, la cui presenza attraverso la funzione consultiva consentirebbe di mantenere un livello basso di contenzioso dinanzi alla Corte Interamericana, e il contesto giuridico politico che appare più articolato e meno omogeneo in Europa vista la convivenza tra ordinamenti di *civil law* e paesi di *common law*). Sugli elementi distintivi fondamentali delle due Corti internazionali, v. GROPPI - LECIS COCCO-ORTU, *Le citazioni reciproche*, cit., pp. 8 ss.

rapporto intrattenuto dalla madre ricorrente con una persona del suo stesso sesso¹⁴.

Il caso è di particolare interesse visto che la Corte Interamericana, andando oltre le conclusioni cui era pervenuta la Commissione nel rimettere il relativo ricorso, ha utilizzato la premessa dell'interpretazione «aperta» della Convenzione al fine di dare forma e riconoscimento alla dimensione non solo privata, ma anche «familiare» della convivenza tra le due donne. Nel ricostruire l'avvenuta discriminazione in base all'orientamento sessuale della ricorrente i giudici precisano che la scelta del partner è parte integrante di un progetto di vita privata da intendersi in senso lato e quindi come comprensivo dello sviluppo della persona, sviluppo che include il diritto a intrattenere relazioni con persone dello stesso sesso.

Nel percorrere questa strada i giudici di San José richiamano il percorso tracciato dalla Corte EDU fino al recente e discusso caso *Schalk and Kopf* del 2010 in cui si precisa, attraverso un vero e proprio *revirement* giurisprudenziale, che nel sistema convenzionale europeo la nozione di famiglia non può essere ristretta al modello di famiglia fondata sul matrimonio e che le relazioni dei figli che nascono

¹⁴ Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile*, sent. 24.02.2012, par. 83, ove la Corte Interamericana richiama una precedente opinione consultiva del 1999 (OC-16/99 del 1.10.1999) e il Caso de *las Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, sentenza 15.09.2005, par. 106. Invocando i precedenti della Corte EDU in tema di interpretazione evolutiva, la pronuncia *Atala Riffo* cita il caso *Tyrer v. United Kingdom* (ric. 5856/72), sent. 25.04.1978, par. 31, ove i giudici di Strasburgo avevano affermato che «The Court must also recall that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions». Nel caso di specie la Corte europea affermò che il suo giudizio non poteva non essere influenzato dall'evoluzione e dalla percezione comunemente accettata degli standard di politica criminale accettati dagli Stati parte del Consiglio d'Europa e quindi nella fattispecie doveva tener conto della discussione in atto da diversi anni attorno alla illegittimità delle punizioni corporali previste dalla legislazione dell'Isola di Man. Sulla base di questa premessa i giudici avevano dichiarato che le punizioni corporali subite dalla quindicenne Tyrer integravano gli estremi di un trattamento degradante e quindi contrario all'art. 3 della CEDU. Sugli sviluppi successivi di questo precedente e sulla evoluzione della interpretazione della CEDU come «*living instrument*», v. K. DZEHTSIAROU, *European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights*, in *German L. J.*, vol.12, 2011, pp. 1731-1745.

in un rapporto di convivenza di fatto tra persone dello stesso sesso sono parte integrante dell'«unità familiare»¹⁵.

Come è noto, la premessa accolta a Strasburgo, che sposta la prospettiva interpretativa dalla vita privata alla vita familiare della convivenza *same sex*, si salda indissolubilmente con la «misurazione» e la valutazione del *consensus* europeo attorno al riconoscimento delle unioni omosessuali: tale parametro viene infatti valutato sulla base del numero di legislatori che nei singoli stati membri avevano già provveduto a dare una qualche forma di regolamentazione e di riconoscimento a questo tipo di unioni familiari. Avendo i giudici europei riscontrato una diffusione «limitata» del riconoscimento legislativo nella gran parte degli stati la Corte (numero ristretto di stati che avevano già legiferato in materia), gli stessi ritengono di dover negare la violazione della discriminazione in virtù proprio del consenso non ancora consolidato e quindi della prevalenza del margine di apprezzamento riservato agli Stati membri¹⁶.

¹⁵ Sul concetto ampio di vita privata la Corte IDH (Caso *Atala Riffo*, par. 135, nt. 158) richiama non solo il caso *Pretty v. United Kingdom* (no. 2346/02) sent. 29.07.2002, par. 61, ma anche il caso *Schalk and Kopf v. Austria*, sent. 22.11.2010, par. 90 ove si afferma che indiscutibilmente la relazione tra persone dello stesso sesso può ricondursi alla nozione di vita privata ex art. 8 CEDU. Più avanti i giudici americani passano a verificare se vi sia stata violazione del diritto alla vita familiare che trova diffusa protezione nella CADU: v. al par. 172 del Caso *Atala Riffo*, cit., ove si cita il passo della sent. *Schalk and Kopf* del 2010 (par. 91) in cui la Corte di Strasburgo aveva altresì chiarito che anche legami di fatto possono ricondursi alla nozione di vita familiare, posto che la nozione di famiglia non può essere ristretta all'interno della sola relazione fondata sul matrimonio. Sulla posizione dei figli nati all'interno di questi rapporti di fatto i giudici europei avevano precisato che i minori per il fatto stesso della nascita in quel contesto sono «part of the family unit». Più avanti (par. 174), i giudici di San José ricordano che il caso *Schalk and Kopf* del 2010 contiene un importante *revirement* giurisprudenziale nella parte in cui viene rifiutata l'idea che una coppia di conviventi dello stesso sesso non possa godere della protezione del diritto alla vita familiare garantita dall'art. 8 CEDU. Sulla portata della decisione *Schalk and Kopf* nel contesto giurisprudenziale europeo e nazionale, v. F. MANNELLA, *I "diritti" delle unioni omosessuali. Aspetti problematici e casistica giurisprudenziale*, Napoli, 2013, pp. 58 ss.

¹⁶ E. CRIVELLI - D. KRETZMER, *Il matrimonio e le coppie omosessuali*, in M. CARTABIA (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Bologna, 2011, p. 64 sottolinea come la verifica del «consenso europeo» ovverosia della sensibilità e delle

Diversamente, nel percorso argomentativo del caso *Atala Riffo* non vi è traccia alcuna di indagine comparata sul *consensus* regionale; anzi, proprio spingendosi oltre i confini della questione posta dalla Commissione¹⁷, i giudici di San José hanno qualificato la relazione consolidata tra la ricorrente, la sua compagna e le due figlie (*madre, su pareja y las niñas*) come espressione di una forma di vita familiare. A differenza di quanto argomentato dalla Corte EDU in nome del margine di apprezzamento statale sulla percezione della famiglia omosessuale, la dimostrazione da parte dei giudici interamericani delle interferenze dei giudici cileni con quella dimensione familiare conduce alla dichiarazione della responsabilità internazionale dello stato per la violazione delle norme convenzionali sul divieto di ingerenza arbitraria nella vita privata (art. 11.1) in relazione al principio generale di non discriminazione (art. 1.1) ed al principio di garanzia dei diritti e di salvaguardia del nucleo familiare (art. 17.1)¹⁸.

aperture dei legislatori nazionali alla regolamentazione delle unioni tra persone dello stesso sesso non è un mero argomento *ad adiuvandum*, ma piuttosto rappresenta lo snodo essenziale del suo ragionamento. In effetti è come se in questo importante *revirement* giurisprudenziale la Corte EDU si fosse lasciato aperto uno spiraglio per ragionare magari in futuro delle evoluzioni di questo *consensus* degli Stati parte della Convenzione e tornare a valutare le evoluzioni sociali e giuridiche di questo processo in atto, nel senso che quanto più si diffonderanno forme di regolamentazione nazionale della fattispecie tanto più si assottiglierà il margine di apprezzamento riconosciuto dalla Corte nel caso di specie all'Austria: sul punto v. G. REPETTO, *La Corte di Strasburgo si confronta per la prima volta con il matrimonio omosessuale*, in diritti-cedu.unipg.it, p. 5.

¹⁷ Cfr. Interam. Commission Human Rights, *Application before the IACtHR in the Case of Karen Atala*, par. 116, dove si parla del «diritto ad una vita privata» della sig.ra Atala che include il diritto ad una relazione familiare omosessuale, anche se tale scelta non appare ancora tollerata dalla maggior parte della società civile cilena. Sul punto v. L. MAGI, *Same Sex Couples before the Inter-american System of Human Rights*, in *Oss. AIC*, ottobre 2013, p.13.

¹⁸ Corte IDH, Caso *Atala Riffo*, cit., par. 178. La Corte arriva a questa conclusione dopo aver dimostrato come la valutazione approssimativa, superficiale e condita di pregiudizi verso le unioni *same sex* dei giudici che avevano di fatto sottratto alla madre la custodia delle figlie, affidandole al padre, integri gli estremi di un trattamento discriminatorio che non solo viola la sfera privata della ricorrente, ma coinvolge altresì la violazione della vita familiare riconducibile alle garanzie dell'art. 17 CADU nella parte in cui obbliga lo Stato ad adottare misure di protezio-

Questo esempio di dialogo aperto tra le due Corti su uno dei fronti «caldi» dei diritti di ultima generazione (la discriminazione fondata sugli orientamenti sessuali è una ferita aperta tanto in Europa, quanto in America Latina) evidenzia come, a fronte della condivisione delle premesse sul dinamismo interpretativo del testo convenzionale, siano in effetti riscontrabili profonde distanze in ordine percorso argomentativo seguito dai due giudici dei diritti umani. Tale divergenza coinvolge uno degli elementi che incidono sulla stessa legittimazione di un giudice internazionale: sappiamo del resto che la mancata analisi del *regional consent* nel sistema di protezione interamericano è considerato un elemento di «debolezza» che certo non agevola il consolidarsi della legittimazione della Corte Interamericana nella percezione degli Stati (e delle collettività sociali di riferimento)¹⁹.

E' d'altro canto doveroso ricordare le applicazioni non sempre coerenti e lineari della dottrina del «margine di apprezzamento» statale invocato dai giudici di Strasburgo²⁰: è però altrettanto indubbio che simili spinte in avanti sull'idea di legami familiari omosessuali in un contesto culturale quale quello latinoamericano – ancora lontano dall'aver metabolizzato siffatta apertura culturale (e quindi normativa) – possono acuire l'impatto conflittuale delle decisioni della Corte Interamericana e quindi nuocere al suo consolidamento. Non è del resto casuale che proprio in nome della necessità di creare basi più solide per fondare la legittimazione delle decisioni, talora ardite, dei giudici di San José autorevole dottrina si interroghi oggi sulla necessità di ri-

ne dei minori e favorire, nella forma più ampia, lo sviluppo e il rafforzamento del nucleo familiare (parr. 166-169).

¹⁹ Cfr. G. NEUMAN, *Import, Export, and the regional consent in the Inter-American court of Human Rights*, in *Eu. J. Int. Law*, vol.19, 2008, pp. 101 ss.

²⁰ Per rimanere in tema del diritto alla vita familiare declinato con riferimento alla possibilità di adottare degli omosessuali (come singoli ovvero in coppia) si vedano i casi citati da MANNELLA, *I "diritti" delle unioni*, cit., pp. 65 ss. nei quali non è stato certo lineare l'uso dell'argomento del *consensus standard* e quindi poco convincente appare la ricostruzione dei confini del «margine di apprezzamento» riservato agli Stati.

costruire un quadro di principi «globali» che giustificino, rafforzandola, l'azione della Corte Interamericana²¹.

3. *L'interdipendenza tra le categorie dei diritti e la realizzazione «progressiva» dei diritti sociali: una affermazione condivisa dalle due Corti. La (diversa) estensione del parametro convenzionale e le (differenti) potenzialità delle rispettive giurisprudenze.* – Analogamente a quanto è accaduto rispetto ai diritti delle «nuove forme» di famiglia, sul versante della «costruzione» dei diritti sociali si riscontra una premessa interpretativa condivisa da entrambe le Corti: la premessa riguarda l'idea della sostanziale indivisibilità dei diritti fondamentali.

Questo principio è alla base del percorso interpretativo avviato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel 1979 con il caso *Airey*: nonostante il testo della CEDU contenga solo garanzie riferite ai diritti civili e politici, la Corte europea non esclude affatto che quei diritti potessero avere implicazioni ovvero riflessi di ordine sociale ed economico e che quindi fossero naturali le interferenze tra le due categorie di garanzie²². Con questa decisione i giudici di Strasburgo hanno chiarito che non esiste una zona «franca» rappresentata dalle violazioni dei diritti fondamentali sociali. In virtù di questa premessa veniva inaugurata la tecnica interpretativa volta a ricavare da una garanzia espressa (la garanzia del diritto ad un giudice di cui all'art. 6, par. 1,

²¹ Cfr. A. VON BOGDANDY - I. VENZKE, *¿En nombre de quién? Un estudio sobre la autoridad pública de los tribunales internacionales y su justificación democrática*, in E. FERRER MAC GREGOR - A. HERRERA GARCÍA (a cura di), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre los Tribunales constitucionales y las Cortes internacionales*, Tirant lo blanch-México D.F., 2013, pp. 83 ss.

²² Come era stato del resto ricordato già negli anni Sessanta del secolo scorso da autorevoli costituzionalisti: sul completamento reciproco tra diritti di libertà e garanzie dei diritti sociali (essenziali per il buon funzionamento della democrazia e quindi per l'effettivo godimento dei diritti civili e politici), v. M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, Milano, 1964, vol. XII, p. 805.

CEDU) un diritto sociale di prestazione (il diritto degli indigenti di usufruire dell'assistenza legale gratuita in giudizio)²³.

A distanza di trent'anni da quello storico precedente europeo, la Corte Interamericana, quando si trova a giudicare della responsabilità delle autorità peruviane per il danno patrimoniale subito dai ricorrenti a seguito di una riduzione delle prestazioni pensionistiche dichiarata incostituzionale dal Tribunale costituzionale di quel paese, utilizza quella fondamentale premessa richiamando il principio della sostanziale indivisibilità dei diritti teorizzato nel caso *Airey*²⁴. Occorre però vedere come su questa premessa condivisa si sia poi sviluppata la motivazione della decisione adottata dai giudici interamericani.

Il riferimento al principio della progressiva realizzazione dei diritti sociali ed economici come elemento che necessariamente dipende dalla situazione economica di ciascun singolo Stato, invocato dalla Corte europea nel 1979, si inserisce all'interno di un ben diverso strumentario giuridico di cui la Corte Interamericana dispone. Tale quadro normativo comprende infatti la clausola della realizzazione progressiva dei diritti economici sociali, contemplata dall'art. 26 della Convenzione Americana dei Diritti dell'Uomo ove è codificato l'impegno degli Stati ad adottare misure idonee per lo «sviluppo progressivo dei diritti economici, sociali e culturali, nei limiti entro i quali le risorse disponibili lo consentono»: l'argomentazione dei giudici di San José ruota attorno al valore da attribuire a tale parametro.

²³ Corte EDU, *Case of Airey v. Ireland*, (Appl. n. 6289/73), sent. 9.10.1979. Sul valore di questo precedente nella costruzione pretoria dei diritti di prestazione nella giurisprudenza europea, v. S. SONELLI, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 1444; C. TOMUSCHAT, *I diritti sociali nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi integr. eu.*, n. 2/2007, pp. 231 ss., p. 236; GÓMEZ FERNÁNDEZ, *El sistema de protección*, cit., p.84.

²⁴ Corte IDH, *Caso Acevedo Buendía y Otros (Cesantes y Jubilados de la Contraloría vs. Perú)*, sent. 24.11.2009, par. 101, ove viene citato il passo del caso *Airey* al fine di ricordare la premessa culturale che ha consentito alla Corte EDU di andare oltre i limiti delle garanzie convenzionali scritte e di far valere quindi la sostanziale interdipendenza fra diritti civili e politici e diritti sociali ed economici (par. 26).

Trattandosi di norma inserita nella parte I della Convenzione – riferita ai Doveri degli Stati e ai diritti protetti – ad essa si estendono gli obblighi generali di rispetto previsti dagli artt. 1.1. e 2 della Convenzione medesima²⁵. In realtà, nel momento in cui fu adottata la Convenzione Americana (1969) l'accordo non si estese alle singole garanzie dei diritti di prestazione, ma si fermò alla previsione di siffatta clausola generale alla quale la Corte ha tentato di «dare» un contenuto. Sulla base dei lavori preparatori e sulla base dell'interpretazione del Comitato dei diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni Unite i giudici interamericani precisano il contenuto di questa garanzia che fonda in capo agli Stati parte l'obbligo di attivarsi, nel senso che grava sugli stessi un dovere di evitare la regressività del livello di garanzia di un diritto, inclusi i diritti sociali ed economici. Il dovere di evitare forme di «regressione» genera lo spazio per il controllo della Corte interamericana che potrà di volta in volta stabilire se le eventuali limitazioni siano sostenute da ragioni di sufficiente peso²⁶.

Nel momento in cui però applica al caso concreto il controllo sull'eventuale *incumplimento* dell'art. 26 CADU, la Corte giunge alla conclusione che il comportamento dello Stato integra una violazione del diritto alla tutela giurisdizionale e della proprietà (artt. 25 e 21 CADU) dato che il danno patrimoniale è derivato dalla mancata attuazione della sentenza del Tribunale costituzionale nazionale che aveva dichiarato illegittime le misure di riduzione delle pensioni. In altre parole, i giudici di San José non vedono alcuna misura statale che abbia

²⁵ Il riferimento all'art. 1.1. CADU è essenziale al fine di determinare la responsabilità dello Stato in quanto la norma prevede che ogni violazione dei diritti umani garantiti dalla convenzione che possa essere attribuita, secondo le regole del diritto internazionale, all'azione o all'omissione di una qualunque autorità pubblica, costituisce un fatto imputabile allo Stato che determina la sua responsabilità nei termini e nelle forme previste dalla Convenzione.

²⁶ Dunque, in astratto, la Corte afferma la sindacabilità delle restrizioni a carico di diritti di prestazione in nome del «principio di non regressività» ricavabile dall'art. 26 CADU: sul punto appare più netta la posizione del giudice García Ramírez il quale, nell'opinione concorrente, sostiene che la clausola dell'art. 26 non è norma meramente programmatica ma piuttosto contiene formule normative che determinano il senso e la portata delle politiche pubbliche (parr. 15 ss. del *Voto concorrente*)

impedito nella fattispecie lo sviluppo progressivo del «diritto ad una pensione» e quindi accertano la responsabilità dello Stato alla luce delle garanzie «classiche» sopra richiamate²⁷.

L'atteggiamento di *self-restraint* della Corte Interamericana rispetto al sindacato diretto avente ad oggetto la violazione della clausola generale che fonda il dovere degli Stati di favorire la piena effettività dei diritti economici e sociali era stato del resto già inaugurato in una precedente decisione del 2003. Nel caso dei *Cinco pensionistas* il Perù era stato convenuto in giudizio per le misure che avevano comportato la riduzione pari al 78% di alcune pensioni in virtù di una legge che retroattivamente aveva disposto diversamente rispetto a quanto disciplinato da un provvedimento vigente al momento in cui i ricorrenti erano andati in pensione. La Corte ha accertato la responsabilità dello Stato per violazione della proprietà privata, la cui concezione ampia (in linea con la tradizione interpretativa ormai consolidata presso la Corte EDU) comprenderebbe beni e prestazioni aventi natura economica. Con riferimento però all'ulteriore profilo della violazione dell'art. 26, i giudici interamericani «si rifugiano» dietro alla declaratoria di inammissibilità del ricorso escludendo in definitiva che il comportamento di uno Stato possa essere giudicato per la violazione della clausola sullo sviluppo progressivo dei diritti. Le misure di contenimento della spesa pubblica, all'interno delle quali si collocavano le riduzioni cospicue del trattamento pensionistico lamentate dai ricorrenti, sono per la Corte misure di politica economica che «devono essere valutate con riferimento alla totalità della popolazione e non possono dunque essere sindacate sulla base di un ricorso presentato da un gruppo circoscritto di ricorrenti»²⁸.

²⁷ Corte IDH, Caso *Acevedo Buendia*, cit., par. 104 ss.

²⁸ Corte IDH, *Caso del los Cinco pensionistas vs. Perù*, sent. 28.02.2003, par. 147: «i diritti economici, sociali e culturali hanno una dimensione sia individuale sia collettiva. Il suo sviluppo progressivo deve essere perseguito in funzione della sempre più estesa copertura dei diritti economici e sociali in generale e, in particolare, del diritto alla sicurezza sociale e alla pensione da realizzare con riferimento all'intera popolazione, tenendo in considerazione l'obiettivo della giustizia sociale e non già in funzione di un assai circoscritto numero di pensionati i quali non sono necessariamente rappresentativi della situazione generale prevalente». Poiché dunque questa sarebbe la posizione dei «cinque pensionati» ricorrenti, la Corte conclude nel

In questo filone giurisprudenziale la questione interpretativa dell'art. 26, ovverosia della clausola che nel sistema interamericano potrebbe fondare un controllo sulla ragionevolezza di eventuali misure statali in grado di produrre la «regressione» dei livelli di garanzia dei diritti, rimane solo impostata e non viene sviluppata, così come appaiono sporadici e privi di incisività i riferimenti alle norme del Protocollo in materia di diritti economici, sociali e culturali (cd. Protocollo di San Salvador del 1988, entrato in vigore il 16 novembre del 1999), protocollo che doveva completare ed arricchire il sistema della garanzie convenzionali. E' indubbio che tale documento contiene una soluzione di compromesso in quanto riconosce la possibilità di ricorsi individuali alla Corte in presenza di violazioni di due soli diritti sociali (associazione sindacale e istruzione ai sensi dell'art. 13) e, ciò nonostante, sono ben note le difficoltà e la lentezza del processo di ratifica dello stesso. E' altresì vero che oggi quella fonte e quei meccanismi di garanzia diretta, sia pure limitati ad alcuni diritti sociali, sono parte essenziale del diritto convenzionale scritto che attende solo di essere valorizzato dalla Corte Interamericana²⁹.

senso di non doversi pronunciare sul punto relativo allo sviluppo progressivo in Perù dei diritti economici, sociali e culturali (par. 148). Si tratta di un'occasione purtroppo perduta dalla Corte interamericana: sul punto, G. AGUILAR CAVALLO, *La justiciabilidad de los derechos sociales ante los jueces interamericanos (II)*, in *Dir. um. dir. int.*, 2011, p. 50. Secondo L. HENNEBEL - H. TIGROUDJA, *Chronique des décisions rendues par la Cour interaméricaine des droits de l'homme (2008-2009)*, in *Rev. trim. dr. h.*, 2010, pp. 815 ss., spec. p. 842, la Corte interamericana si sarebbe rifiutata di trasformare l'art. 26 in *hard law* mantenendola nella sfera della disposizione a contenuto essenzialmente programmatico.

²⁹ Come proposto da E. FERRER MAC GREGOR, *La garantía interamericana directa de los derechos económicos, sociales y culturales: un debate abierto*, Relazione al XI Congreso Iberoamericano de Derecho constitucional "Jorge Carpizo", Tucumán, 17-19 settembre 2013, i cui Atti sono disponibili alla pagina web del Convegno (www.iberconstitucional.com.ar), p. 35 del *paper*, il quale sottolinea come siano maturi i tempi per interpretare la clausola dell'art. 26 della Convenzione alla luce dell'evoluzione e dello stato attuale della giurisprudenza elaborata all'interno di molti Stati parte dell'Organizzazione Americana ove l'attivismo dei giudici costituzionali sul versante ad es. del diritto alla salute è spesso maturato grazie all'apertura delle stesse Costituzioni alle garanzie internazionali sui diritti umani. L'autore invoca pertanto un dialogo giurisprudenziale costante e proficuo tra la Corte Interamericana ed i giudici nazionali per arrivare al consolidamento dei diritti

La ritrosia dei giudici interamericani sul versante delle clausole convenzionali espresse che potrebbero fondare la sindacabilità dei diritti di prestazione si inserisce peraltro in un quadro in cui emerge chiaramente la tendenza della Corte a invocare nelle sue motivazioni un *corpus juris* internazionale in materia di diritti umani comprensivo delle dichiarazioni più recenti poste a protezione dei soggetti deboli ovvero decisioni assunte da altre organizzazioni internazionali (es. OIL). La capacità di arricchire il proprio strumentario ricorrendo alle convenzioni ONU poste a garanzie di singole categorie di persone «deboli», quali ad esempio i minori³⁰, finisce così per coesistere con la tendenza a non utilizzare pienamente le possibilità aperte dalla stessa Convenzione e dal Protocollo del 1988.

A fronte di questa scelta si deve però registrare la tendenza a rinviare la decisione sull'effettività dei diritti di prestazione dei lavoratori in sede di valutazione del risarcimento del danno: ciò è accaduto in particolare per i licenziamenti massivi di pubblici dipendenti posti in essere in assenza di qualunque forma di possibile rimedio giudiziale interno e in un clima di assoluta incertezza normativa sui rimedi possibili³¹, ovvero per i licenziamenti arbitrari in cui la responsabilità dello Stato deriva dalla non applicazione delle sentenze che avevano riconosciuto l'illegittimità dei provvedimenti e ordinato la reintegrazione nel posto di lavoro³². In casi del genere la «forza» della decisione

sociali all'interno del «diritto costituzionale dei diritti umani» dell'area latinoamericana.

³⁰ Ad esempio in materia di diritti dei minori la Corte IDH ricostruisce i principi di quello che definisce come ampio «corpus juris internacional de protección de los niños» invocando le norme della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo al fine di precisare il contenuto della garanzia posta dall'art. 19 CADU, laddove si pone a carico della famiglia, della società e degli Stati il dovere di proteggere e garantire i diritti dei minori: *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, sent. 8.07.2004, par. 164 ss.: sulla base di questa premessa la Corte arriva a condannare il Perù per aver violato questo obbligo di protezione nei confronti di due minori (di anni 14 e 17) detenuti illegalmente, poi torturati e giustiziati al di fuori di un regolare processo da parte di agenti della polizia nazionale peruviana.

³¹ Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Perú*, sent. 24.11.2006.

³² Corte IDH, *Caso Acevedo Jaramillo y Otros vs. Perú*, sent. 7.02.2006, punto 6 del dispositivo in cui all'unanimità la Corte impone alle autorità peruviane che

dei giudici interamericani, i quali evitano accuratamente di pronunciarsi sul fronte della eventuale violazione dell'art. 26 CADU, si sposta sul versante delle misure e dei procedimenti imposti agli Stati condannati per violazioni comunque riconducibili a parametri contenuti nella prima parte della Convenzione americana (diritto all'accesso alla giustizia etc.)³³.

4. *Prospettive e limiti dell'interpretazione evolutiva del diritto alla vita: «vita digna» e «progetto di vita» come veicolo per l'affermazione del livello minimo di salute e di crescita culturale delle persone «deboli».* – In questo complesso quadro si possono meglio valutare «le fughe in avanti» che, soprattutto nell'ultimo decennio, hanno portato i giudici di San José a spostare l'orizzonte della tutela della vita umana al fine di ricavare un diritto individuale di prestazione avente ad oggetto le condizioni minime per un'esistenza dignitosa, diritto che si fonda sul corrispondente obbligo di protezione da parte dello Stato convenuto dinanzi alla Corte.

Questa «costruzione» giurisprudenziale ha sviluppato nel sistema interamericano la definizione del contenuto minimo del diritto alla salute e del diritto all'istruzione per alcuni soggetti svantaggiati (minori rinchiusi in istituti di rieducazione³⁴) fino a fondare sulle condi-

non avevano dato esecuzione alle sentenze dei giudici nazionali che avevano accolto i ricorsi dei lavoratori ingiustamente licenziati di reintegrare nel loro posto di lavoro i ricorrenti ovvero, qualora ciò non fosse più possibile, trovare soluzioni occupazionali alternative purché le stesse garantiscano un trattamento salariale analogo a quello che fruibano al momento del licenziamento (nei termini chiariti al par. 299).

³³ Come evidenziato da L. BURGORGUE-LARSEN - A. UBEDA DE TORRES, *Les grand decisions de la Cour Interamericaine des droits de l'homme*, Bruxelles, 2008, pp. 491-93. Sull'uso delle prescrizioni adottate in sede risarcitoria per implementare le garanzie dei diritti di prestazione v. AGUILAR CAVALLO, *La Corte interamericana*, cit., pp. 538 ss.

³⁴ Corte IDH, *Juvenile Reeducation Institute vs. Paraguay*, sent. 02.09.2004, par. 170 ove si accerta la responsabilità dello Stato per aver omesso di intervenire al fine di prevenire ovvero porre rimedio alle precarie condizioni di vita e di salute dei minori rinchiusi in centri di rieducazione. Sulle garanzie del diritto alla salute delle persone detenute nell'esperienza giurisprudenziale della Corte EDU, v., da ultimo,

zioni minime per realizzare un progetto di vita non solo i diritti dei minori abituati a vivere per strada³⁵, ma anche i diritti culturali di alcuni gruppi etnici (i diritti ancestrali delle comunità indigene, il loro particolare rapporto con la terra e con i frutti della stessa, il rispetto della loro dimensione spirituale)³⁶.

L'interpretazione evolutiva delle garanzie «classiche» (prima fra tutte la garanzia della vita umana) ha sicuramente proiettato in avanti l'orizzonte della protezione dei diritti di prestazione nel sistema interamericano. In realtà, questo risultato è stato ottenuto attraverso una dilatazione, talora valutata come «eccessiva» del contenuto del diritto alla vita, la cui estensione coinciderebbe con una sorta di vera e propria «diluizione» del suo contenuto.

Inoltre, la progressione della tutela è stata elaborata con riferimento a situazioni di «particolare debolezza» riconducibili a specifiche categorie di persone (minori in condizioni di assoluta povertà ovvero in condizioni di privazione della libertà di agire e di muoversi) ovvero a situazioni collettive (e non già individuali) di assoluta povertà e indigenza che interessavano interi gruppi sociali di popolazioni indigene³⁷.

C. BURBANO HERRERA, *How does the European System of Human Rights Protect Detainees in Bad Health?*, in *Inter-Am. Eur. Hum. Rts. J.*, 2013, n. 1-2, pp. 157 ss.

³⁵ Corte IDH, *Caso de Los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, sent.19.11.1999, parr. 137, con la quale si dichiara la responsabilità del Guatemala per le morti di cinque ragazzi di strada morti per mano degli agenti di polizia che li avevano poi abbandonati cadaveri in una zona disabitata.

³⁶ Corte IDH, *Comunidad indigena Yakye Axa vs. Paraguay*, sent. 17.06.2005, parr. 160 ss.; *Comunidad indigena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, sent. 29.03.2005, parr. 150 ss. (sul diritto ad una «existencia digna» che include il diritto alla salute e alla salubrità dell'ambiente); *Caso Mayagma (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sent. 31.08.2001, ove si approfondiscono le premesse culturali e spirituali del diritto di vivere con dignità. Sull'evoluzione della nozione di «vita digna» sia consentito rinviare a CASSETTI, *Il diritto di vivere con dignità*, cit.

³⁷ Sui limiti di questi «slanci» giurisprudenziali focalizzati attorno alla concezione dilatata – e quindi diluita – della garanzia del diritto alla vita v. i rilievi critici di T. MELISH, *The Inter-American Court of Human Rights. Beyond Progressivity*, in M. LANGFORD (a cura di), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, 2008, pp. 372 ss., in particolare p. 406 (nota 226): l'A. mette in luce come ad esempio la nozione di «diritto alla salute» porti con sé tutta una serie di garanzie che difficilmente potrebbero essere coperte

Questo percorso, che presenta evidentemente luci ed ombre, si sviluppa in parallelo con la difficoltà, sopra richiamata, dei giudici interamericani a spostare sul versante delle garanzie individuali la clausola convenzionale sul progressivo incremento delle garanzie dei diritti di prestazione.

E' assai probabile che in futuro la Corte Interamericana sarà di nuovo chiamata a sviluppare un'interpretazione che valorizzi l'esistenza nel testo convenzionale di clausole generali che vietano la regressione nel godimento dei diritti fondamentali e ammettono l'azionabilità diretta di singole garanzie riconducibili ai diritti sociali classici: come abbiamo già ricordato, il protocollo di San Salvador prevede un meccanismo di ricorsi individuali alla Commissione per le violazioni che riguardano il diritto di associazione e di libertà sindacale (art. 8) e il diritto all'istruzione (art. 13).

Muove in questa direzione l'idea di un'interpretazione sistematica che sfrutti le potenzialità dell'art. 29 CADU per sviluppare appieno la precettività dell'art. 26 al fine di far valere il principio personalista (principio *pro homine*). Secondo questa ricostruzione, posto che ai sensi dell'art. 29 nessuna norma della Convenzione può essere interpretata in modo da ridurre, tra l'altro, il livello delle garanzie tutelato dalle «leggi degli Stati membri», si dovrebbe considerare l'opportunità di riempire e dare sostanza all'impegno degli Stati verso la piena effettività dei diritti economici e sociali di cui all'art. 26 considerando tra le «leggi» le numerose garanzie costituzionali che tutelano, ad esempio, il diritto alla salute. L'attivismo di molti Corti costituzionali sudamericane nel rendere effettivo tale diritto sociale potrebbe per questa via rendere progressivamente «permeabile» il sistema interamericano alla piena tutela dei diritti di prestazione³⁸. Aderendo a

dalla nozione di diritto alla vita, seppure nell'accezione talmente dilatata da ricomprendere le garanzie aventi ad oggetto una «vita dignitosa» e il «progetto di vita».

³⁸ Ammette, nonostante le fughe in avanti sul versante del diritto alla vita-salute-istruzione-vita dignitosa, i limiti e le ritrosie della Corte interamericana ad accogliere l'idea della sindacabilità diretta e piena dei diritti sociali, G. AGUILAR CAVALLO, *La justiciabilidad de los derechos sociales ante los jueces interamericanos* (II), in *Dir. um. dir. int.*, 2011, p. 63. In termini analoghi, L. CAPPuccio, *La Corte Interamericana e la protezione dei diritti fondamentali: una bussola per gli Stati*, in L. CAPPuccio - A. LOLLINI, P. TANZARELLA (a cura di), *Le Corti regionali*

questa soluzione interpretativa il sistema di protezione interamericano realizzerebbe un circuito virtuoso di «autentico dialogo», fondato sul riconoscimento di un reciproco arricchimento, con le soluzioni adottate dai giudici nazionali e, in particolare, con il livello di garanzia maturato dai giudici costituzionali. Per questa via prenderebbe forma definitiva la circolarità delle garanzie dei diritti in nome delle quali le Costituzioni latinoamericane hanno formalizzato la loro apertura e la loro permeabilità al *corpus juris* internazionale sui diritti umani così come interpretato e applicato dai giudici interamericani.

Anche qualora però questo stimolante percorso interpretativo non fosse praticabile nel breve periodo, anche tenendo conto delle difficoltà e degli ostacoli che nel continente latinoamericano continuano a registrarsi a livello nazionale sul versante della effettiva giustiziabilità dei diritti sociali di prestazione, talora in aperta contraddizione proprio con l'apertura costituzionale al diritto internazionale dei diritti umani³⁹, i giudici interamericani possono però sempre contare sul

tra Stati e diritti, Napoli, 2012, p. 174, afferma che le fughe in avanti della Corte interamericana sul versante dei diritti sociali di prestazione sono state in realtà elaborate nel contesto della dilatazione del diritto alla vita, come comprendente il diritto alla salute e alle condizioni di vita minime essenziali per elaborare un progetto di vita e non certo passando attraverso l'unica clausola della Carta (art. 26) espressamente dedicata alle posizioni giuridiche in campo economico-sociale.

³⁹ Si veda in proposito la «ricusazione collettiva» adottata in Argentina nei confronti dei membri dell'organo giudiziario che si era pronunciato sul 90% di controversie in materie di erogazione di diritti previdenziali per la cui esecuzione il paese si era impegnato tramite un accordo formalizzato dalla Commissione interamericana nel parere «Amilcar Menéndez, Juan Ramón Caride y Otros vs. Argentina» (Informe n. 168/2011): sulla vicenda v. il commento A. GIL DOMINGUEZ, *Derechos económicos, sociales y culturales y recusación estatal*, reperibile in *underconstitutional.blogspot.com* (17.08.2012): l'A. sottolinea l'incompatibilità assoluta di simili provvedimenti di «ricusazioni di massa» dei giudici con il rango costituzionale riconosciuto alla protezione internazionale dei diritti umani (così come definito anche dal sistema della Convenzione americana che ruota, come è noto, attorno alla Commissione e alla Corte Interamericana) e alla tutela delle persone anziane considerate come gruppo sociale vulnerabile possibile destinatario di azioni positive da parte dello stato al fine di rendere effettive le garanzie dei diritti riconosciute sia a livello nazionale, sia in ambito internazionale (v. art. 75, co. 22, e art. 75, co. 23, Cost. Arg.).

«diritto scritto» e sviluppare le potenzialità, ad oggi rimaste largamente silenti, del Protocollo di San Salvador del 1988⁴⁰.

Diversi sono il quadro e le prospettive interpretative per i giudici europei, al di là della esplicita condivisione da parte dei giudici interamericani di alcune premesse elaborate a Strasburgo già alla fine degli anni Settanta del secolo scorso al fine di far valere le possibili dilatazioni della nozione di proprietà con l'obiettivo di proteggere prestazioni di natura previdenziale⁴¹ ovvero favorire letture «aperte» della nozione di vita privata, al fine di coinvolgere la protezione del bene ambiente e dei diritti funzionali a tale salvaguardia⁴².

Nel sistema europeo resta centrale l'interpretazione evolutiva del testo e la tecnica di agganciare ai diritti classici positivizzati nella Convenzione il riconoscimento di diritti che coinvolgono prestazioni di natura economico-patrimoniale a fini assistenziali. E' del resto significativa l'argomentazione utilizzata dalla Grande Camera per riconoscere ad un funzionario alle dipendenze delle forze armate, il diritto al congedo parentale per assistere il figlio: la sussistenza nella legislazione russa di un trattamento discriminatorio fondato sul sesso, e

⁴⁰ Come auspicato dalla maggioranza della dottrina che ha approfondito il tema dei limiti oggettivi del protocollo: v., in particolare, R. CARBONNELL, *La Corte Interamericana de derechos humanos. Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*, Barcelona, 2003, pp. 101 ss.; M. CRAVEN, *The Protection of Economic, Social, and Cultural Rights, under the Inter-American System of Human Rights*, in D. J. HARRIS - S. LIVINGSTON (eds.), *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford, 2004, 8° rist. Ed. 1998, pp. 289 ss.

⁴¹ Sulla condanna della Corte Interamericana per i mancati indennizzi da erogare a favore di un minore divenuto portatore di handicap a seguito di incidente v. *Furlan y Otros vs. Argentina*, sentenza 31.08.2012, parr. 220-21 e par. 223, ove si cita la corrispondente giurisprudenza della Corte EDU sulla nozione ampia di proprietà privata (riferimenti contenuti nella nota 367).

⁴² Cfr. il filone giurisprudenziale della Corte EDU relativo al diritto all'informazione in materia ambientale: *Case of López Ostra v. Spain*, sent. 9.12.1994; *Guerra c. Italia*, sent. 19.02.1998: nel mettere in evidenza luci e ombre di questo filone giurisprudenziale TOMUSCHAT, *I diritti sociali*, cit., p. 246, ricorda che l'approccio complessivo della Corte di Strasburgo mira a sanzionare casi eccezionali e massivi di invasione della sfera dei privati, intesa come diritto a vivere in un ambiente salubre, ma in tutti gli altri casi è lo Stato che può assumere decisioni (politiche) per prevenire ovvero rimediare ai danni del degrado ambientale svolgendo un ragionevole bilanciamento degli interessi in gioco.

quindi sul pregiudizio che quel congedo debba essere riconosciuto alla donna in quanto soggetto della famiglia naturalmente preposto alla cura dei figli, è stato ricostruito agganciando il principio di non discriminazione al diritto alla vita familiare (art. 8 CEDU)⁴³. In questo schema argomentativo, che possiamo qualificare come «tradizionale» nella misura in cui aggancia un diritto di prestazione alla rimozione di un trattamento discriminatorio nel campo dei rapporti familiari tutelati dalla CEDU, si segnala il voto concorrente del giudice Pinto de Albuquerque ove si afferma che il diritto al congedo parentale può solo essere adeguatamente ricostruito alla luce di una progressiva espansione della tutela dei diritti sociali da parte della Convenzione europea di Roma.

Resta da chiedersi se non vi fossero spazi per invocare a sostegno della decisione le garanzie della Carta sociale europea, che talora è stata richiamata dai giudici di Strasburgo, seppure nell'ambito della narrazione dei presupposti di «fatto», quando gli stessi hanno riconosciuto il diritto di un cittadino della Costa d'Avorio, adottato da una famiglia francese, a ricevere una prestazione di natura assistenziale, sganciata cioè dal pagamento di contributi (di tipo previdenziale o assicurativo)⁴⁴. In realtà, in questo, come in altri casi meno recenti, il richiamo alle garanzie della Carta sociale europea appare più come un argomento *ad adiuvandum*, invocato cioè a conferma della soluzione

⁴³ Corte EDU, G.C., *Case of Konstantin Markin v. Russia* (Appl. n.30078/06), sent. 22.03.2012.

⁴⁴ Cfr. Corte EDU, *Koua Poirrez v. France* (Appl. n.40892/98) sentenza 30.09.2003, par. 29 del Fatto, sub *Normativa rilevante*, la Corte EDU cita, con riferimento alla la Carta sociale europea, il Comitato dei diritti economici e sociali che si era pronunciato sulla compatibilità della normativa francese (Social Security Code) rispetto alla garanzia dell'art. 12, par. 4, della Carta.

Il caso è stato in realtà risolto sulla base della lettura estensiva del concetto di proprietà combinato con il divieto di discriminazione (art. 1, prot.1, e art. 14 CEDU). Per un'analisi di questo filone giurisprudenziale v. G. ROMEO, *Civil rights v. social rights nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: c'è un giudice a Strasburgo per i diritti sociali?*, in L. MEZZETTI - A. MORRONE (a cura di), *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo*, Atti del Convegno internazionale di studi, Bologna, 5 marzo 2010, Torino, 2011, pp. 487 ss.

argomentativa tarata sempre e solo sulle garanzie (dilatate) dei diritti civili e politici protetti dalla Convenzione europea⁴⁵.

E' noto del resto che per la Corte di Strasburgo l'interpretazione evolutiva delle clausole convenzionali volta a coprire l'area dei «social rights» generalmente non si accompagna ai riferimenti ad altre fonti internazionali: ciò vale evidentemente anche per taluni richiami alla Carta sociale europea, nonostante che questo documento, è bene sottolinearlo, sia stato adottato in seno al Consiglio d'Europa.

Appare difficile immaginare, alla luce delle differenti tecniche argomentative che abbiamo evidenziato, una «effettiva» contaminazione nel sistema europeo di protezione dei diritti umani delle visioni «progressiste» elaborate dai giudici interamericani sul versante delle connessioni tra qualità della vita, salute e livelli essenziali di istruzione. Peraltro, come abbiamo sopra chiarito, questo tipo di interpretazione evolutiva convive con la ritrosia, più volte manifestata dai giudici interamericani, a sviluppare tutte le potenzialità di un bagaglio convenzionale che sul versante delle clausole generali e su quello delle singole garanzie dei diritti sociali è sicuramente ben più ricco rispetto a quello di cui la Corte di Strasburgo dispone.

Le differenti potenzialità dei due percorsi giurisprudenziali, sviluppati, al di là delle premesse culturali condivise (unità e indivisibilità dei diritti), nell'ambito di una comunicazione giurisprudenziale che va diventando sempre più frequente e reciproca, appaiono in tutta la loro proporzione se si sposta l'attenzione sull'orizzonte dei sistemi di integrazione regionale: occorre cioè chiedersi quali potrebbero essere le prospettive, in chiave ordinamentale, di questi approcci giurisprudenziali per ciascuna esperienza di protezione internazionale dei diritti.

⁴⁵ Così ROMEO, *Civil rights v. social Rights*, cit., in materia di diritti del lavoratore e di libertà di associazione sindacale (art. 11), l'Autrice nota che è sempre il testo della CEDU a indirizzare in questi casi l'operazione ermeneutica e che l'arricchimento delle norme convenzionali alla luce della Carta sociale europea «avviene nell'ambito materiale» tracciato dalle prime «senza alterare la struttura propria delle libertà negative».

5. *Al di là della comunicazione giurisprudenziale: potenzialità e limiti della «costruzione» pretoria dei diritti sociali nella prospettiva delle (differenti) forme di integrazione regionale.* – Il principio di progressività nella realizzazione dei diritti sociali rappresenta un obiettivo dei giudici interamericani anche se gli strumenti messi in campo privilegiano l'interpretazione «evolutiva» di alcune garanzie che appartengono alla prima generazione dei diritti umani. Su queste premesse è lecito attendersi un progressivo «aggiustamento» della giurisprudenza interamericana che potrebbe mettere a frutto le aperture del testo convenzionale alle garanzie dei diritti sociali, promuovendo così l'innalzamento del livello di tutela nel continente latinoamericano sul versante dei diritti che necessitano di una prestazione economica da parte dei pubblici poteri.

Per i giudici di Strasburgo l'obiettivo dell'unità tra «vecchi» e «nuovi» diritti, già posto in modo chiaro alla fine degli anni Settanta del secolo passato, sembra destinato a percorrere linee giurisprudenziali ormai consolidate ed è difficile immaginare sviluppi ulteriori, soprattutto in virtù dei noti limiti formali della Convenzione di Roma e della stessa scarsa attitudine della Corte EDU ad utilizzare altri parametri internazionali.

Esiste tuttavia una prospettiva più articolata per l'esperienza europea se si guarda alla struttura dell'integrazione sovranazionale. Le linee di questa prospettiva sono ormai tracciate dall'art. 6 TUE che prefigura, a seguito del Trattato di Lisbona, un sistema integrato di politiche e di garanzie dei diritti in cui il livello di protezione elaborato in ambito CEDU, grazie al bagaglio interpretativo elaborato dalla Corte europea di Strasburgo, è uno dei parametri per valutare la legittimità dell'azione delle istituzioni europee e la compatibilità del diritto nazionale con il diritto eurounitario. Accanto alla CEDU il sistema europeo include non solo le tradizioni costituzionali comuni, ma anche le disposizioni della Carta di Nizza, divenute ormai parte integrante del diritto primario dell'Unione.

Per quanto riguarda la posizione della CEDU, occorre dunque ragionare sulla sua nuova collocazione nel sistema sopra richiamato. Sono ormai lontani i tempi in cui, al di là del rinvio «formale» al livello di protezione dei diritti umani garantito dalla Convenzione di Roma

e alla protezione maturata nell'ambito delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (principio enucleato dalla Corte di giustizia fin dagli anni Settanta del secolo scorso quando prendeva forma l'interesse della Comunità per la protezione dei diritti fondamentali), il sistema CEDU e l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia procedevano su binari sostanzialmente paralleli.

Nell'attuale assetto del sistema integrato dei diritti, soprattutto una volta che sarà formalizzata l'adesione dell'UE alla Convenzione europea, siamo dinanzi alla prospettiva dell'incorporazione delle garanzie convenzionali, così come sviluppate dai giudici di Strasburgo, garanzie che potranno essere «modulate» dalla Corte di giustizia dell'Unione⁴⁶.

Per quanto riguarda poi il peso del catalogo dei diritti contenuto nella Carta europea di Nizza, in cui sono declinate una serie di situazioni soggettive attorno ai valori fondanti della libertà e dell'eguaglianza e si raggiunge l'unità del sistema dei diritti (a prescindere dalla loro generazione), sappiamo che quel ricco catalogo è in grado di fornire una solida sponda anche sul versante delle garanzie dei diritti sociali di prestazione, ivi declinati in un'ampia gamma di fattispecie e di sfumature. Sappiamo del resto che la Corte di giustizia

⁴⁶ Così E. MALFATTI (a cura di), *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Torino, 2013, pp. 246 ss. dove l'A. ricorda gli episodi di conflittualità a distanza tra le due Corti europee, ma sottolinea altresì il trend, sempre più sviluppato, di un dialogo reciproco in cui è spesso la Corte EDU a richiamare la giurisprudenza elaborata dai giudici di Lussemburgo, al fine di aggiornare ed estendere i significati riferibili alla Convenzione e quindi di favorire il riconoscimento di un più ampio effetto «diretto» alle proprie decisioni (ivi, 248). E' evidente altresì che in questo contesto sarà la Corte di Giustizia dell'Unione Europea a dover evitare di appiattirsi sul livello garantito dalla CEDU, non solo perché l'art. 52, n. 3, seconda parte della Carta di Nizza, ormai parte integrante del diritto dei Trattati, non esclude (quindi legittima) un livello europeo di tutela più elevato di quello garantito da Strasburgo, ma perché è assolutamente auspicabile che i giudici di Lussemburgo sfruttino tutte le occasioni per farlo: sul punto v. L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea*, Torino, 2013, p. 174. Sulle prospettive della tutela dei diritti umani in Europa rispetto all'ingresso dell'Ue nel sistema CEDU, v. ora N. VAN BELLE, *The Judicial Protection of Human Rights in Europe after the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, in *Inter-Am. Eur. Hum. Rts. J.*, 2013, n. 1-2, pp. 72 ss.

ha ormai metabolizzato e sperimentato la possibilità di invocare principi ormai consolidati, quale quello di non discriminazione, alla luce del valore precettivo del corrispondente art. 21 della Carta di Nizza (con riferimento alla non discriminazione per ragioni di età) al fine di valutare la compatibilità del diritto interno con il diritto eurounitario⁴⁷, così come ha fatto leva sul combinato disposto del principio di non discriminazione in base al sesso e al principio di parità uomo-donna per dichiarare l'illegittimità di un atto normativo dell'UE⁴⁸.

Accanto alla via «pretoria» esiste in realtà la via della ridefinizione dei confini tra le scelte statali e le politiche sociali che si vorranno «cedere» alle istituzioni europee: tale via potrebbe, nella attuale congiuntura finanziaria degli Stati nazionali stretti dai vincoli di bilancio e dai continui *diktat* sul contenimento del debito imposti dalla politica monetaria europea, determinare un'accelerazione sul versante delle responsabilità delle istituzioni comunitarie nella lotta alla disoccupazione ovvero sul versante del sostegno ai livelli essenziali di tutela della salute, tutte problematiche che, come è noto, appaiono, specie in alcune realtà nazionali del sud Europa, fortemente compromesse dalle misure legate alla gestione del sostanziale «fallimento dello Stato»⁴⁹.

⁴⁷ Sul caso *Kucukdeveci* e sulle prospettive aperte dall'art. 6 TFUE, v. C. FELIZIANI, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona. La Corte di Giustizia prende atto della natura giuridica vincolante della Carta di Nizza (Nota a CGUE del 19 gennaio 2010, Seda Kucukdeveci c. Swedex, C-555/07)*, in *Riv. AIC*, n.1/2011, spec. p. 14.

⁴⁸ Corte di Giustizia UE, sent. 1.03.2011, in causa C-236/09, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL*, in materia di differenziazioni (giudicate discriminatorie) nei premi e nelle prestazioni a fini assicurativi tra uomini e donne. Su questa giurisprudenza si veda, da ultimo, U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2013, p. 51.

⁴⁹ P. Di GIANNATALE - F. PASSARELLI, *La crisi economica e la crisi di un modello europeo di economia sociale di mercato*, in P. GARGIULO (a cura di), *Politica e diritti sociali nell'Unione europea*, Napoli, 2011, pp. 29 ss., chiariscono come l'attuale *governance* economica europea abbia avuto effetti positivi per quei paesi con maggiore coesione sociale interna mentre per altri ha imposto misure di emergenza per il contenimento del debito con l'effetto di allontanare la prospettiva della costruzione di un modello sociale comune (ivi, p. 42).

Questo cammino dell'ordinamento sovranazionale europeo, oggi particolarmente difficile e pieno di incognite e di interrogativi in larga parte dovuti alle profonde differenze tra i paesi UE in tema di organizzazione dei sistemi di *Welfare* nazionale, potrebbe condurre verso la trasformazione dell'attuale «coordinamento» delle politiche sociali prefigurato dagli artt. 151 ss. del TFUE. Simili spinte in avanti sul versante delle politiche sociali si inserirebbero in un quadro assai ricco e articolato di principi e obiettivi economico-sociali introdotti già dal Trattato di Lisbona⁵⁰ e potrebbero contare su un «patrimonio» ormai acquisito in Europa ovverosia sulla capacità delle eventuali normative sovranazionali in ambito sociale (adottate in corrispondenza dell'acquisizione della competenza europea sulle relative politiche) di sostituirsi al diritto interno degli Stati.

Questa prospettiva appare ad oggi remota per l'«altro Occidente» in virtù dell'assetto, per certi versi ancora embrionale, di alcune forme di integrazione sovranazionale attive nel continente latinoamericano, assetto che è espressione della volontà degli Stati che vi aderiscono.

Decisamente più avanzata è invece la prospettiva latinoamericana di integrazione nel nome dei diritti umani in virtù della corrispondenza tra il valore costituzionale (o supra-costituzionale) riservato al catalogo dei diritti elaborato in ambito internazionale e il riconoscimento del controllo di convenzionalità del diritto interno (incluso quello di rango costituzionale) così come elaborato dalla giurisprudenza della Corte Interamericana⁵¹. E' dunque attorno al confronto

⁵⁰ Sui principi del modello sociale europeo introdotti a seguito del Trattato di Lisbona si rinvia a P. GARGIULO, *Il modello sociale europeo tra politica e diritti sociali dopo la riforma di Lisbona*, in Id. (a cura di), *Politica e diritti sociali*, cit., pp. 1 ss. ed *ivi* ampi riferimenti dottrinali.

⁵¹ Quello che in Europa è il primato del diritto sovranazionale sul diritto interno realizzato su fonti sostitutive del diritto nazionale nei paesi latinoamericani che hanno aderito al sistema della CADU è il primato del diritto internazionale dei diritti umani così come interpretato dalla Corte IDH: così M. CARDUCCI, *Il difficile confronto tra Europa e America latina su diritto giurisprudenziale e tutela multiordinamentale dei diritti fondamentali*, in Federalismi.it – Focus Human Rights, n. 4/2013, p. 13. Sullo stato attuale dell'integrazione economica sovranazionale nel continente latinoamericano v. i risultati della ricerca contenuti nel volume curato da

La «costruzione» dei diritti sociali nell'approccio della Corte interamericana ...

aperto con le giurisdizioni superiori nazionali che si svilupperanno i nodi problematici della legittimazione dei giudici interamericani e della loro capacità di far progredire le garanzie dei diritti economici, sociali e culturali.

CARDUCCI - RIBERI, *La dinamica delle integrazioni regionali latinoamericane*, cit. ed *ivi*, in particolare, M. CARDUCCI, *La tridimensionalità delle integrazioni regionali tra America latina e Europa. Casi e problemi*, pp. 5 ss.

Garanzie in trasformazione

ALESSANDRA LANCIOTTI*

SPUNTI DI RIFLESSIONE SUL DIFFICILE RAPPORTO
FRA IMMUNITÀ DEGLI STATI E ACCESSO ALLA GIUSTIZIA
(CORTE COSTITUZIONALE, SENTENZA N. 238 DEL 2014)

SOMMARIO: 1. La Corte costituzionale italiana si contrappone all'orientamento della giurisprudenza internazionale in materia di immunità statali. – 2. Il contenuto più ampio della norma internazionale sull'immunità dalle misure esecutive rispetto a quella sulla giurisdizione cognitiva. – 3. Cosa la Corte costituzionale non ha detto o avrebbe potuto dire con maggiore enfasi. – 4. La sentenza n. 238 del 2014 in prospettiva: un epilogo ancora incerto. – 5. (segue) Le possibili conseguenze sul piano internazionale.

1. *La Corte costituzionale italiana si contrappone all'orientamento della giurisprudenza internazionale in materia di immunità statali.* – Ormai da diversi anni la questione del rapporto tra le norme di diritto internazionale generale che garantiscono l'immunità dalla giurisdizione allo Stato estero, da un lato, e il diritto dell'individuo di aver accesso al giudice per tutelare i propri diritti fondamentali, dall'altro, è stata portata all'attenzione dei principali organi di giustizia, sia nazionali che internazionali, compresa la nostra Corte Costituzionale, la quale si è pronunciata il 22 ottobre 2014 con l'ormai celeberrima sentenza n. 238¹. Questa sentenza ha generato un fiume di commenti da parte della dottrina delle varie branche del diritto e, per il suo contenuto, appare inevitabilmente destinata ad avere ripercussioni anche sul piano internazionale, come cercheremo di mettere in luce nel presente commento.

La vicenda oggetto della sentenza n. 238 del 2014 si inserisce in un filone giurisprudenziale riguardante l'applicazione ristretta della regola sull'immunità giurisdizionale dello Stato straniero, inaugurato dalla Corte di Cassazione con alcune pronunce rese tra il 2004 e il 2011, nelle quali aveva riconosciuto la sussistenza della giurisdizione

* Prof. associato di Diritto internazionale, Università di Perugia.

¹ Corte cost. sentenza n. 238 del 22 ottobre 2014, in www.federalismi.it n.14/2014.

civile italiana nei confronti dello Stato tedesco, convenuto in giudizio per risarcimento dei danni dalle vittime delle deportazioni naziste durante la seconda guerra mondiale. Secondo l'orientamento della Suprema Corte, espresso nella famosa decisione a Sezioni unite sul caso Ferrini, l'immunità statale viene meno anche per le attività sovrane (*iure imperii*), quando lo Stato estero abbia commesso, mediante i propri organi, atti che costituiscono una grave violazione di norme internazionali cogenti, quali quelle che proteggono la dignità della persona umana e quelle che proibiscono la commissione dei gravi crimini contro l'individuo². Purtroppo, la giurisprudenza Ferrini non ha avuto gran seguito all'estero, specie nelle corti di Common law³, e nemmeno in quelle internazionali. Ad alcune pronunce della Corte EDU, nelle quali i giudici di Strasburgo, pur non escludendo a priori una possibile evoluzione del diritto internazionale consuetudinario sul punto, hanno constatato che l'immunità dello Stato estero permane e non contrasta con il diritto all'equo processo sancito dall'art. 6 CEDU nemmeno in presenza di gravi violazioni dei diritti fondamentali⁴, si somma la po-

² Cass. sez. unite civ. sentenza 11 marzo 2004, n. 5044, *Ferrini c. Repubblica Federale di Germania*, in *Riv. dir. int.*, 2004, pp. 539 ss.

³ Cfr. House of Lords, *Caso Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al Arabiya AS Saudija (The Kingdom of Saudi Arabia) and others*, deciso il 13 giugno 2006 (www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060614/jones-3.htm), *Int. Legal Mat.*, 2006, pp. 992 ss., in cui l'Alta Corte inglese, pur citando il caso Ferrini non gli attribuisce rilevanza, argomentando che un tribunale interno non può sviluppare il diritto internazionale unilateralmente, per quanto ciò sia desiderabile: «It is not for a national court to "develop" international law by unilaterally adopting a version of that law which, however desirable, forward-looking and reflective of values it may be, is simply not accepted by other states» (par. 63); *District of Columbia Cour of Appeal, Federal Republic of Germany v. Princz*, 26 F.3d 1166 (D.C.Cir. 1994), in *Int. L. Rep.*, 2006, pp. 604 ss. Corte d'appello dell'Ontario, caso *Bouzari et al. v. Islamic Republic of Iran*, del 30 giugno 2004 (www.ontariocourts.on.ca/decisions/2004/june/bouzariC38295.htm). Per una recente apertura della giurisprudenza del Regno Unito in applicazione del diritto UE, S. VEZZANI, *Immunità dello Stato estero dalla giurisdizione e diritto di accesso al giudice alla luce della Carta dei diritti fondamentali: riflessioni in margine al caso Benkharbouche e Janah*, in *Riv. dir. int.*, 2015, pp. 904 ss.

⁴ A partire dal caso *Al Adsani c. Regno Unito* del 21 novembre 2001 (v. par. 66) fino al più recente caso *Jones e altri v. Regno Unito*, deciso il 14 gennaio 2014 (v. par. 213), cioè giusto una settimana prima del rinvio alla Corte costituzionale di-

sizione conservatrice adottata dalla Corte internazionale di giustizia (CIG)⁵. Quest'ultima, com'è noto, su ricorso della Germania, il 3 febbraio 2012 ha inflitto una condanna all'Italia per il mancato rispetto, attraverso l'operato dei propri tribunali, della norma sull'esenzione dalla giurisdizione cognitiva ed esecutiva disposta dal diritto internazionale generale, senza ammettere eccezioni per l'ipotesi di violazione di norme di jus cogens⁶, quali sono quelle che vietano la commissione dei crimini di guerra e contro l'umanità. Nonostante questa decisione del massimo organo giurisdizionale delle Nazioni Unite sfavorevole alla tesi sostenuta dall'Italia, lo scorso ottobre la Corte costituzionale si è pronunciata per la non applicazione della regola sull'immunità giurisdizionale dello Stato estero, il che equivale a dire per la non esecuzione della sentenza della Corte internazionale di giustizia che aveva accertato la violazione – ancorché con una maggioranza risicata – e ordinato al nostro Paese di porvi fine.⁷

sposto dal Trib. Firenze con le ordinanze del 21 gennaio 2014, n. 84 e n. 85, R.G. 1300/2012 in Gazz. Uff., 1^a Serie Speciale – Corte Costituzionale n. 23, 28 maggio 2014; e con l'ordinanza del 24 gennaio 2014, n. 113, ibid.).

⁵ Per una ricostruzione delle posizioni accolte dalle corti internazionali, A. LANCIOTTI - A. PANETTA, *L'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione e il diritto dell'individuo di accesso alla giustizia per violazione dei suoi diritti fondamentali*, in L. CASSETTI (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Napoli, 2012, pp. 335 ss. P. PUSTORINO, *Immunità dello Stato, immunità degli organi e crimine di tortura: la sentenza della Corte EDU nel caso Jones*, in *Riv. dir. int.*, 2014, pp. 497 ss.; A. PANETTA, *Sviluppi e limiti della recente giurisprudenza CEDU in tema di immunità dalla giurisdizione degli Stati esteri e delle organizzazioni internazionali in materia di controversie di lavoro*, in questo stesso volume.

⁶ Corte internazionale di giustizia, Judgment of 3 February 2012, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, www.icj-cpi.org.

⁷ Ci sia concesso rinviare a A. LANCIOTTI - M. LONGOBARDO, *La Corte costituzionale risponde alla Corte di Giustizia internazionale: l'ordinamento italiano non si adatta alla regola sull'immunità degli Stati*, in www.federalismi.it, Focus Human Rights, 3 aprile 2015, par. 6.

2. *Il contenuto più ampio della norma internazionale sull'immunità dalle misure esecutive rispetto a quella sulla giurisdizione cognitiva.* – La decisione internazionale nel caso *Germania c. Italia* si inserisce perfettamente nel solco già tracciato dalla CIG riguardo alle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro organi⁸, dalle quali emerge un approccio alquanto conservatore nell'accertamento dello stato di sviluppo del diritto internazionale: secondo l'ormai nota ricostruzione operata dalla Corte dell'Aja non sono ravvisabili eccezioni alla regola e nessuna delle argomentazioni fornite dall'Italia è stata in grado di dimostrare l'avvenuta modifica del regime tradizionale delle immunità statali. E benché si possa argomentare che la norma sull'esenzione giurisdizionale abbia, al pari di molte altre norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, dei contorni non ben definiti⁹, l'Italia in quanto parte soccombente nel procedimento che lo vede opposto alla Germania è tenuta ad adeguarsi all'accertamento della portata della norma sulle immunità svolto dalla Corte di giustizia in virtù degli obblighi internazionalmente assunti¹⁰. Pertanto, la sentenza n. 238 del 2014 non potrà essere eseguita senza violare le norme del diritto internazionale sia generale che pattizio (infra, par. 5).

Per il momento i ricorrenti, vittime della guerra devono accontentarsi di leggere l'enunciato della sentenza della Corte costituzionale dove viene affermato che l'accesso alla giustizia per l'accertamento

⁸ Corte internazionale di giustizia, Judgement of 14 February 2002, Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium); Judgement of 4 June 2008, Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France), www.icj-cpi.org.

⁹ Per una ricostruzione della portata delle norme sull'immunità cfr. A. LANCIOTTI - A. TANZI (a cura di), *Le immunità nel diritto internazionale. Temi scelti*, Torino, 2007.

¹⁰ Detto obbligo discende dal disposto dell'art. 94 dello Statuto delle Nazioni Unite, nonché dall'art. 59 dello Statuto della stessa CIG. Nel caso di specie, l'obbligo deriva anche dalla Convenzione del Consiglio d'Europa del 1957 sulla composizione pacifica delle controversie, che ha fornito la base giuridica alla competenza giurisdizionale della CIG. Per converso, se il nostro Paese non fosse stato soccombente nella causa in oggetto, sarebbe rimasta intatta la discrezionalità degli organi giurisdizionali interni nel valutare la sussistenza o meno del difetto di giurisdizione. Cfr. LANCIOTTI – LONGOBARDO, *La Corte costituzionale risponde alla Corte di Giustizia internazionale* cit., p. 12.

delle gravi violazioni dei diritti umani è sempre tutelato in maniera ampia dalla nostra Carta costituzionale, anche a discapito del diritto all'immunità dello Stato estero. Questo assunto tuttavia vale per il solo giudizio di cognizione volto all'accertamento della responsabilità dello Stato autore dell'illecito, ma poi il diritto sacrosanto delle vittime al risarcimento non trova possibilità di enforcement, in ragione dell'impossibilità di procedere all'adozione di misure esecutive nei confronti dello Stato estero, stante la regola sull'immunità dagli atti esecutivi. Alle regole concernenti l'immunità dall'esecuzione si riconosce un contenuto più ampio perché un eventuale diniego dell'immunità ha conseguenze più gravi sul piano delle relazioni diplomatiche e potrebbe anche legittimare lo Stato leso all'adozione di contromisure¹¹. La stessa CIG ha precisato che la norma riguardante l'immunità dalla giurisdizione cognitiva va tenuta distinta da quella sull'immunità dall'esecuzione, poiché quest'ultima ha un ambito di operatività più ampio, in quanto continua ad applicarsi anche nelle ipotesi in cui lo Stato abbia accettato di sottoporsi alla giurisdizione di un altro Stato nella fase cognitiva¹².

3. *Cosa la Corte costituzionale non ha detto o avrebbe potuto dire con maggiore enfasi.* – La Corte costituzionale ha affermato di non voler sindacare l'interpretazione delle norme internazionali fatta autoritativamente dalla CIG¹³ ma di voler determinare i controlimiti costituzionali all'apertura dell'ordinamento italiano alle consuetudini

¹¹ R. GIUFFRIDA, *L'immunità dei beni degli Stati dalla giurisdizione esecutiva e cautelare nel diritto internazionale italiano*, in *Riv. OIDU*, 2015, pp. 273 ss.

¹² Corte int. giustizia, Judgment of 3 February 2012, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, cit., par. 113: «Even if a judgment has been lawfully rendered against a foreign State, in circumstances such that the latter could not claim immunity from jurisdiction, it does not follow ipso facto that the State against which judgment has been given can be the subject of measures of constraint on the territory of the forum State or on that of a third State, with a view to enforcing the judgment in question». La CIG ha chiesto all'Italia la completa cessazione e la cancellazione di tutti gli effetti conseguenti alle misure esecutive intraprese nei confronti dell'immobile di proprietà dello Stato tedesco (par. 137).

¹³ Corte cost. sentenza n. 238 del 2014, par. 3.1.

internazionali¹⁴. Non vogliamo qui riprendere i punti già evidenziati da più voci in dottrina, in cui la Corte ha rischiato di cadere in contraddizione quando ha prima affermato che la norma sulle immunità non è entrata nell'ordinamento italiano per il tramite dell'art. 10 Cost., salvo poi mettere la stessa norma internazionale in rapporto con le norme interne relative al rispetto dei diritti inviolabili e alla tutela giurisdizionale effettiva, per operare il noto bilanciamento di valori¹⁵ tracciato peraltro in considerazione della sola gravità dei crimini oggetto del giudizio¹⁶. Vogliamo però far notare che la Corte avrebbe potuto utilizzare a proprio favore altre norme e principi del diritto internazionale che invece sono entrati nell'ordinamento interno, che avrebbero potuto giustificare l'esercizio della giurisdizione da parte dell'Italia nel caso di specie. Ci riferiamo alla c.d. territorial tort exception, ossia l'eccezione alla regola dell'immunità statale quando il fatto illecito imputabile allo Stato estero è stato commesso nello Stato del foro¹⁷, una regola oggi largamente accettata, come dimostra il testo dell'art. 12 della Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali (che però non riguarda le violazioni dello jus cogens). Insomma, la Corte costituzionale avrebbe potuto insistere maggiormente sulla circostanza che le gravi violazioni imputabili allo Stato

¹⁴ A. GUZZAROTTI, *Il paradosso della ricognizione delle consuetudini internazionali. Note minime a Corte cost. n. 238 del 2014*, in *Forum Quad. cost.*, 5 novembre 2014.

¹⁵ Vedi fra gli altri, sia pure con ricostruzioni fra loro parzialmente differenti, L. GRADONI, *Giudizi costituzionali del quinto tipo. Ancora sulla storica sentenza della Corte costituzionale italiana*, in *sidiblog*, 10 novembre 2014; S. LEONE, *Sul dispositivo della sentenza n. 238 del 2014: una soluzione preordinata ad accentrare il sindacato sulle consuetudini internazionali presso Palazzo della Consulta*, in *Forum Quad. cost.*, 13 novembre 2014; A. RUGGERI, *La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, in *Consulta online*, Studi 2014; C. PINELLI, *Decision no. 238/2014 of the Constitutional Court: Between Undue Fiction and Respect for Constitutional Principles*, in *QIL Zoom out II* (2014), pp. 33 ss., p. 39.

¹⁶ P. DE SENA, *Spunti di riflessione sulla sentenza 238/2014 della Corte costituzionale*, in *sidiblog*, 30 ottobre 2014, p. 2.

¹⁷ Si veda la *Dissenting Opinion of Judge ad hoc Gaja* nel caso *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, www.icj-cpi.org.

tedesco furono commesse, almeno in parte, in territorio italiano, vale a dire nello spazio in cui la sovranità dello Stato del foro si manifesta legittimamente attraverso l'amministrazione della giustizia¹⁸.

4. *La sentenza n. 238 del 2014 in prospettiva: un epilogo ancora incerto.* – Ne è passato di tempo dall'epoca delle deportazioni naziste e gli italiani che le subirono ormai sono molto vecchi o non ci sono più, compreso il Sig. Ferrini che purtroppo non è riuscito a vedere l'evoluzione giurisprudenziale e il clamore che il suo caso ha innescato.

Il diritto alla riparazione delle vittime delle violazioni delle norme sui conflitti armati è innegabile, come ha affermato, anche di recente l'*International Law Association* in due risoluzioni adottate nel 2010 e nel 2014¹⁹. Allora dispiace constatare che dal 2004 ad oggi non ci sono state azioni né a livello legislativo, né diplomatico per ovviare al problema del sig. Ferrini e degli altri deportati italiani, problema che era e resta quello di non essere rientrati in nessuna delle categorie di vittime di guerra aventi diritto al risarcimento²⁰. Una volta esaurite invano tutte le vie di ricorso interno, dovrebbe essere garantita alle vittime dei crimini la protezione diplomatica, quale garanzia per equivalente: una garanzia costituzionalmente dovuta per calmierare i limiti posti dal diritto internazionale generale all'accesso alla giustizia²¹.

¹⁸ F. FONTANELLI, *I Know It's Wrong but I Can't Do Right. First Impression on Judgment no. 238 of 2014 of the Italian Constitutional Court*, in diritticomparati.it, 28 ottobre 2014, p. 8; F. FRANCONI, *From Deference to Disobedience: The Uncertain Fate of Constitutional Court Decision No. 238/2014*, in *It. Yearb. Int. L.*, 2015, pp. 1 ss., p. 6.

¹⁹ International Law Association, *Declaration of International Law Principles for Victims of Armed Conflict*, Resolution 2/2010, adottata all'Aja nel 2010; *Reparation for Victims of Armed Conflict*, Resolution 1/2014, adottata a Washington nel 2014, www.ila-hq.org/en.

²⁰ FRANCONI, *From Deference to Disobedience*, cit., pp. 1 ss.

²¹ F. SALERNO, *Gli effetti della sentenza internazionale nell'ordinamento italiano: il caso Germania c. Italia*, in *Dir. um dir. int.*, 2012, pp. 350 ss.; R. CAPONI, *Immunità dello Stato dalla giurisdizione, negoziato diplomatico e diritto di azione nella vicenda delle pretese risarcitorie per i crimini nazisti*, in *Giur. cost.*, 2014, fasc. 5, p. 5.

Sotto questo profilo, non è irragionevole pretendere che lo Stato abbia il dovere costituzionale di agire per conto dei suoi cittadini sul piano internazionale per i danni causati nei loro confronti da azioni illecite imputabili allo Stato straniero²².

Comunque vada, dal punto di vista psicologico il riconoscimento del grave torto subito dalle vittime dei crimini di guerra, anche a distanza di tanti anni, riveste di per se stesso una grande importanza, soprattutto se lo si interpreta in combinato con la possibilità, prospettata dalla stessa CIG, di riaprire un negoziato con lo Stato tedesco²³. Quest'ultimo gode sì dell'immunità, ma non anche dell'impunità e resta responsabile per quei crimini, come la stessa Corte dell'Aja ha riconosciuto espressamente: «The question whether Germany still has a responsibility towards Italy, or individual Italians, in respect of war crimes and crimes against humanity committed by it during the Second World War does not affect Germany's entitlement to immunity. Similarly, the Court's ruling on the issue of immunity can have no effect on whatever responsibility Germany may have»²⁴.

Dal punto di vista dello sviluppo progressivo del diritto internazionale, la sentenza della nostra Corte costituzionale rappresenta l'elemento di una prassi «fuori dal coro», un piccolo passo avanti verso l'erosione della sfera di applicabilità della norma consuetudinaria sull'immunità degli Stati per atti iure imperii quando è in gioco l'essenza stessa della dignità umana, una prassi di cui prima o poi si dovrà tener conto nonostante la lentezza evolutiva del diritto interna-

²² E. CANNIZZARO, *Jurisdictional Immunities and Judicial Protection: The Decision of the Italian Constitutional Court No. 238 of 2014*, in *Riv. dir. int.*, 2015, pp. 126 ss., p. 131.

²³ Corte int. giustizia, Judgment of 3 February 2012, par. 104: «the Court [...] considers however that *the claims arising from the treatment of the Italian military internees* referred to in paragraph 99, together with other claims of Italian nationals which have allegedly not been settled – and which formed the basis for the Italian proceedings – *could be the subject of further negotiation* involving the two States concerned, with a view to resolving the issue» (corsivo aggiunto).

²⁴ Corte int. giustizia, Judgment of 3 February 2012, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, cit., par. 108.

zionale generale²⁵. In realtà, a fronte di una giurisprudenza internazionale ed estera alquanto conservatrice, è opportuno saper cogliere i segni innovativi espressi da questa nostra giurisprudenza nazionale, che peraltro non è del tutto isolata²⁶ e trova rispondenza anche in qualche opinione dissenziente di giudici internazionali.²⁷

Dal punto di vista politico, la decisione è foriera di conseguenze. Anche a voler accogliere la tesi secondo la quale lo Stato del foro può disconoscere l'immunità giurisdizionale a titolo di contromisura nei confronti dello Stato autore della violazione di norme imperative di diritto internazionale²⁸, comunque siffatto disconoscimento non avrebbe potuto essere compiuto dal giudice, organo del potere giudiziario, ma semmai da altri organi costituzionali²⁹. Dall'Esecutivo, che

²⁵ P. DE SENA, *The Judgment of the Italian Constitutional Court on State Immunity in Cases of Serious Violations of Human Rights or Humanitarian Law: A Tentative Analysis under International Law*, in *QIL- Zoom out II* (2014) Consolo e Moranti.

²⁶ Corte suprema greca, *Prefecture of Voivotia v. Federal Republic of Germany*, 4 May 2000, Case No. 11/2000 Areios pagos, in *AJIL*, 2001, pp. 198 ss.

²⁷ Sulle conseguenze della violazione di norme di ius cogens rispetto alla regola dell'immunità statale si veda la articolata Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade nel caso *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, www.icj-cij.org. Cfr. altresì la Dissenting Opinion dei giudici Rozakis e Caflisch, condivisa dai giudici Wildhaber, Costa, Cabral Barreto e Vajic, annessa alla sentenza della Corte EDU sul caso *Al-Adsani*, cit. supra, nota 4, in argomento mi sia consentito rinviare a LANCIOTTI - PANETTA, *L'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione*, cit., p. 341. Significativa è pure la Dissenting Opinion del giudice P. Wald annessa alla decisione della District of Columbia Court of Appeal nel caso *Federal Republic of Germany v. Princz*, 26 F.3d 1166 (D.C.Cir. 1994) parr. 63 ss. (<http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/813/22/1807808>).

²⁸ G. CATALDI, *L'esecuzione nell'ordinamento italiano della sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso Germania c. Italia: quale equilibrio fra obblighi fondamentali e tutela dei diritti umani?*, in *Dir. int. dir. um.*, 2014, pp. 145 ss. *Contra* A. LIGUSTRO, *Consuetudini internazionali e Costituzione*, in *Dir. pub. comp. eur.* 2015, pp. 271 ss., p. 275. Per un esame della tesi secondo cui il non riconoscimento dell'immunità giurisdizionale può essere visto come una forma di contromisura contro lo stato che ha violato lo *ius cogens*; S. VEZZANI, *Sul diniego delle immunità dalla giurisdizione di cognizione e esecutiva a titolo di contromisura*, in *Riv. dir. int.*, 2014, pp. 36 ss., p. 47.

²⁹ In tal senso, N. RONZITTI, *L'eccezione dello ius cogens alla regola dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione è compatibile con la Convenzione delle*

invece ha mostrato di pensarla diversamente quando, all'atto dell'adesione alla Convenzione del 2004 sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, ha reso una dichiarazione interpretativa nella quale si afferma che la norma che consente di convenire in giudizio uno Stato estero per illeciti commessi nello Stato del foro non si applica alle attività delle forze armate, da cui emerge la volontà del nostro governo di rispettare la sentenza *Germania c. Italia*³⁰. Dal Legislativo, che nella legge di esecuzione della sopraccitata Convenzione sulle immunità degli Stati (l. 5/2013) ha inserito la specifica disposizione dell'art. 3 (giudicata infatti incostituzionale nella sentenza n. 238), in forza della quale d'ora in avanti i giudici italiani rileveranno d'ufficio il difetto di giurisdizione nei confronti dello Stato estero, in qualunque stato e grado del processo, mentre per le sentenze già passate in giudicato sarà possibile la revocazione³¹.

Ancor più contraddittorio appare ad un osservatore esterno il comportamento dell'Italia dal momento che il nostro Governo, poco più di un mese dopo la pronuncia della Consulta che qui si commenta, ha depositato la dichiarazione di accettazione unilaterale della giurisdizione obbligatoria della CIG, confermando la piena fiducia dell'Italia nell'operato del massimo organo giurisdizionale delle Nazioni Unite³².

Nazioni Unite del 2005, in F. FRANCONI - M. GESTRI - N. RONZITTI - T. SCOVAZZI (a cura di), *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Milano 2008, pp. 45 ss., p. 50; G. GUARINO, *Corte costituzionale e Diritto internazionale: un ritorno dell'estoppel?*, in *Consulta online*, par. 5.5.

³⁰ La dichiarazione dispone: «Italy states its understanding that the Convention does not apply to the activities of armed forces and their personnel, whether carried out during an armed conflict as defined by international humanitarian law, or undertaken in the exercise of their official duties». Sulla portata di tale dichiarazione, E. SCISO, *L'Italia aderisce alla Convenzione di New York sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni*, in *Riv. dir. int.*, 2013, pp. 543 ss.

³¹ Art. 3, l. 14 gennaio 2013 n. 5, recante «Adesione della Repubblica italiana alla Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, fatta a New York il 2 dicembre 2004, nonché norme di adeguamento all'ordinamento interno», in *Gazz. Uff.* n. 24 del 29 gennaio 2013.

³² R. KOLB, *The Relationship between the International and the Municipal Legal Order: Reflections on the Decision 238/2014 of the Italian Constitutional*

5. (segue) *Le possibili conseguenze sul piano internazionale.* – Resta aperta la questione di come i tribunali italiani applicheranno la decisione n. 238 della Corte costituzionale nell'ipotesi verosimile in cui siano presentati una raffica di ricorsi dalle vittime del nazismo e dai loro eredi. Al momento, la sopraggiunta condanna della Germania da parte del Tribunale di Firenze pronunciata il 6 luglio 2015³³ e le due sentenze a Sezioni unite del 6 maggio 2015³⁴, con cui la Cassazione ha valutato inammissibili le istanze di revocazione di precedenti sentenze di condanna proprio a causa della sopravvenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale della «nuova» disposizione dell'art. 3 l. 5/2013, rendono concreti i rischi di un riaccendersi della controversia con lo Stato tedesco, importante partner europeo dell'Italia.

Tecnicamente la Germania potrebbe non limitarsi a proteste di mera natura diplomatica e potrebbe decidere di portare l'inadempimento italiano di fronte al Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, che ha la competenza per adottare raccomandazioni o decidere misure appropriate, ma potrebbe pure decidere di portare la questione dinanzi al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, dato che la giurisdizione della CIG sul caso *Germania c. Italia* era fondata sulla Convenzione europea per la soluzione pacifica delle controversie del 1957³⁵; inoltre, potrebbe perfino rivolgersi nuovamente alla CIG per ottenere una nuova pronuncia avente ad oggetto la mancata esecuzione della precedente decisione del 3 febbraio 2012³⁶.

Court, in *QIL Zoom out II* (2014), pp. 14 ss.; FRANCONI, *From Deference to Disobedience* cit., p. 2.

³³ Trib. Firenze sez. II civile, sentenze n. 2468-2015 e n. 2469-2015, in www.questionegiustizia.it/doc/sent_2468-2015.pdf, con commento di L. BAIADA, *Il Tribunale di Firenze e i risarcimenti per crimini di guerra: questo processo non s'ha da fare*, in *Quest. giust.*, 22 luglio 2015.

³⁴ Cass. Sez. unite civ., sentenze 6 maggio 2015 n. 9097 e n. 9098.

³⁵ V. *supra*, nota 10.

³⁶ Sul punto, che non possiamo sviluppare in questa sede, v. B. BONAFÈ, *Et si l'Allemagne saisissait à nouveau la Cour internationale de justice?* in *Riv. OIDU*, 2015, pp. 1049 ss. E. SCISO, *La regola sull'immunità giurisdizionale dello Stato davanti alla Corte costituzionale*, in *Dir. um. dir. int.*, 2015, pp. 61 ss.; LIGUSTRO, *Consuetudini internazionali e Costituzione*, cit., p. 273.

Dal punto di vista delle relazioni internazionali l'eco della sentenza n. 238 è tale da suscitare l'interesse dell'intera Comunità internazionale, con ripercussioni negative per la posizione italiana in altri procedimenti contenziosi a livello internazionale³⁷. In effetti, può apparire poco coerente insistere sull'immunità funzionale dell'organo statale in un caso (quello dei Marò) e disconoscere l'immunità – sia pure di altro tipo – in un altro (quello dei danni di guerra contro la Germania)³⁸. E benché evidentemente nelle due fattispecie entrino in gioco due distinte regole del diritto internazionale, la circostanza che la Corte costituzionale si sia pronunciata per la non esecuzione della sentenza della CIG nella controversia *Germania c. Italia* è stata ricordata dalla difesa indiana nel caso dei Marò, discusso recentemente dinnanzi Tribunale internazionale del diritto del mare, costringendo l'agente del Governo italiano a ribattere pubblicamente che l'Italia rispetterà la futura decisione della Corte arbitrale istituita per dirimere la controversia contro l'India, qualunque essa sia³⁹.

In tutta questa vicenda dall'epilogo incerto resta un fatto certo: l'immunità giurisdizionale degli Stati esteri è solo una regola procedurale che lascia permanere la responsabilità dell'autore dell'illecito. La stessa CIG ha affermato che la Germania aveva violato le norme sul trattamento delle vittime della guerra, invitando i due governi a risolvere in via diplomatica la questione. Ciò nonostante non risulta avviato nessun negoziato diplomatico incisivo⁴⁰ e risulta pure difficile ipo-

³⁷ A. TANZI, *Sulla sentenza Cost. 238/2014: cui prodest?*, in *Forum Quad. cost.*, n. 11/2014, p. 5.

³⁸ Com'è noto, uno dei punti su cui ha insistito l'Italia è che l'India cessi di esercitare la giurisdizione attraverso i propri tribunali in applicazione della norma sull'immunità funzionale dei due Marò, in quanto organi dello Stato.

³⁹ Il ricorso all'arbitrato è disciplinato dall'Annesso VII alla Convenzione delle NU sul diritto del mare, cfr. N. RONZITTI, *Marò: l'arbitrato, una svolta nella vicenda*, in *Aff. int.*, 16/08/2015.

⁴⁰ In sede negoziale si potrebbe rivedere alla luce dello *jus cogens superveniens* la clausola del trattato di pace del 1947, secondo cui l'Italia rinuncia per sé e per i suoi cittadini ad ogni reclamo contro la Germania non regolato entro l'8 maggio 1945, com'è stato autorevolmente suggerito da N. RONZITTI, *Access to Justice and Compensation for Violations of the Law of War*, in F. FRANCONI (ed.), *Access to Justice as a Human Right*, Oxford, 2007, pp. 95 ss, p. 112 ss.; ID. *L'eccezione dello ius cogens alla regola dell'immunità*, cit. p. 61: «Tale clausola sarebbe proba-

tizzare una surroga del Governo italiano nel risarcimento alle vittime dei crimini nazisti.

In definitiva, fintantoché una posizione univoca non verrà assunta dal nostro Paese, il principale valore della sentenza n. 238 del 2014 è metagiuridico ed è costituito proprio dal riconoscimento formale del diritto di quelle vittime dei crimini del Terzo Reich a chiedere giustizia, a prescindere dall'effettiva realizzazione di questo diritto sul piano economico. Un tipo di realizzazione che allo stato non può avvenire tramite la via giudiziaria, ma le vittime si sa non possono sedersi al tavolo del negoziato! Tuttavia, data la perdurante vigenza della regola sull'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione, soprattutto da quella esecutiva⁴¹, ribadita ed esplicitata chiaramente nel diritto italiano con l'introduzione del nuovo art. 19-*bis* nella l. n. 162/2014 sulla riforma del processo civile⁴², non è da escludere che in un prossimo futuro la Consulta possa essere chiamata nuovamente ad un giudizio di costituzionalità con riferimento proprio a quest'ultima disposizione.

bilmente da ritenere estinta, qualora si impedisse agli individui danneggiati da un comportamento oggi ritenuto contrario allo *jus cogens* di presentare un reclamo».

⁴¹ V. *supra*, par. 2.

⁴² L'art. 19-*bis*, inserito nell'ultima riforma del processo civile realizzata con la legge 162 del 10 novembre 2014, impedendo l'esecuzione forzata su conti e depositi intestati alle rappresentanze di Stati esteri operanti in Italia e dichiarati con autocertificazione delle autorità straniere come destinati a funzioni pubbliche, sembra finalizzato a bloccare l'applicazione della sentenza n. 238 al processo esecutivo.

ANTONIO PANETTA*

SVILUPPI E LIMITI DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA
CEDU IN TEMA DI IMMUNITÀ DALLA GIURISDIZIONE
DEGLI STATI ESTERI E DELLE ORGANIZZAZIONE INTERNA-
ZIONALI IN MATERIA DI CONTROVERSIE DI LAVORO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il consolidamento del nuovo orientamento in materia di immunità dello Stato estero inaugurato con la sentenza *Cudak v. Lithuania* nella più recente giurisprudenza. – 3. (segue) Le conseguenze della sentenza della Corte Internazionale di Giustizia nel caso *Germania c. Italia*: l'influenza nella decisione nel caso delle *Madri di Srebrenica*. – 4. L'evoluzione della giurisprudenza in tema di immunità delle organizzazioni internazionali e la formulazione del criterio della protezione equivalente: dal caso *Waite and Kennedy* alla decisione nel caso *Gasparini*. – 5. La più recente giurisprudenza sull'immunità delle organizzazioni internazionali in materia di controversie di lavoro: il caso *Klausecker c. Germany*. – 6. (segue) I limiti nell'indagine sulla responsabilità dello Stato per trasferimento di poteri ad una organizzazione internazionale e la mancata applicazione del criterio della tutela equivalente. – 7. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*. – La Corte europea dei diritti dell'uomo ha avuto diverse occasioni per pronunciarsi sul rapporto intercorrente tra l'immunità dalla giurisdizione riconosciuta, dal diritto internazionale, a Stati esteri e organizzazioni internazionali e il diritto dell'individuo di accedere alla giustizia, secondo quanto previsto dall'art. 6, par. 1, della CEDU. Si è così sviluppata una copiosa giurisprudenza inizialmente poco incline a riconoscere eccezioni al regime tradizionale delle immunità giurisdizionali. Negli ultimi anni, invece, la Corte EDU sembra aver adottato nuovi criteri interpretativi volti a meglio garantire il diritto dell'individuo ad un equo processo, con particolare riferimento alle controversie di lavoro. Come si tenterà di mettere in luce, rispetto all'immunità degli Stati esteri, questa nuova giurisprudenza è maggiormente tesa a valorizzare quegli argomenti idonei a suffragare

* Dottore di ricerca in Diritto internazionale e dell'Unione Europea, Università "Sapienza" di Roma.

la non riconducibilità dei fatti di causa alle prerogative sovrane dello Stato escludendoli, pertanto, da quell'ambito di attività coperte da immunità. Di converso, riguardo alle organizzazioni internazionali, la Corte sembra rimanere maggiormente ancorata all'affermazione della legittimità del riconoscimento dell'immunità, senza contemplare ipotesi di eccezioni. La giurisprudenza così sviluppata, letta in un quadro complessivo, non offre risposte univoche all'esigenza di effettività della tutela del diritto di accesso al giudice di questa particolare categoria di lavoratori. Difatti, se da un lato si è andato consolidando l'orientamento che erode l'ambito di applicazione dell'istituto delle immunità giurisdizionali agli Stati, dall'altro i giudici di Strasburgo sembrano stentare nell'individuare un'adeguata soluzione relativamente al trattamento da riservare alle organizzazioni internazionali.

Nel presente lavoro, dopo aver ricostruito l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di immunità dalla giurisdizione degli Stati e delle organizzazioni internazionali, si tenterà di dimostrare come le più recenti pronunce sembrano fornire risposte stridenti, rispetto al medesimo diritto di accesso alla giustizia, a soggetti prestatori di lavoro in ragione del fatto che a reclamare l'immunità dalla giurisdizione dal foro dello Stato membro della convenzione sia uno Stato estero o una organizzazione internazionale.

2. Il consolidamento del nuovo orientamento in materia di immunità dello Stato estero inaugurato con la sentenza Cudak v. Lithuania nella più recente giurisprudenza. – Con le tre note sentenze dei casi *Fogarty v. the United Kingdom*, *McElhinney v. Ireland* e *Al-Adsani v. the United Kingdom*, decisi dalla Grande Camera il 21 novembre 2001¹, la Corte EDU si era pronunciata nel senso della prevalenza delle norme del diritto internazionale generale sull'immunità dalla giurisdizione dello Stato straniero convenuto rispetto al diritto dell'individuo di aver accesso alla giustizia. Quantunque i tre casi a-

¹ *Fogarty v. the United Kingdom*, Grande Camera, ricorso n. 37112/97, sentenza del 21 novembre 2001; *McElhinney v. Ireland*, Grande Camera, ricorso n. 31253/96, sentenza del 21 novembre 2001; *Al-Adsani v. the United Kingdom*, Grande Camera, ricorso n. 35763/95, sentenza del 21 novembre 2001.

vessero alla base controversie concernenti situazioni di fatto diverse tra loro, i giudici di Strasburgo raggiunsero la medesima conclusione per cui gli Stati parti della Convenzione che si conformano a norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, quali appunto quelle che garantiscono l'immunità giurisdizionale agli Stati stranieri, non operano una limitazione sproporzionata del diritto dell'individuo di accedere alla giustizia in quanto il rispetto del principio della sovrana uguaglianza degli Stati serve a garantire l'obiettivo legittimo di mantenere relazioni pacifiche e amichevoli tra gli Stati².

Queste decisioni sono state oggetto di numerose critiche da parte della dottrina con riferimento, in particolare, al fatto che i giudici non abbiano operato alcun distinguo in ragione della diversità delle fattispecie sottese a ciascun caso, raggiungendo le medesime conclusioni a favore dell'immunità dello Stato estero, anche laddove la limitazione dell'accesso alla giustizia comportava senz'altro una limitazione nella tutela dei diritti fondamentali dell'individuo³.

Quasi un decennio dopo, nel marzo del 2010, la Grande Camera, con la sentenza del caso *Cudak v. Lithuania*, ha inaugurato un nuovo orientamento in tema di immunità dello Stato estero dalla giurisdizione per controversie di lavoro, scostandosi dalla decisione assunta nel caso *Fogarty*. Tale orientamento è stato subito confermato dalle pronunce dei casi *Guadagnino c. Italie et France*, e *Sabeh El Leil v. France* del 2011⁴.

² Per un'analisi puntuale del ragionamento logico-giuridico seguito dalla Corte EDU nei casi in commento sia consentito rinviare a A. LANCIOTTI - A. PANETTA, *L'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione e il diritto dell'individuo di accedere alla giustizia in caso di violazione dei suoi diritti fondamentali*, in L. CASSETTI (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Napoli, Jovene, 2012, pp. 335 ss.

³ Per una più estesa illustrazione delle diverse posizioni critiche cfr. LANCIOTTI - PANETTA, *L'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione*, cit., pp. 337 ss. e la bibliografia ivi citata.

⁴ *Cudak v. Lithuania*, Grande Camera, ricorso n. 15869/02, sentenza del 23 marzo 2010; *Guadagnino c. Italie et France*, ricorso n. 2555/03, sentenza del 18 gennaio 2011; *Sabeh El Leil v. France*, Grande Camera, ricorso n. 34869/05, sentenza del 29 giugno 2011.

In queste tre decisioni, la Corte di Strasburgo ha operato, *in primis*, un cambiamento della propria giurisprudenza al fine di valutare la natura di diritto od obbligo di natura civile delle controversie di lavoro. I giudici hanno applicato i nuovi criteri, enucleati nel caso *Vilho Eskelinen and Others v. Finland*, per valutare se da una controversia relativa ad un rapporto di lavoro alle dipendenze di uno Stato estero derivino diritti e obblighi di carattere civile di cui all'art. 6, par. 1 della CEDU, procedendo ad invertire l'onere della prova, a carico dello Stato del foro, di dimostrare che la propria decisione di riconoscere l'esenzione giurisdizionale allo Stato estero deriva dall'obiettivo coinvolgimento di interessi nazionali tali da richiedere un alto livello di «fiducia e lealtà» tra Stato e lavoratore⁵. Di qui la conclusione della Corte EDU, rispetto ai casi in commento, che gli Stati resistenti non avessero raggiunto il livello probatorio richiesto per escludere la fattispecie dall'ambito di applicazione dell'art. 6, par. 1.

A questo punto i giudici di Strasburgo hanno fatto ricorso ad un elemento di novità della prassi internazionale costituito dalla codificazione operata nella *Convenzione di New York sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni*, che ha permesso loro di giungere a conclusioni opposte rispetto al caso *Fogarty*⁶. L'approvazione del testo di tale Convenzione da parte dell'Assemblea Generale dell'ONU nel 2004 dimostra, secondo la Corte, che l'orientamento generale rivolto a limitare l'applicabilità della norma sull'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione ha trovato una generale accettazione da parte degli Stati⁷.

Invero, come si ha già avuto modo di rilevare, questa Convenzione, ancorché approvata dall'organo assembleare delle Nazioni Unite, non è ancora entrata in vigore, non avendo ricevuto il numero minimo di ratifiche previsto. Pertanto non sembra che la maggior parte

⁵ *Vilho Eskelinen and Others v. Finland*, Grande Camera, ricorso n. 63235/05, sentenza del 19 aprile 2007.

⁶ Cfr. *funditus* LANCIOTTI - PANETTA, *L'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione*, cit., pp. 347 ss.

⁷ Cfr. par. 63 della sentenza *Cudak*; par. 69 della sentenza *Guadagnino* e par. 53 della sentenza *El Leil*. La Corte EDU giustifica l'obbligatorietà della Convenzione di New York per gli Stati parti in causa anche con richiami alla posizione da questi assunti nel corso dei lavori preparatori.

degli Stati abbia dimostrato una *opinio juris* nel senso dell'accettazione delle regole in essa codificate. Ciononostante, la Corte EDU le ritiene riproduttive del diritto internazionale generale e dunque opponibili a tutti gli Stati⁸. In particolare, la Corte ha utilizzato la disposizione contenuta nell'art. 11 di tale trattato che, come regola generale, sottrae le controversie di lavoro dal novero dei procedimenti nei quali può essere riconosciuta l'immunità giurisdizionale dello Stato straniero, ritenendo altresì che, in nessun caso, potessero operare le eccezioni previste dal par. 2 della medesima disposizione, arrivando a concludere che gli Stati parti alla CEDU, riconoscendo, per tali controversie, l'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione, «*failed to preserve a reasonable relationship of proportionality*»⁹, violando il diritto di accesso al giudice garantito dall'art. 6, par. 1 della CEDU.

3. (segue) *Le conseguenze della sentenza della Corte Internazionale di Giustizia nel caso Germania c. Italia: l'influenza nella decisione nel caso delle Madri di Srebrenica*. – Successivamente allo svilupparsi della giurisprudenza ora richiamata, la Corte Internazionale di Giustizia ha emesso la sentenza relativa al caso delle *Immunità giurisdizionali dello Stato (Germania c. Italia; Grecia interveniente)* del 3 febbraio 2012, con la quale ha impresso un brusco freno alle tendenze evolutive delle Corti italiane e greche in materia di disconoscimento delle immunità dello Stato estero a fronte della commissione di crimini internazionali¹⁰.

Com'è noto, in quella sede, la Corte ha rigettato le istanze dell'Italia, sostenute dalla Grecia, volte a dimostrare l'avvenuta modi-

⁸ Cfr. caso *Cudak* cit., par. 66, dove si cita la nota sentenza del caso *Piattaforma continentale nel mare del Nord* del 1969 della Corte internazionale di giustizia, che ha stabilito il principio per cui una disposizione convenzionale che sia riproduttiva del diritto internazionale consuetudinario è vincolante anche nei confronti di uno Stato che non abbia ratificato il trattato in questione.

⁹ Così par. 74 caso *Cudak*; par. 74 caso *Guadagnino* e par. 67 caso *El Leil*.

¹⁰ La sentenza *de qua* è stata fin da subito oggetto di notevole interesse da parte della dottrina. Si veda, fra i primi commenti, R. PISILLO MAZZESCHI, *Il rapporto fra norme di jus cogens e la regola sull'immunità degli Stati*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2012, pp. 316 ss.

ficazione del regime tradizionale delle immunità statali, confermando la resistenza della norme sull'immunità dalla giurisdizione dello Stato estero, sia in sede cognitiva che esecutiva. Invero, la Corte ha risolto la questione con un'argomentazione che nega l'esistenza di un conflitto tra norme che riconoscono l'immunità giurisdizionale dello Stato straniero e norme di *jus cogens* che vietano la commissione di gravi crimini internazionali, sull'assunto che la natura procedurale delle prime impedirebbe di poter procedere alla valutazione del merito della controversia. La sentenza in parola si pone in continuità con la precedente giurisprudenza della Corte dell'Aja in tema di immunità, confermando l'approccio conservatore nell'accertamento dello stato di sviluppo del diritto internazionale sull'immunità giurisdizionale degli Stati e dei loro organi¹¹.

La sentenza, è stato osservato, è destinata, per l'autorevolezza della Corte da cui promana, a costituire un precedente a favore della più ampia applicazione delle norme sull'immunità dello Stato estero difficilmente superabile, con conseguente ridimensionamento del diritto dell'individuo di accedere alla giustizia¹².

Ora, le conclusioni sullo stato del diritto internazionale generale in materia di immunità giurisdizionali cui la Corte Internazionale di Giustizia è giunta non sembrano aver influenzato la giurisprudenza CEDU relativa alle controversie di lavoro e, più in generale, all'applicabilità della *Convenzione di New York* del 2004 in materia di distinzione tra atti *jure imperii* e *jure privatorum* dello Stato. È quanto si ricava dalla lettura della giurisprudenza successiva e, in particolare, dalla decisione adottata nel caso *Wallishauser v. Austria* del luglio

¹¹ Cfr. le sentenze nei casi *Arrest Warrant of 11 April 2000* (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgement of 14 February 2002; *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (Djibouti v. France), Judgement of 4 June 2008; *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (Belgium v. Senegal), Application of 19 February 2009.

¹² Cfr. le suggestive considerazioni formulate in A. BIANCHI, *Il tempio e i suoi sacerdoti. Considerazioni su retorica e diritto a margine del caso Germania c. Italia*, in *Dir. um. dir. int.*, 2012, pp. 293 ss.; nonché le considerazioni di S. VEZZANI, *Sul diniego delle immunità dalla giurisdizione di cognizione ed esecutiva a titolo di contromisura*, in *Riv. dir. int.*, 2014, pp. 36 ss.

2012¹³. Invero, la decisione non riguarda specificatamente la definizione di una controversia di lavoro alle dipendenze di uno Stato estero, già oggetto, nel caso di specie, di una precedente pronuncia della autorità nazionali. Cionondimeno, le conclusioni cui la Corte giunge confermano l'orientamento inaugurato con la sentenza *Cudak* riprendendo e valorizzando l'iter logico-giuridico e argomentativo ivi seguito¹⁴.

Nel caso *Wallishauser v. Austria* la ricorrente aveva lavorato come fotografa presso l'Ambasciata degli Stati Uniti a Vienna dal 1978 al 1987, venendo poi licenziata in seguito ad un incidente che ne aveva aggravato la posizione di persona con disabilità già riconosciuta dal 1983. Le Corti austriache, cui la ricorrente si era rivolta, avevano dichiarato illegittimo il licenziamento dopo aver disconosciuto l'immunità reclamata dagli Stati Uniti proprio facendo leva sulla non riconducibilità delle mansioni alla definizione di «atto sovrano». Ne erano seguite ulteriori controversie relative al reintegro in servizio della ricorrente e al pagamento delle sue spettanze. In particolare, la questione giunta di fronte alla Corte EDU prende le mosse da un procedimento intentato dalla ricorrente al fine di vedersi liquidare le spettanze arretrate, conclusosi con la dichiarazione, da parte del Tribunale Sociale e del Lavoro di Vienna di non poter procedere nei confronti degli Stati Uniti che avevano rifiutato di accettare l'atto di citazione. La conclusione del Tribunale era stata poi confermata dalla Corte d'Appello e dalla Corte suprema austriaca sull'assunto

¹³ *Wallishauser v. Austria*, ricorso n. 156/04, sentenza del 17 luglio 2012.

¹⁴ A tal riguardo si può richiamare un passaggio della decisione in cui la Corte EDU *expressis verbis* rimarca la non applicabilità delle norme sull'immunità dello Stato estero alle controversie di lavoro diverse da quelle espressamente previste dell'art. 11, par. 2, della *Convenzione di New York* del 2004: «*Par. 71. In addition, the Court would reiterate that the applicant's claim was not one in respect of which jurisdictional immunity could be relied on. According to the rule contained in Article 11 of the 2004 Convention (and Article 11 of the International Law Commission's 1991 Draft Articles) State immunity does not apply to a State's employment contracts with the staff of its diplomatic missions abroad, except in situations that are exhaustively enumerated in paragraph 2 of that Article and not relevant here (see also Article 5 of the 1972 European Convention on State Immunity)*».

dell'inapplicabilità delle norme del codice di rito in ragione dell'immunità dalla giurisdizione di cui gode lo Stato estero.

Di qui il ricorso di fronte alla Corte EDU che ha deciso il caso richiamando nuovamente le previsioni della *Convenzione di New York del 2004* considerata riproduttiva del diritto internazionale generale e firmata e ratificata dall'Austria¹⁵. La Corte giunge alla propria decisione richiamando e confermando i principi espressi nelle sentenze *Cudak* ed *El Leil*, poiché il ragionamento logico-giuridico seguito risulta applicabile anche al caso in esame, seppur alla base vi siano fattispecie non completamente coincidenti¹⁶. I giudici di Strasburgo concludono che nel caso di specie risulta applicabile la previsione di cui all'art. 22 della *Convenzione di New York del 2004* seconda la quale la notificazione degli atti giudiziari si perfeziona al momento della ricezione da parte del Ministro degli Esteri dello Stato straniero, senza che sia necessaria alcuna forma di accettazione da parte di quest'ultimo. Pertanto, secondo i giudici di Strasburgo, le Corti austriache, riconoscendo l'operare dell'immunità dello Stato straniero in ordine alla mancata accettazione da parte dello Stato convenuto della notificazione hanno limitato il diritto di accesso alla giustizia della ricorrente¹⁷.

Per completezza, poi, bisogna rilevare che non sembra deporre in senso contrario a quanto fin qui sostenuto, neanche la decisione emessa dalla Corte EDU nel caso delle *Madri di Srebrenica*¹⁸.

Tale decisione prende l'avvio da un procedimento intentato da una associazione costituitasi per tutelare i diritti delle vittime del ge-

¹⁵ È interessante notare come anche in questa decisione la Corte EDU attribuisca particolare significato al fatto che l'Austria abbia già ratificato la Convenzione e gli Stati Uniti, pur non avendola ancora ratificata, non abbiano votato contro al momento dell'adozione da parte dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite. Cfr. part. par. 31 della sentenza.

¹⁶ Cfr. par. 61-67 della sentenza.

¹⁷ Cfr. R. NIGRO, *Immunità degli Stati esteri e diritto di accesso al giudice: un nuovo approccio nel diritto internazionale?*, in *Riv. dir. int.*, 2013, pp. 812 ss., part. p. 841.

¹⁸ *Stichting Mothers of Srebrenica and others v. Netherlands*, ricorso n. 65542/12, sentenza dell'11 giugno 2013. Cfr. in commento M. I. PAPA, *Immunità delle Nazioni Unite dalla giurisdizione e rapporti tra CEDU e diritto delle Nazioni Unite: la decisione della Corte europea dei diritti umani nel caso dell'Associazione Madri di Srebrenica*, in *Dir. um. dir. int.*, 2014, pp. 27 ss.

nocidio di *Srebrenica* avvenuto nel corso del conflitto che ha interessato l'Ex Jugoslavia nel corso degli anni '90. Il procedimento, avviato di fronte alle Corti olandesi, era stato definito dalla Corte suprema del Paese con la conferma della legittimità del riconoscimento dell'immunità delle Nazioni Unite anche a fronte dell'accusa, nei confronti delle forze di mantenimento della pace, di concorso nella commissione di crimini internazionali¹⁹. Di fronte alla Corte di Strasburgo i ricorrenti lamentavano la violazione dell'art. 6, par.1, da parte dell'Olanda. La Corte EDU, conclude a favore della legittimità della limitazione del diritto di accesso alla giustizia dei ricorrenti, sulla scorta di diverse motivazioni che tengono in considerazione la specificità del caso in esame in cui rilevano, particolarmente, sia la natura propria degli obblighi derivanti per gli Stati ex art. 103 della Carta delle Nazioni Unite, sia il fatto che le Nazioni Unite agissero in base ai poteri conferiti al Consiglio di Sicurezza dal Capitolo VII²⁰.

Dalla lettura della sentenza emerge l'influenza esercitata dalla sentenza della Corte Internazionale di Giustizia nel caso *Germania c. Italia*, che viene richiamata dai giudici per la similitudine che la Corte EDU ritrova tra quella decisione e il caso delle *Madri di Srebrenica*²¹. Tuttavia, ai fini dell'oggetto della presente ricerca rileva che la Corte EDU, nel richiamare la propria precedente giurisprudenza, affermi che la fattispecie oggetto del procedimento si distingue dalle precedenti decisioni emesse in materia di immunità dalla giurisdizione delle organizzazioni internazionali in quanto «*previous cases before the Court in which the question of the immunity from domestic jurisdiction of international organisations has come up have, until now, concerned di-*

¹⁹ Sentenza della Corte suprema olandese del 13 aprile 2012, n. 10/04437. Cfr. in commento B. I. BONAFÈ, *L'esistenza di rimedi alternativi ai fini del riconoscimento dell'immunità delle organizzazioni internazionali: la sentenza della Corte suprema olandese nel caso delle Madri di Srebrenica*, in *Riv. dir. int.*, 2012, pp. 826 ss.

²⁰ Cfr. par. 152 della decisione «*152. The present case is different from all those mentioned. At its root is a dispute between the applicants and the United Nations based on the use by the Security Council of its powers under Chapter VII of the United Nations Charter*».

²¹ Cfr. parr. 158-159 e 164 della decisione.

sputes between the organisation and members of its staff»²². È la stessa Corte, dunque, ad escludere che per la decisione nel caso delle *Madri di Srebrenica* possa venire in rilievo la giurisprudenza sviluppatasi in materia di controversie di lavoro²³.

Dalla lettura delle decisioni in commento emerge che, seppur la Corte di Strasburgo abbia risentito dell'autorevole arresto della Corte Internazionale di Giustizia nel caso *Germania c. Italia*, rispetto alle controversie di lavoro alle dipendenze di uno Stato estero questa abbia mantenuto e consolidato l'approccio restrittivo in materia di qualificazione di «atto di governo» inaugurato nel caso *Cudak* al fine di bilanciare l'immunità giurisdizionale degli Stati con il diritto dell'individuo di accedere alla giustizia²⁴.

²² Cfr. par. 149 della decisione.

²³ L'influenza esercitata dalla sentenza della Corte Internazionale di Giustizia risulta ancora più penetrante dalla lettura della sentenza del caso *Jones and Others v. The United Kingdom*, sentenza del 14 gennaio 2014, ricorsi n. 34356/06 e 40528/06, nel quale veniva in rilievo proprio l'immunità dalla giurisdizione di uno Stato straniero e dei suoi organi per crimini internazionali. Cfr. i parr. 88-94, nella ricostruzione dei *relevant case-law* e, in parte motiva, par. 198 in cui chiaramente viene affermato «*However, it is not necessary for the Court to examine all of these developments in detail since the recent judgment of the International Court of Justice in Germany v. Italy (see paragraphs 88-94 above) – which must be considered by this Court as authoritative as regards the content of customary international law – clearly establishes that, by February 2012, no jus cogens exception to State immunity had yet crystallised...*».

²⁴ Risulta utile rilevare che la Corte EDU giunge, ancor più di recente, alla conclusione circa l'applicabilità delle previsioni contenute nella *Convenzione di New York sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni* anche nel *Oleynikov v. Russia*, sentenza del 14 marzo 2013, ricorso n. 36703/04. Invero, questo caso non aveva ad oggetto una controversia di lavoro, fondandosi su di una obbligazione pecuniaria derivante da un prestito che il ricorrente, cittadino russo, aveva effettuato a un consigliere della Repubblica democratica di Corea. I giudici nazionali avevano ritenuto applicabile la normativa nazionale che riconosce l'immunità assoluta agli Stati stranieri. I giudici di Strasburgo, invece, dopo aver affermato la natura riprodotiva del diritto consuetudinario delle norme sull'immunità relativa dello Stato estero contenute nella *Convenzione di New York del 2004*, sottoscritta anche dalla Federazione russa, hanno concluso che i giudici russi avrebbero dovuto procedere ad una analisi della fattispecie per valutare se la controversia traeva origine da un atto configurabile come *jure imperii* o *jure privatorum*.

4. *L'evoluzione della giurisprudenza in tema di immunità delle organizzazioni internazionali e la formulazione del criterio della protezione equivalente: dal caso Waite and Kennedy alla decisione nel caso Gasparini.* – La giurisprudenza della Corte EDU in materia di immunità delle organizzazioni internazionali è copiosa e prende avvio dalla decisione adottata nel caso *Waite and Kennedy v. Germany*, nel quale, per la prima volta, la Grande Camera, si è occupata del rapporto che intercorre tra il l'immunità che gli Stati riconoscono alle organizzazioni internazionali e il diritto di accesso al giudice, garantito dalla CEDU²⁵. Nel caso di specie, la Corte EDU procede ad una duplice e progressiva analisi consistente nel valutare, prima, se l'obiettivo perseguito con il riconoscimento dell'immunità giurisdizionale alle organizzazioni internazionali sia legittimo e, poi, se la limitazione derivante per il diritto di accesso al giudice di cui all'art. 6, par. 1 della Convenzione sia proporzionato al perseguimento di tale fine. In parte motiva, i giudici rilevano come il riconoscimento dell'immunità dalla giurisdizione alle organizzazioni internazionali costituisca una prassi degli Stati particolarmente consolidata, che persegue il fine di proteggerle da indebite ingerenze dei governi, tutelandone autonomia e indipendenza. Tale fine, che garantisce e rafforza la cooperazione internazionale nell'era della globalizzazione, può, pertanto, considerarsi legittimo ai sensi della CEDU. Con riguardo, poi, alla valutazione della proporzionalità della limitazione del diritto di accesso al giudice, la Corte ritiene fondamentale per escludere che vi sia stata una violazione dell'art. 6, par. 1, della CEDU, il fatto che all'interno del sistema istituzionale dell'organizzazione in questione siano operanti «ragionevoli mezzi alternativi» ai quali gli individui possono fare ricorso al fine di veder garantiti, in maniera effettiva, i diritti sanciti dalla CEDU²⁶.

²⁵ *Waite and Kennedy v. Germany*, Grande Camera, sentenza del 18 febbraio 1999, ricorso n. 26083/94. L'impostazione proposta dalla Corte trova immediata conferma nella contestuale decisione nel caso *Beer and Regan v. Germany*, Grande Camera, sentenza del 18 febbraio 1999, ricorso n. 28934/95. Cfr., in commento, P. PUSTORINO, *Immunità giurisdizionale delle organizzazioni internazionali e tutela dei diritti fondamentali: le sentenze della Corte europea nei casi Waite et Kennedy e Beer et Regan*, in *Riv. dir. int.*, 2000, pp. 132 ss.

²⁶ Cfr. le motivazioni esposte nei parr. 61-68 della sentenza.

Con la pronuncia in commento la Corte EDU inizia a sviluppare i termini fondamentali in base ai quali verificare la rispondenza al sistema convenzionale del riconoscimento dell'immunità dalla giurisdizione alle organizzazioni internazionali, formulando *in nuce* il criterio della protezione equivalente²⁷.

Tale principio, interpretato come una forma di bilanciamento alla limitazione del diritto di accesso alla giustizia, sarà consolidato e sviluppato nella giurisprudenza successiva che risulta utile qui richiamare nei suoi passaggi fondamentali²⁸. Con la decisione nel caso *Bosphorus* che la Corte di Strasburgo fornisce al criterio in parola una formulazione organica, che potenzialmente ne estende l'ambito di applicazione a tutti i casi in cui venga in rilievo il trasferimento di poteri sovrani ad una organizzazione internazionale²⁹. Nella motivazione viene richiamato il principio per cui la cooperazione internazionale costituisce un fine legittimo che gli Stati parti possono perseguire anche attraverso il trasferimento di poteri ad una organizzazione internazionale. Secondo i giudici di Strasburgo, dunque, si può configurare una limitazione della responsabilità dello Stato membro per le condotte poste in essere in esecuzione di obblighi che discendono dalla par-

²⁷ Invero, una prima formulazione della teoria in parola si rinviene già nella decisione adottata dalla Commissione dei diritti dell'uomo nel caso *M.&Co. c. Repubblica federale di Germania*, decisione del 9 febbraio 1990, ricorso n. 13258/87. Nel caso di specie, la Commissione chiamata a pronunciarsi su di una controversia concernente il trasferimento di poteri effettuato nei confronti delle allora comunità europee, affermava la necessità per gli Stati di prevedere, al momento della creazione dell'organizzazione internazionale, meccanismi di protezione equivalenti a quelli previsti dalla CEDU. Cfr. G. GAJA, *Gli atti comunitari dinanzi alla Commissione europea dei diritti dell'uomo: di nuovo Solange?*, in *Riv. dir. int.*, 1990, pp. 388 ss.

²⁸ Sull'evoluzione della giurisprudenza CEDU in tema di «protezione equivalente» cfr. E. REBASTI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e responsabilità degli Stati per trasferimento di poteri ad una organizzazione internazionale: la decisione nel caso Gasparini*, in *Riv. dir. int.*, 2010, pp. 67 ss.; M. VENTRONE, *La dottrina della protezione equivalente nel rapporto tra CEDU e Nazioni Unite alla luce della prassi più recente della Corte europea dell'uomo*, in *Oss.cost. – www.osservatorioaic.it*, 01/2015, pp. 4 ss.

²⁹ *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda*, Grande Camera, sentenza del 30 giugno 2005, ricorso n. 45036/98. Cfr. E. CANNIZZARO, *Sulla responsabilità internazionale per condotte di Stati membri dell'Unione europea: in margine al caso Bosphorus*, in *Riv. dir. int.*, 2005, pp. 762 ss.

tecipazione all'organizzazione internazionale. Ciò in quanto il trasferimento di poteri ad una organizzazione che abbia al proprio interno un sistema di tutela effettivo comporta una presunzione di conformità della condotta dello Stato agli obblighi derivanti dalla partecipazione alla CEDU. Pertanto, in siffatte ipotesi, affinché possa configurarsi la responsabilità dello Stato è necessario che si dimostri che l'organizzazione internazionale non possiede un meccanismo interno adeguato a garantire una protezione dei diritti fondamentali equivalente rispetto a quella della CEDU.³⁰ Successivamente, nella seppur breve decisione del caso *Boivin*³¹, i giudici di Strasburgo forniscono alcune indicazioni concernenti le modalità procedurali da seguire per far valere tale titolo di responsabilità. Nel caso di specie, i giudici rigettano il ricorso rilevando, *inter alia*, che il ricorrente non aveva lamentato, né provato, che la protezione dei diritti fondamentali garantita dall'organizzazione internazionale in questione, non fosse «equivalente» a quella fornita dal sistema convenzionale, secondo i termini già enunciati nel caso *Bosphorus*. Se ne evince il principio per cui incombe sul ricorrente l'onere di proporre esplicita doglianza circa la «manifesta insufficienza» del sistema di protezione istituito in seno all'organizzazione internazionale, nonché quello di fornire prova dell'inidoneità di tale sistema a garantire una tutela equivalente a quella prevista in ambito CEDU³². Infine, nel caso *Gasparini*, la Corte ha fornito una novellata formulazione del principio interpretata in dottrina come idonea a creare un autonomo titolo di responsabilità per il quale l'esistenza, nel sistema dell'organizzazione internazionale, di un sistema di tutela equivalente diviene *ex se* il contenuto di un obbligo di garanzia che ricade sullo Stato parte³³. È stato sostenuto che la de-

³⁰ Cfr. parr. 149-159 della decisione.

³¹ *Boivin v. Francia e Belgio e altri* 32 Stato del Consiglio d'Europa, decisione del 9 settembre 2008, ricorso n. 73250/01.

³² Cfr. par. 2 della decisione «*The Court observes that it has not been established, or even alleged, that the protection of fundamental rights generally afforded by Eurocontrol is non "equivalent", within the meaning given to that term in the Bosphorus judgment, to that of the Convention system*».

³³ *Gasparini c. Italie et la Belgique*, decisione del 12 maggio 2009, ricorso n. 10750/03. Si veda, in tal senso, REBASTI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e responsabilità degli Stati*, cit., pp. 65 ss., part. p. 76.

cisione in commento creerebbe un sistema a categorie invertite con l'effetto di ampliare l'ambito oggettivo e soggettivo della responsabilità statale. Dal punto di vista oggettivo, lo Stato può trovarsi a dover rispondere per una condotta posta in essere dall'organizzazione internazionale pur qualora non abbia dovuto adottare alcuna misura di attuazione, come invece richiesto nella precedente giurisprudenza. Dal punto di vista soggettivo, invece, il titolo di responsabilità così creato dalla Corte EDU risulterebbe idoneo ad aumentare i soggetti potenzialmente responsabili, in quanto il dovere di garanzia di un sistema di protezione equivalente ricadrebbe su tutti gli Stati membri dell'organizzazione³⁴.

Ora, l'efficacia dirompente della decisione in commento, idonea ad aumentare il desiderio di controllo degli Stati rispetto alle attività delle organizzazioni internazionali, trova tuttavia alcune limitazioni poste dai giudici di Strasburgo nel prosieguo della decisione. Tra queste, quella di maggior rilievo è sicuramente l'assunto per cui si può configurare la responsabilità dello Stato solo ove la violazione asserita derivi da una «lacuna strutturale» del meccanismo interno dell'organizzazione, non configurandosi ipotesi di responsabilità se la violazione sia conseguenza di una mera «decisione particolare». Quantunque anche una decisione particolare possa essere considerata indizio di un malfunzionamento del meccanismo interno di tutela, la *ratio* della distinzione operata dalla Corte è da rinvenirsi nel fatto che l'esistenza di una lacuna strutturale costituisce prova di una omissione di controllo, da parte degli Stati, sulle modalità di trasferimento dei poteri. In questo modo la Corte EDU cerca di mitigare la portata della decisione cristallizzando il sorgere della responsabilità dello Stato al momento in cui, nell'effettuare il trasferimento di poteri all'organizzazione, ha omesso di verificare che questa fosse dotata di idonee garanzie di tutela dei diritti fondamentali garantiti dalla CEDU³⁵.

³⁴ Così REBASTI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e responsabilità degli Stati*, cit., p. 76.

³⁵ *Ibidem*, pp. 77 ss.

5. *La più recente giurisprudenza sull'immunità delle organizzazioni internazionali in materia di controversie di lavoro: il caso Klausecker c. Germany.* – Gli orientamenti giurisprudenziali fin qui esaminati trovano conferma nelle decisioni più recenti in cui i giudici di Strasburgo sono stati chiamati a pronunciarsi in materia di immunità dalla giurisdizione relativamente a controversia di lavoro alle dipendenze di organizzazioni internazionali³⁶. La Corte EDU, sulla base della propria consolidata giurisprudenza che non ritiene assoluto il diritto di accesso al giudice, ha continuato a ritenere legittima la limitazione derivante dal riconoscimento dell'immunità dalla giurisdizione delle organizzazioni internazionali con un atteggiamento di *self-restraint* volto a garantire loro la più ampia indipendenza rispetto a possibili ingerenze da parte degli Stati. Nondimeno, anche il criterio della tutela equivalente per come elaborato nella sentenza *Gasparini*, ovvero di responsabilità dello Stato per trasferimento di poteri ad una organizzazione internazionale, trova scarsa applicazione, rimanendo la giurisprudenza di Strasburgo orientata a favore della piena autonomia delle organizzazioni internazionali.

Questo «squilibrio» nel bilanciamento tra diritto di accesso alla giustizia dell'individuo e garanzia dell'indipendenza, sul piano internazionale, delle organizzazioni internazionali, si rileva *ictu oculi* nella recente decisione assunta nel caso *Klausecker c. Germania*³⁷.

Il ricorrente, Roland Klausecker, in seguito a un incidente di cui è rimasto vittima all'età di diciotto anni ha perso la mano sinistra e alcune dita della mano destra, nonché l'occhio sinistro riportando anche danni all'orecchio sinistro. Successivamente, diventato ingegnere meccanico ha lavorato per numerosi anni come ricercatore universitario. Nel 2005 ha presentato domanda per un posto di esaminatore di brevetti all'EPO – *European Patent Office*, organizzazione internazionale con sede a Monaco, superando tutti i test professionali ma ricevendo comunicazione che non avrebbe avuto offerta di impiego in ragione dell'esito negativo della visita medica cui era stato sottoposto.

³⁶ Cfr. *Chapman v. Belgium*, decisione del 5 marzo 2013, ricorso n. 39619/06; *Perez v. Germany*, decisione del 6 gennaio 2015, ricorso n. 15521/08.

³⁷ *Case of Klausacker v. Germany*, decisione del 29 gennaio 2015, ricorso n. 415/07.

Dalla visita, difatti, era emerso che nonostante il ricorrente fosse attualmente in grado di espletare le funzioni relative al posto per il quale aveva presentato domanda, non poteva escludersi un costante sovraccarico della sua mano destra con conseguente alto rischio di assenze per malattia, nonché una possibile prematura inabilità al lavoro per motivi di salute. Venuto a conoscenza dell'esito della propria selezione il ricorrente ha presentato ricorso al Presidente dell'EPO contestando la mancanza di attualità nelle considerazioni espresse dal medico le cui conclusioni costituivano un giudizio prognostico non sostenuto da adeguate evidenze mediche. Il suo ricorso veniva rigettato dal Presidente EPO poiché il Regolamento di Servizio ne limita l'accesso ai soli dipendenti. Nella comunicazione di rigetto veniva altresì indicata la possibilità di proporre appello di fronte al Tribunale Amministrativo dell'ILO – Organizzazione Internazionale del Lavoro che, tuttavia, aveva già dichiarato inammissibili i ricorsi presentati da soggetti non aventi rapporto professionale con l'organizzazione, ma solo candidati all'assunzione.

Il ricorrente, in ragione dell'immunità dalla giurisdizione davanti ai tribunali nazionali di cui gode l'EPO, adiva direttamente la Corte costituzionale federale tedesca, lamentando la violazione del proprio diritto di accesso al giudice di fronte agli organi dell'EPO e dell'ILO, nonché la natura discriminatoria per ragioni di salute della sua mancata assunzione. La Corte costituzionale federale dichiarava inammissibile il ricorso sull'assunto che un procedimento costituzionale risulta ammissibile solo nei confronti di un «atto di pubblica autorità». Secondo la Corte, nulla osta che sia considerato tale anche un atto di un ente sopranazionale che gode di immunità dalla giurisdizione, tuttavia, nel caso di specie, la mancata assunzione del ricorrente è da ricondursi ad atti dell'organizzazione non suscettibili di produrre effetti all'interno del sistema giuridico tedesco, configurabili, dunque, alla stregua di *interna corporis*. Di qui la decisione della Corte di non procedere alla valutazione della rispondenza con la legge fondamentale del livello di protezione dei lavoratori garantita dall'EPO.

A questo punto il ricorrente propone comunque ricorso di fronte al Tribunale Amministrativo dell'ILO che, tuttavia, in ossequio alla propria consolidata giurisprudenza, dichiara irricevibile il reclamo af-

fermando di non avere, in base alle norme del proprio Statuto, giurisdizione rispetto ai candidati esterni e, comunque, alle persone che non abbiano già concluso un contratto di lavoro con l'organizzazione internazionale in questione.

È essenziale qui rilevare che, come riportato nella stessa decisione della Corte EDU, il Tribunale Amministrativo ILO nel dichiarare irricevibile il ricorso sottolinea di non avere l'autorità per poter ordinare all'EPO di rinunciare all'immunità dalla giurisdizione relativamente al caso di specie e, pertanto, di essere consapevole che la propria decisione crea un *legal vacuum* nel sistema, invitando l'EPO ad adottare ogni possibile soluzione quali la rinuncia all'immunità o il ricorso ad un arbitrato³⁸.

In ragione della dichiarazione dell'irricevibilità dal Tribunale Amministrativo ILO e delle considerazioni ivi espresse, l'EPO decide di proporre al ricorrente di portare la controversia di fronte ad un collegio arbitrale composto da tre arbitri e chiamato ad applicare norme e regolamenti che disciplinano i rapporti tra staff e organizzazione internazionale. Il ricorrente, pur continuando a chiedere all'EPO di rinunciare all'immunità dalla giurisdizione, accetta tale proposta. Tuttavia, il sorgere di una serie di contestazioni di natura procedurale portate il ricorrente a ritenere di non essere più obbligato a proseguire la procedura, per cui il procedimento arbitrale non ha luogo³⁹.

La questione viene quindi portata alla cognizione della Corte di Strasburgo di fronte alla quale il ricorrente propone due distinti reclami per violazione dell'art. 6, par. 1 della Convenzione. Il primo concerne il procedimento avviato di fronte alla Corte costituzionale federale tedesca nel quale lamenta il diniego di giustizia in ragione dell'immunità dalla giurisdizione riconosciuta all'EPO. Il secondo ha

³⁸ Cfr. par. 20 della decisione «*The Administrative Tribunal further found that it had no authority to order the EPO to waive its immunity. It noted, however, that its judgment created a legal vacuum and considered it highly desirable that the EPO should seek a solution affording the applicant access to a court, either by waiving its immunity or by submitting the dispute to arbitration*».

³⁹ Il ricorrente contestava, in particolare, l'assenza di pubblicità del procedimento arbitrale nonché la mancata presentazione, da parte del difensore, di idonea prova circa i propri poteri di rappresentanza dell'organizzazione. Cfr. parr. 25-28 della decisione.

ad oggetto il livello di tutela dei diritti fondamentali garantito nei procedimenti avviati di fronte agli organi dell'EPO.

Ora, i due ricorsi, pur distinti, presentano numerosi punti di contatto in ordine alle ragioni di doglianza trovando, pertanto, medesime conclusioni nella decisione della Corte EDU. Nondimeno, meritano di essere qui analizzati separatamente in ragioni delle diverse conclusioni che, come si tenterà di dimostrare, la Corte avrebbe potuto raggiungere.

Con riguardo al primo motivo di ricorso, relativo alla pretesa violazione del diritto di accesso alla giustizia di fronte alla Corte costituzionale federale della Germania, i giudici di Strasburgo, nel ricostruire la vicenda come già sopra riportata, si concentrano essenzialmente sulla questione dell'immunità dalla giurisdizione di cui gode l'EPO, richiamando la propria giurisprudenza in merito alla legittimità dello scopo perseguito e alla proporzionalità dello strumento utilizzato. In merito al primo punto, la necessità di garantire alle organizzazioni internazionali indipendenza e autonomia per lo svolgimento delle funzioni loro demandate dagli Stati membri al momento dell'istituzione, è considerata senz'altro motivo sufficiente al riconoscimento dell'immunità. Rispetto, poi, al c.d. test di proporzionalità, la Corte osserva che, in effetti, tanto il ricorso avviato davanti al Presidente dell'EPO, quanto quello di fronte al Tribunale Amministrativo dell'ILO non hanno portato ad una possibilità effettiva di accesso ad un giudice per il ricorrente. In tal senso, tra l'altro, si è pronunciato lo stesso Tribunale Amministrativo dell'ILO, constatando la situazione di *legal vacuum*. Tuttavia, per i giudici di Strasburgo, il diritto – concreto ed effettivo – di accedere alla giustizia del ricorrente avrebbe trovato attuazione nella proposta di procedere ad un arbitrato ritenendo, pertanto, che sia imputabile al ricorrente la mancata prosecuzione della procedura⁴⁰. Segue, poi, la disamina degli specifici elementi contestati dal ricorrente con riguardo alla procedura di arbitrato, ovvero mancanza di pubblicità e diritto applicabile.

Invero, l'incertezza dei giudici circa le conclusioni cui la decisione giunge emerge già dalla lettura dei passi successivi della pro-

⁴⁰ Sul punto v. *infra*, par. 6.

nuncia. La Corte EDU, difatti, afferma che seppur nel diritto internazionale si possa rilevare un *trend* volto ad una applicazione meno rigida della norma sull'immunità dello Stato estero con riguardo alle controversie di lavoro, richiamando a sostegno la propria giurisprudenza nei casi *Cudak* ed *El Leil*, un simile *trend* non sia rilevabile con riguardo all'immunità delle organizzazioni internazionali⁴¹.

Ora, le sentenze richiamate dalla Corte EDU a sostegno della propria asserzione appartengono alla sua sola giurisprudenza ed hanno contribuito a creare questo *trend* più che a rilevarlo, come si è già tentato di dimostrare, valorizzando quegli elementi nuovi, quali la *Convenzione di New York* del 2004, idonei a poter giungere a tali conclusioni. Sembra, quindi, che in questa occasione abbia prevalso presso i giudici la preoccupazione circa le possibili conseguenze derivanti dal disconoscimento dell'immunità giurisdizionale delle organizzazioni internazionali.

Infine, non convince la distinzione tra due categorie di ricorrenti proposta dai giudici: da un lato, soggetti esterni all'organizzazione, cui sarebbero riconducibili coloro i quali abbiano solo presentato domanda di assunzione e, dall'altro, dipendenti dell'organizzazione⁴². Ammettendo tale classificazione, difatti, si viene a creare una categoria di soggetti per i quali l'accesso al giudice risulta precluso sia di fronte alle corti nazionali, in ragione dell'immunità dalla giurisdizione di cui godono le organizzazioni internazionali; sia rispetto ai meccanismi giurisdizionali interni alle organizzazioni internazionali stesse, in quanto persone non ancora contrattualmente legate all'organizzazione, con conseguente completo annullamento del diritto di accesso al giudice.

6. (segue) *I limiti nell'indagine sulla responsabilità dello Stato per trasferimento di poteri ad una organizzazione internazionale e la mancata applicazione del criterio della tutela equivalente.* – Ora, se possono comprendersi le preoccupazioni della Corte EDU circa le conseguenze per l'indipendenza delle organizzazioni internazionali,

⁴¹ Cfr. par. 75 della decisione.

⁴² *Ibidem*.

derivanti dal disconoscimento dell'immunità giurisdizionale, un'occasione persa è senz'altro rappresentata dalla mancata applicazione, nel caso di specie, del criterio della protezione equivalente cui i giudici di Strasburgo potevano far ricorso nell'analisi della pretesa violazione del diritto di accesso al giudice di fronte agli organi dell'EPO e del Tribunale Amministrativo ILO.

Nell'analisi della doglianza, i giudici richiamano la propria giurisprudenza più recente in materia di immunità delle organizzazioni internazionali, con particolare riferimento ai principi affermati nel caso *Gasparini* per cui lo Stato parte della CEDU può incorrere in responsabilità per trasferimento di poteri ad una organizzazione internazionale se al suo interno non operi un meccanismo di tutela volto a garantire una protezione equivalente a quella offerta dal sistema della CEDU⁴³. Ne discende, secondo la Corte, che la responsabilità della Germania nel caso di specie possa venire in rilievo solo ove si dimostri che la tutela prevista in ambito EPO sia «manifestazione insufficiente»⁴⁴. Invero, nella motivazione vengono confermate le considerazioni già svolte con riferimento all'esame della pretesa violazione del diritto di accesso al giudice di fronte ai tribunali nazionali, confermando le conclusioni ivi raggiunte⁴⁵. Secondo i giudici di Strasburgo, difatti, assume rilievo decisivo il fatto che al ricorrente sia stata offerta l'opportunità di portare avanti una procedura arbitrale⁴⁶.

Ora, ad avviso di chi scrive, la decisione appare difficilmente condivisibile e poco coerente con la precedente giurisprudenza sul tema e, in generale, con il principio di effettività della tutela giuridica cui la Corte di Strasburgo ha da sempre improntato le proprie decisioni. Nel caso in commento, sembrano essere stati rispettati tutti i parametri indicati dalla Corte di Strasburgo per far rilevare la responsabilità dello Stato per trasferimento di poteri. Come si è già rilevato, nel caso *Gasparini* i giudici avevano posto come requisito per il sorgere della responsabilità dello Stato, il fatto che la violazione sia conseguenza di una «lacuna strutturale» del meccanismo interno

⁴³ V. *supra*, par. 4.

⁴⁴ Cfr. par. 101 della decisione.

⁴⁵ Cfr. par. 103 e 104 della decisione.

⁴⁶ Cfr. par. 106 della decisione.

dell'organizzazione e la questione, secondo il dettato della giurisprudenza *Boivin*, è stata oggetto di esplicita doglianza da parte del ricorrente⁴⁷.

Ora, indipendentemente dalle singole questioni attinenti alle modalità di svolgimento della procedura arbitrale (pubblicità della procedura, diritto applicabile, ecc...), ciò che appare manifestamente inadeguato a garantire il diritto di accesso al giudice è lo stesso impianto istituzionale operante all'interno dell'EPO. La procedura arbitrale si pone come rimedio «proposto» al ricorrente proprio in ragione della consapevolezza, esternata dal Tribunale Amministrativo ILO, della mancanza di altra forma di garanzia nel sistema. Difatti, tale procedimento arbitrale, che assume valore dirimente nell'*iter* argomentativo dei giudici di Strasburgo, non risulta stabilmente inserito tra le procedure liberamente esperibili nel meccanismo istituzionale, ma si pone come una «concessione» dell'organizzazione nel caso concreto, al fine di risolvere una controversia in cui il *fumus* di esistenza di una decisione discriminatoria appare concreto. Il sistema istituzionale proprio dell'organizzazione risulta, pertanto, affetto da una «lacuna strutturale» tale da creare il *legal vacuum* di tutela cui lo stesso Tribunale ILO fa riferimento, e rispetto al quale la proposta di arbitrato costituisce, *a fortiori*, una riprova del *vulnus* che il meccanismo crea rispetto al diritto di accesso al giudice. Il tutto, a priori rispetto alle considerazioni relative alla procedura e al diritto applicabile in base ai quali l'arbitrato avrebbe dovuto avere luogo.

Il mancato tentativo della Corte EDU di esplorare la possibilità di utilizzare la teoria della protezione equivalente, in ossequio alla manifesta volontà di fornire la ampia garanzia di indipendenza alle organizzazioni internazionali, stupisce ancor di più in considerazione della recente decisione assunta nel caso *Al-Dulimi e Montana Management Inc. c. Svizzera* in cui la teoria in parola ha trovato applicazione rispetto al sistema delle Nazioni Unite⁴⁸. Nel caso di specie, la

⁴⁷ V. *supra*, par. 4.

⁴⁸ Case of *Al-Dulimi e Montana Management Inc. c. Svizzera*, sentenza del 26 novembre 2013, ricorso n. 5809/08. Il 14 aprile 2014, il caso, deciso dalla seconda sezione della Corte, è stato rinviato alla Grande Camera su richiesta della Svizzera ex art. 43 della CEDU.

controversia sorgeva da un provvedimento di congelamento dei beni disposto dalle autorità elvetiche in esecuzione di alcune Risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite relative all'istituzione dell'embargo in Iraq. Di fronte ai giudici di Strasburgo i ricorrenti lamentavano la violazione dell'art. 6, par. 1 CEDU da parte della Svizzera, che aveva dato esecuzione nei loro confronti alle misure ONU. La Corte, dopo aver verificato che la misura nazionale di attuazione non prevedeva margine di discrezionalità per lo Stato, ha proceduto a verificare se il sistema di protezione dei diritti fondamentali interno alle Nazioni Unite sia considerabile equivalente a quello garantito dalla CEDU. L'esito della valutazione, fondato anche delle conclusioni cui era giunto il Relatore speciale delle Nazioni Unite sulla promozione e protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nella lotta contro il terrorismo, risulta negativo. La Corte EDU constata così la violazione dell'art. 6, par. 1 della CEDU da parte della Svizzera⁴⁹.

La decisione in commento sembrerebbe porsi in contrasto con la giurisprudenza precedente e, in particolare, con la recente decisione nel caso delle *Madri di Srebrenica*⁵⁰.

Ad avviso di chi scrive, tuttavia, in queste due decisioni la Corte di Strasburgo giunge a conclusioni differenti in ragione delle argomentazioni poste alla base delle rispettive doglianze.

Nel caso delle *Madri di Srebrenica*, le ricorrenti lamentavano la lesione del diritto di accesso al giudice derivante dal riconoscimento, da parte dei tribunali nazionali olandesi, dell'immunità giurisdizionale delle Nazioni Unite. I giudici di Strasburgo, pertanto, vengono chiamati a concentrare la propria attenzione sulla questione del rapporto tra immunità giurisdizionale riconosciuta all'ONU dallo Stato del foro e art. 6, par. 1, CEDU, relegando ad un ruolo di marginalità l'analisi dell'esistenza, in seno all'organizzazione, di rimedi alternativi⁵¹. La

⁴⁹ Cfr. VENTRONE, *La dottrina della protezione equivalente nel rapporto tra CEDU e Nazioni Unite*, cit., pp. 1 ss.; L. MARCHEGIANI, *Le principe de la protection équivalente dans l'articulation des rapports entre ordre juridique des NU et CED après l'arrêt Al-Dulimi*, in *Questions of International Law*, 2014, p. 3; M. ARCARI, *Forgetting Article 103 of the UN Charter? Some Perplexities on 'Equivalent Protection' after Al-Dulimi*, ivi, p. 31.

⁵⁰ V. *supra*, par. 3.

⁵¹ Cfr. parr. 161-165.

responsabilità dello Stato, dunque, viene indagata in relazione al riconoscimento dell'immunità dalla giurisdizione e non in base al criterio della protezione equivalente che sorge con il trasferimento di poteri.

Nel caso *Al-Dulimi*, invece, la contestazione dei ricorrenti riguarda le misure nazionali di attuazione di una decisione del Consiglio di sicurezza, consistenti nel congelamento e successiva confisca dei beni, rispetto alle quali non è stato possibile proporre alcun gravame. Viene, pertanto, in rilievo la questione dell'esistenza di un sistema di protezione equivalente all'interno delle Nazioni Unite, la cui valutazione è idonea a far sorgere un autonomo titolo di responsabilità dello Stato. Di qui la conclusione dei giudici per cui lo Stato parte della CEDU diviene responsabile in relazione alla constatazione della mancanza di rimedi alternativi effettivi per i ricorrenti. Nessun ruolo gioca, nella decisione, la questione delle immunità giurisdizionali dell'organizzazione internazionale. Lo Stato convenuto viene, quindi, ritenuto responsabile perché nel trasferimento di poteri ha omesso di verificare l'effettività dei meccanismi di salvaguardia interni alle Nazioni Unite.

Ora, nel caso *Klausecker*, i giudici avrebbero potuto seguire il medesimo iter ricostruttivo e argomentativo, indagando i profili di responsabilità dello Stato per trasferimento di poteri ad una organizzazione internazionale, al fine di spostare i termini del bilanciamento. La questione delle immunità giurisdizionali dell'organizzazione internazionale avrebbe potuto così essere estromessa dalla questione, a favore del perseguimento di una tutela effettiva dei diritti umani raggiunta secondo una via alternativa, rappresentata dall'applicazione del criterio della tutela equivalente.

7. Considerazioni conclusive. – La recente giurisprudenza della Corte EDU sembra fornire soluzioni diverse e finanche contrastanti con riguardo al bilanciamento tra le norme sul diritto di accesso alla giustizia e l'immunità dalla giurisdizione degli Stati e delle organizzazioni internazionali.

Con riguardo all'immunità degli Stati esteri, nella giurisprudenza avviata con i casi *Cudak* ed *El Leil* del 2011, la Corte EDU ha su-

perato l'approccio granitico dei casi *Fogarty*, *McElhinney* e *Al-Adsani* del 2001. In particolare, i giudici di Strasburgo hanno profuso un apprezzabile sforzo teso a valorizzare quegli elementi della prassi idonei a garantire maggiore effettività di tutela dei diritti degli individui. Questa giurisprudenza, tuttavia, non ha trovato omologo sviluppo rispetto ai casi in cui viene in rilievo l'immunità dalla giurisdizione delle organizzazioni internazionali. Così, il *favor laboratoris* dimostrato in quella sede, rispetto al diritto di accesso al giudice, non trova un analogo riconoscimento nel caso di controversie concernenti le organizzazioni internazionali. Si è così venuta a creare, nella giurisprudenza CEDU, un «doppio canale di valutazione» che appare discriminatorio in quanto garantisce una tutela differente a seconda che il convenuto sia uno Stato estero o una organizzazione internazionale.

Ora, se possono comprendersi le preoccupazioni della Corte EDU in ordine alle possibili conseguenze per l'indipendenza delle organizzazioni internazionali derivanti dal disconoscimento dell'immunità dalla giurisdizione, delude che la i giudici non abbiano deciso di perseguire fino in fondo le potenzialità offerte dall'applicazione del criterio della tutela equivalente, già sviluppato nella precedente giurisprudenza. Difatti, quantunque anche il riconoscimento della responsabilità dello Stato per trasferimento di poteri non sia esente da rischi circa fenomeni di eventuale ingerenza rispetto all'autonomia delle organizzazioni internazionali, la sua applicazione, *cum grano salis*, avrebbe di certo potuto contribuire ad elevare il livello di tutela dei diritti umani garantito dal sistema CEDU.

In tale prospettiva, il caso *Klausecker*, da ultimo esaminato, avrebbe potuto rappresentare una importante occasione in cui la Corte poteva fondare la valutazione sull'insufficienza del meccanismo di tutela interno all'organizzazione su di un rilievo posto in luce dallo stesso Tribunale Amministrativo ILO. Il *legal vacuum* cui questo Tribunale ha fatto riferimento concreta la «lacuna strutturale» che la Corte ha delineato nel caso *Gasparini* per far insorgere la responsabilità dello Stato, raggiungendo quel livello di sistema «*manifestly deficient*» che difficilmente può ritenersi superato dalla proposta di un arbitrato, come invece ritenuto dai giudici di Strasburgo.

Sviluppi e limiti della recente giurisprudenza CEDU in tema di immunità ...

Perseguendo questa via la Corte EDU avrebbe potuto evitare di pronunciarsi in maniera sfavorevole al riconoscimento dell'immunità giurisdizionale delle organizzazioni internazionali, evitando così di adottare una decisione destinata ad acuire ulteriormente l'incertezza della prassi in materia. Tuttavia, esplorando il criterio della tutela equivalente, la Corte avrebbe potuto ribadire la necessità di effettività e certezza delle garanzie cui il sistema convenzionale si ispira nell'ambito di un caso in cui la valutazione dell'insufficienza del sistema promanava dagli stessi organi statutari e il *fumus* circa la natura discriminatoria della decisione contestata appariva particolarmente fondato.

SIMONE FRANCESCO COCIANI*

RICADUTE IN AMBITO TRIBUTARIO A SEGUITO
DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EDU SUL CUMULO
TRA SANZIONI PENALI E SANZIONI AMMINISTRATIVE.
BREVI CONSIDERAZIONI *DE LEGE FERENDA* IN ATTESA
DELL'INTERVENTO DELLA CORTE COSTITUZIONALE¹.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'impostazione di fondo dell'attuale sistema sanzionatorio tributario: dalla pregiudiziale tributaria al doppio binario. – 3. Il rapporto tra sistema sanzionatorio penale e sistema sanzionatorio amministrativo tributario nel d.lgs. n. 74/2000. – 4. Il rapporto tra procedimento sanzionatorio penale e procedimento sanzionatorio amministrativo tributario nel d.lgs. n. 74/2000. Profili critici. – 5. (Segue) La sovrapposizione tra procedimenti (e tra sanzioni) nel caso di definizione amministrativa della pretesa tributaria nella prospettiva premiale di cui all'art. 13 del d.lgs. n. 74/2000 – 6. Ipotesi di bis in idem conseguenti all'interpretazione giurisprudenziale. – 7. (Segue) L'ordinanza 21 aprile 2015 del Tribunale di Bologna. – 8. (Segue) La sentenza 7 maggio 2015 del Tribunale di Asti. - 9. La c.d. «delega fiscale». – 10. Lo schema di decreto legislativo di attuazione della delega. Il profilo sostanziale. – 11. (Segue) Il profilo processuale. - 12. Conclusioni.

1. *Premessa*. – Lo schema di decreto legislativo sulla revisione del sistema sanzionatorio tributario (penale e amministrativo) recentemente presentato dal Governo alle Camere, in attuazione della relativa delega di cui all'art. 8 della l. n. 23, 11 marzo 2014, induce a svolgere alcune riflessioni – *de lege ferenda* – alla luce della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in tema di diritto all'equo processo. Difatti, la Corte EDU si è recentemente (e ripetutamente) pronunciata in tema di divieto di cumulo fra procedimenti – e relative sanzioni – di natura penale, da un lato, e di natura amministrativa, dall'altro², e ciò ha fatto anche con espresso

* Ricercatore di Diritto tributario nell'Università degli Studi di Perugia.

¹ Il presente lavoro è dedicato al ricordo di Giovanni Dean.

² Cfr. Corte EDU, sentenza 27 settembre 2011, *Menarini c. Italia*; Corte EDU, sentenza 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*.

riferimento al cumulo tra sanzioni penali e sanzioni amministrative di tipo tributario³.

Più in particolare, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, nel ritenere in contrasto con il principio di *ne bis in idem* la celebrazione di due procedimenti, uno di natura penale e l'altro di natura amministrativa, sempreché entrambi abbiano per presupposto lo stesso fatto illecito, ha parimenti ritenuto che anche l'applicazione di sanzioni di tipo penale oltre che di tipo amministrativo tributario – quando queste ultime non abbiano una finalità solamente risarcitoria ma anche deterrente e punitiva – si appunti su di un *idem factum*, in guisa tale da costituire violazione del diritto a non essere giudicato o condannato due volte per lo stesso «reato», così come previsto dall'art. 4 del protocollo n. 7 del Trattato EDU⁴.

Il tema ha avuto una vasta eco anche nel nostro Paese, anzitutto per le ricadute sul diritto interno in relazione ai principi fondamentali che regolano il nostro sistema penale e, più da vicino, il rapporto fra illeciti penali ed amministrativi⁵, specialmente con riferimento al sistema tributario che, come noto, è presidiato da sanzioni sia di tipo amministrativo che penale, tra loro coordinate in base al principio di specialità⁶.

³ Cfr. Corte EDU, sentenza 20 maggio 2014, *Nykänen c. Finlandia*, n. 11828/11; Corte EDU, sentenza 27 novembre 2014, *Lucky Dev v. Svezia*; Corte EDU, sentenza 10 febbraio 2015, *Kiiveri v. Finlandia*.

Pertanto, con una pronuncia di poco precedente, anche la Corte di Giustizia si era già occupata del medesimo tema, sebbene con riferimento all'art. 50 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea. Cfr. Corte Giustizia UE, sentenza 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson*.

⁴ Oltre che come previsto dall'art. 50 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (c.d. «Carta di Nizza») e dall'art. 649 c.p.p.

⁵ Su cui C. ZACCONE - F. ROMANO, *Il concorso tra sanzioni penali e sanzioni amministrative: le fattispecie di cui agli artt. 185 e 187-ter, TUF alla luce di una recente sentenza della Corte di Strasburgo*, in *Riv. dir. trib.*, 2014, III, pp. 147 ss.; ASSONIME, Note e studi n. 1/2015, *Diritto all'equo processo e sanzioni delle autorità indipendenti: spunti di riflessione alla luce della giurisprudenza CEDU*.

⁶ Per un primo inquadramento, con particolare riferimento all'ambito tributario, si vedano, I. CARACCIOLI, *La progressiva assimilazione tra sanzioni penali e amministrative e l'inevitabile approdo al principio ne bis in idem*, in *Il fisco*, 2014, pp. 2374 ss.; C. SANTORIELLO, *Carta dei Diritti dell'Uomo e mancato pagamento*

Peraltro, sull'argomento, pare potersi rilevare una certa diversità di orientamenti. Da un lato la Corte di cassazione, secondo la quale il rapporto tra illecito penale e amministrativo (specie tributario) deve essere ricostruito in termini di progressione criminosa⁷; dall'altro si pone la dottrina, unanime nell'accogliere la ricostruzione sostanzialista della Corte EDU al fine della qualificazione della sanzione amministrativa come di tipo penale e, dunque, ben consapevole che la giurisprudenza della Corte EDU potrebbe aver messo su un binario morto ciò che invece viaggiava su di un doppio binario⁸.

Dunque, l'imminente attuazione della c.d. «delega fiscale» di cui alla l. n. 23, 11 marzo 2014 – che prevede appunto (anche) la revisione del sistema sanzionatorio in ambito tributario – merita certamente di essere esaminata alla luce della giurisprudenza internazionale sopra richiamata. Infine, è appena il caso di rilevare che, poco prima della presentazione da parte del Governo alle Camere dello schema di decreto legislativo, risulta rimessa alla Corte costituzionale la questione di legittimità per violazione dell'art. 117, co. 1, Cost., in relazione all'art. 4 del protocollo n. 7 della Convenzione EDU, dell'art. 649 c.p.p. in relazione all'art. 10-ter del

delle imposte in sede penale e amministrativa, ivi, 2014, pp. 1656, ss.; A. GIOVANNINI, *Il ne bis in idem per la Corte EDU e il sistema sanzionatorio tributario domestico*, in *Rass. trib.*, 2014, pp. 1164 ss.

⁷ Cfr. Cass., SS.UU., sentenze nn. 37424 e 37425 entrambe del 28 marzo 2013, sull'argomento si veda altresì Corte di cassazione, Ufficio del ruolo e del massimario, relazione n. 35/2014 dell'8 maggio 2014. Successiva, Cass., Sez. III pen., 15 maggio 2014, n. 20266. Per una critica a quest'ultimo arresto giurisprudenziale – nell'ottica oggetto del presente lavoro – si veda G. CESARI, *Illecito penale e tributario. Il principio del ne bis in idem alla luce della più recente giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e di Cassazione*, in *Riv. dir. trib.*, 2014, IV, pp. 86 ss.; al riguardo, in senso ugualmente critico, si veda altresì E. BOFFELLI, *Principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: considerazioni sul doppio binario sanzionatorio in materia tributaria*, in *Dir. prat. trib.*, 2014, II, pp. 1097 ss., ove ulteriori riferimenti alla giurisprudenza della Corte EDU.

⁸ Tra i tanti, il riferimento è a G. M. FLICK - V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? Materia penale, giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse*, in *Riv. AIC*, n. 3/2014, *passim*.

d. lgs. n. 10 marzo 2000, n. 74, nella parte in cui, quest'ultimo, non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui all'imputato sia già stata comminata, per il medesimo fatto nell'ambito amministrativo, una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della Convenzione EDU e dei relativi protocolli.

2. *L'impostazione di fondo dell'attuale sistema sanzionatorio tributario: dalla pregiudiziale tributaria al doppio binario.* – Nell'introdurre le presenti riflessioni pare opportuno richiamare brevemente i caratteri fondamentali del nostro sistema sanzionatorio in ambito tributario, anche alla luce del percorso evolutivo nel tempo seguito dall'ordinamento⁹.

In questo breve *excursus* sembra utile principiare dalla l. n. 4, 7 gennaio 1929, laddove l'art. 21, co. 4, subordinava il procedimento penale alla definitività dell'accertamento tributario e, quindi, finanche al relativo giudicato reso sull'eventuale impugnazione dell'atto di accertamento.

Il sistema ora descritto, poi recepito negli artt. 56, co. 3, del d.P.R. 29 settembre 1973 n. 600 e 58, co. 5, del d.P.R. n. 633/1972, rimase sostanzialmente in piedi fino a quando la Corte Costituzionale (con sentenze 27 aprile-12 maggio 1982 n. 88 e n. 89) dichiarò costituzionalmente illegittimi – per contrasto con i principi costituzionali del libero convincimento del giudice (*ex artt. 101 Cost.*) e dell'obbligatorietà dell'azione penale (*ex art. 112 Cost.*) – gli artt. 21, co. 4, l. n. 4/1929 e 58, ult. co., d.P.R. n. 633/1972, nella parte in cui prevedevano, rispettivamente, che l'accertamento dell'imposta e della relativa sovraimposta, divenuto definitivo in via amministrativa, facesse stato nei procedimenti penali per la cognizione dei reati previsti dalle leggi tributarie in materia di imposte dirette e che l'azione penale avesse corso dopo la definitività dell'accertamento

⁹ Sull'evoluzione storica della disciplina delle sanzioni tributarie si veda pure, R. MICELI, *Il sistema sanzionatorio tributario*, in AA.VV., cur. A. FANTOZZI, *Diritto tributario*, Torino, 2012, pp. 907 ss., ove riferimenti.

anche in ordine al reato di emissione di fatture per operazioni inesistenti, di cui al co. 4 dell'art. 50 del medesimo decreto¹⁰.

Peraltro, sotto il profilo dei rapporti tra procedimenti giudiziari, il codice di procedura penale del 1930 affermava la prevalenza del processo penale rispetto a quello tributario, giacché la pendenza di un procedimento penale comportava la sospensione necessaria del processo tributario avente ad oggetto i medesimi fatti materiali.

Come accennato, la declaratoria d'incostituzionalità delle norme che prevedevano la pregiudiziale tributaria diede luogo al varo della l. 7 agosto 1982 n. 516 (di conversione d.l. n. 429/1982) che, per parte sua, accolse la soluzione di sganciare gli illeciti penali dalle fattispecie di evasione. Insomma, nel quadro della l. n. 516/1982 (c.d. «legge sulle manette agli evasori») si scelse di far coincidere i reati prevalentemente con (semplici) condotte prodromiche rispetto all'evasione (es. violazioni dell'obbligo di fatturazione; ovvero dell'obbligo di corretta tenuta delle scritture contabili), in quanto ritenute adeguatamente rivelatrici dell'inosservanza degli obblighi strumentali a loro volta preordinati al corretto adempimento dell'obbligazione tributaria.

In quest'ottica la l. n. 516/1982 introdusse il principio del c.d. «doppio binario», secondo il quale il processo penale poteva avere inizio senza attendere il definitivo esito dell'accertamento dell'imposta evasa¹¹. Dall'altra parte pure il procedimento amministrativo – le cui sanzioni avevano funzione deterrente e repressiva in chiave di tutela del bene giuridico protetto costituito dal corretto adempimento dell'obbligazione tributaria – poteva avere inizio autonomamente rispetto a qualsivoglia procedimento penale eventualmente avviato.

In buona sostanza, il procedimento penale, così come il procedimento amministrativo, potevano originarsi e svolgersi sin dalla

¹⁰ Reato formale e di pericolo quest'ultimo, indipendente dal fatto concreto di evasione e punibile di per sé a titolo di dolo generico.

¹¹ Peraltro, sulla crisi del principio del doppio binario è ormai da tempo che si discute. Di recente, si veda F. PISTOLESI, *Crisi e prospettive del principio del doppio binario nei rapporti fra processo e procedimento tributario e giudizio penale*, in *Riv. dir. trib.*, 2014, I, pp. 29 ss.

constatazione dei fatti per essi rilevanti, in piena autonomia l'uno dall'altro.

Noti sono però i guasti – principalmente sul piano applicativo – che tale sistema determinò. Basti pensare alla criminalizzazione dei meri inadempimenti contabili di natura formale (i c.d. «reati bagatellari») che ingolfarono le procure, da un lato portando ad una depenalizzazione di prassi e, dall'altro, lasciando sostanzialmente impuniti i comportamenti realmente evasivi.

Il sistema penale tributario aveva così perso la sua caratteristica funzione deterrente, anche in ragione del fatto che la relativa sanzione, non più applicabile come *extrema ratio*, non risultava ancorata al principio di offensività.

A questo stato di cose cercò di rimediare la riforma penale tributaria attuata con il d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74. Al riguardo, il legislatore dispose l'abrogazione di un'ampia serie di reati prodromici, di mero ostacolo, precedentemente introdotti con la l. n. 516/1982 e, nel contempo, scelse di limitare la risposta repressiva di tipo penale a quei comportamenti ritenuti effettivamente pericolosi in termini di evasione (es. omessa o infedele dichiarazione tributaria con imposte dovute e, successivamente, omesso versamento di IVA, omesso versamento di ritenute certificate) e frode fiscale (es. dichiarazione fraudolenta). Naturalmente, anche al fine di restituire al sistema penale tributario la sua funzione di *extrema ratio* in ragione della sanzionabilità dei comportamenti realmente offensivi, il legislatore scelse di introdurre un sistema di soglie quantitative il cui superamento costituisce condizione di punibilità della maggior parte dei comportamenti da esso preveduti.

E' poi appena il caso di annotare che, nel frattempo, la disciplina dell'illecito amministrativo si era caratterizzata per una progressiva assimilazione a quella dell'illecito penale e ciò, proprio, per effetto dell'estensione al primo di buona parte delle categorie sostanziali del secondo, come invero risulta quanto mai evidente dall'intera sistemica del d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472 (basti pensare, ad esempio, ai principi di personalità, imputabilità e colpevolezza).¹²

¹² Cfr. CARACCIOLI, *La progressiva assimilazione tra sanzioni penali e amministrative e l'inevitabile approdo al principio* ne bis in idem, cit. p. 2378.

3. *Il rapporto tra sistema sanzionatorio penale e sistema sanzionatorio amministrativo tributario nel d.lgs. n. 74/2000.* – Come sopra ricordato, nel quadro di un sistema improntato al principio del doppio binario¹³, in base al quale *anche* al sistema sanzionatorio amministrativo tributario è assegnata una funzione deterrente e repressiva rispetto alle violazioni degli obblighi tributari, la criminalizzazione dei comportamenti evasivi, ben può portare ad un cumulo fra sanzioni penali e sanzioni amministrative tributarie¹⁴. Al riguardo, è appena il caso di rilevare che il suddetto cumulo di sanzioni di diversa natura, comminate in ragione di un medesimo fatto antiggiuridico, ha da tempo superato l'esame di costituzionalità¹⁵, quanto meno in una prospettiva meramente interna.

In ogni caso, nel quadro del riformato sistema sanzionatorio tributario il legislatore ha preferito espressamente disciplinare i rapporti tra sanzioni, anche al fine di evitare ipotesi di cumulo. Perciò, nell'ipotesi in cui uno stesso fatto (es. mancato versamento d'imposta oltre una certa soglia a seguito di dichiarazione tributaria infedele) risulti sussumibile alla stregua di una violazione avente rilevanza penale, oltre che amministrativa, il legislatore ha disposto che si applichi la sanzione speciale (cfr. art. 19 del d.lgs. n. 74/2000)¹⁶,

¹³ Che appunto espressamente esclude che il procedimento di accertamento tributario possa essere sospeso per la pendenza di un procedimento penale avente ad oggetto i medesimi fatti (cfr. art. 20 del d.lgs. n. 74/2000). Sull'autonomia tra giudizio tributario e giudizio penale si veda, di recente, Cass., sez. V, 10 gennaio - 27 febbraio 2013, n. 4924, con nota di G. CESARI, *Il divieto di sospensione del giudizio tributario per la pendenza di un processo penale avente ad oggetto i medesimi fatti*, in *Riv. dir. trib.*, 2014, II, pp. 133 ss. ove, peraltro, alcune aperture in direzione della circolabilità delle decisioni con indiretta rilevanza da un ambito processuale ad un altro.

¹⁴ Osserva che, da lungo tempo, l'illecito tributario è represso mediante due distinti apparati punitivi: un sistema delle sanzioni amministrative tributarie e un sistema delle sanzioni penali tributarie, E. MARELLO, *Evanescenza del principio di specialità e dissoluzione del doppio binario: le ragioni per una riforma del sistema punitivo penale tributario*, in *Riv. dir. trib.*, 2013, III, p. 270, ove riferimenti bibliografici.

¹⁵ Cfr. Corte cost., ord. n. 409 del 1991.

¹⁶ In tema si veda, senza pretesa di esaustività: A. GIOVANNINI, *Principio di specialità, illecito tributario e responsabilità dell'ente*, in *Riv. dir. trib.*, 2000, I, pp.

peraltro in chiave confermativa della regola generale di cui all'art. 9 della l. 24 novembre 1981, n. 689¹⁷.

Si noti poi che, sempre nella logica di evitare il cumulo di sanzioni (penali e amministrative), il successivo art. 21 del medesimo d.lgs. n. 74/2000 prevede espressamente che l'irrogazione delle sanzioni amministrative tributarie relativamente alle violazioni amministrative accertate, ove ritenute anche di rilevanza penale, non possa essere eseguita fino a quando il procedimento penale non sia definito¹⁸. In tal caso, qualora il procedimento penale dia luogo ad un provvedimento di archiviazione o ad una sentenza irrevocabile di assoluzione o di proscioglimento con formula che esclude la rilevanza penale del fatto, non potendosi più applicare il principio di specialità, la sanzione amministrativa tributaria – così come accertata nel corso del relativo procedimento amministrativo (che può dunque svolgersi contemporaneamente alla celebrazione di un procedimento penale avente ad oggetto gli stessi fatti materiali) – andrà prontamente eseguita¹⁹.

859 ss. e G. MARONGIU, *Le sanzioni amministrative tributarie dall'unità al doppio binario*, ivi, 2004, I, pp. 373 ss.; A. URICCHIO, *Il principio di specialità nella nuova disciplina dei reati tributari*, in *Boll. trib.*, 2001, pp. 575 ss.

¹⁷ Si noti però che il principio di specialità non deve essere inteso come una declinazione del principio che vieta il *bis in idem*. Per la relativa dimostrazione si veda GIOVANNINI, *Il ne bis in idem per la Corte EDU e il sistema sanzionatorio tributario domestico*, cit., pp. 1173 ss.

¹⁸ Si noti che si pone in conflitto con il principio del *ne bis in idem* in senso sostanziale non solo il cumulo tra sanzione amministrativa e sanzione penale ma, anche, la confisca, specie se per equivalente (quale misura sostanzialmente a carattere afflittivo), con riferimento ai reati tributari quando, per questi, sia già stata irrogata anche la sanzione amministrativa tributaria. Sul tema si veda A. GIOVANNINI, *Identità di oggetto dell'obbligazione d'imposta e della confisca nei reati di evasione*, in *Rass. trib.*, 2014, pp. 1255 ss. In questo caso si potrebbe addirittura ritenere che vi è un *tris in idem*. Si esprime infatti in termini di «vera e propria triplicazione della reazione afflittiva», GIOVANNINI, *Il ne bis in idem per la Corte EDU e il sistema sanzionatorio tributario domestico*, cit., p. 1172.

¹⁹ Su tali profili si veda anche A. Poddighe, *Il divieto di bis in idem tra procedimento penale e procedimento tributario secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: il caso Nykànen v. Finland e le possibili ripercussioni sul sistema repressivo tributario interno*, in *Riv. dir. trib.*, 2014, IV, pp. 104 ss.

4. *Il rapporto tra procedimento sanzionatorio penale e procedimento sanzionatorio amministrativo tributario nel d.lgs. n. 74/2000. Profili critici.* – Se dunque, in una dimensione statica, l'originario impianto di cui al d.lgs. n. 74/2000 pare tutto sommato adeguato ad escludere ogni ipotesi di *bis in idem* di tipo sostanziale, in una dimensione dinamica, non sempre pare garantito un analogo risultato.

Difatti, nel caso in cui il procedimento penale si chiuda – prima della chiusura del procedimento (ovvero del processo) tributario – con una pronuncia assolutoria, la prosecuzione del procedimento amministrativo, ovvero del processo tributario, finirebbe per porsi in evidente contrasto con il principio del *ne bis in idem*.

Analogamente, nell'ipotesi (tutt'altro che remota²⁰) in cui il procedimento penale abbia luogo dopo che il procedimento amministrativo tributario risulti definito (anche senza il conseguente pagamento, in via definitiva, della relativa sanzione amministrativa in ragione del disposto di cui all'art. 21 del d.lgs. n. 74/2000 predetto), del pari vi sarebbe un'evidente violazione del principio convenzionale in discorso. Difatti, nel caso appena accennato, non pare potersi escludere *a priori* la violazione del principio del *ne bis in idem* di tipo procedimentale allorquando il procedimento penale si celebri dopo che il procedimento amministrativo tributario abbia raggiunto la sua definizione, ancorché il procedimento amministrativo si sia tenuto (in ragione del disposto di cui all'art. 20 del d.lgs. n. 74/2000) – nella consapevolezza di una qualche rilevanza penale degli stessi fatti – nella logica cautelare e sussidiaria (di tutela delle ragioni erariali) che sta alla base della norma di cui all'art. 21 del medesimo d.lgs. n. 74/2000²¹.

Insomma, in base all'art. 4 del protocollo n. 7 al Trattato EDU, il contribuente, ove già interessato da un procedimento, avente ad

²⁰ Anche in ragione della tendenza dei contribuenti ad avvalersi dei c.d. «strumenti deflattivi del contenzioso tributario».

²¹ Si noti che, se sotto il profilo sostanziale, la sanzione amministrativa assume rilievo penale, allora anche il relativo procedimento applicativo – formalmente amministrativo – assume rilievo sostanzialmente di tipo penale (cfr., in particolare Corte EDU, sent. *Ozturk c. Repubblica federale tedesca*, 21 febbraio 1984).

oggetto un illecito di tipo (formalmente) amministrativo, ma sostanzialmente equiparato a quello di tipo penale in ragione dell'afflittività delle sanzioni che il medesimo procedimento è preordinato ad irrogare, non può pertanto essere nuovamente sottoposto a procedimento penale per gli stessi fatti che hanno già formato oggetto del precedente procedimento (amministrativo), purché definito. E ciò anche nel caso in cui, al termine del procedimento amministrativo, la sanzione non sia stata eseguita. Nella dimensione procedimentale ciò che rileva è, unicamente, l'intervenuta definizione del procedimento, a prescindere dal fatto che esso si sia concluso con esito favorevole o sfavorevole al contribuente e, come chiarito, anche a prescindere dal fatto che la relativa sanzione amministrativa sia stata o meno versata²². Secondo la Corte EDU il principio convenzionale in esame, infatti, mira proprio ad evitare che uno stesso soggetto sia sottoposto a più procedimenti per lo stesso fatto concreto (a prescindere dunque dalle diverse possibili qualificazioni giuridiche dello stesso fatto), sempreché uno dei procedimenti abbia nel frattempo già raggiunto la sua definitività²³. Di talché – onde evitare di incorrere nella violazione del principio in esame – il sistema, qualora preveda la celebrazione di due distinti procedimenti (cfr. art. 20 del d.lgs. n. 74/2000), dovrebbe comunque prevedere un meccanismo che imponga l'interruzione (immediata) del

²² Cfr. FLICK – NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? Materia penale, giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse*, cit., pp. 7 ss.; lad-dove si osserva che la qualificazione in senso sostanzialmente penale della sanzione amministrativa – così come data della giurisprudenza della Corte EDU – è preordinata ad un aumento delle garanzie, secondo una logica multilivello di protezione dei diritti fondamentali, che punta alla massima espansione delle tutele. Conseguentemente – secondo gli autori appena citati – restano ferme le conseguenze favorevoli che, in base all'ordinamento interno, derivano da detta qualificazione (stavolta in senso formale); di talché il mancato pagamento della sanzione pecuniaria (di tipo formalmente amministrativo) inflitta all'esito del relativo procedimento non potrà comunque implicare la sua conversione in misure incidenti sulla libertà personale al termine del successivo procedimento penale.

²³ Cfr. GIOVANNINI, *Il ne bis in idem per la Corte EDU e il sistema sanzionatorio tributario domestico*, cit., p. 1175.

secondo procedimento allorquando il primo (amministrativo o penale che sia), sia divenuto definitivo²⁴.

5. (Segue) *La sovrapposizione tra procedimenti (e tra sanzioni) nel caso di definizione amministrativa della pretesa tributaria nella prospettiva premiale di cui all'art. 13 del d.lgs. n. 74/2000.* – Ancora, altra ipotesi di possibile frizione tra normativa interna e principi convenzionali pare consistere nella fattispecie prevista dall'art. 13 del medesimo d.lgs. n. 74/2015.

Più in particolare, il co. 1 del predetto art. 13 dispone che le sanzioni penali sono diminuite fino ad un terzo e non si applicano le pene accessorie se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, i debiti tributari relativi ai fatti costitutivi dei relativi delitti sono stati estinti mediante pagamento, anche a seguito delle speciali procedure conciliative o di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie. A tale riguardo, il successivo co. 2 del predetto art. 13 dispone altresì che, al fine del riconoscimento della diminuzione della pena sopra richiamata, il pagamento dei debiti tributari deve riguardare (oltre alle imposte) anche le sanzioni amministrative previste per la violazione delle norme tributarie, sebbene non applicabili all'imputato in ragione del principio di specialità²⁵.

E' dunque innegabile che, in questo caso, vi è sia una sovrapposizione di procedimenti (l'uno tributario e l'altro penale) che una sovrapposizione di sanzioni (amministrativo-tributarie e penali)²⁶.

²⁴ Cfr. Corte EDU, sentenza 20 maggio 2014, *Nykänen c. Finlandia*, n. 11828/11.

²⁵ E peraltro il successivo co. 2-bis del medesimo art. 13 in parola subordina altresì l'accesso al giudizio di applicazione della pena su richiesta (art. 444 e segg. c.p.p.) alla ricorrenza della circostanza attenuante dell'estinzione dei debiti tributari a seguito di pagamento, anche attraverso le speciali procedure tributarie conciliative o di adesione. Al riguardo si veda anche GIOVANNINI, *Il ne bis in idem per la Corte EDU e il sistema sanzionatorio tributario domestico*, cit., p. 1171.

²⁶ Nel senso del testo S. DORIGO, *Il rapporto tra sanzione tributaria e sanzione penale secondo la Corte di Giustizia e i possibili effetti sull'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. trib.*, 2013, IV, p. 233; di diverso avviso, invece, I. CARACCIOLI,

Al riguardo, sotto il profilo del *ne bis in idem* procedimentale, irrilevante pare la circostanza che il procedimento tributario di tipo deflativo-premiale, previsto dalla norma in parola, sia volontariamente intrapreso dal contribuente al fine di una rapida definizione della pretesa in sede tributaria (e fors'anche nella prospettiva di ottenere un vantaggio in sede penale). Esso (il procedimento tributario) è comunque un *procedimento* (es. accertamento con adesione; conciliazione giudiziale, anche realizzata in udienza) che, una volta definito, dà luogo all'irrogazione di una sanzione tributaria che a sua volta – in base alla giurisprudenza della Corte EDU in principio richiamata – osta alla celebrazione di un successivo procedimento (giudiziario) di tipo penale.

In ogni caso, sotto il profilo del *ne bis in idem* sostanziale, facilmente riconoscibile risulta il cumulo delle sanzioni (amministrativo-tributarie e penali) inflitte per lo stesso fatto concreto, indipendentemente dalla circostanza che – a seguito della definizione in sede amministrativa attraverso uno dei vari istituti premiali – la misura della sanzione tributaria risulti obiettivamente modesta.

Difatti, in proposito, la giurisprudenza della Corte EDU²⁷ ha ritenuto irrilevante il fatto che la sanzione amministrativo-tributaria comminata fosse di ammontare tutto sommato contenuto (si trattava di una soprattassa per € 1.700,00). Ciò che rileva secondo la Corte è la portata punitiva della misura; se tale portata sussiste: risulta impedito avviare o proseguire un procedimento penale per la medesima violazione, anche quando il procedimento tributario si stato volontariamente intrapreso e definito dal contribuente allo scopo di ottenere una significativa diminuzione della sanzione stessa in sede tributaria.

Peraltro, sotto quest'ultimo profilo, se si riconosce che la logica delle garanzie previste dal Trattato EDU consiste nell'espandere quanto più possibile le tutele del singolo, ferme restando le tutele previste dall'ordinamento interno, dovrebbe essere parimenti irrilevante che il contribuente abbia scelto di definire, all'esito di un

Salvato a metà dai giudici europei il doppio binario tributario-penale, in *Corr. trib.*, 2013, pp. 1029 ss.

²⁷ Cfr. Corte EDU, sentenza 20 maggio 2014, *Nykänen c. Finlandia*.

apposito procedimento amministrativo, l'illecito tributario commesso attraverso il pagamento di una ridotta somma di danaro²⁸. E, in ogni caso, anche quando il contribuente non avesse scelto di definire l'illecito tributario attraverso uno dei vari strumenti premiali, egli – con tutta probabilità – avrebbe comunque dovuto affrontare un ordinario procedimento amministrativo, rispetto al quale la successiva celebrazione di un procedimento penale risulterebbe senza dubbio in contrasto con il principio in discorso.

In altre parole, la volontarietà del comportamento del contribuente nell'affrontare e definire prontamente in sede tributaria – attraverso uno dei numerosi istituti deflattivi del contenzioso (purché di natura procedimentale) – l'illecito dallo stesso a suo tempo commesso, non vale a privare del requisito della medesimezza lo stesso fatto illecito quando ritenuto rilevante per l'avvio di un procedimento penale al termine del quale eventualmente giungere a comminare la relativa sanzione. E comunque, quand'anche volesse oltre modo valorizzarsi il profilo della volontarietà alla base della scelta di definire l'illecito con un apposito *procedimento* amministrativo, escludendo così ogni medesimezza sotto il profilo procedimentale²⁹, viceversa, in una dimensione sostanziale, collocandosi la scelta del contribuente (circa l'avvio o meno di un procedimento amministrativo premiale) a valle rispetto alla commissione del fatto illecito, essa non pare capace di privare di medesimezza lo stesso fatto illecito, di talché il cumulo tra sanzione tributaria (ancorché ridotta in ragione del rito prescelto) e quella

²⁸ Diversa è l'ipotesi della definizione in sede amministrativa per semplice acquiescenza. In questo caso, pur rendendosi definitivo il provvedimento (e la relativa sanzione amministrativa), è innegabile che il trasgressore ha scelto di non esperire alcun tentativo d'impugnazione del provvedimento avanti le autorità competenti, di talché non vi è violazione del *ne bis in idem*. Cfr. Corte EDU, sent. 20 maggio 2014, *Hakka c. Finlandia*, n. 758/11.

²⁹ Esito questo (l'esclusione della medesimezza sotto il profilo procedimentale) che, a tutta prima, parrebbe verificarsi nel caso di definizione dell'illecito direttamente ed esclusivamente ad opera del contribuente, ad esempio per il tramite dell'istituto del ravvedimento operoso (anche nella sua modalità c.d. «lunga», così come recentemente voluta dal legislatore).

penale è sicuramente tale da porsi in contrasto con la giurisprudenza della Corte.

6. *Ipotesi di bis in idem conseguenti all'interpretazione giurisprudenziale.* – Fin qui l'esame di possibili casi di *bis in idem*, sia di tipo sostanziale che di tipo procedimentale, conseguenti a difetti di coordinamento della normativa.

A bene vedere, però, la casistica delle possibili criticità sembra arricchirsi in considerazione di alcune soluzioni interpretative da tempo accolte in giurisprudenza. Ci si riferisce, in particolare, all'indirizzo giurisprudenziale, consolidato, in base al quale il principio di specialità non troverebbe applicazione nell'ipotesi di omesso versamento di ritenute quando la medesima condotta assuma rilevanza anche penale; come pure nel caso di omesso versamento dell'IVA quando, parimenti, la relativa condotta risulti meritevole di sanzione criminale³⁰.

In particolare, secondo la giurisprudenza di legittimità, nel caso di omesso versamento di ritenute certificate, la fattispecie penale – che presuppone il superamento della soglia quantitativa di € 50.000,00 (cfr. art. 10-*bis*, d.lgs. n. 74/2000) – si pone non già in rapporto di specialità rispetto alla omologa norma tributaria (cfr. art. 13, co. 1, d.lgs. 8 dicembre 1997, n. 471), bensì (in rapporto) di progressione illecita, con la conseguenza che al trasgressore

³⁰ E' invece recente l'orientamento della Suprema Corte in tema di legittimità del cumulo di sanzioni (amministrative e penali) per omesso versamento delle ritenute previdenziali (cfr. Cass. sent. 31738 del 20 luglio 2015) secondo cui, appunto, la sanzione amministrativa di cui all'art. 116 della legge n. 388/2000 ha natura di penalità civilistica e non afflittiva, in guisa tale da non sovrapporsi rispetto alla sanzione penale di cui alla legge n. 683/1983. Più in particolare, secondo la Corte, la medesimezza dell'avvenimento storico (mancato versamento delle ritenute previdenziali nei termini), in assenza di un'analogia medesimezza circa i tratti caratteristici delle diverse fattispecie sanzionatorie, esclude qualsivoglia conflitto con il principio convenzionale del *ne bis in idem*.

andrebbero applicate entrambe le sanzioni (sia quella amministrativa che quella penale)³¹.

Eguualmente, nel caso di omesso versamento dell'IVA, dovuta in base alla dichiarazione annuale, entro il termine per il versamento dell'acconto relativo al periodo di imposta successivo (e sempreché siano state superate le soglie rilevanti in base al predetto art. 10-ter del d.lgs. n. 74/2000³²), per la Corte di cassazione la norma penale si porrebbe in rapporto di progressione criminosa rispetto all'omologa norma sanzionatoria tributaria di cui al predetto art. 13, co. 1, d.lgs. 8 dicembre 1997, n. 471, con il che, al trasgressore, andrebbero applicate entrambe le sanzioni³³.

Insomma, secondo la giurisprudenza citata, pur avendo le due fattispecie sanzionatorie un comune nucleo di presupposti e di condotta, esse finiscono poi per differenziarsi in guisa tale che la norma penale conterrebbe quella tributaria, arricchendola di elementi non riconducibili al paradigma della specialità in quanto questi si collocano temporalmente in un momento successivo al compimento dell'illecito amministrativo. In questa logica, in particolare, l'illecito amministrativo si consumerebbe semplicemente con l'omesso versamento del tributo alle rispettive scadenze; diversamente, il reato si perfezionerebbe con il mancato pagamento del tributo – in misura superiore a quella prevista dalla soglia di punibilità – alla scadenza del termine per la presentazione della dichiarazione annuale (nel caso di cui all'art. 10-bis), ovvero alla scadenza del termine per il pagamento dell'acconto relativo al periodo d'imposta successivo a quello del mancato versamento (nel caso di cui all'art. 10-ter). Di talché – sempre secondo la giurisprudenza di legittimità – essendo le due

³¹ Cfr., per tutte: Cass., SS. UU., n. 37425, del 28 marzo 2013, Favellato, Rv 255759.

³² Cfr. Corte cost., sent., 8 aprile 2014, n. 80 (in G.U. n. 17 del 16 aprile 2014), con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale, in relazione all'art. 3 Cost., dell'art. 10-ter del d. lgs. n. 74/2000, nella parte in cui – con riferimento ai fatti commessi sino al 17.09.2011 – punisce l'omesso versamento dell'IVA (dovuta in base alla dichiarazione presentata) per importi non superiori – per ciascun periodo d'imposta – ad euro 103.291,38 (ciò al fine di evitare la disparità di trattamento rispetto alla condotta di omessa presentazione di dichiarazione).

³³ Cfr. Cass., SS. UU., n. 37424, del 28 marzo 2013, Romano, Rv 255757.

norme sanzionatorie *formalmente* diverse, esse non rientrerebbero nel campo di applicazione del principio che vieta il *bis in idem*.

Tuttavia – come già osservato – la posizione della Cassazione pare non immune da critiche se si considera che la realizzazione della fattispecie illecita maggiore (quella penale) corrisponde comunque ad uno stadio crescente di offesa al medesimo interesse protetto e, di per sé, implica necessariamente il passaggio attraverso l'illecito minore (quello tributario) che, dunque, dovrebbe rimanere assorbito da quello maggiore proprio in ragione dei postulati della progressione illecita³⁴.

E in ogni caso, pur non negandosi che rientra certamente nella discrezionalità del legislatore nazionale prevedere per le medesime condotte una combinazione di sanzioni, amministrative e penali – ciò al fine di assicurare la riscossione delle entrate tributarie e, per quanto riguarda l'IVA, anche per meglio tutelare gli interessi finanziari dell'U.E.³⁵ –, occorre però verificare se, alla stregua della giurisprudenza della Corte EDU³⁶, la sanzione amministrativa non abbia, sostanzialmente, natura penale.

In tale ipotesi, se cioè fosse verificata la medesimezza delle sanzioni, si avrebbe un conflitto con il principio del *ne bis in idem*, quanto meno sotto il profilo sostanziale; e ciò proprio in ragione dell'interpretazione della Corte di cassazione che – in quanto favorevole al cumulo fra le due sanzioni – esclude il principio di specialità che invece, se operante, avrebbe potuto comporre il conflitto di cui sopra.

Ed infatti, recentemente, il Tribunale di Bologna, con ordinanza in data 21 aprile 2015, ha rimesso alla Corte costituzionale la questione, per violazione dell'art. 117, co. 1, Cost, in relazione all'art. 4 del protocollo n. 7 del Trattato EDU, dell'art. 649 c.p.p. in relazione

³⁴ G. M. FLICK - V. NAPOLEONI, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, in *Rass. trib.*, 2014, pp. 958 ss. del dattiloscritto. Analogamente G. VINCIGUERRA, *Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte EDU*, in *Dir. prat. trib.*, 2015, II, pp. 348 ss.

³⁵ Cfr. Corte Giust. U.E., sent., *Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson* del 26 febbraio 2013, su cui DORIGO, *Il rapporto tra sanzione tributaria e sanzione penale secondo la Corte di Giustizia e i possibili effetti sull'ordinamento italiano*, cit., pp. 204 ss.

³⁶ Cfr. Corte EDU, sent. 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*.

all'art. 10-ter del d.lgs. n. 74/2000, nella parte in cui non preveda l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui all'imputato sia già stata comminata, per il medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo, una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi del medesimo Trattato EDU e dei relativi protocolli³⁷.

7. (Segue) *L'ordinanza 21 aprile 2015 del Tribunale di Bologna.*

– Ebbene – nel rimettere la questione avanti alla Consulta – il Tribunale di Bologna fa appunto leva sul diritto vivente (così come questo risulta secondo l'interpretazione delle relative norme sanzionatorie datane dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione), in base al quale non sussisterebbe alcun rapporto di specialità ma, piuttosto, di progressione criminosa. Successivamente, lo stesso Tribunale assume le due norme sanzionatorie (quella amministrativa e quella penale), al di là della loro qualificazione formale, in senso sostanziale, in base cioè al loro carattere punitivo-afflittivo, come peraltro richiesto dalla consolidata giurisprudenza della Corte EDU sopra richiamata³⁸.

Conseguentemente secondo il giudice rimettente (che a sua volta si richiama alla giurisprudenza della Corte EDU), consistendo in un *idem factum* le condotte previste dalle due norme sanzionatorie³⁹, giacché esse costituiscono entrambe un insieme di circostanze fattuali che coinvolgono lo stesso imputato e che sono avvinte nel tempo e nello stesso spazio, i due procedimenti (uno consecutivo all'altro)

³⁷ E' appena il caso di rilevare che anche la Cassazione, con ordinanza in data 10 novembre 2014, ha sollevato analoga questione di costituzionalità, seppur in via subordinata. Cfr. Cass., sez. V, pen., ord. 10 novembre 2014, n. 3333.

³⁸ Per tutti: Corte EDU, *Engel v. Paesi Bassi*, sent. 8 giugno 1976; Analoghe considerazioni, sotto il profilo del metodo, risultano espresse, nella nostra giurisprudenza costituzionale, da Corte cost., n. 196/2010. Nel suo argomentare il Tribunale di Bologna richiama poi le successive sentenze della Corte EDU 20 maggio 2014, *Nykänen c. Finlandia* e 27 novembre 2014, *Lucky Dev v. Svezia*.

³⁹ Anche sotto il profilo naturalistico il fatto è il medesimo, come medesimo, peraltro, è il bene giuridico protetto dalle rispettive norme.

scaturenti dagli stessi fatti finiscono per violare il *ne bis in idem*, sia sotto il profilo procedimentale che sotto quello sostanziale⁴⁰.

Più in particolare – sempre secondo il Tribunale di Bologna – proprio la previsione del doppio binario procedimentale, pur non ostando l'art. 4 del protocollo 7 del Trattato EDU alla contemporanea apertura e celebrazione di due procedimenti paralleli per lo stesso fatto, si pone invece in contrasto con il principio espresso dal medesimo art. 4 del protocollo 7 – ritenuta norma interposta rilevante ex art. 117, co. 1, Cost.⁴¹ – laddove, nel diritto interno, non sia previsto che uno dei due procedimenti venga interrotto nel momento in cui l'altro sia divenuto definitivo.

Analogamente, in una dimensione sostanziale, alla luce della natura effettiva della violazione prevista dalla norma amministrativa tributaria (art. 13, d.lgs. n. 471/1997), nonché della finalità repressiva della relativa sanzione, la successiva condanna in sede penale (rispetto alla definitività della sanzione amministrativa) porterebbe – secondo i giudici rimettenti – ad una violazione del *ne bis in idem* sostanziale e, quindi, dell'art. 4 del protocollo 7 più volte citato⁴². Insomma, le due sanzioni verrebbero comminate in relazione allo stesso periodo e allo stesso comportamento per fatti identici (*rectius*: per il medesimo fatto), a nulla rilevando – al fine di differenziare il fatto nella sua concretezza – né la mera previsione di una soglia di punibilità in sede penale, né la previsione di un diverso termine di scadenza per il verificarsi dell'illecito penale.

⁴⁰ Cfr. Trib. Pen Bologna, 21 aprile 2015, in *Boll. trib.*, 2015, p. 1008, ss., con nota di V. AZZONI, *Il sistema del doppio binario (amministrativo e penale) nel regime sanzionatorio tributario: è tutto l'edificio che sta scricchiolando?*, *ibidem*, pp. 1032 ss.

⁴¹ In questo senso la Corte cost., con le note sentenze gemelle n. 348 e 349 del 2007, ha affermato che le disposizioni della Convenzione EDU, nell'interpretazione che ad esse attribuisce la Corte di Strasburgo, integrando uno degli obblighi internazionali cui il precetto costituzionale si riferisce, possono assumere il rango di fonte integrativa del parametro di costituzionalità, di cui all'art. 117, co. 1, Cost., determinando così l'incostituzionalità della legge ordinaria con essa contrastante. Più recentemente, si veda altresì Corte cost., sent. n. 210/2013.

⁴² In tal senso già SANTORIELLO, *Carta dei Diritti dell'Uomo e mancato pagamento delle imposte in sede penale e amministrativa*, cit., p. 1662.

Pertanto, a scongiurare l'incompatibilità del regime del doppio binario di cui sopra con la normativa convenzionale più volte richiamata, non può che invocarsi – secondo il Tribunale di Bologna – un intervento manipolativo da parte della Corte costituzionale, appunto volto a rimuovere gli effetti pregiudizievoli derivanti dall'applicazione dell'art. 649 c.p.p. laddove esso, attualmente, non prevede il divieto di un secondo giudizio nel caso in cui all'imputato sia già stata comminata – in via definitiva – una sanzione amministrativa alla quale debba riconoscersi natura (sostanzialmente) penale ai sensi della normativa e della giurisprudenza convenzionale.

8. (*Segue*) *La sentenza 7 maggio 2015 del Tribunale di Asti.* – Sullo stesso solco tracciato dal Tribunale di Bologna sembra porsi anche il Tribunale di Asti solo che esso (in riferimento ad un'analoga fattispecie di omesso versamento dell'IVA), con sentenza in data 7 maggio 2015, nell'affermare la prevalenza dell'*idem factum* sull'*idem legale*, e dunque nel rilevare il conflitto con l'art. 4 del protocollo 7 al Trattato EDU, si spinge fino a ritenere non sussistente alcun ostacolo ad un'applicazione diretta dell'art. 649 c.p.p. al di là dei limiti apparentemente segnati dal suo tenore letterale⁴³.

Più in particolare – secondo i giudici astigiani – ancorché l'art. 649 c.p.p. preveda per il giudice l'obbligo di pronunciare sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere soltanto nel caso in cui l'imputato sia stato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili (e dunque – secondo quanto comunemente si riconosce – in presenza di un provvedimento irrevocabile pronunciato dal giudice penale italiano), ciò non impedisce di considerare – in base ad un procedimento di integrazione per via analogica – l'ipotesi di un provvedimento afferente alla *matière*

⁴³ Peraltro, secondo la giurisprudenza ora citata l'applicabilità diretta dell'art. 649 c.p.p. potrebbe risultare altresì giustificata, a sua volta, dall'immediata applicabilità dell'art. 50 Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE) che, come noto, è norma di diritto primario dell'Unione (art. 6 § 3 TUE) e, pertanto, sarebbe perfettamente idonea a produrre effetti diretti negli ordinamenti degli Stati membri, con carattere di primazia rispetto ad eventuali norme nazionali contrastanti.

pénale secondo i criteri Engel, quantunque esso risulti formalmente qualificato come amministrativo ai sensi del sistema normativo italiano.

In altri termini, attraverso il ricorso ad un'interpretazione convenzionalmente orientata (*rectius*: attraverso il ricorso all'analogia⁴⁴), sarebbe consentito provvedere all'autointegrazione dell'ordine giuridico al fine dell'eliminazione delle inevitabili lacune che, come nel caso dell'art. 649 c.p.p., sembrano impedire il dispiegarsi di un principio (quello del *ne bis in idem*) di portata generale, dunque riferibile ad ogni ramo del diritto, sostanziale e processuale, che è anche parte integrante della generalità degli ordinamenti giuridici, tra cui il Trattato EDU nel quale, appunto, esso riveste il rango di diritto fondamentale dell'individuo⁴⁵.

9. *La c.d. «delega fiscale»*. – Dunque, in attesa che la Corte costituzionale si pronunci sulla questione sollevata dal Tribunale di Bologna, è fuor di dubbio che il principio del *ne bis in idem* risulta comunque in grado di mettere in discussione, fin da subito⁴⁶, non solo il cumulo delle sanzioni (amministrative e penali) che talvolta possono appuntarsi sul medesimo fatto ma, anche, il doppio binario costituito da procedimenti diversi (amministrativi e penali) originati anch'essi da un *idem factum*. E' perciò utile riflettere se, nel quadro della delega fiscale di cui alla l. n. 23/2014, non vi siano già le premesse per apportare – fin da ora – le necessarie correzioni volte ad assicurare, da un lato, il rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo e, dall'altro, ad evitare i vuoti normativi conseguenti alla inapplicabilità di determinate misure sanzionatorie.

⁴⁴ Dagli stessi giudici astigiani ritenuta sempre ammessa ove non espressamente vietata dagli artt. 12 e 14 delle preleggi.

⁴⁵ Interessante notare che, secondo la nostra giurisprudenza di legittimità, il principio del *ne bis in idem* è da tempo ritenuto rivestire il carattere di principio generale dell'ordinamento, come tale rilevante quale criterio di interpretazione logico-sistematica. Cfr. Cass., SS.UU. 28 giugno 2005, n. 34655.

⁴⁶ Basti pensare a quanto deciso in merito dal Tribunale di Asti, su cui al paragrafo precedente.

A tale riguardo è noto che l'art. 8 della predetta legge delega n. 23/2015 prevede la revisione del sistema sanzionatorio penale tributario – come pare – limitando la sanzione criminale ai fatti delittuosi connotati da comportamenti fraudolenti, simulatori, o finalizzati alla creazione e all'utilizzo di documentazione falsa. Come osservato, tale formula dovrebbe preludere all'espulsione dal perimetro di rilevanza penalistica di quei fatti (attualmente descritti nell'art. 4, d.lgs. n. 74/2000) che risultano privi dei connotati oggettivi di frode di cui sopra (è il caso, ad esempio, del nudo mendacio reso in sede di dichiarazione)⁴⁷. Senonché un simile esito pare tutt'altro che scontato se si osserva che lo stesso co. 1 dell'art. 8 appena ricordato delega altresì il Governo a prevedere: i) l'efficacia attenuante o esimente dell'adesione alle forme di comunicazione e di cooperazione rafforzata di cui all'articolo 6, co. 1, della stessa legge delega; ii) la revisione del regime della dichiarazione infedele e del sistema sanzionatorio amministrativo al fine di meglio correlare, nel rispetto del principio di proporzionalità, le sanzioni all'effettiva gravità dei comportamenti; iii) *la possibilità di ridurre le sanzioni (penali) per le fattispecie meno gravi o di applicare sanzioni amministrative anziché penali*, tenuto anche conto di adeguate soglie di punibilità⁴⁸.

Di certo il contenuto della delega – sotto il profilo ora accennato – non è perfettamente determinato o forse, più benevolmente, lascia ampio spazio al legislatore delegato. In questo senso l'esito finale dell'intervento – come pure osservato – potrebbe consistere in un semplice innalzamento delle soglie di punibilità, ovvero in un più incisivo riassetto della fattispecie tale da escludere la rilevanza di profili di tipo valutativo⁴⁹.

In ogni caso, con riferimento alla dimensione in senso sostanziale del principio del *ne bis in idem*, la legge delega n. 23/2014 sembra comunque astrattamente consentire – quanto meno con

⁴⁷ FLICK - NAPOLEONI, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, cit., pp. 952 ss.

⁴⁸ E di ciò pare essere consapevole l'autorevole dottrina citata alla nota che precede che, infatti, dubita dell'*abolitio* del delitto di dichiarazione infedele.

⁴⁹ FLICK - NAPOLEONI, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem*, cit.

riferimento alle ipotesi delittuose meno gravi – l’eliminazione della doppia sanzione (*rectius*: della sanzione penale). Diversamente, in una prospettiva attenta alla dimensione procedimentale, la delega non si esprime. Di talché, sotto questo particolare profilo, qualche criticità potrebbe comunque verificarsi in tutti quei casi in cui il procedimento penale (da intendersi quest’ultimo – come si vedrà meglio in seguito – in senso ampio) fosse comunque avviato, ad esempio anche solo al fine di accertare il superamento delle eventuali soglie di punibilità. In buona sostanza, in questo caso, potrebbe verificarsi un *bis in idem* processuale pur non verificandosi un *bis in idem* sostanziale.

10. *Lo schema di decreto legislativo di attuazione della delega. Il profilo sostanziale.* – E’ finalmente tempo di prendere in esame lo schema di decreto legislativo recentemente predisposto, in tema di revisione del sistema sanzionatorio tributario⁵⁰, allo scopo di verificare come esso si pone con riferimento al tema oggetto delle presenti considerazioni. Ma, prima di entrare *in medias res*, è appena il caso di osservare che la relazione illustrativa al predetto schema di decreto premette che l’intervento in materia di sanzioni è necessario allo scopo di rafforzare la competitività del Paese a livello internazionale. E in particolare, nel perseguimento dello scopo ora richiamato, si chiarisce che un ruolo centrale è rivestito dalla stabilità del quadro giuridico di riferimento che, a sua volta, è declinabile anche attraverso: i) la predeterminazione delle condotte illecite; ii) la certezza della misura sanzionatoria; iii) la rapidità dei tempi di irrogazione della sanzione; iv) la percezione della pena come risposta adeguata, proporzionata, non vessatoria né di carattere espropriativo. Inoltre, con particolare riferimento ai principi di predeterminazione, proporzionalità e adeguatezza della risposta punitiva, la relazione illustrativa non manca di chiarire che è interesse anche dello Stato che le sanzioni non siano percepite dal destinatario – potenziale investitore nazionale o straniero – come sproporzionate e disincentivanti di nuove

⁵⁰ Ci si riferisce al testo approvato dal Consiglio dei ministri del 26 giugno 2015, Atto Governo n. 183, poi trasmesso alle Camere per i relativi pareri da parte delle Commissioni parlamentari competenti.

possibili scelte d'investimento. In quest'ottica – lo rileviamo subito – un'attenzione particolare avrebbe meritato la verifica di compatibilità del riformato sistema sanzionatorio rispetto ai principi comunitari ed internazionali, così come questi risultano innervati ad opera della giurisprudenza della Corte di Giustizia e, per quanto in questa sede più interessa, da parte della Corte EDU⁵¹.

Dunque, se pure è da salutare con favore la limitazione della risposta penale ai comportamenti più gravi⁵², appare viceversa criticabile la scelta di aver mantenuto (anche solo relativamente alle ipotesi connotate da maggior disvalore) la possibilità di irrogare la sanzione amministrativa e quella penale, quanto meno in tutti quei casi in cui il ricordato principio di specialità non trovi applicazione (e ciò anche ad opera della giurisprudenza), dando così luogo ad un *bis in idem* in contrasto con la Convenzione EDU. In altre parole, come pure ammesso dall'estensore della stessa relazione illustrativa, l'impianto generale del d.lgs. n. 74/2000, in quanto oggetto di mera revisione, non è stato fatto oggetto di «riforma», di talché il legislatore delegato ha finito per muoversi all'interno delle coordinate di fondo del sistema vigente. E anche ciò spiega perché – come meglio si vedrà più oltre – la gran parte delle aporie in precedenza rilevate sembrano permanere anche nel nuovo assetto.

Conseguentemente, per quanto attiene ai fatti privi del connotato *lato sensu* frodatorio sopra richiamato, il legislatore – conformemente alla previsione di cui all'art. 8 della legge delega – ha operato un intervento di segno tendenzialmente mitigatore, riducendo così le sanzioni penali per le fattispecie meno gravi ed applicando

⁵¹ E ciò è tanto più vero se si osserva che la medesima relazione illustrativa riconosce che l'art. 8 della legge delega è finalizzato, da un lato, ad articolare meglio i rapporti tra sistema sanzionatorio penale e sistema sanzionatorio amministrativo regolati, come già osservato, dal principio di specialità e, dall'altro, a ridurre l'area d'intervento della sanzione penale, limitandola ai soli casi di particolare disvalore giuridico, oltre che etico e sociale, identificati, in particolare, nei comportamenti artificiali, fraudolenti e simulatori.

⁵² Da intendersi come tali, sia sotto il profilo qualitativo (es. frodolenza), sia sotto il profilo quantitativo (superamento di determinate soglie, peraltro più elevate rispetto all'attuale assetto).

sanzioni amministrative, anziché penali, nel caso di violazioni entro una determinata soglia.

A tal proposito, il testo dello schema di decreto riferito all'art. 10-*bis* del d.lgs. n. 74/2000 in materia di omesso versamento di ritenute certificate⁵³, innalza la soglia per la punibilità in sede penale – ferma restando la sanzionabilità in sede amministrativa – ad euro centocinquantamila. Analogamente, il testo del medesimo schema di decreto riferito all'art. 10-*ter* del d.lgs. n. 74/2000, in materia di omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto, innalza la soglia per la punibilità in sede penale – ferma anche in questo caso la sanzionabilità in sede amministrativa – ad euro duecentocinquantamila.

Ne consegue che, anche in un'ottica *de lege ferenda*, specie in ragione della posizione della giurisprudenza di legittimità riguardo alla teoria della progressione criminosa (in caso di violazione sopra soglia), potrebbe sussistere la possibilità che l'autore dell'illecito sia fatto oggetto delle due sanzioni (amministrativa e penale) previste, ognuna, al verificarsi dello stesso fatto (omesso versamento)⁵⁴.

Peraltro, va in ogni caso osservato che l'art. 11 dello schema di decreto legislativo in parola prevede l'integrale riscrittura (in senso più favorevole al contribuente) dell'art. 13 del d.lgs. n. 74/2000 su cui ci si è intrattenuti in precedenza. Al riguardo, il co. 1 dell'art. 13 in parola, prevede – in luogo della circostanza attenuante attualmente prevista – un'espressa causa di non punibilità per i reati di cui agli artt. 10-*bis*, 10-*ter* e 10-*quater* (in quest'ultimo caso limitatamente co. 1) del medesimo d.lgs. n. 74 allorquando – prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado – i debiti tributari, comprese le sanzioni e gli interessi, siano stati estinti mediante integrale pagamento del dovuto, anche a seguito delle speciali procedure

⁵³ Così come a loro volta determinate sulla base della dichiarazione tributaria presentata, ovvero sulla base delle certificazioni rilasciate ai sostituiti.

⁵⁴ Considerazioni analoghe a quelle ora svolte pare possano essere fatte anche con riferimento al nuovo testo dell'art. 10-*quater*, d.lgs. n. 74/2000, in materia di indebita compensazione, punita con la reclusione al superamento della soglia di cinquantamila euro, quanto meno limitatamente all'ipotesi disciplinata al co. 1 che, a differenza dell'ipotesi prevista al co. successivo, sembra prescindere dal requisito della frodolenzza.

conciliative e di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie, ivi compreso il ravvedimento operoso⁵⁵.

La scelta di politica criminale sottesa alla causa di non punibilità ora illustrata pare quindi orientata a mandare esente da sanzione penale il contribuente, autore della relativa violazione, che abbia nel frattempo definito la sua posizione con il fisco, anche con riguardo al pagamento delle relative sanzioni amministrative; e pure quando ciò egli abbia fatto non spontaneamente, ma al solo scopo di vedersi riconosciuta la causa di non punibilità. In altre parole, per i reati contemplati nel perimetro del nuovo art. 13, l'eliminazione – da parte del contribuente – degli esiti della propria condotta nei confronti dell'erario prima dell'avvio del processo penale di primo grado finisce per giustificare la rimozione della rilevanza criminale della medesima condotta evasiva⁵⁶. Va però subito rilevato che tale favorevole esito non si determina nel caso in cui il contribuente non riesca a definire la sua pendenza con l'erario prima dello spirare del fissato termine (eventualmente prorogato per non oltre sei mesi complessivi) per l'avvio del dibattimento avanti al giudice di *prime cure*. Ed ancora, se pure si comprende che il legislatore delegato ha inteso accelerare la definizione dell'esposizione tributaria in sede amministrativa, scoraggiando così il ricorso alla rateazione, ciò potrebbe comunque dar luogo a dei dubbi di compatibilità costituzionale qualora il contribuente, non disponendo dei mezzi necessari per definire – senza rateazione – la propria esposizione, sia costretto a dilazionare i relativi

⁵⁵ Orbene, se da un lato la specificazione che la causa di non punibilità si determina anche in caso di ravvedimento operoso che – come già visto in precedenza – non sembra costituire un procedimento amministrativo tale da impedire la celebrazione del successivo processo penale, dall'altro, laddove tale specificazione lascia chiaramente intendere che le «speciali procedure conciliative e di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie» sono altra cosa rispetto ravvedimento operoso, in relazione a tali speciali procedure, nei termini di cui appresso, sembra determinarsi un conflitto rispetto al principio del *ne bis in idem*.

⁵⁶ Interessante notare poi che il successivo co. 3 dell'art. 13 in esame prevede che, qualora prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado il debito tributario sia in fase di estinzione mediante rateizzazione, è dato un termine di tre mesi (dal giudice prorogabile una sola volta) per il pagamento del debito residuo. In tal caso la prescrizione è sospesa.

pagamenti sino a travalicare il termine posto dal nuovo testo dell'art. 13 per l'operare della causa di non punibilità. Tutto ciò sta a significare che una definizione della pendenza, in sede tributaria, intervenuta fuori termine, non consente il verificarsi della causa di non punibilità e, quindi, determina un *bis in idem* sostanziale⁵⁷.

11. (*Segue*) *Il profilo processuale*. – Considerazioni in buona parte diverse da quelle ora svolte (ancorché ugualmente critiche) sembrano doversi fare con riferimento alla dimensione processuale del divieto di *bis in idem*, nonostante che la causa di non punibilità in sede penale, per effetto dell'intervenuta definizione della pendenza tributaria in sede amministrativa prima dell'avvio del dibattimento di primo grado, dovrebbe assicurare che il processo penale (formalmente inteso) non possa, di fatto, nemmeno aprirsi, se non per interrompersi subito dopo, all'esito della constatazione dell'intervenuto verificarsi di una causa di non punibilità.

Invero, ciò che rileva in proposito è l'ampiezza della nozione di processo (*rectius*: procedimento) penale o, se si preferisce, la nozione di esso in senso sostanziale. A tal fine, è appena il caso di domandarsi se nella nozione di procedimento penale si debba computare anche la

⁵⁷ Che peraltro sussiste comunque quando il procedimento amministrativo non si sia estinto mediante l'integrale pagamento delle sanzioni dovute.

Ancora, il *bis in idem sostanziale* si verifica anche nell'ipotesi di cui all'art. 12 dello schema in esame. Questo, laddove introduce il nuovo testo dell'art. 13-bis del d.lgs. n. 74/2000, prevede infatti che, fuori dai casi di non punibilità, le sanzioni criminali siano diminuite fino alla metà (senza comunque l'applicazione delle pene accessorie) se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, i debiti tributari, comprese sanzioni amministrative e interessi, siano estinti mediante integrale pagamento degli importi dovuti, anche a seguito delle speciali procedure conciliative e di adesione previste dalle norme tributarie.

Al riguardo, lo stesso Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, nelle proprie osservazioni e proposte di modifica al predetto schema di decreto legislativo presentate in data 27 luglio 2015 (p. 2 del dattiloscritto), osserva come il cumulo fra sanzione penale e amministrativa, oltre a violare il principio di specialità, mette seriamente a rischio l'intero sistema sanzionatorio nazionale in quanto censurabile sotto il profilo della violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale.

fase delle indagini preliminari o, quanto meno, una sua parte. In altre parole, ci si domanda se debba considerarsi anche il periodo a far tempo dal momento in cui la parte abbia assunto la qualità (formale) di imputato (cioè dal momento in cui sia stata formulata, nei suoi confronti, l'accusa di aver commesso un reato), ovvero il periodo dal momento in cui l'indagato abbia avuto legale conoscenza della chiusura delle indagini preliminari (cfr. art. 2, co. 2-*bis*, l. 24 marzo 2001, n. 89⁵⁸) o, ancora, dal momento in cui l'indagato, in seguito ad un atto dell'autorità giudiziaria, abbia avuto comunque la (sostanziale) conoscenza del procedimento penale a suo carico⁵⁹.

Ora, per quanto in questa sede interessa pare non revocabile in dubbio che l'inizio del processo penale non possa essere fatto coincidere con la data di apertura del dibattimento ma, a ben vedere, debba essere fatta retroagire, se non alla fase dell'avvio delle indagini preliminari, quanto meno a far tempo dal momento in cui l'autore abbia avuto (anche di fatto) la conoscenza dell'avvio del procedimento penale a suo carico⁶⁰.

⁵⁸ Recante norme in tema di: «Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo»).

⁵⁹ E' infatti noto che la giurisprudenza della Corte EDU, con esplicito riferimento al principio della ragionevole durata del processo affermato all'art. 6 del relativo Trattato, impone di non trascurare, nel calcolo della durata del processo penale, la fase delle indagini preliminari. Peraltro basti pensare che l'autore della violazione potrebbe anche essere sottoposto, in via cautelare, a misure restrittive della libertà personale. E' dunque evidente che, comportando anche la fase delle indagini preliminari il compimento di atti che prevedono la partecipazione dell'indagato, o del suo difensore, tale periodo risulta certamente rilevante ai fini della valutazione del periodo di tempo in cui il soggetto è sottoposto a procedimento penale o, comunque, deve difendersi da un'accusa penale. Al riguardo si vedano, Corte EDU, sentenze: 16 luglio 1971, *Ringeisen c. Austria*; 15 luglio 1982, *Eckle c. Germania*; 10 dicembre 1982, *Corigliano c. Italia*; 19 febbraio 1991, *Manzoni c. Italia*; 26 febbraio 1993, *Messina c. Italia*; 4 aprile 2006, *Kobtsev c. Ucraina*.

⁶⁰ Questo, sebbene con riferimento ad altra questione, sembra il momento ritenuto rilevante dalla Corte costituzionale nella recente sentenza n. 184/2015, del 23 luglio 2015. Con tale arresto il Giudice delle leggi ha infatti dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, co. 2-*bis*, della legge 24 marzo 2001, n. 89 nella parte in cui prevede che il processo penale si considera iniziato con l'assunzione della qualità di imputato, ovvero quando l'indagato ha avuto legale conoscenza della chiusura

Se così è (specie in considerazione dei criteri interpretativi utilizzati dalla giurisprudenza della Corte EDU), evidente risulta la violazione del divieto di *bis in idem* nella sua dimensione processuale. Difatti, in ipotesi, al già svolto procedimento amministrativo tributario ben potrebbe assommarsi, per gli stessi fatti, un ulteriore procedimento penale, ancorché questo non vada oltre la fase dell'apertura del dibattimento in ragione dell'accertamento di una causa di non punibilità.

In altre parole, la definizione dell'esposizione tributaria – in sede amministrativa – entro la data dell'apertura del dibattimento in sede penale (o, al più tardi, entro il termine di tre mesi, eventualmente prorogato, dalla dichiarazione di apertura del dibattimento), non per questo cancella l'esistenza di un procedimento penale, inteso quest'ultimo nella dimensione temporale appena sopra delineata⁶¹, di tal guisa ponendosi in contrasto con il principio tutelato dall'art. 4 del protocollo 7 per la parte del segmento temporale di esso successiva alla definizione del primo procedimento.

Difatti, nell'ipotesi in cui il procedimento amministrativo tributario sia definito, anche con il pagamento integrale delle imposte e delle sanzioni dovute, e ciò pure a seguito delle speciali procedure conciliative e di adesione, il procedimento penale, inteso quest'ultimo nel senso ampio ora visto (dunque sia come processo ma anche come procedimento precedente alla vera e propria fase dibattimentale), dovrebbe immediatamente arrestarsi (anche prima dell'apertura del dibattimento), pena la violazione del principio convenzionale in esame.

E poi appena il caso di osservare che una tale ricostruzione, seppur influenzata dai risultati delle elaborazioni giurisprudenziali riferite al tema della valutazione della ragionevole durata del processo,

delle indagini preliminari, anziché quando l'indagato, in seguito ad un atto dell'autorità giudiziaria, ha avuto conoscenza del procedimento penale a suo carico.

⁶¹ Come detto a tal fine rilevante a far tempo dal momento in cui il contribuente abbia assunto la qualità di imputato (ad esempio attraverso la conoscenza della chiusura delle indagini preliminari), ovvero da quando lo stesso abbia comunque avuto conoscenza del procedimento penale a suo carico in seguito ad un atto dell'autorità giudiziaria.

pare comunque calzante rispetto al tema oggetto delle presenti riflessioni in quanto il divieto del *bis in idem* in senso processuale – al pari del principio che impone una ragionevole durata al processo – mira a contenere il patimento cagionato dalla (ulteriore) pendenza di un'accusa che, in quanto espressa per mezzo di un atto dell'autorità giudiziaria, acquista una consistenza tale da ripercuotersi significativamente sulla vita del soggetto, dando luogo ad un esito tanto più odioso quanto più esso risulta originato da un fatto che, per quanto qui interessa, abbia già dato luogo ad un procedimento (in ipotesi di tipo amministrativo) ormai definito.

Insomma, il *bis in idem* in senso processuale non può in alcun modo ritenersi verificato solo a far tempo dall'apertura del dibattimento, in sede penale, susseguente ad un procedimento amministrativo che abbia avuto ad oggetto gli stessi fatti. La relativa garanzia convenzionale, viceversa, impone di considerare anche tutto il tempo, precedente all'apertura del dibattimento in sede penale (ma successivo alla definizione del procedimento amministrativo), in cui il soggetto è comunque venuto a conoscenza dell'esistenza di un'indagine a suo carico, specie se questa sia stata accompagnata dal compimento di atti invasivi della sfera di libertà dell'individuo⁶². Difatti, sviluppando la giurisprudenza costituzionale da ultimo citata, una volta penetrato nel nostro ordinamento, per effetto della giurisprudenza europea e con valore di fonte sovra-legislativa, il relativo principio convenzionale ha ad oggetto non soltanto la fase che la normativa nazionale qualifica «processo» ma, anche, tutte le attività procedimentali che la precedono, beninteso purché idonee a determinare la lesione che il principio del *ne bis in idem* si propone di tutelare⁶³.

⁶² Cfr. Corte cost. n. 184/2015.

⁶³ E difatti la stessa Consulta, nella sentenza n. 184/2015, senza mezzi termini afferma che, se si individua nel Trattato EDU il parametro interposto con cui confrontare la legittimità delle scelte fatte dal legislatore nazionale in materia, la nozione di processo si rende per ciò stesso autonoma dalle ripartizioni per fasi dell'attività giudiziaria finalizzata all'accertamento dei reati per come disegnata dallo stesso legislatore nazionale, dovendosi appunto superare i profili di inquadramento formale di una fattispecie per valorizzare, piuttosto, la sostanza dei diritti umani che vi sono

12. *Conclusioni.* – Da quanto sinora osservato emerge chiaramente che la recente giurisprudenza della Corte EDU ha prepotentemente posto sul tappeto la questione delle relazioni tra sistema sanzionatorio amministrativo tributario e sistema penale.

Ebbene, i due sistemi sanzionatori, sebbene formalmente autonomi fra loro (secondo la logica del doppio binario), risultano costruiti strutturando le relative fattispecie su presupposti spesso coincidenti nella loro oggettiva dimensione fattuale, di talché essi finiscono per dar luogo a non infrequenti contrasti con il principio convenzionale del *ne bis in idem*, sia esso declinato in senso sostanziale che procedimentale.

Ne consegue che non sono più rinviabili i tempi per una ridefinizione dei caratteri delle due tipologie di illecito, come pure delle relative regole processuali, tale da evitare le promiscuità⁶⁴ e le sovrapposizioni che tuttora si verificano⁶⁵, come rilevato anche in una dimensione processuale *lato sensu* intesa. Va poi osservato che le criticità sopra evidenziate sono dovute, anzitutto, a qualificazioni giuridiche di carattere meramente formale, peraltro tipiche della nostra tradizione giuridica, tuttavia in contrasto con l'approccio a carattere sostanziale privilegiato dalla Corte EDU che, come noto, costituisce riferimento di tutto rilievo nell'esame di compatibilità costituzionale rispetto al parametro, interposto a mente dell'art. 117 Cost., costituito dal Trattato. Secondariamente, le rilevate criticità sembrano altresì dovute alla funzione servente sinora svolta dal sistema penale, sia

coinvolti al precipuo fine di salvaguardarne l'effettività (cfr. anche Corte cost., sent. n. 49/2015).

⁶⁴ A quest'ultimo riguardo si noti poi che, nel predetto schema di decreto legislativo di attuazione della delega fiscale in materia di sanzioni, con riferimento ai criteri di graduazione delle penalità amministrative è prevista un'aggravante allorquando la violazione sia stata realizzata con modalità fraudolente, laddove tale qualificazione – ove non distinta dall'accezione di frode rilevante sotto il profilo penale – rischia di rendere sempre più difficoltosa l'applicazione del principio di specialità e, conseguentemente, sempre più attuale il pericolo di conflitto con il principio che vieta il *bis in idem*. Cfr. Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, op. ult. cit., p. 2.

⁶⁵ Basti pensare al tema della punibilità, in sede penale, dell'elusione tributaria, su cui però, per evidenti ragioni di spazio, non è possibile soffermarsi.

sanzionatorio che processuale, a tutto vantaggio dell'accertamento tributario⁶⁶.

In questa logica di ripensamento dell'intero sistema sanzionatorio (sia esso amministrativo che penale) dovrebbe quindi riservarsi alla sanzione criminale, *stricto sensu* intesa, la funzione di contrastare – quale *extrema ratio* – i comportamenti realmente offensivi (ad esempio perché caratterizzati da frodolenza, simulazione, mendacio ecc.)⁶⁷, lasciando alla sanzione amministrativa (al limite anche in un'ottica risarcitoria) il contrasto degli altri comportamenti, come peraltro lo stesso art. 8 della legge delega sembra lasciar intendere, quanto meno a prima lettura⁶⁸.

Non si pensi poi che una simile scelta di politica criminale – attraverso una depenalizzazione degli illeciti tributari (anche gravi ma, comunque,) caratterizzati dalla sostanziale infedeltà della dichiarazione – potrebbe indebolire l'azione di contrasto all'evasione tributaria più di quanto l'opera erosiva della giurisprudenza della Corte EDU non possa già fare. Anzi, un ripensamento del ruolo, dei caratteri e degli obiettivi da assegnare al sistema sanzionatorio amministrativo tributario, in rapporto di complementarietà (e non più di sovrapposizione) con quello penale, potrebbe costituire l'occasione per rafforzarne la portata realmente dissuasiva rispetto agli illeciti da semplice infedeltà dichiarativa⁶⁹.

⁶⁶ Su tale funzione, chiaramente rivelata dalla disciplina del c.d. «raddoppio dei termini» e dei costi da reato, si veda PISTOLESI, *Crisi e prospettive del principio del doppio binario nei rapporti*, cit., in partic., p. 32, pp. 42 ss.

⁶⁷ Si noti peraltro che, almeno in buona misura, proprio questa sembrava la scelta del legislatore delegante di cui alla legge 25 giugno 1999, n. 205, per la depenalizzazione dei reati minori e modifiche al sistema penale e tributario. Nello stesso senso del testo anche MARELLO, *Evanescenza del principio di specialità e dissoluzione del doppio binario: le ragioni per una riforma del sistema punitivo penale tributario*, cit., pp. 285 ss.

⁶⁸ Cfr., sulle possibili soluzioni, PODDIGHE, *Il divieto di bis in idem tra procedimento penale e procedimento tributario secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., pp. 123 ss.

⁶⁹ Peraltro, giova osservare che non sempre la sanzione penale deve considerarsi più severa di quella amministrativa, talvolta è vero il contrario. Basti pensare alla differenza tra sanzione penale astrattamente prevista rispetto a quella in concreto comminata, ove quest'ultima può essere ben inferiore rispetto alla prima, ad e-

Alla sanzione amministrativa tributaria dovrebbe essere quindi affidato il compito di dare una risposta, tempestiva e proporzionata, rispetto alle infedeltà riscontrate⁷⁰. Una tale risposta potrebbe poi anche prevedere, oltre al pagamento di una somma di danaro, l'irrogazione di misure interdittive (pure in via cautelare) rispetto all'esercizio di determinate attività, misure queste che – come noto – possono avere un'efficacia deterrente non inferiore rispetto a quella della sanzione penale.

In definitiva, pur dovendo darsi atto che al momento dell'approvazione della legge delega n. 23/2014 la giurisprudenza della Corte EDU non era ancora emersa in tutta la sua portata dirompente, va comunque osservato che il legislatore delegato (chiamato ad intervenire successivamente) avrebbe anche potuto prestare maggiore attenzione alle ricadute di tale giurisprudenza.

In ogni caso, pure per effetto del sollecitato intervento della Corte costituzionale, i principi tutelati dal Trattato EDU, così come interpretati dalla Corte di Strasburgo, non tarderanno a richiamare l'attenzione del legislatore in merito alla necessità di un profondo ripensamento dell'impianto complessivo del diritto punitivo, sia nella

sempio, a motivo della sospensione condizionale della pena (cfr. art. 163 c.p.), ovvero della sostituzione di pene detentive brevi (cfr. art. 53, legge 24 novembre 1981, n. 689), ovvero all'istituto dell'archiviazione per particolare tenuità del fatto, recentemente introdotto (cfr. art. 131-*bis* c.p.p.). E' poi appena il caso di ricordare che, per i reati tributari, il patteggiamento della pena può essere richiesto solo qualora ricorra la circostanza attenuante di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 13 del d.lgs. n. 74/2000 (che a sua volta richiede il pagamento delle sanzioni amministrative). Dunque, di fatto, già oggi è sostanzialmente rimessa alla sanzione amministrativa tributaria la concreta efficacia deterrente rispetto ai comportamenti evasivi, quanto meno per quelli caratterizzati da minor insidiosità.

⁷⁰ In generale, sulla delega fiscale in materia di sanzioni amministrative tributarie, si veda G. INGRAO, *Appunti sull'applicazione del principio di proporzionalità per la revisione delle sanzioni amministrative tributarie*, in *Riv. dir. trib.*, 2014, I, pp. 971 ss., ove peraltro il riconoscimento dell'opportunità di ricondurre nella sede tradizionale delle sanzioni amministrative la reazione dell'ordinamento per le violazioni dell'obbligo di versamento dei tributi (cfr. p. 989; 991).

Ricadute in ambito tributario a seguito della giurisprudenza della Corte EDU ...

sua declinazione di tipo penale, sia nella sua declinazione di tipo amministrativo⁷¹.

⁷¹ Si esprime in termini di «tempesta annunciata» GIOVANNINI, *Identità di oggetto dell'obbligazione d'imposta e della confisca nei reati di evasione*, cit., p. 1282, il quale auspica una sollecita riforma di sistema anche avente ad oggetto la misura della confisca.

Diritti ed evoluzioni dei sistemi di protezione

GIORGIO REPETTO*

LA CONFISCA PER LOTTIZZAZIONE ABUSIVA
E LE PROSPETTIVE DEI RAPPORTI TRA
CORTE COSTITUZIONALE E CORTE EDU

SOMMARIO: 1. L'evoluzione della confisca per lottizzazione abusiva nelle interazioni tra sistema interno e CEDU. – 2. La sentenza n. 49 del 2015 della Corte costituzionale: un'interpretazione della CEDU ... costituzionalmente orientata? – 3. Il *test* del diritto CEDU consolidato nella gerarchizzazione dei rapporti tra sistemi: la Corte EDU è un giudice di *civil law*? – 4. Il *test* del diritto consolidato e la mutua integrazione di significati tra Costituzione e CEDU: una soluzione (solo) per i «tempi difficili»? – 5. Gli sviluppi successivi alla sent. n. 49/2015.

1. *L'evoluzione della confisca per lottizzazione abusiva nelle interazioni tra sistema interno e CEDU.* – Tra i molteplici fronti aperti nei rapporti tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo, quello concernente il regime e il trattamento della confisca disposta a seguito di lottizzazione abusiva rappresenta un utile punto di osservazione delle relazioni intercorrenti tra le due Corti. I motivi di questa affermazione vanno rinvenuti, al di là del rilievo del tema, nel fatto che intorno alla confisca convergono una serie di disaccordi di sistema intorno alla sua qualificazione come «sanzione» e, più in generale, alle diverse filosofie che fondano, nei due sistemi, gli obblighi punitivi dello Stato, da cui discende la necessità di un coordinamento tra essi il cui significato ha assunto un rilievo generale, che va al di là della specificità dell'argomento.

Giova, prima di prendere in esame gli svolgimenti più recenti, rammentare per sommi capi i termini in cui si è posto il problema, ri-

* Prof. associato di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Perugia.

mandando sin da ora alle trattazioni di carattere penalistico dedicate specificamente all'argomento¹.

All'interno dell'ampio quadro di misure sanzionatorie classificabili come «confisca», quella contenuta nell'art. 44, co. 2, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380² colpisce il terreno e le opere costruite a seguito di una lottizzazione riconosciuta come illegittima e si inserisce, pertanto, nell'ambito delle misure, al tempo stesso, afflittive e conservative, rivolgendo il suo obiettivo a finalità di salvaguardia del patrimonio ambientale e urbanistico³. Il dato che, tra gli altri, mette conto rilevare è che intorno ai presupposti applicativi di tale misura si sono per lungo tempo confrontate dottrina e giurisprudenza, chiamate a fare i conti con un dettato normativo non del tutto perspicuo e, soprattutto, con l'esigenza di individuarne i contenuti alla luce dei diversi sistemi sanzionatori rientranti nel modello «penale» o «amministrativo». All'esito di quel confronto, la giurisprudenza prevalente si orientava nettamente nel senso di qualificare in termini di sanzione amministrativa la confisca in questione, con l'effetto di affievolire la rigidità della sua applicazione rispetto a quanto sarebbe avvenuto se essa fosse rientrata nell'ambito del sistema sanzionatorio penale⁴. Così è a dire, per

¹ V. MAIELLO, *Confisca, CEDU e Diritto dell'Unione tra questioni risolte e altre ancora aperte*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, pp. 43 ss. Per una prospettiva più ampia ed in relazione alle interazioni tra diritto penale e CEDU v. V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.

² Nella parte in cui prevede che «la sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva dispone la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite. Per effetto della confisca i terreni sono acquisiti di diritto e gratuitamente al patrimonio del Comune nel cui territorio è avvenuta la lottizzazione. La sentenza definitiva è titolo per la immediata trascrizione nei registri immobiliari». La previsione era già contenuta nell'art. 19, l. n. 47, 28 febbraio 1985.

³ Sulle diverse funzionalità delle misure di confisca quale riflesso della loro diversa natura, nonché sulla necessità di considerarne il portato a seconda dei diversi contesti normativi che di volta in volta la prevedono v. già Corte cost., sent. n. 29 del 1961 nonché, in dottrina, A. M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni penali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, pp. 104 ss. e M. MONTAGNA, *I sequestri nel sistema delle cautele penali*, Padova, 2005, pp. 275 ss.

⁴ A partire da Cass. Pen., Sez. III, 24 marzo 1972, *Rossi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1972, p. 831.

esempio, per quanto riguarda la sua efficacia nei confronti dei terzi acquirenti (privati dell'uso del bene anche se in buona fede) ovvero per quanto riguarda gli *standard* probatori richiesti nell'accertamento operato dal giudice. Il profilo su cui tuttavia più acceso è stato il confronto (e su cui prevalentemente si incentreranno le riflessioni successive) riguarda la natura del provvedimento giurisdizionale idoneo a disporre la misura in questione. Dalla sua qualificazione in termini di sanzione amministrativa, infatti, discendeva la possibilità che essa venisse disposta anche in assenza di sentenza propriamente di condanna in sede penale, essendo sufficiente allo scopo anche una pronuncia che *in ogni modo* accertasse in positivo la responsabilità del soggetto (pur in presenza di fatti che escludessero la colpevolezza, ad es. il decorso della prescrizione)⁵.

Questi aspetti hanno attirato l'attenzione della Corte europea dei diritti dell'uomo che, dando seguito a quanto disposto dall'art. 7 («*Nulla poena sine lege*») e all'art. 1, Prot. n. 1, della CEDU («*Protezione della proprietà*»), ha tradizionalmente elaborato in materia di confisca una giurisprudenza particolarmente garantistica, imperniata sul fatto che il principio di legalità dei reati e delle pene implica che ogni disposizione legislativa che prevede una sanzione risponda a criteri di chiarezza, accessibilità e prevedibilità, in modo tale da rendere edotti i soggetti, destinatari della norma, delle eventuali conseguenze derivanti da atti o comportamenti da essi posti in essere⁶.

Con riferimento specifico alla confisca disciplinata dall'art. 44 cit., la Corte europea è intervenuta una prima volta col noto caso *Sud Fondi c. Italia* (altrimenti noto come caso *Punta Perotti*)⁷. In quell'occasione, la Corte ribadì i principi elaborati nella sua pregressa giurisprudenza affermando come la sottrazione della confisca in esame al campo di applicazione delle garanzie previste per la materia pe-

⁵ Per un quadro d'insieme v. F. VERGINE, *Confisca*, in *Dig. disc. pen.*, X agg., Torino, 2013.

⁶ G. PISTORIO, *La disciplina della confisca nel dialogo tra Corti europee e nazionali*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2069, in riferimento a Corte EDU, sent. 10 ottobre 2006, *Pessino c. Francia* (n. ric. 40403/02).

⁷ Sent. 20 gennaio 2009 (n. ric. 75909/01). In argomento v. anche quanto stabilito dalla Corte EDU in *Guiso-Gallisay c. Italia*, sent. 8 dicembre 2005, n. ric. 58858/00.

nale incide indirettamente sulla violazione dell'art. 7 CEDU, poiché per essere «condannati» ai sensi di quell'articolo («*guilty*» nella versione inglese e «*personne coupable*» in quella francese) è pur sempre richiesto un legame di natura intellettuale (coscienza e volontà) che consenta di appurare (*décélérer*) un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale dell'infrazione. Legame che non sarebbe sufficientemente evidente in caso di accertamento di responsabilità in una sentenza non di condanna, nel quale è impedito al soggetto destinatario della misura di prevedere adeguatamente «il senso e la portata della legge penale» che lo riguarda⁸. Anche analizzando la legislazione italiana (e l'interpretazione di essa datane dai giudici) alla luce dell'art. 1, Prot. n. 1, CEDU, la Corte EDU perviene allo stesso risultato: a differenza delle altre ipotesi in cui la confisca si atteggiava come misura accessoria o comunque riguardava beni di provenienza illecita, nel caso di specie l'assenza di un'adeguata base legale rende la sanzione in questione non rispettosa del principio di legalità previsto, anche in materia di proprietà, quale presupposto di ogni intromissione disposta dal pubblico potere. Nel caso di specie, in particolare, la Corte EDU individua il nodo della violazione nella circostanza che nel giudizio dell'autorità amministrativa che ha disposto la confisca non ha avuto alcun rilievo né la buona fede dei soggetti terzi destinatari della misura, né il grado di colpevolezza degli autori della lottizzazione⁹.

La sentenza della Corte europea è parsa subito porsi in contrasto con i precedenti giurisprudenziali interni, sia della Corte di cassazione¹⁰ che della stessa Corte costituzionale¹¹, e non ha mancato di sollevare critiche con riferimento al suo tentativo di farsi «paladina di un nuovo garantismo penale europeo»¹².

⁸ Cfr. sent. *Sud Fondi*, cit., parr. 116-117.

⁹ Sent. *Sud Fondi*, cit., parr. 136 ss.

¹⁰ Cass., sez. III pen., sentt. 12 novembre 1990 e 8 febbraio 2002.

¹¹ Sent. n. 187 del 1988, in cui venne confermata la natura amministrativa della sanzione e la non necessità, affinché essa venga disposta, di una sentenza di condanna.

¹² Così A. MOSCARINI, *Il caso Punta Perotti tra Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte italiana penale di cassazione*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1290.

Ad ogni modo, col portato di quella sentenza la Corte costituzionale è stata presto chiamata a fare i conti con la sent. n. 239 del 2009. In essa, pur dichiarandosi inammissibile la questione di legittimità sollevata dal giudice rimettente in relazione – peraltro – a parametri costituzionali diversi dall'art. 117, co. 1, Cost., si leggono tuttavia importanti precisazioni in ordine sia alla continuità sostanziale tra i canoni interpretativi europeo e nazionale, sia in relazione all'efficacia che il giudice interno avrebbe dovuto attribuire alla sentenza appena menzionata. Dal primo punto di vista, è significativo che la sanzione dell'ammissibilità venga fatta discendere, tra le altre cose, dall'insufficiente motivazione in ordine ai destinatari della misura sanzionatoria: pur ribadendo il principio pregresso per cui la sentenza di proscioglimento non è incompatibile con «un sostanziale riconoscimento della responsabilità dell'imputato o comunque l'attribuzione del fatto all'imputato medesimo»¹³, il giudice rimettente non avrebbe chiarito se, nel caso di specie, ad essere destinatari della misura fossero gli imputati prosciolti nel giudizio penale ovvero anche terzi estranei. La precisazione, in apparenza funzionale unicamente a tenere ferma la rilevanza della questione di legittimità costituzionale, assume in realtà una portata sostanziale perché con essa viene consacrata, seppur indirettamente, una differenza tra gli uni e gli altri quanto agli *standard* probatori necessari per poter dare seguito alla misura. Un conto, infatti, è che ad essere soggetto passivo della misura sia l'imputato ritenuto incolpevole ma che al giudizio ha pur sempre partecipato; un conto, invece, è che sia il terzo estraneo al giudizio, al di là del suo essere in buona fede o meno.

Dal secondo punto di vista, va osservato come la sentenza in questione prenda atto (pur non essendo espressamente chiamata a farlo) dell'orientamento recentemente maturato a Strasburgo, demandando tuttavia al giudice rimettente il compito, in prima battuta, di farsi carico del nuovo significato da accordare all'art. 44 cit. «nell'esercizio dei propri poteri interpretativi, pur a fronte di una formulazione letterale della disposizione impugnata che, in sé, non appare precludere un siffatto tentativo». Dando seguito a questo *caveat*, prosegue la Corte

¹³ Con richiamo alla sent. n. 85 del 2008.

pur (come si vedrà più avanti) con qualche ambiguità: «[s]petta, pertanto, 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 dalle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo; a tale compito, infatti, già ha atteso la giurisprudenza di legittimità, con esiti la cui valutazione non è ora rimessa a questa Corte¹⁴. Solo ove l'adeguamento interpretativo, che appaia necessitato, risulti impossibile o l'eventuale diritto vivente che si formi in materia faccia sorgere dubbi sulla sua legittimità costituzionale, questa Corte potrà essere chiamata ad affrontare il problema della asserita incostituzionalità della disposizione di legge»¹⁵.

Dal complesso della sentenza appare quindi chiara l'intenzione della Corte costituzionale di assecondare alcuni dei profili sollevati dalla sentenza europea che si ponevano in più evidente contrasto con i principi europei (*in primis* in relazione ai diritti dei terzi estranei al giudizio penale), senza tuttavia mettere in discussione il consolidato orientamento per cui per l'applicazione della misura in questione non è necessario un accertamento di responsabilità penale che si riversi in una sentenza penale di condanna.

Del resto, che la Corte costituzionale nutrisse sul punto tutt'altro che un'ostilità nei confronti delle esigenze sostanziali fatte proprie dalla Corte EDU si può cogliere in relazione ad un altro caso, riguardante un'ipotesi di confisca diversa da quella in discussione, in cui a fronte di una normativa che sottrae dall'ambito delle garanzie penali il provvedimento di confisca dell'autoveicolo disciplinato dall'art. 186,

¹⁴ Il richiamo deve intendersi riferito a quelle pronunce con cui, nel frattempo, la Corte di cassazione aveva escluso l'applicazione della misura in questione nei confronti dei terzi in buona fede (Cass., sez. III pen., 30 aprile 2009, n. 21188, *Casasanta*; Sez. III pen., 17 marzo 2009, n. 17865, *Quarta et al.*; sez. III pen., 26 giugno 2008, n. 37472, *Belloi*. Per ulteriori riferimenti, e per una lettura della pronuncia, v. A. SCARCELLA, *Confisca dei terreni e delle aree abusivamente lottizzate e potere-dovere interpretativo del giudice: considerazioni a margine della sent. n. 239 del 2009 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2009, pp. 3015 ss.

¹⁵ Per un'attenta lettura di questo passaggio, su cui si tornerà *infra*, v. A. GUAZZAROTTI, *Novità nei rapporti tra giudici nazionali e Corte EDU: la dottrina del 'doppio binario' alla prova dei casi (e dei conflitti) concreti*, in *Giur. cost.* 2014, p. 3030.

co. 2, lett. c), del codice della strada, la Corte, rifacendosi proprio alle letture sostanzialistiche dell'art. 7 CEDU nella sentenza *Sud Fondi*, estende a questa fattispecie le garanzie proprie delle misure afflittive penali (*in primis* il divieto di retroattività)¹⁶.

Pur a seguito di questi precedenti interni, la Corte di Strasburgo torna sull'argomento nell'ormai noto caso *Varvara*¹⁷ per ribadire nella sostanza i propri precedenti orientamenti, con particolare riferimento all'esigenza che la misura di confisca, per essere conforme all'art. 7 CEDU, segua come sanzione accessoria ad un provvedimento penale di condanna. In particolare, i giudici europei si soffermano su due aspetti più degli altri. Il primo è legato alla salvaguardia di un'esigenza di prevedibilità (*foreseeability*) della sanzione penale, non potendosi in alcun modo dubitare né che la confisca disciplinata dall'art. 44 cit., per la sua portata afflittiva, abbia tale natura, né di conseguenza che il disposto del medesimo articolo, così come interpretato dalla giurisprudenza prevalente, consenta un'adeguata coscienza del rischio nei soggetti che intraprendano un'attività edificatoria¹⁸. Il secondo aspetto è poi legato più da vicino alla natura del legame che deve sussistere tra il (supposto) autore del reato e il provvedimento di confisca. Chiarendo il proprio orientamento in tema di violazione del principio di legalità in casi del genere, la Corte EDU si sofferma sul fatto che non è tanto l'assenza di un vero e proprio legame «psicologico» o «intellettuale» a determinare, quando l'imputato non venga espressamente condannato ma nei suoi confronti venga disposta la confisca, la contrarietà all'art. 7 cit., quanto piuttosto il fatto (puramente formale, verrebbe da aggiungere) che l'imputazione di responsabilità sia stata operata nell'unica veste ritenuta coerente col rispetto del suddetto principio di legalità, vale a dire con una sentenza di condanna: «[l]a logica della “pena” e della “punizione”, e la nozione di “*guilty*” (nella versione inglese) e la corrispondente nozione di “persona colpevole” (nella versione francese), depongono a favore di un'interpretazione

¹⁶ Sent. n. 196 del 2010, su cui v. V. MANES, *La confisca “punitiva” tra Corte costituzionale e CEDU: sipario sulla truffa delle etichette*, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 534 ss.

¹⁷ *Varvara c. Italia*, sent. 29 ottobre 2013, n. ric. 17475/00.

¹⁸ Sent. *Varvara* cit., parr. 34 s.

dell'articolo 7 che esige, per punire, una dichiarazione di responsabilità da parte dei giudici nazionali, che possa permettere di addebitare il reato e di comminare la pena al suo autore. In mancanza di ciò, la punizione non avrebbe senso (*Sud Fondi e altri*, sopra citata, § 116). Sarebbe infatti incoerente esigere, da una parte, una base legale accessibile e prevedibile e permettere, dall'altra, una punizione quando, come nel caso di specie, la persona interessata non è stata condannata»¹⁹.

È stato notato che la sentenza *Varvara* non brilla per chiarezza, oltre a rivelare più in generale un atteggiamento ondivago nei confronti dei propri precedenti, primo fra tutti il caso *Sud Fondi*²⁰. Pur senza entrare nel dettaglio dell'argomento, pare evidente che, così ragionando, la Corte EDU abbia finito per esasperare la questione (certo rilevante, ma sostanzialmente) definitoria in merito alla natura (se amministrativa o penale) della confisca²¹, come è dimostrato anche dalla mancanza di un'adeguata considerazione per l'adeguamento interpretativo che la Corte costituzionale aveva messo in opera con la sent. n. 239 del 2009.

Date queste premesse, era pertanto ragionevole aspettarsi che le reazioni a livello interno non si facessero attendere e, soprattutto, che non contribuissero a portare elementi di chiarezza sull'argomento.

¹⁹ Sent. *Varvara* cit., par. 49 (la citazione è tratta dal par. 71 della traduzione italiana della pronuncia, presente nella banca dati HUDOC della Corte EDU).

²⁰ Con particolare riferimento al problema dell'elemento psicologico, come notato da M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *Diritto penale contemporaneo* (30.3.2015), p. 5. A ciò si aggiunga l'articolata opinione, parzialmente concorrente e parzialmente dissenziente, del giudice Pinto de Albuquerque. Va poi aggiunto che l'eccentricità della decisione resa nel caso *Varvara* è acuita se si considera il fatto che, parallelamente ad essa, tre ricorsi relativi a confisca senza condanna sono stati rimessi alla Grande Chambre (*Hotel Promotion Bureau and Rita Sarda v. Italy*, n. ric. 34163/07, *Falgest and Gironda v. Italy*, n. ric. 19029/11 e *GIEM v. Italy*, n. ric. 1828/06) e discussi dinanzi ad essa il 2 settembre 2015.

²¹ Su questo aspetto cfr. V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Oss. AIC* (maggio 2015) pp. 2 s., che opportunamente riconduce le incertezze nella lettura del precedente europeo ad una non corretta considerazione dei «concetti autonomi ai fini dell'applicazione della Convenzione».

Ben presto, infatti, due questioni di legittimità costituzionale dell'art. 44 cit. sono state sollevate alla Corte, ad opera della Corte di cassazione e del Tribunale di Teramo²². L'aspetto più interessante delle due pronunce, entrambe promananti da giudizi in cui la confisca era stata disposta o si sarebbe dovuta disporre pur in assenza di condanna per intervenuta prescrizione, è che esse mirano, pur all'interno di un medesimo sfondo normativo, a risultati completamente divergenti. Mentre il Tribunale di Teramo, infatti, appunta le sue censure nei confronti del fatto che l'art. 44 cit. non impedisce che la confisca venga disposta anche in presenza di una sentenza non di condanna (invocando a tal fine il solo art. 117, co. 1, Cost.), la Corte di cassazione, adducendo la violazione di numerosi altri parametri (artt. 2, 9, 32, 41 e 42 Cost.), si spinge in un'elaborata argomentazione tesa a impedire l'ingresso del *dictum* convenzionale nel diritto interno: a suo avviso, infatti, all'articolo in questione non può essere attribuita l'interpretazione avanzata dalla sentenza *Varvara* in quanto essa viola principi costituzionali come la tutela dell'ambiente, della salute e, in linea generale, l'esigenza prevalente di salvaguardare la funzione sociale della proprietà e i limiti posti all'iniziativa economica.

2. *La sentenza n. 49 del 2015 della Corte costituzionale: un'interpretazione della CEDU ... costituzionalmente orientata?* – Su queste ordinanze la Corte costituzionale si è pronunciata con la sent. n. 49 del 2015 che, nel dichiarare l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, co. 2, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, ha ribadito le ragioni del «punto di vista interno» sulla confisca per lottizzazione abusiva e, accanto a queste e per quel che più interessa, ha fornito importanti indicazioni di sistema sull'assetto dei rapporti tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo.

²² Per un'analisi delle due ordinanze v. F. VIGANÒ, *Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, pp. 277 ss. e A. GALLUCCIO, *La confisca urbanistica ritorna alla Corte costituzionale*, ivi (8 giugno 2014).

Innanzitutto, la Corte costituzionale disinnesci i dubbi di costituzionalità provenienti dalla Corte di cassazione con argomenti che, enfatizzando le continuità tra la decisione europea e i propri precedenti in argomento (*in primis* la citata sent. n. 239 del 2009), operano attraverso l'inammissibilità una interpretazione adeguatrice delle norme interne a quella che viene ritenuta la «sostanza» del diritto convenzionale.

Così, viene chiarito che la pretesa necessità di una sentenza di condanna, presupposta da entrambi i giudici rimettenti, può ben essere assolta da un accertamento pieno ed esaustivo sulla responsabilità dell'autore del reato pur contenuto in una sentenza che accerta l'intervenuta prescrizione. Oltre a ciò, la Corte costituzionale consolida una lettura garantistica della confisca anche in relazione agli effetti nei confronti dei terzi, che non possono subirla quando l'assenza della loro buona fede sia solamente presunta, dovendo essa al contrario essere dimostrata con «adeguati standard probatori» dalla pubblica accusa²³.

Questo adeguamento interpretativo di un precedente europeo pare in linea con l'indirizzo seguito dalla Corte in altre occasioni, allorché il vaglio sulla portata di esso, oltre che dovuto (come in questo caso) alle incertezze sulla ricostruzione del suo significato, è stato guidato dalla necessità di interpretare i principi convenzionali, così come

²³ Si v. in part. quanto viene affermato nel punto 5. del *Cons. in dir.*: «Sia che la misura colpisca l'imputato, sia che essa raggiunga il terzo acquirente di mala fede estraneo al reato, si rende perciò necessario che il giudice penale accerti la responsabilità delle persone che la subiscono, attenendosi ad adeguati standard probatori e rifuggendo da clausole di stile che non siano capaci di dare conto dell'effettivo apprezzamento compiuto. Ora, tali considerazioni chiariscono che il terzo acquirente di buona fede, che ha a buon titolo confidato nella conformità del bene alla normativa urbanistica, non può in nessun caso subire la confisca. Va poi da sé che l'onere di dimostrare la mala fede del terzo grava, nel processo penale, sulla pubblica accusa, posto che una "pena", ai sensi dell'art. 7 della CEDU, può essere inflitta solo vincendo la presunzione di non colpevolezza formulata dall'art. 6, comma 2, della CEDU (*ex plurimis*, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 1° marzo 2007, *Geerings contro Paesi Bassi*)».

emergono dal flusso della giurisprudenza di Strasburgo, alla luce dei principi costituzionali²⁴.

Nel caso di specie, questo esito appare favorito da un uso particolarmente accorto, da parte della Corte, dei propri spazi interpretativi: valorizzando la portata garantistica della sentenza *Sud Fondi c. Italia*, così come già fatta propria nella sent. n. 239 del 2009, accanto alle obiettive incertezze contenute nella sentenza *Varvara*, la sentenza n. 49 cit., contro una certa rigidità di impostazione dei giudici rimettenti (in particolare della Cassazione), valorizza la flessibilità propria delle *notions autonomes* (come quella di condanna di cui all'art. 7 CEDU) per, al tempo stesso, far salvo il rispetto della sostanza del precedente europeo e un suo inserimento nel quadro di una lettura costituzionalmente orientata della confisca come sanzione amministrativa²⁵. In questa chiave, potrebbero forse trovare una almeno parziale giustificazione alcune discutibili «asprezze» nel ragionamento seguito dalla Corte nella prima parte della sentenza, prime fra tutte il dirottamento della questione di costituzionalità dall'art. 44 cit., così come asseritamente interpretato dalla Corte europea, alla legge di esecuzione della CEDU «nella parte in cui con essa si è conferita esecuzione ad una norma reputata di dubbia costituzionalità» e, accanto ad essa, l'invocazione di un «predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU». In relazione al primo aspetto, l'indubbia drammatizzazione del coinvolgimento della legge di adattamento può tutto sommato venire attenuata (ferme restando le perplessità di ordine generale sul suo

²⁴ Questa *verfassungskonforme Auslegung*, emersa con tutta evidenza (e con non pochi problemi) nella saga sulle «pensioni svizzere» (sent. n. 264 del 2012 e ord. n. 10 del 2014), costituisce a ben vedere lo sfondo della gran parte delle pronunce con cui la Corte costituzionale ha operato un *distinguishing* rispetto a precedenti europei (tra le tante si pensi alle sentt. nn. 56 del 2009, 236, 257 e 303 del 2011, 15 e 230 del 2012, ecc. V. da ultimo sentt. nn. 127 e 150 del 2015). Ciò non esclude, ovviamente, che possa accadere anche l'inverso (che cioè un principio costituzionale venga interpretato alla luce della Convenzione) in tutti quei casi in cui la deduzione del parametro convenzionale determina di fatto un *overruling* rispetto a quanto stabilito in precedenza dalla Corte costituzionale sulla base di parametri solamente interni (basti pensare, tra le altre, alle note sentt. nn. 113 del 2011 e 210 del 2013).

²⁵ F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope*, in *Dir. pen. cont.* (30.3.2015) p. 4.

impiego²⁶) nel momento in cui la sua chiamata in causa garantisce alla Corte uno spazio di valutazione che l'ha comunque portata a recepire, nella sostanza, la portata dei precedenti europei, senza però precludersi il ricorso (in via del tutto eccezionale) ad esercizi di dissuasione «non convenzionali»²⁷.

Quanto al secondo aspetto, la rivendicazione di quel «predominio assiologico» poteva ritenersi dovuta ad una circostanza specifica del caso di specie, legata alla lettura che l'ordinanza della Cassazione aveva dato degli adempimenti richiesti dalla sent. n. 239 del 2009 per poter riproporre la *quaestio* dell'art. 44 cit. Secondo questo precedente, come si ricorderà, il giudice avrebbe dovuto verificare l'impossibilità di un adeguamento interpretativo dell'articolo in questione a quanto richiesto dal diritto europeo ovvero, in alternativa, avrebbe dovuto attendere la formazione di un diritto vivente che questi riteneva incostituzionale. In assenza di questi presupposti, si era accreditata l'idea per cui il giudice sarebbe stato tenuto ad applicare la norma, pur ritenuta incostituzionale, senza possibilità alcuna di metterne in dubbio la costituzionalità²⁸. Di fronte a questa lettura, e limitatamente a questa specifica situazione, il richiamo al predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU può perdere larga parte della sua connotazione gerarchica, per esprimere al contrario un'esigenza

²⁶ Su cui insiste A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, in *Dir. pen. cont.* (2 aprile 2015), pp. 5 ss.

²⁷ Tenuto anche conto del fatto che in altre occasioni la Corte aveva evocato questa possibilità (sentt. 349 del 2007 e 311 del 2009), salvo poi seguire la strada della sostanziale inapplicabilità di un orientamento giurisprudenziale consolidato della Corte EDU nell'unico caso di aperto dissidio effettivamente registratosi finora tra le due Corti (la già cit. sent. n. 264/2012), è legittimo augurarsi che alla strada della messa in discussione della legge di adattamento venga riservata una funzione del tutto residuale e comunque non incompatibile con l'attribuzione di un'irrelevanza caso per caso del principio CEDU conferente, in quanto non idoneo ad integrare il parametro. Solo questa soluzione, del resto, si rivela funzionale all'obiettivo di indurre la Corte europea a ripensare un precedente orientamento non sufficientemente attento alle caratteristiche specifiche del diritto interno, laddove il sindacato sulla legge di adattamento testimonierebbe la presa d'atto della irreversibilità di un conflitto costituzionale non più componibile (almeno attraverso le giurisdizioni). Sul punto v. comunque *infra*.

²⁸ GUAZZAROTTI, *Novità nei rapporti tra giudici nazionali e Corte EDU*, cit.

concreta, di per sé anche condivisibile, di svincolare il giudice dall'*impasse* di un'applicazione forzata di una norma ritenuta incostituzionale.

In ogni caso, ciò che mette conto rilevare è che, al di là di formule pur espressive di una tendenza alla gerarchizzazione dei rapporti tra Costituzione e CEDU, lo sforzo interpretativo di cui la Corte dà prova nella prima parte della pronuncia appare rivolto a ricercare una composizione tra gli orientamenti che i giudici *a quibus* avevano invece ricostruito in termini più marcatamente contrappositivi²⁹. La lettura che la Corte dà del caso *Varvara*, infatti, se mira a metterne in luce un significato diverso da quello prospettato dai rimettenti, lo fa pur sempre perseguendo un adeguamento interpretativo nel quale la Costituzione e la Convenzione mirano nella sostanza al medesimo obiettivo, implicandosi reciprocamente, com'è evidente nella complessiva ricostruzione garantistica dei presupposti della confisca, che la Corte riconduce infine ad un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata dell'art. 44 cit.

²⁹ A ciò si aggiunga, sulla scia delle rilevanti considerazioni di D. PULITANÒ, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, in *Dir. pen. contemp.* (22 giugno 2015), pp. 2 ss., che le due ordinanze di remissione riflettono due diverse strategie di integrazione del diritto sovranazionale nel diritto interno. Quello del giudice di Teramo, infatti, è rivolto ad assicurare la piena operatività del *dictum* europeo nel diritto interno, esasperando le contrapposizioni tra il primo e il secondo al fine di accreditare l'immissione di un principio (quello desunto dalla sentenza *Varvara*) destinato ad operare *in bonam partem*. La Corte di cassazione, nel sostenere invece un'interpretazione *in malam partem* dei parametri interni, tenta di dare dell'orientamento giurisprudenziale consolidato una giustificazione «di sistema» tramite il rinvio ai principi costituzionali in materia ambientale e di salute, il tutto al fine di impedire al precedente europeo preso *en bloc* di esplicitare i propri effetti. Ho cercato, pur se in un diverso ambito, di indagare le matrici di questo doppio livello di giustificazione inteso come un canone emergente delle interazioni tra giudici interni e sovranazionali in *Pouring New Wine Into New Bottles. The Preliminary Reference to the CJEU by the Italian Constitutional Court*, in *German L. J.*, in corso di pubblicazione.

3. *Il test del diritto CEDU consolidato nella gerarchizzazione dei rapporti tra sistemi: la Corte EDU è un giudice di civil law?* – Che la Corte volesse tuttavia sfruttare questa occasione anche (e soprattutto) per assestare i rapporti con i giudici comuni e con la Corte europea lo si desume dal fatto che, affrontati e risolti nei termini anzidetti gli interrogativi intorno alla portata del caso *Varvara*, la sentenza non chiude (come pure avrebbe potuto³⁰) la trattazione delle questioni, per addentrarsi nella elaborazione di una dottrina generale sul rilievo dei precedenti della Corte europea nel diritto interno, destinata verosimilmente ad influenzare in maniera profonda i prossimi sviluppi dei rapporti tra sistema interno e Convenzione europea.

In buona sostanza, questa dottrina si traduce nell'esplicitazione dei criteri secondo i quali si deve ritenere che la giurisprudenza europea possa dirsi, di volta in volta, «consolidata»³¹ e delle conseguenze che discendono, per il giudice comune e, in certa misura, per la stessa Corte costituzionale, dalla formazione o meno di tale diritto convenzionale consolidato.

³⁰ BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute*, cit., p. 3.

³¹ Uso questo termine, piuttosto che l'espressione «diritto vivente» (impiegata da BIGNAMI, cit., p. 4) perché mi sembra che le implicazioni del richiamo al diritto CEDU consolidato vadano in una direzione diversa, quando non opposta, rispetto al ricorso della Corte al diritto vivente. Da un primo punto di vista perché, in generale, quest'ultimo ha assunto le valenze di un *self restraint* motivato dall'esigenza di garantire un autonomo spazio ai giudici comuni nelle dinamiche interpretative, con una conseguente riserva d'interpretazione a loro favore, mentre in questo caso la formazione del diritto CEDU non resta interna al circuito decisionale Corte EDU-giudici comuni, ma nella sostanza viene costretta per questi ultimi dai criteri elaborati dalla Corte costituzionale. Da un secondo, e ancora più rilevante, punto di vista, perché mentre in attesa della formazione del diritto vivente ai giudici comuni viene comunque garantita l'elaborazione autonoma dei significati rilevanti della legge, nel caso che ci occupa il giudice potrebbe tenere conto solo in modo limitato (salvo quello che si dirà *infra*) di orientamenti ermeneutici non ancora «definitivi» o consolidati e, quindi, di prendere parte alla loro determinazione. Viene anzi da chiedersi se, in fondo, così operando la Corte non abbia finito per equiparare – in ordine alla CEDU – l'interpretazione finalizzata all'applicazione e quella finalizzata all'apprezzamento della sua rilevanza costituzionale, la cui distinzione, in relazione alla legge, è invece caratteristica strutturale della teorica del diritto vivente (così, sulla scorta di Ascarelli, A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*. *Genesis, uso, implicazioni*, Milano 1994, pp. 67 ss. e 349 ss.).

A prima vista, l'impressione è che la Corte, così facendo, sia venuta incontro agli auspici di chi, all'indomani della svolta del 2007, sottolineava la necessità di scongiurare un vincolo di dipendenza generalizzato alle sentenze europee³². A tale esigenza si può dire abbia posto rimedio solo in parte la giurisprudenza successiva al 2007, che attraverso le varie tecniche espressive di una riserva di bilanciamento (margine di apprezzamento, rispetto della «sostanza» della giurisprudenza europea, interpretazione della CEDU «costituzionalmente orientata») ha sì garantito uno spazio per modulare la portata delle sentenze della Corte di Strasburgo attraverso tecniche di *distinguishing*, ma sempre in modo abbastanza irriflesso e, per quel che più vale, in assenza di criteri univoci sulla portata e l'efficacia dei precedenti³³.

Senonché, i chiarimenti contenuti nella sentenza n. 49 del 2015 si prestano solo in parte a porre rimedio a quell'esigenza, oltre a sollevare dubbi di portata più generale sui metodi e sulle implicazioni della sistematizzazione tentata dalla Corte.

Da un primo punto di vista, si deve infatti notare come i criteri di identificazione del diritto convenzionale consolidato appaiano rivelatori di un approccio che trascura alcune specificità del funzionamento della Corte europea e della dimensione in cui opera la sua giurisprudenza, quasi che il suo ruolo possa essere in fondo equiparato a quello di un giudice (interno) di legittimità.

Si pensi, tra i diversi aspetti largamente messi in luce nei primi commenti³⁴, al ruolo dell'opinione dissenziente, alla presenza o meno

³² In termini diversi, l'auspicio è stato fatto proprio tra gli altri da M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. giur.* 2008 pp. 203 s. e E. CANNIZZARO, *The Effect of the ECHR on Italian Legal Order: Direct Effect and Supremacy*, in *It. Yearb. Int. L.*, 2009, pp. 182 ss.

³³ Su questi aspetti v. A. GUAZZAROTTI, *Precedente CEDU e mutamenti culturali nella prassi giurisprudenziale italiana*, in *Giur. cost.* 2013, pp. 3779 ss.

³⁴ D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU*, in www.forumcostituzionale.it (30.4.2015) e B. RANDAZZO, *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della CEDU*, in *Riv. AIC*, 2/2015, pp. 16 ss.

di un orientamento avallato dalla giurisprudenza della *Grande Chambre* e al ruolo delle sentenze pilota. La presenza di un'opinione di minoranza, se per un verso è intesa come l'espressione del «carattere progressivo della formazione del diritto giurisprudenziale» CEDU, per un altro è ritenuta la spia di un consolidamento ancora non definitivo, accreditando così il sospetto per cui, agli occhi della Corte, la sua presenza indebolisce *di per sé* la portata e la vincolatività della singola decisione. Nulla autorizza invece a ritenere che l'effetto dell'opinione di minoranza sia quest'ultimo, piuttosto che quello di garantire l'adattamento futuro a sopraggiunte esigenze o a mutati equilibri, preservando così l'equilibrio *di sistema* tra stabilità e mutamento, nel quale la definitività degli orientamenti è sempre soggetta ai ripensamenti imposti dall'essere la Convenzione un *living instrument*³⁵.

Lo stesso dicasi per l'assimilazione delle pronunce rese dalla *Grande Chambre* a quelle di un livello giurisdizionale i cui *dicta* sono espressione di un orientamento giurisprudenziale ormai divenuto «definitivo». Se si considera, al contrario, che essa interviene, ai sensi dell'art. 43 CEDU, quando insorgono «gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione» o comunque «un'importante questione di carattere generale», si comprende come il suo intervento sia escluso proprio quando gli orientamenti delle sezioni semplici sono pacifici o comunque acquisiti, con la conseguenza che le sue pronunce possono ben assumere, e di fatto spesso assumono, un carattere innovativo. Infine, non pienamente comprensibile, anche adottando l'ottica della Corte, è la piena equiparazione tra un principio di diritto consolidato nella giurisprudenza europea e uno contenuto in una sentenza pilota, posto che quest'ultima, più che designare una categoria *ad hoc* di pronunce dotate di un grado maggiore di vincolatività, rappresenta solamente una risposta organizzativa interna della Corte europea per far fronte a filoni di contenzioso seriale³⁶.

³⁵ Per un'analisi d'insieme sul ruolo del *dissent* nelle sentenze della Corte europea v. R. C. A WHITE, I. BOSSIAKOU, *Separate opinions in the European Court of Human Rights*, in *Hum. Rts. L. Rev.* 2009, p. 37.

³⁶ Per ulteriori riferimenti mi permetto di rinviare a G. REPETTO, *L'effetto di vincolo delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nel diritto interno: dalla riserva di bilanciamento al 'doppio binario'*, in *Dir. pubbl.* 2014, pp. 1092 ss.

L'impressione, quindi, è che ancora una volta la Corte abbia finito per assimilare ad un punto di vista tutto interno, o comunque espressivo di un approccio *civilian* al diritto giurisprudenziale, la ben più variegata realtà operativa della Corte europea, ispirata invece a logiche argomentative e a criteri di organizzazione del tutto peculiari (neanche completamente assimilabili al *common law*)³⁷.

Che ci sia il rischio di un simile fraintendimento alla base della pronuncia si desume anche dal frequente ricorso al termine «principio di diritto» applicato al nucleo ritenuto precettivo delle pronunce europee, sulla evidente falsariga dell'analogo statuito dalla Cassazione e rivolto al giudice del rinvio³⁸. Tranne limitate eccezioni³⁹, sembra invece improprio il richiamo ad una simile espressione, sia perché espressiva di una gerarchia istituzionale che non è possibile ravvisare tra Corte europea e giudici nazionali, sia, soprattutto, perché le sentenze di quest'ultima si pronunciano sullo specifico caso, come giudizio prima di tutto del fatto.

Queste considerazioni portano a condividere l'affermazione per cui «non è dunque utile tentare di codificare gli indici secondo i quali pesare la forza dei precedenti o la loro debolezza ... Utile e anzi indispensabile è valutare la pertinenza del precedente rispetto al caso da

³⁷ Sulla pluralità delle logiche di funzionamento della Corte europea v. S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Constitutional v International? When Unified Reformatory Rationales Mismatch the Plural Paths of Legitimacy of ECHR Law*, in J. CHRISTOFFERSEN e M. R. MADSEN (a cura di), *The European Court of Human Rights Between Law and Politics*, Oxford, 2011, pp. 144 ss.

³⁸ In altre occasioni, la Corte ha parlato di una «regola di diritto» desumibile dalla giurisprudenza europea (ord. n. 92 del 2014 e sentt. nn. 257 del 2011, 15 del 2012 e 227 del 2014).

³⁹ Come la circostanza in cui il precedente europeo viene in applicazione davanti al giudice investito della controversia da parte dello stesso soggetto ricorrente e vittorioso a Strasburgo, rispetto al quale la sent. n. 49/2015 richiama espressamente, attraverso la sent. n. 50 del 1970, il principio di diritto elaborato dalla Cassazione e la sua, ancorché non irretrattabile, efficacia di giudicato interno (non irretrattabile ben potendo il giudice comune far valere, analogamente al giudice del rinvio – ord. n. 314 del 1996 –, la pretesa incostituzionalità della statuizione cui questi è chiamato a dare esecuzione). Sul punto v. REPETTO, *L'effetto di vincolo*, cit., 1106 ss.

decidere»⁴⁰. Piuttosto che valorizzare quest'ultima esigenza, da affidarsi a circuiti interpretativi più aperti, in cui il «peso» del precedente non è legato a criteri estrinseci e formali ma piuttosto ad un'indagine sulla qualità delle circostanze e degli apprezzamenti che vengono in discussione, in questa occasione la Corte pare abbia privilegiato istanze di sistematizzazione incentrate sulla graduazione dell'efficacia vincolante del precedente europeo⁴¹ e la progressiva attrazione su se stessa delle relative valutazioni, con la prospettiva di un ridimensionamento del ruolo assegnato al giudice comune. Non altro significato, infatti, mi pare si possa attribuire all'insistito richiamo all'art. 101, co. 2, Cost., se non una progressiva attrazione del diritto CEDU nell'orbita dei vincoli interpretativi gravanti sui giudici comuni, dove però la soggezione «soltanto alla legge» si trasforma nella soggezione «al diritto convenzionale consolidato», così come accertato secondo i criteri forniti dalla stessa Corte costituzionale, nel presupposto di una

⁴⁰ ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015*, cit., 6. La difficoltà di sviluppare un approccio univoco sull'argomento non può essere sottovalutata limitandosi ad addossare alla Corte la mancata teorizzazione di una dottrina del precedente. In ultima istanza, questa difficoltà pare dovuta alla transizione, coinvolgente anche profili propriamente epistemici, ad un ragionamento giuridico che anche e soprattutto nel giudizio di costituzionalità tratta sempre più spesso i precedenti giurisprudenziali e le norme in modo indistinto. Rispetto alle ricostruzioni classiche, volte a riconsiderare il problema del precedente nel giudizio di costituzionalità e comunque a relegarlo a esigenze interne al giudizio stesso della Corte (per tutti v. A. ANZON, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi*, Milano 1995), si pone oggi l'accento su un uso dei precedenti non più solamente *case-bound*, ma anche in un'ottica propriamente *legislative*, come quella indotta dai precedenti europei nei giudizi dinnanzi alle corti costituzionali. Il punto è esplorato da ultimo da J. KOMAREK, *Reasoning with Previous Decisions: Beyond the Doctrine of Precedent*, in *Am. J. Comp. L.*, 61 (2013), pp. 157 ss. Anche nei sistemi di *common law*, del resto, la rivalutazione del precedente come vettore di indirizzi interpretativi non *rule-based* è oggi definitivamente affermata: v. ad es. M. TUSHNET, *Self-Formalism, Precedent and the Rule of Law*, in *Notre Dame L. Rev.*, 72 (1997), pp. 1583 ss.

⁴¹ Istanze che, lasciate a se stesse, rischiano di assimilare il giudizio in questione a quello tradizionalmente ricompreso nel «paradosso del sorite»: tenuto conto della molteplicità (e della contraddittorietà) dei criteri identificativi del diritto consolidato, in quale momento preciso un certo principio assurge a tale *status* e cessa di essere isolato? Sul problema, da una prospettiva di teoria dell'interpretazione, v. T.A.O. HENDICOTT, *Vagueness in Law*, Oxford 2000, pp. 99 ss.

tendenziale «nazionalizzazione» dei criteri interpretativi della Convenzione. Senonché, viene da chiedersi se il valore (anche formale) di quest'ultima sia oggi ancora assimilabile solo a quello dell'atto interno che l'ha reso esecutivo, o se invece esso non abbia assunto anche caratteristiche sue proprie, presidiate sì da precisi vincoli procedurali a carico dei giudici (primo fra tutti il raccordo interpretazione adeguatrice – incidente di costituzionalità), ma pur sempre in un quadro che vede questi ultimi attori dell'applicazione della Convenzione non meno della Corte costituzionale (salva, non è neanche il caso di dirlo, la diversità di funzioni)⁴².

4. *Il test del diritto consolidato e la mutua integrazione di significati tra Costituzione e CEDU: una soluzione (solo) per i «tempi difficili»?* – Dei presupposti impliciti nel richiamo all'art. 101 cit., ma anche della difficoltà di imbrigliare oltre una certa soglia il ruolo dei giudici comuni di garanti di prima istanza dell'applicazione della CEDU nel diritto interno vi è traccia nella parte finale del punto 7. del *Cons. in dir.*, quando la sentenza n. 49/2015 detta i passi necessari a rendere operativo il vincolo al solo diritto convenzionale consolidato. Solo in presenza di quest'ultimo, infatti, o di una sentenza pilota il giudice interno dovrà ritenersi vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, vuoi per il tramite dell'interpretazione conforme del diritto interno, vuoi – quando ciò si riveli impossibile – ricorrendo all'incidente di costituzionalità. In quest'ultimo caso, la Corte assumerà a parametro interposto il risultato così ormai stabilizzato nella giurisprudenza europea, ferma restando l'eventualità eccezionale di un suo contrasto con la Costituzione, che si riverserebbe a quel punto sulla legge di adattamento. Ad avviso della Corte, invece, il giudice comune che dubiti della conformità a Costituzione della norma convenzionale non ancora consolidata può prevenire il contrasto mediante

⁴² R. CONTI, *La CEDU assediata?*, in *ConsultaOnLine*, I/2015, p. 186. Sulla connessione tra art. 101, co. 2, Cost. e la discrezionalità interpretativa del giudice in sede di interpretazione adeguatrice v. D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al "diritto"*. *Contributo allo studio dell'art. 101, comma 2 della Costituzione italiana*, Napoli 2008, pp. 126 ss.

un'interpretazione costituzionalmente orientata, mentre se il diritto convenzionale si è stabilizzato nei termini anzidetti, della relativa questione deve essere investita la Corte costituzionale.

Ad un primo esame, sembrano sicuramente centrate le critiche di chi ha ravvisato in questa subordinazione delle questioni di convenzionalità a quelle di costituzionalità quel predominio assiologico delle seconde sulle prime già fatto proprio nella prima parte della pronuncia⁴³. Pur non essendogli impedito l'adeguamento interpretativo al diritto CEDU non consolidato, il giudice comune che intraprenda questa strada si trova infatti esposto all'eventualità di essere smentito per il solo fatto di aver tenuto conto di un precedente ritenuto non vincolante: sia in sede di riforma della propria pronuncia con cui ha tentato un'interpretazione adeguatrice, sia con una pronuncia di inammissibilità della Corte che dovesse ritenere non obbligato l'ingresso del principio convenzionale ancora in via di consolidamento⁴⁴. Se si accede ad una lettura restrittiva di questo passaggio, sembra quindi indubbio che la Corte abbia finito non solo per irrigidire oltre misura i rapporti tra sistemi (accreditando l'idea di una supremazia quasi *per definizione* dell'interpretazione conforme a Costituzione), ma ancor peggio per indebolire la portata della singola decisione «isolata» della Corte di Strasburgo. Quest'ultima, in assenza di pronunce conformi, rischia infatti di essere ignorata dai giudici, nonostante nulla, in base al testo e al sistema della Convenzione, autorizzi una simile *deminutio* di valore⁴⁵ e benché – in ipotesi – quella pronuncia possa essere in tutto e per tutto analoga a quella *sub iudice*.

⁴³ RUGGERI, *Fissati nuovi paletti*, cit.

⁴⁴ È questa la soluzione accolta da BIGNAMI, *Le sentenze gemelle*, cit., p. 7, che tuttavia a ragione si domanda se ciò giustifichi la preclusione per il giudice comune di «aderire ad un indirizzo minoritario della giurisprudenza europea, conferendole il suo contributo attraverso l'incidente di legittimità costituzionale».

⁴⁵ A partire dalla differenza tra la *autorité de chose jugée* e *autorité de chose interprétée* delle sentenze europee, che comunque di per sé non incide sull'obbligo degli Stati di dare ad esse attuazione ai sensi dell'art. 46 CEDU «nelle controversie in cui sono parti». Peraltro, si deve osservare che, per ragioni legate all'evoluzione istituzionale della Corte europea e all'arricchirsi del suo arsenale decisionale, la differenza in questione si è andata negli ultimi tempi notevolmente assottigliando, parallelamente all'affermarsi dell'ultrattività delle sentenze europee relative a viola-

Viene tuttavia da chiedersi se, alla prova dei conflitti concreti, i rischi insiti nel *test* elaborato dalla Corte non meritino di essere ridimensionati e la sua operatività ristretta ad un numero in fondo limitato di ipotesi. L'esperienza insegna infatti che, piuttosto che essere strutturate in termini così contrappositivi, per cui le interpretazioni conformi (alla CEDU e alla Costituzione) si fronteggiano come eserciti in battaglia⁴⁶, le questioni di legittimità che coinvolgono contenuti convenzionali e norme costituzionali si svolgono il più delle volte in una mutua integrazione di significati, che si dispiega a livello interpretativo mediante una selezione dei contenuti di volta in volta ritenuti rilevanti rispetto alle circostanze del caso di specie. Una selezione che tuttavia vede all'opera, il più delle volte, il parametro interno e quello convenzionale secondo combinazioni variabili, ma pur sempre guidate da una sostanziale convergenza delle ragioni di tutela nella direzione dell'obiettivo, inopinatamente trascurato nella sentenza n. 49 cit., della «massima espansione delle tutele». A dispetto dei toni talvolta affioranti nella sentenza, quindi, pare possibile dare di essa una lettura più moderata, almeno nel senso che se in circostanze estreme, quando cioè i due parametri divergono radicalmente, si impone al giudice comune il rispetto del protocollo procedurale coniato in relazione al diritto «consolidato», per la normalità dei casi, quando cioè i due parametri convergono sul piano interpretativo e l'oggetto dell'accertamento verte semmai sulla pertinenza del precedente europeo ad una fattispecie interna che con esso presenta caratteri di affinità, al giudice comune non è impedito di dare seguito alla pronuncia della Corte europea anche isolata con gli strumenti tradizionali, proprio perché (e viene da pensare che si tratti della maggior parte dei casi) nella direzione di

zioni strutturali della Convenzione (anche al di là del ricorso alle sentenze pilota, che di questo orientamento rappresentano né la manifestazione più evidente, né quella quantitativamente più significativa): sul punto v. P. PIRRONE, *Art. 46*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova 2012, pp. 749, 757.

⁴⁶ Secondo RUGGERI, *Fissati nuovi paletti*, cit., p. 6, «appare infatti schematica e artificiosa la distinzione e la stessa contrapposizione secca tra l'una e l'altra specie di interpretazione».

quell'esito interpretativo spinge anche (o, comunque, non è di ostacolo) una norma o un principio costituzionale⁴⁷.

5. *Gli sviluppi successivi alla sent. n. 49/2015* – Se questa lettura non è implausibile, la sentenza n. 49/2015 non è destinata a stravolgere la sistemazione faticosamente acquisita negli anni passati, quanto piuttosto a spiegare la sua efficacia nelle ipotesi (invero residuali) di dissensi interpretativi non componibili perché rivelatori di disaccordi sistemici o strutturali tra Costituzione e CEDU⁴⁸.

Se al contrario dovesse accreditarsi la lettura restrittiva del protocollo operativo sopra paventata, non pochi sembrerebbero essere i problemi all'orizzonte. Basti pensare che dalla negazione di qualsiasi effetto di vincolo alle sentenze europee non consolidate deriverebbe

⁴⁷ Ne è prova, mi pare, la tendenza della Corte costituzionale a combinare i due parametri nella risoluzione dei casi, quando non ad anteporre sempre più spesso il parametro costituzionale a quello convenzionale, ritenuto assorbito (sentt. nn. 278 del 2013 e 162 del 2014, nonché ord. n. 223 del 2014 e, da ultimo, sent. n. 96 del 2015). Sulla «residualità» del limite degli obblighi internazionali v. da ultimo M. RUOTOLO, *L'incidenza della CEDU sull'interpretazione costituzionale. Il "caso" dell'art. 27, comma 3, Cost.*, in *Riv. AIC*, 2/2013, pp. 7 ss. Più in generale, sulle conseguenze della supremazia della Costituzione rispetto alle regole della giustizia costituzionale v. A. PACE, *Superiorità della Costituzione e sindacato sulle leggi*, in *Giur. cost.* 2014, pp. 4809 ss.

⁴⁸ È, in fondo, in una direzione non troppo diversa che è evoluta la giurisprudenza inglese sullo *Human Rights Act*, con cui pure l'odierna sentenza mostra di avere una certa consonanza. Se è infatti vero che in essa, a partire da caso *Ullah* (2004, UKHL 26 [20]), si è affermata l'idea per cui dei diritti della CEDU si deve tenere conto nei termini di uno *standard* non derogabile dai giudici (*'a ceiling, not a floor'*) e desumibile da una *«clear and constant jurisprudence of the ECtHR»* ovvero da una decisione della *Grande Chambre* (così anche nei successivi casi *Pinnock* e *Horncastle*), nel più recente caso *Chester* (2013, UKSC 63 [27, 121]), la maggioranza della *Supreme Court* ha stabilito di potersi discostare da una giurisprudenza consolidata solamente quando vengano in discussione *«some truly fundamental principle of our law»*, e quindi in *«exceptional cases»*, quando non si sia rivelato utile un *«valuable dialogue»*. Per ulteriori riferimenti v. S. D. PATTINSON, *The Human Rights Act and the doctrine of precedent*, in *Leg. Stud.*, 2015, pp. 148 ss. e LORD REED, *The margin of appreciation of national judges on issues covered by the judgments of the European Court of Human Rights*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, p. 7.

un notevole aumento del contenzioso e un'esposizione costante dell'Italia alle sentenze di condanna della Corte europea (a quel punto, ormai, senz'altro ... consolidate!). Oltre a ciò, si pensi anche alla (davvero paradossale) impossibilità per la Corte costituzionale di dire la sua sulla elaborazione del diritto convenzionale proprio nel momento più importante, quello cioè in cui il principio potenzialmente contrario a Costituzione si viene formando e ad essa sarebbe quindi data la possibilità di far valere i «tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale» che osterebbero al suo consolidamento⁴⁹.

Alla fine, che quella qui proposta sia la lettura più realistica dei criteri in discussione dovrebbe essere provato proprio dalla prima parte di essa, che dimostra in fondo come il raggiungimento di un equilibrio pratico, affidato a interpretazioni adattative e a interazioni non gerarchiche, possa essere di per sé non incompatibile con la preparazione di una soluzione estrema per affrontare «i tempi difficili».

Questo esito pare infine avvalorato dagli svolgimenti successivi alla sent. n. 49 del 2015 e non solo in relazione alla questione della confisca per lottizzazione abusiva⁵⁰.

Le sentenze ad essa successive in cui è venuta in questione la CEDU come parametro interposto hanno infatti mostrato di voler accreditare una lettura attenuata del vincolo al rispetto del diritto convenzionale consolidato, contribuendo all'idea che quella soluzione valga per ipotesi di contrasto particolarmente qualificate.

Il primo caso da menzionare è la sent. n. 96 del 2015, con cui la Corte ha dichiarato incostituzionali gli articoli della l. 40 del 2004 che limitavano l'accesso alla fecondazione assistita (ed in particolare alla diagnosi preimpianto) alle sole coppie sterili e non anche alle coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili. Senza entrare nel merito della vicenda, pare necessario almeno ricordare che il caso

⁴⁹ Che infatti è quanto si deve ritenere abbia fatto la sent. n. 49 cit. alla luce dei casi attualmente pendenti di fronte alla *Grande Chambre* in tema di confisca cit. *supra* nt. 20.

⁵⁰ Su cui la Corte è tornata con l'ord. n. 187 del 2015, sostanzialmente confermativa di quanto in precedenza stabilito. Più importante, invece, è rilevare l'accettazione dei principi della sent. n. 49 cit. da parte della sezione rimettente della Cassazione: v. Cass., sez. III pen., 8 aprile 2015, n. 16803.

giunge al Giudice delle leggi dopo una serie di articolate vicende giurisprudenziali interne, originate dalla sentenza della Corte europea resa nel caso *Costa e Pavan*, che aveva condannato l'Italia per violazione dell'art. 8 CEDU⁵¹. La questione sollevata dai giudici rimettenti in questa occasione, pur rinviando al precedente europeo e adducendo la violazione del parametro convenzionale, viene presa in esame dalla Corte in relazione agli altri parametri costituzionali coinvolti (in part. artt. 3 e 32 Cost.), che ne determinano l'accoglimento. Ciò determina l'assorbimento delle censure relative all'art. 117, co. 1, Cost. al punto che, malgrado sia indubbiamente la sentenza che ha dato avvio alla vicenda, la sentenza *Costa e Pavan* non è neanche citata nella pronuncia. Lo stupore per il mancato richiamo al precedente europeo potrebbe aumentare per il fatto che *Costa e Pavan* non sembra soddisfare i requisiti di consolidamento contenuti nella sentenza n. 49 cit., ragion per cui essa non dovrebbe ritenersi di per sé vincolante per i giudici interni, ferma restando, ovviamente, la possibilità per la Corte costituzionale (come per il giudice, del resto) di avvalersene. Malgrado le apparenze, l'assenza del richiamo al *test* del diritto consolidato nella sentenza n. 96 cit., e ancora prima l'assorbimento del parametro convenzionale, non solo non sembrano in contraddizione con la sentenza n. 49 del 2015, costituendone al contrario il coerente svolgimento. Valorizzando quella integrazione di significati cui sopra si accennava, l'obbligo per la Corte di addentrarsi in una disamina sulla portata del precedente europeo è reso semplicemente superfluo dalla coincidenza *sostanziale* dei due parametri di giudizio (costituzionale e convenzionale) e dalla portata ritenuta assorbente, sia da un punto di vista formale che sostanziale, del raccordo tra gli artt. 3 e 32 Cost. e il principio CEDU.

Il secondo caso da menzionare, che costituisce al momento l'unico caso di applicazione espressa da parte della Corte del *test* del diritto consolidato, è quello risolto dalla sent. n. 184 del 2015. Torna all'esame della Corte, con questa pronuncia, l'annoso problema dei criteri di calcolo del danno da durata irragionevole del processo, che si

⁵¹ Sul punto v. da ultimo M. P. IADICICCO, *La diagnosi genetica preimpianto nella giurisprudenza italiana ed europea. L'insufficienza del dialogo tra le Corti*, in *Quad. cost.*, 2015, pp. 325 ss.

appunta in questa occasione sull'articolo della l. n. 89 del 2001 (c.d. legge Pinto, art. 2, co. 2-*bis*) che fa decorrere, nel processo penale, il termine *a quo* per il calcolo dalla «assunzione della qualità di imputato, di parte civile o di responsabile civile, ovvero quando l'indagato ha avuto legale conoscenza della chiusura delle indagini preliminari». La Corte costituzionale è chiamata a decidere tenendo conto, tra l'altro, del parametro costituito dall'art. 6 CEDU e dalla giurisprudenza del suo giudice, secondo il quale il computo del periodo in questione viene fatto decorrere dal momento in cui il soggetto viene formalmente a conoscenza dell'esistenza di un'indagine a suo carico, proprio perché ciò può accompagnarsi al compimento di atti invasivi della sua sfera di libertà⁵². Muovendo dalla constatazione che questo indirizzo interpretativo, pur nell'ambito di una sfera di discrezionalità lasciata agli Stati contraenti, assurge a giurisprudenza consolidata, la Corte convalida il ragionamento del giudice rimettente, che aveva rinvenuto un collegamento sostanziale tra i criteri di computo del danno da durata irragionevole e quanto stabilito nelle sentenze della Corte europea. Proprio la centralità di questi criteri, pertanto, spinge la Corte costituzionale a sottolineare che la nozione di processo venga intesa in chiave sostanziale e non secondo le scansioni interne fatte proprie dal legislatore, che con i primi si pone in palese contrasto. Per effetto di ciò, la Corte costituzionale decide in linea di continuità con la giurisprudenza europea, facendosene interprete qualificato e giungendo così ad annullare le norme in questione in quanto con essa contrastanti.

Come dimostra questo caso, se si vuole complementare rispetto a quello deciso con la sent. n. 96/2015, il criterio del diritto CEDU consolidato può diventare un criterio ermeneutico come gli altri nel momento in cui contribuisce alla selezione dei contenuti convenzionali rilevanti quando questi non sono in contraddizione *aperta* con altri principi o norme costituzionali, mentre può dispiegare le sue connotazioni più marcatamente gerarchiche e antagonistiche solo in ipotesi estreme, quando quella mutua integrazione di significati è impedita da contrasti di natura strutturale.

⁵² V. le sentenze citate al punto 5 del *Cons. in dir.*

SIMONE VEZZANI*

ADDIO MY DARLING, GOODBYE MY LOVE?
UNIONE EUROPEA E SISTEMA CEDU
DOPO IL PARERE 2/13¹

SOMMARIO: 1. Osservazioni preliminari sul parere 2/13. – 2. Profili di incompatibilità di natura procedurale evidenziati dalla Corte di giustizia: il meccanismo del *co-respondent*. – 3. (*segue*) Incompatibilità col diritto primario del sistema dei ricorsi inter-parti e del Protocollo n. 16. – 4. Profili di incompatibilità di natura sostanziale connessi all'art. 53 della CEDU e alla salvaguardia del principio di fiducia reciproca fra gli Stati membri. – 5. (*segue*) Il nodo della PESC. – 6. (*segue*) Impossibilità di introdurre nell'accordo di adesione una «clausola di disconnessione» nel senso auspicato dalla Corte. – 7. Prime reazioni di Stati e istituzioni europee al parere 2/13 e scenari alternativi all'adesione. – 8. Natura dell'obbligo di adesione *ex art. 6, par. 2, TUE* ed eventuali conseguenze derivanti da una sua violazione. – 9. Possibili conseguenze, nell'ambito del sistema CEDU, della mancata adesione. – 10. Conclusioni.

1. *Osservazioni preliminari sul parere 2/13*. – Il 18 dicembre 2014 la Corte di giustizia dell'Unione europea ha adottato l'atteso parere 2/13, circa la compatibilità del Progetto di accordo sull'adesione dell'Unione alla CEDU col diritto primario dell'Unione². Molti osservatori si aspettavano che la Corte avrebbe rilevato alcune criticità nel Progetto, ritenendo necessarie modifiche e integrazioni di

* Prof. associato di Diritto internazionale, Università di Perugia.

¹ Il titolo di questo contributo riprende quello di un mio intervento al seminario «Ordinamenti confliggenti o corti litigiose?», tenutosi il 12 maggio 2015 nell'ambito del Dottorato in Scienze giuridiche delle Università di Reggio Emilia-Modena e Parma. Dall'incontro ho tratto numerosi spunti, per i quali ringrazio organizzatori e partecipanti. Uno speciale ringraziamento va alla *discussant*, Dott.ssa Nicole Lazzarini; ovviamente, soltanto io sono responsabile di eventuali errori o omissioni.

² Corte giustizia (seduta plenaria), *Adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (2/13)*, parere 18 dicembre 2014, non ancora pubblicato in *Raccolta*.

carattere per lo più tecnico e procedurale, in linea con le conclusioni raggiunte dall'Avvocato Generale Kokott nella sua presa di posizione³. Viceversa, la Corte ha adottato un parere di segno nettamente negativo, il quale evidenzia l'incompatibilità con i Trattati sull'Unione europea e sul funzionamento dell'Unione europea delle parti più significative del Progetto di accordo.

Fin dalle ore immediatamente successive alla sua pubblicazione sul sito Internet della Corte di giustizia, il parere è stato oggetto di molteplici commenti e analisi⁴. Con alcune eccezioni⁵, si tratta di reazioni di segno fortemente critico, che hanno messo in evidenza numerose incongruenze nel ragionamento svolto da una Corte arroccata nella difesa delle proprie prerogative e incapace di celare la propria diffidenza nei confronti di un controllo esterno di tipo giurisdizionale sul rispetto, da parte dell'Unione, dei diritti e delle libertà fondamentali. Le analisi svolte dalla dottrina, non soltanto

³ Presa di posizione dell'Avvocato generale Kokott, 13 giugno 2014, non ancora pubblicata in *Raccolta*. Il documento è stato reso pubblico soltanto il 18 dicembre 2014, contestualmente al deposito del parere della Corte.

⁴ Non è qui possibile, e sarebbe del resto di scarsa utilità, fare riferimento alla vastissima bibliografia nella *subiecta materia*. Con esclusivo riferimento alle opere monografiche, mi limito a citare il tempestivo lavoro di I. ANRÒ, *L'adesione dell'Unione europea alla Cedu. L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Milano, 2015, dove è possibile leggere anche una dettagliata ricostruzione dei lavori preparatori del Progetto di accordo.

⁵ V. in special modo D. HALBERSTAM, "It's the Autonomy, Stupid!". *A Modest Defence of Opinion 2/13 on the Accession of the EU to the ECHR, and the Way Forward*, in *Germ. Law J.*, 2015, pp. 105 ss. Una lettura tutto sommato indulgente nei confronti del parere si può trovare in C. FAVILLI, *La Corte di giustizia rinvia a data da destinarsi l'adesione dell'UE alla Cedu*, 3 febbraio 2015, in www.questionegiustizia.it; C. KRENN, *Autonomy and Effectiveness Common Concerns: A Path to ECHR Accession After Opinion 2/13*, in *Germ. Law J.*, 2015, pp. 147 ss.; T. VON DANWITZ, *L'Union européenne et l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'Homme*, in *Dir. Un. Eur.*, 2015, pp. 317 ss. L'impostazione della Corte di giustizia è stata condivisa da Tesauro (intervento al convegno «Il parere contrario della Corte di giustizia sull'adesione dell'Unione europea alla Cedu», Macerata, 21 aprile 2015). Inoltre, il relatore della sentenza aveva già avuto modo di esprimere numerose perplessità circa le modalità di adesione, quali si andavano profilando durante i negoziati (A. TIZZANO, *Les Cours européennes et l'adhésion de l'Union à la CEDH*, in *Dir. Un. Eur.*, 2011, pp. 29 ss.).

internazionalistica, rivelano bene come, al di là degli aspetti tecnici, il parere 2/13 si iscriva in un orizzonte più ampio, in cui la posta in gioco è il ruolo dei diritti umani in una fase assai delicata del processo di integrazione europea.

Il presente scritto intende fornire una lettura del parere che volge soprattutto lo sguardo al futuro. Dato che la Corte ha ritenuto il Progetto di accordo e gli strumenti ad esso collegati non conformi al diritto primario dell'Unione, è chiaro che la partecipazione dell'UE al sistema CEDU potrà realizzarsi soltanto dopo che tutti gli evidenziati profili di incompatibilità siano stati rimossi. Ciò potrà avvenire attraverso una modifica del «pacchetto» sottoposto all'esame della Corte e/o dei Trattati istitutivi.

Corte locuta, larga parte della dottrina ha messo con ragione in evidenza come una modifica del Progetto di accordo, qualora recepisce tutte le indicazioni fornite nel parere in commento, svuoterebbe di significato la partecipazione dell'Unione al sistema di Strasburgo e sarebbe, di conseguenza, non auspicabile⁶. È nondimeno opportuno operare una distinzione all'interno dei numerosi rilievi contenuti nel parere. Alcuni degli ostacoli individuati dalla Corte – a prescindere dal fatto che le soggiacenti argomentazioni giuridiche risultino poco persuasive – potrebbero essere agevolmente rimossi senza pregiudicare l'obiettivo dell'adesione. Viceversa, altre modifiche al Progetto suggerite dal parere sarebbero incompatibili con l'oggetto e lo scopo della CEDU, o comunque costituirebbero riserve generali vietate dalla Convenzione.

Alla luce delle indicazioni fornite dalla Corte di giustizia, il presente contributo si propone di esaminare quali soluzioni siano configurabili per portare a compimento l'*iter* di adesione, operando anche, in un'ottica propositiva, un tentativo di riformulazione di

⁶ S. DOUGLASS-SCOTT, *Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR: a Christmas Bombshell from the European Court of Justice*, 23 dicembre 2014, in www.verfassungsblog.de; L. S. ROSSI, *Il Parere 2/13 della CGUE sull'adesione dell'UE alla Cedu: scontro fra Corti?*, 22 dicembre 2014, in www.sidisil.org/sidiblog; 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 www.uelawanalysis.blogspot.it.

alcune disposizioni del Progetto di accordo. Il principio ispiratore della proposta qui di seguito formulata, molto lontana da quella che si sarebbe potuto auspicare prima dell'adozione del parere, è quello di apportare le modifiche che sarebbero indispensabili per consentire ad un nuovo progetto di accordo di superare un eventuale vaglio della Corte di giustizia, senza tuttavia arrecare un *vulnus* (eccessivo) alla coerenza sistema CEDU. Seguirà un'analisi degli scenari che verrebbero ad aprirsi nell'ipotesi, che non è possibile escludere, in cui la riapertura dei negoziati non si realizzi o non abbia esiti positivi, di modo che l'Unione rinvii l'adesione *sine die* o si orienti verso soluzioni alternative rispetto ad essa.

2. *Profili di incompatibilità di natura procedurale evidenziati dalla Corte di giustizia: il meccanismo del co-respondent.* – Come si è anticipato, alcuni profili di incompatibilità evidenziati nel parere 2/13 potrebbero essere facilmente rimossi attraverso modifiche puntuali dell'accordo di adesione. Tre di essi attengono agli aspetti procedurali relativi al funzionamento del meccanismo del *co-respondent*, o «convenuto aggiunto», per usare la terminologia impiegata nella versione in lingua italiana del parere⁷.

In primo luogo, la Corte ha censurato il Progetto di accordo nella parte in cui affida alla Corte europea dei diritti dell'Uomo (da qui in avanti anche: Corte europea) la competenza a decidere circa la necessità del coinvolgimento dell'Unione europea (o degli Stati membri) a titolo di *co-respondent*. Più precisamente il Progetto

⁷ Sul meccanismo in questione v. J. M. CORTÉS MARTÍN, *Sur l'adhésion à la CEDH et la la sauvegarde de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union dans l'identification du défendeur pertinent: le mécanisme du codéfendeur*, in *Rev. Dr. Un. Eur.*, 2011, pp. 615 ss.; C. MORVIDUCCI, *L'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: un percorso non ancora concluso*, in *Studi integr. eu.*, 2013, pp. 56 ss.; A. DELGADO CASTELLEIRO, *United We Stand: The EU and its Member States in the Strasbourg Court*, in V. KOSTA - N. SKOUTARIS - V. TZEVELOKOS (a cura di) *The EU Accession to the ECHR*, Hart Publishing, Oxford, 2014, pp. 105 ss.; A. LIGUORI, *Sul meccanismo di co-respondent previsto nel progetto di accordo per l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti umani*, in *Riv. dir. int.*, 2014, pp. 174 ss.

prevede, all'art. 3, par. 5, che la Corte di Strasburgo debba stabilire se una richiesta di partecipazione a titolo di *co-respondent* sia motivata da argomenti plausibili. Secondo la Corte di giustizia, una tale valutazione, circa l'esistenza dei requisiti per la messa in moto del meccanismo *ex art. 3* del Progetto, interferirebbe con la ripartizione delle competenze fra l'Unione e i suoi Stati membri⁸. Per quanto quest'analisi sia tutt'altro che persuasiva⁹, sarebbe possibile procedere a una modifica del Progetto di accordo nel senso indicato nel parere, senza che ciò, agli effetti pratici, comporti problemi significativi per il corretto funzionamento del sistema CEDU¹⁰. A ben vedere, pare improbabile che l'UE o gli Stati membri chiedano di partecipare ad un procedimento davanti alla Corte di Strasburgo qualora non si realizzino le condizioni previste dal Progetto di accordo. Anche ammesso che una situazione del genere si verificasse, non sorgerebbero conseguenze particolarmente pregiudizievoli per i ricorrenti; anzi, questi ultimi potrebbero in ultima analisi avvantaggiarsi del fatto che una sentenza a loro favorevole vincolerebbe, oltre alla parte convenuta, anche il *co-respondent*. Costituirebbe certo un'anomalia l'attribuzione all'Unione europea del potere di prendere parte ai procedimenti instaurati nei confronti degli Stati membri, senza che sia consentito al giudice internazionale di esercitare alcun sindacato sulla necessità di tale partecipazione. Si deve peraltro osservare che, sotto il profilo sostanziale, qualora l'Unione intendesse esercitare tale potere in ipotesi in cui non sussista *prima facie* un suo coinvolgimento nella lesione del diritto fatto valere in giudizio, sarebbe comunque configurabile una responsabilità internazionale dell'organizzazione per aver riconosciuto come propria,

⁸ Parere 2/13, cit., par. 225.

⁹ Cfr. T. LOCK, *Oops! We did it again – The CJEU's Opinion on EU Accession to the ECHR*, 18 dicembre 2014, in www.verfassungsblog.de; S. VEZZANI, *The UE and Its Member States before the Strasbourg Court: A Critical Appraisal of the Co-respondent Mechanism*, in G. REPETTO (a cura di), *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, Intersentia, Antwerp, etc., 2013, pp. 225 ss.

¹⁰ In tal senso v. anche F. CHERUBINI, *In merito al parere 2/13 della Corte di giustizia dell'UE: qualche considerazione critica e uno sguardo de jure condendo*, in *Oss. AIC*, maggio 2015, p. 24.

almeno in parte, una condotta illecita che non le sarebbe stata altrimenti attribuibile¹¹. A ben vedere, a destare preoccupazione ai fini dell'effettiva tutela dei diritti garantiti dalla CEDU è, semmai, la situazione opposta, in cui il meccanismo non venga attivato nelle situazioni per far fronte alle quali esso è stato ideato¹². Ma sul punto il parere non introduce nessun elemento di novità, posto che il Progetto di accordo già escludeva il potere della Corte di Strasburgo di aggiungere l'Unione europea o gli Stati membri ad un procedimento in assenza del loro consenso.

In secondo luogo, il parere dichiara il Progetto di accordo non conforme al diritto primario, nella parte in cui esso affida alla Corte di Strasburgo il potere di decidere circa la necessità di un coinvolgimento della Corte di giustizia (art. 3, par. 6)¹³. Chi scrive aveva già avuto modo di mettere in luce l'inopportunità del meccanismo del previo coinvolgimento e non ha mutato opinione al riguardo¹⁴. A prescindere da questo ordine di valutazioni, l'ostacolo

¹¹ In dottrina si discute se una determinata condotta possa essere imputata a un soggetto di diritto internazionale per il solo fatto che questo l'abbia riconosciuta come propria (in senso critico v. P. PALCHETTI, *Comportamento di organi di fatto e illecito internazionale nel Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati*, in M. SPINEDI - A. GIANELLI - M. L. ALAIMO (a cura di), *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti. Problemi e spunti di riflessione*, Milano, 2006, pp. 21 ss.). Tale ipotesi è contemplata espressamente nel Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale dello Stato e, per quanto qui più interessa, dall'art. 9 del Progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali, adottato dalla Commissione del diritto internazionale nel 2011. Il commentario relativo allo stesso Progetto, che fa riferimento anche alla prassi dell'Unione europea, osserva come l'atteggiamento dell'organizzazione possa rilevare, a seconda dei casi, ai fini dell'attribuzione della condotta oppure della responsabilità (*Gen. Ass. Off. Recs.*, Sixty-sixth Session, Supp. No. 10 (A/66/10), 83 e 97 s.). Nel caso dell'adesione dell'UE alla CEDU (salvo immaginare l'attribuzione della stessa condotta internazionalmente illecita a più soggetti) sarebbe presumibilmente configurabile un'attribuzione di responsabilità, dato che l'art. 1, par. 4, del Progetto stabilisce che i comportamenti degli Stati membri restano attribuibili a questi ultimi anche se posti in essere in attuazione di obblighi previsti dal diritto UE.

¹² Sull'opportunità di introdurre un meccanismo di *intervention* force, rinvio a VEZZANI, *The EU and Its Member States*, cit., pp. 227 ss.

¹³ Parere 2/13, cit., par. 236 ss.

¹⁴ In senso critico nei confronti della procedura del «prior involvement», v.

individuato nel parere potrebbe essere superato modificando l'art. 3, par. 6, del Progetto, in modo da attribuire all'Unione il potere di ottenere la sospensione del procedimento per consentire una pronuncia della Corte di giustizia, senza che la Corte di Strasburgo possa dichiarare inammissibile una richiesta in tal senso in ragione del fatto che la prima Corte si sia già pronunciata sulla questione costituente l'oggetto della causa¹⁵. Di certo la soluzione prefigurata potrebbe condurre ad un ricorso eccessivo (se non abusivo) alla procedura di previo coinvolgimento, magari motivato dall'intento di sollecitare un *revirement* giurisprudenziale, col conseguente allungamento dei procedimenti a Strasburgo. Essa accentuerebbe altresì la situazione di privilegio attribuita alla Corte di giustizia, in contrasto col principio secondo cui l'Unione dovrebbe partecipare al sistema CEDU il più possibile su di un piano di parità rispetto agli Stati contraenti¹⁶. Tuttavia, sul piano pratico, gli inconvenienti connessi alla modifica del Progetto di accordo nel senso indicato potrebbero essere attenuati

anche, fra i molti, J. P. JACQUÉ, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*, in *CMLR*, 2011, pp. 1019 ss.; J. ODERMATT, *The EU's Accession to the European Convention on Human Rights: An International Law Perspective*, in *New York Univ. J. Int. Law & Pol.*, 2015, pp. 100 ss.; L. HALLESKOV STORGAAD, *EU Law Autonomy versus European Fundamental Rights Protection – On Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR*, in *HRLR*, 2015, p. 502.

¹⁵ Cfr. T. LOCK, *The Future of the European Union's Accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: Is It Still Possible and Is It Still Desirable?*, in *Eur. Const. Law Rev.*, 2015, p. 252.

¹⁶ Il principio dell'adesione «on equal footing», ossia su una base di parità rispetto agli Stati contraenti, era stato enunciato dalla Commissione europea nelle proprie raccomandazioni per il mandato a negoziare, oltre che nella relazione esplicativa al Progetto di accordo (per alcune considerazioni sul punto, sia pur relative prevalentemente agli aspetti di natura tipo istituzionale, v. T. SHILLING, *On Equal Footing: The Participation Rights Envisaged for the European Union After Its Accession to the European Convention on Human Rights*, in *HRLR*, 2014, pp. 197 ss.). Inoltre, l'esigenza di non riservare all'Unione europea un trattamento ingiustificatamente più favorevole rispetto alle altre Parti contraenti è stato sottolineato, a più riprese, dagli Stati del Consiglio d'Europa non appartenenti all'Unione europea: si vedano in tal senso le dichiarazioni rese durante la fase negoziale dalla Federazione russa (doc. 47+1(2012)002, Appendix VI, 4 luglio 2012) e da 16 Stati non appartenenti all'UE (doc. 47+1(2013)R04, Appendix III, 23 gennaio 2013).

fissando (nell'accordo di adesione o nel regolamento di procedura della Corte europea) un termine entro il quale la Corte di giustizia dovrebbe pronunciarsi, decorso il quale potrebbe riprendere il procedimento davanti alla Corte europea. Se rischia di produrre un inutile dispendio di energie processuali, la possibilità che la Corte di giustizia sia investita di questioni di interpretazione o di validità sulle quali si sia già pronunciata non è suscettibile, però, di pregiudicare l'effettività e la coerenza del sistema CEDU. È utile ricordare che la pronuncia della Corte di giustizia nell'ambito del procedimento di *co-respondent* non vincolerebbe la Corte europea. Nei casi, verosimilmente rari, in cui la pronuncia della Corte di giustizia e il conseguente operato delle altre istituzioni fossero sufficienti a far venir meno lo *status* di vittima del ricorrente, il meccanismo in esame condurrebbe ad una soluzione stragiudiziale della controversia. In tutti gli altri casi, la pronuncia della Corte di giustizia costituirebbe nient'altro che un ausilio interpretativo, utile ai fini della ricostruzione dei rilevanti elementi in punto di diritto europeo, in aggiunta alle memorie di convenuto e *co-respondent*.

Sempre a proposito del (farraginoso) meccanismo di previo coinvolgimento della Corte di giustizia, quest'ultima ha censurato il fatto che, secondo la formulazione del Progetto sottoposto al suo esame, la Corte medesima potrebbe pronunciarsi soltanto sulla validità degli atti all'origine dell'asserita violazione della CEDU e non anche sulla loro interpretazione¹⁷. Per quanto del tutto superflua, una precisazione in tal senso potrebbe essere inserita nell'art. 3, par. 6.

In terzo luogo, la Corte ritiene contrario al diritto primario l'art. 3, par. 7, del Progetto. Quest'ultimo dispone che, come regola generale, qualora constati una violazione della CEDU nell'ambito di un procedimento in cui è stata attivata la procedura del *co-respondent*, la Corte europea statuisca la responsabilità congiunta di convenuto e convenuto aggiunto. Tuttavia, lo stesso art. 3, par. 7, stabilisce che, a certe condizioni, essa possa accertare la responsabilità esclusiva dell'uno o dell'altro. Due sono i profili di contrarietà col diritto primario rilevati a questo riguardo nel parere.

¹⁷ Parere 2/13, cit., parr. 242 ss.

Da un lato, la Corte censura l'eccezione alla regola generale della responsabilità congiunta¹⁸. Si tratta invero di una soluzione poco felice, che è stata introdotta alla fine dei lavori preparatori del Progetto e, in effetti, si pone in contrasto con la *ratio* del meccanismo del *co-respondent*, ideato principalmente per non porre la Corte di Strasburgo nella condizione di dover ripartire la responsabilità fra Unione e Stati membri.

D'altro lato, la Corte ritiene che il principio della responsabilità congiunta potrebbe condurre ad affermare la responsabilità di uno Stato membro per violazione di una norma della Convenzione in relazione alla quale tale Stato abbia apposto una riserva¹⁹. Si tratta di una preoccupazione probabilmente eccessiva²⁰, ma che potrebbe essere dissipata attraverso l'inserimento di una clausola di salvaguardia.

Alla luce di quanto precede, apportando le sole modifiche indispensabili per superare il vaglio della Corte di giustizia, l'art. 3 dell'accordo potrebbe essere riformulato nel seguente modo:

«Article 3 – Co-respondent mechanism

¹⁸ *Ibidem*, parr. 229 ss.

¹⁹ *Ibidem*, parr. 227 ss.

²⁰ A ben vedere, nelle ipotesi in cui un ricorso avesse ad oggetto un'asserita violazione della CEDU, in relazione alla quale non sia configurabile una responsabilità dello Stato convenuto in ragione della formulazione di una riserva, la Corte europea dovrebbe semplicemente constatare che nessuna violazione della Convenzione ha avuto luogo (in tal senso P. GRAGL, *The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR*, in *Eur. Yearb. Hum. Rts.*, 2015, p. 44). Nella maggior parte dei casi non sarebbe configurabile neppure una responsabilità dell'Unione europea, aggiuntasi al procedimento a titolo di *co-respondent*. Infatti, secondo il già citato Progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali, l'Unione potrebbe incorrere in responsabilità per aver indotto lo Stato convenuto a compiere un atto che non comporta la violazione di alcun obbligo internazionale da parte di detto Stato, soltanto nelle ipotesi di coercizione (art. 16) oppure di elusione di un obbligo internazionale (art. 17). Per quanto riguarda la situazione opposta, in cui fosse l'Unione ad essere convenuta a Strasburgo, sembra assai improbabile che uno Stato sceglierebbe di partecipare come *co-respondent*, quando la causa riguardasse l'asserita violazione di una disposizione in relazione alla quale esso abbia formulato una riserva.

1. Article 36 of the Convention shall be amended as follows:

omissis

b. a new paragraph 4 shall be added at the end of Article 36 of the Convention, which shall read as follows:

“4. The European Union or a member State of the European Union may become a co-respondent to proceedings in the circumstances set out in the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. A co-respondent is a party to the case. The admissibility of an application shall be assessed without regard to the participation of a co-respondent in the proceedings.”

2. Where an application is directed against one or more member States of the European Union, the European Union may become a co-respondent to the proceedings in respect of an alleged violation notified by the Court *when the European Union deems* that such allegation calls into question *the international responsibility of the European Union. In particular, this may happen when the said allegation calls into question* the compatibility with the rights at issue defined in the Convention or in the protocols to which the European Union has acceded of a provision of European Union law, including decisions taken under the Treaty on European Union and under the Treaty on the Functioning of the European Union, notably where that violation could have been avoided only by disregarding an obligation under European Union law.

omissis

5. A High Contracting Party shall become a co-respondent either by accepting an invitation from the Court *or by its own motion. The Rules of Court shall determine the period within which the interested High Contracting Party may exercise the power to participate in the proceedings as a co-respondent.*

6. In proceedings to which the European Union is a co-respondent, *the European Union can obtain the suspension of the proceedings to allow the Court of Justice of the European Union to interpret the provision of European Union law as under paragraph 2 of this article or to assess its* compatibility with the rights at issue defined in the Convention or in the protocols to which the European Union has acceded. 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.

7. If the violation in respect of which a High Contracting Party is a co-respondent to the proceedings is established, the respondent and the co-respondent shall be jointly responsible for that violation. *The European Union shall however bear exclusive responsibility where the violation concerns a provision of the ECHR in respect of which that Member State has made a reservation in accordance with Article 57 of the ECHR.*

8. *omissis* ²¹».

La Corte sottolinea la necessità di un'informazione sistematica in merito ai ricorsi pendenti a Strasburgo, la quale è in effetti indispensabile affinché l'Unione e gli Stati membri siano portati a conoscenza di quelli in cui potrebbero avere interesse ad intervenire in qualità di *co-respondent*. Si legge al riguardo nel parere: «la procedura di previo coinvolgimento dovrebbe essere congegnata in modo tale che, per ogni causa pendente dinanzi alla Corte di Strasburgo, venga trasmessa 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»²². Francamente, un tale aggravio del lavoro di entrambe le corti non pare giustificato, considerata anche l'inutilità di trasmettere alla Corte di Lussemburgo informazioni circa i numerosissimi ricorsi avverso gli Stati membri che non siano collegati in alcun modo col diritto dell'Unione. Il risultato voluto dalla Corte potrebbe essere raggiunto più efficacemente attraverso un riferimento, in una dichiarazione unilaterale dell'Unione e nel diritto derivato che darà attuazione all'accordo, all'obbligo degli Stati membri di tenere l'Unione informata sui ricorsi promossi nei loro confronti e che presentino un collegamento col diritto UE. Peraltro, un obbligo siffatto incomberebbe comunque sugli Stati membri come corollario

²¹ Le modifiche apportate rispetto alla versione del Progetto sottoposta all'esame della Corte sono segnalate in corsivo.

²² Parere 2/13, cit., par. 241.

dell'obbligo generale di leale collaborazione²³.

Il tentativo appena svolto, di tradurre in una proposta normativa le indicazioni della Corte di giustizia, mette ben in evidenza come le modifiche di natura procedurale auspiccate a Lussemburgo contribuirebbero ad accentuare la posizione di privilegio, rispetto a tutte le altre Parti contraenti, che il meccanismo di *co-respondent* disciplinato dal Progetto del 2013 già accorda all'Unione europea. Non soltanto all'Unione verrebbe attribuito il potere di partecipare a un procedimento a titolo di *co-respondent* senza che la Corte europea possa sindacare la plausibilità delle motivazioni alla base di tale scelta. Le sarebbe anche consentito, una volta attivato il meccanismo in questione, di sollecitare unilateralmente una pronuncia incidentale della Corte di giustizia.

In considerazione di ciò, pare tutt'altro che scontato le modifiche di cui sopra – pur non alterando in maniera significativa l'efficacia del meccanismo di controllo esterno previsto dal sistema CEDU – sarebbero approvate dai diciannove Stati del Consiglio d'Europa non appartenenti all'Unione.

3. (segue) *Incompatibilità col diritto primario del sistema dei ricorsi inter-parti e del Protocollo n. 16.* – Un ulteriore profilo di incompatibilità sul piano procedurale del Progetto di accordo col diritto UE, rilevato nel parere 2/13, si collega all'art. 344 TFUE, secondo il quale la Corte di giustizia ha competenza esclusiva a conoscere delle controversie fra Stati membri relative all'interpretazione e all'applicazione del diritto dell'Unione²⁴. È pacifico che uno Stato membro compierebbe una violazione del diritto UE qualora convenisse dinanzi alla Corte di Strasburgo un altro Stato membro, in relazione a una questione regolata *anche* dal diritto dell'Unione europea. Secondo una giurisprudenza costante, l'obbligo

²³ Cfr. N. LAZZERINI, “*Questo matrimonio (così?) non s'ha da fare*”: il parere 2/13 della Corte di giustizia sull'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea sui diritti dell'uomo, in *Oss. fonti*, fasc. 1/2015, p. 22; LOCK, *The Future of the European Union's Accession*, cit., p. 253.

²⁴ Cfr. parere 2/13, cit., parr. 201 ss.

di non sottoporre le controversie che mettano in gioco l'applicazione del diritto UE a modi di composizione diversi da quelli contemplati dai Trattati, essendo espressione dell'obbligo generale di leale collaborazione, deve intendersi esteso anche alle controversie fra gli Stati membri e l'Unione²⁵.

Le considerazioni che precedono non implicano tuttavia la necessità di inserire nell'accordo una clausola mirante a escludere espressamente la possibilità, per l'Unione o gli Stati membri, di investire la Corte europea di una controversia sorta fra di loro, in cui venga in discussione il diritto dell'Unione. Come sottolineato anche dall'Avvocato generale Kokott, non è infatti configurabile nessun contrasto fra l'art. 344 e un accordo internazionale che contempli la *mera facoltà* di sottoporre ricorsi inter-parti ad un organo giurisdizionale esterno²⁶. *Bon gré mal gré*, occorre prendere atto che la Corte di giustizia perviene alla conclusione di segno opposto. Ciò non può che destare stupore, anche perché mette in discussione la conformità rispetto al diritto primario di numerosi accordi misti (a cominciare dal *Dispute Settlement Understanding* dell'OMC), i quali non escludono espressamente l'attivazione di procedimenti giurisdizionali esterni all'UE per la soluzione delle controversie scaturite fra Stati membri *inter se*, o fra questi e l'Unione europea.

Alla luce di quanto statuito nel parere, circa la contrarietà del Progetto di accordo rispetto all'art. 344 TFUE, è opportuno riflettere su quali modifiche potrebbero essere utilmente apportate al Progetto. Nel far ciò si deve muovere dalla considerazione che il meccanismo dei ricorsi inter-statali (in uno scenario post-adesione: ricorsi inter-parti) contribuisce alla tutela degli interessi collettivi protetti dalla Convenzione europea, dalla quale scaturiscono obblighi internazionali di natura solidale, ossia *erga omnes partes*. Proprio in ragione della funzione sistemica da essi svolta, sarebbe preferibile che alla possibilità di avvalersi dei ricorsi in questione fossero apportate soltanto le restrizioni strettamente necessarie. In particolare dovrebbe essere fatta salva la possibilità di sottoporre alla Corte di Strasburgo qualsiasi controversia che, pur coinvolgendo gli Stati membri ed

²⁵ *Ibidem*, par. 202.

²⁶ Presa di posizione, cit., spec. parr. 116-119.

eventualmente la stessa Unione, verta su questioni non rientranti nell'ambito di applicazione del diritto UE²⁷. Il parere pone peraltro dei paletti assai rigidi al riguardo, in quanto, secondo l'orientamento della Corte, sarebbe necessario un intervento della Corte di giustizia al fine di stabilire quali siano i ricorsi ammissibili. Anche con riguardo ai ricorsi inter-parti varrebbe infatti la considerazione fatta dalla Corte di giustizia a proposito del meccanismo del *co-respondent*, secondo cui non può essere affidato alla Corte di Strasburgo il compito di stabilire se la questione dedotta in controversia sia regolata o meno dal diritto dell'Unione²⁸.

Alla luce di quanto precede, per recepire le indicazioni fornite dal parere 2/13, l'attuale art. 4 del Progetto (*Inter-Party cases*) potrebbe essere integrato con due nuovi paragrafi del seguente tenore:

«3. Inter-Party applications shall not be deemed admissible in case of disputes involving Member States of the European Union and the European Union, in so far as such disputes revolve around questions regulated by EU law. The provision of this paragraph will not affect the jurisdiction of the Court in case of disputes to which European Union law is not applicable.

4. In case of inter-Party applications under paragraph 3, sufficient time shall be afforded for the Court of Justice of the European Union to assess whether the dispute calls into question the application of EU law».

L'ultima difficoltà di natura procedurale che riguarda l'adesione, discussa nel parere 2/13, concerne il Protocollo n. 16 alla CEDU²⁹. Come è noto, una volta entrato in vigore, quest'ultimo consentirà ai giudici degli Stati contraenti di chiedere alla Corte di Strasburgo un parere consultivo su questioni di principio relative all'interpretazione della Convenzione. La Corte di giustizia censura il fatto che il Progetto non contenga «alcuna disposizione in merito all'articolazione

²⁷ Cfr. GRAGL, *The Reasonableness of Jealousy*, cit., pp. 41 ss.; *contra* T. LOCK, *EU Accession to the ECHR: Implications for Judicial Review in Strasbourg*, in *Eur. Law Rev.*, 2010, pp. 796 ss.

²⁸ LOCK, *The Future of the European Union's Accession*, cit., pp. 255 ss.

²⁹ Parere 2/13, cit., parr. 196 ss.

del meccanismo istituito dal Protocollo n. 16 con la procedura di rinvio pregiudiziale contemplata dall'articolo 267 TFUE»³⁰ e ritiene che il meccanismo «parallelo» previsto dal Protocollo possa pregiudicare l'autonomia e l'efficacia della procedura *ex art. 267 TFUE*. Come già si è avuto modo di sottolineare³¹, la pronuncia della Corte sul punto appare *ultra vires*, in quanto la domanda di parere non riguardava il Protocollo suddetto, ancora non in vigore sul piano internazionale e la cui sottoscrizione da parte dell'Unione non è nemmeno in discussione. La Corte ha inteso inviare un monito agli Stati membri, per ricordare loro che la possibilità prevista dal Protocollo n. 16, di coinvolgimento della Corte di Strasburgo, non deve essere considerata come un'alternativa al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia – obbligatorio per i giudici di ultima istanza. Nuovamente, non si può che dissentire dalla Corte. Il Protocollo n. 16 non vincola in alcun modo gli Stati a operare il rinvio alla Corte europea per chiederle delucidazioni circa l'interpretazione della Convenzione. Né, del resto, l'opportunità di operare un rinvio alla Corte europea in base al Protocollo n. 16 esclude la possibilità di un successivo rinvio alla Corte di giustizia, qualora la controversia pendente davanti al giudice *a quo* metta in gioco l'applicazione del diritto dell'Unione. Basterebbero queste considerazioni per ritenere che nessun riferimento al Protocollo debba essere introdotto nell'accordo di adesione. Ancora una volta, tuttavia, non è possibile ignorare il parere, nella parte in cui afferma che l'accordo si pone in contrasto con l'autonomia e l'efficacia della procedura di rinvio pregiudiziale, proprio in quanto esso difetta di una «disposizione in merito all'articolazione del meccanismo istituito dal Protocollo n. 16 con la procedura di rinvio pregiudiziale contemplata dall'articolo 267 TFUE»³².

Se la Corte richiede l'inclusione di un'apposita disposizione nel

³⁰ *Ibidem*, par. 199. Questa parte del parere è stata accolta con favore da M. SHEININ, *CJEU Opinion 2/13 – Three Mitigating Circumstances*, 26 dicembre 2014, in www.verfassungsblog.de.

³¹ S. VEZZANI, “*Gl'è tutto sbagliato, gl'è tutto da rifare!*”: la Corte di giustizia frena l'adesione dell'UE alla CEDU, 23 dicembre 2014, in www.sidisil.org/sidiblog.

³² Parere 2/13, cit., par. 199.

Progetto, nulla nel parere indica che quest'ultima debba prevedere una limitazione della competenza della Corte di Strasburgo ad emanare pareri su richiesta dei giudici degli Stati UE, quando essi siano investiti di controversie che comportano l'applicazione del diritto dell'Unione. Pertanto, per mettere l'accordo al riparo dall'unico rischio menzionato dalla Corte, ossia quello di elusione della procedura di rinvio pregiudiziale, basterebbe introdurre una clausola di salvaguardia – del tutto superflua se non fosse per il *dictum* della Corte di giustizia³³ – del seguente tenore:

«The entry into force of Protocol 16 shall not affect the duties of Member States of the European Union under Article 267 TFEU».

4. *Profili di incompatibilità di natura sostanziale connessi all'art. 53 della CEDU e alla salvaguardia del principio di fiducia reciproca fra gli Stati membri.* – Occorre procedere a questo punto a esaminare i profili di incompatibilità del Progetto di accordo con il diritto dell'Unione che hanno natura sostanziale e quindi valutare, in linea con le finalità del presente contributo, la fattibilità di una modifica del testo dell'accordo nel senso indicato dalla Corte di giustizia. Due profili sono strettamente collegati e si prestano ad una trattazione congiunta. Il terzo, relativo alla PESC, sarà affrontato di seguito in un apposito paragrafo.

Un primo nodo problematico concerne l'art. 53 della CEDU, il quale precisa che il livello di tutela predisposto dalla Convenzione europea dei diritti umani costituisce uno *standard* minimo al di sotto del quale nessuno Stato contraente può scendere, rimanendo salva la facoltà degli Stati di prevedere nel proprio ordinamento una tutela più elevata dei diritti corrispondenti a quelli enunciati nella Convenzione. Ad avviso della Corte di giustizia, il Progetto di accordo è censurabile nella parte in cui non specifica che l'art. 53 suddetto non può essere utilizzato per consentire a uno Stato di predisporre un livello più

³³ S. PLATON, *Le rejet de l'accord d'adhésion de l'Union européenne à la CEDH par la Cour de justice: un peu de bon droit, beaucoup de mauvaise foi?*, in *Rev. dr. lib. fond.* (www.revuedlf.com), chronique no. 13.

elevato di tutela, tale da «compromettere il livello di tutela previsto dalla Carta [dei diritti fondamentali dell'Unione europea], nonché il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione»³⁴. Nella sentenza *Melloni*, con riguardo al corrispondente art. 53 della Carta dei diritti fondamentali, la Corte di giustizia aveva già avuto modo di pronunciarsi nel senso dell'impossibilità per uno Stato membro di invocare l'esistenza di un livello più elevato di tutela dei diritti fondamentali, nell'ambito del proprio ordinamento, per sottrarsi agli obblighi scaturenti dall'appartenenza all'Unione europea³⁵. È d'uopo osservare, tuttavia, che l'art. 53 della CEDU si limita ad attribuire una facoltà agli Stati parti della Convenzione, per cui non pare configurabile alcun conflitto di obblighi in capo agli Stati che siano anche membri dell'Unione³⁶.

Come in relazione al ravvisato contrasto col Protocollo n. 16, anche in questo caso la Corte ritiene necessario l'inserimento di una clausola *ad hoc*, volta ad assicurare un coordinamento fra i due sistemi (UE e CEDU) di tutela dei diritti umani. È tutt'altro che chiaro che cosa la Corte intenda per “coordinamento”. Certamente incompatibile con l'oggetto e lo scopo della CEDU sarebbe l'inserimento nell'accordo di adesione di una norma che, con riferimento agli Stati membri, elevi la tutela dei diritti umani fornita in ambito UE (*in primis* dalla Carta di Nizza-Strasburgo) a *standard* massimo che essi sono tenuti a garantire³⁷, o comunque limiti o escluda il sindacato

³⁴ *Ibidem*, cit., par. 189.

³⁵ Corte di giustizia, sentenza 26 febbraio 2013, causa C-399/11, riprodotta in *Riv. dir. int.*, 2013, pp. 971 ss. Come è noto, nel caso di specie i giudici spagnoli intendevano non dare esecuzione ad un mandato di arresto europeo in relazione ad una sentenza pronunciata *in absentia*, fornendo una tutela più elevata del diritto ad un equo processo di quella prevista dalla decisione quadro dell'Unione. V. anche, più recentemente, *Hernandez* (causa C-198/13), sent. 10 luglio 2014, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

³⁶ V. in tal senso G. GAJA, *Una mancata disconnessione relativamente alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo?*, in *Riv. dir. int.*, 2015, p. 178; HALBERSTAM, “*It's the Autonomy, Stupid!*”, cit., pp. 123 ss.; J-P. JACQUÉ, *Pride and/or Prejudice? Les lectures possible de l'avis 2/13 de la Cour de justice*, *Cahiers Droit eur.*, 2015, p. 33.

³⁷ Cfr. ROSSI, *Il Parere 2/13 della CGUE sull'adesione dell'UE alla Cedu*, cit.

della Corte europea sui comportamenti degli Stati che siano conformi alla Carta. Mutuando le parole di Zagrebelski, si potrebbe dire che una soluzione del genere, «erigendo l'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione a baluardo inespugnabile», vuoterebbe di significato il controllo esterno della Corte europea, ricreando «l'eccezione della “giurisdizione domestica”, che lo sviluppo dei diritti fondamentali, in Europa e fuori, ha superato ed escluso»³⁸.

A ben vedere, però, il parere non richiede una modifica così incisiva³⁹. Assecondando i *desiderata* della Corte, in assenza di una modifica del diritto primario, una clausola di salvaguardia potrebbe essere introdotta nell'accordo di adesione, o più opportunamente in una dichiarazione unilaterale dell'UE, del seguente tenore:

«Article 53 of the Convention, allowing States to provide higher standards of protection than those required by the Convention itself, shall not be interpreted as authorizing Member States of the European Union to infringe upon the obligations stemming from European Union membership».

Prima facie la clausola in questione sembra non apportare alcun elemento innovativo, non incidendo sugli obblighi che la Convenzione europea pone in capo agli Stati membri dell'Unione. Tuttavia, essa finirebbe comunque per svolgere una funzione conservativa, frenando l'evoluzione della Convenzione quale «strumento vivente dell'ordine pubblico europeo». Si deve infatti considerare che la maggior parte degli Stati contraenti della CEDU sono membri dell'Unione europea. Anche se la clausola di cui sopra non consentirebbe a tali Stati di invocare il diritto UE per sottrarsi agli obblighi posti dalla Convenzione *quale vigente al momento dell'adesione*, essa impedirebbe, tuttavia, alla Corte europea di interpretare in maniera evolutiva le norme della Convenzione, in modo da prevedere un

³⁸ G. ZAGREBELSKY, *L'UE e il controllo esterno della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa. La barriera elevata dalla Corte di giustizia*, in *Dir. um. dir. int.*, 2015, p. 130.

³⁹ Così A. GUAZZAROTTI, *Il parere della Corte di giustizia sull'adesione dell'Unione alla CEDU e la crisi dell'euro: due facce della stessa medaglia?*, in *Quad. cost.*, 2015, p. 193.

livello di tutela più alto in contrasto con quanto imposto agli Stati dal diritto UE.

Ancora più problematica è l'individuata lesione del principio di fiducia reciproca fra gli Stati membri, soprattutto nell'ambito dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Appare qui evidente la preoccupazione della Corte nei confronti della giurisprudenza della Corte europea, tendente a censurare le condotte statali poste in attuazione di atti (quali la decisione quadro in materia di mandato di arresto europeo, il «sistema di Dublino» in materia di asilo oppure i regolamenti in materia di diritto processuale civile internazionale), che, salvo ipotesi eccezionali, vietano loro di esaminare il rispetto dei diritti umani da parte degli altri Stati membri⁴⁰.

A proposito del principio della «mutua fiducia», alcuni autori vi hanno individuato l'espressione di un «federalismo orizzontale», avente come principale obiettivo quello di promuovere l'interdipendenza fra Stati che condividono valori comuni (*ex art. 2 e art. 6 TUE*), salvaguardando al contempo le specificità degli ordinamenti nazionali in un'ottica pluralista⁴¹. È stato, addirittura, detto che «[l']autorité du droit de l'Union sur les droit nationaux se justifie en dernier ressort par la nécessité d'assurer le respect des instruments de confiance mutuelle qui assurent le décloisonnement des droits nationaux et leur progressive interdépendance»⁴².

Questa tesi, tuttavia, non convince, nella misura in cui attribuisce un rilievo preminente alla realizzazione del coordinamento orizzontale fra gli Stati membri, mentre questo è soltanto uno dei numerosi fini dell'integrazione europea. Si deve aggiungere che, diversamente dal rispetto dei diritti fondamentali, il principio della mutua fiducia non è annoverato fra i valori fondanti del diritto dell'Unione di cui all'art. 2

⁴⁰ Cfr. le sentenze della Corte europea nei casi *MSS c. Belgio e Grecia* (sent. 21 gennaio 2011, ricorso n. 30696/09) e *Tarakhel c. Svizzera* (sent. 4 novembre 2014, ricorso n. 29217/12), sulle quali v. E. DUBOUT, *Une question de confiance: nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'Homme*, in *Cahiers dr. eur.*, 2015, pp. 97 ss.; C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea*, in *Riv. dir. int.*, 2015, pp. 701 ss.

⁴¹ DUBOUT, *Une question de confiance*, cit., spec. p. 93.

⁴² *Ibidem*.

TUE. Al contrario, l'art. 67, par. 1, e l'art. 78, par. 1, TFUE subordinano chiaramente le esigenze connesse alla realizzazione dello spazio di sicurezza e giustizia al rispetto dei diritti fondamentali, così come del principio di *non-refoulement* e della Convenzione di Ginevra del 1951 relativa allo *status* dei rifugiati. A prescindere dall'adesione alla CEDU, è dunque lo stesso diritto dell'Unione a imporre che la presunzione di tutela equivalente, sulla quale si basano numerosi atti dell'Unione, non operi come una «finzione giuridica»⁴³ utilizzata per legittimare violazioni dei diritti dell'uomo.

Del resto, persino nell'ambito degli Stati federali la presunzione di un omogeneo livello di tutela dei diritti fondamentali su tutto il territorio nazionale non potrebbe essere fatta valere dal Governo centrale per sottrarsi ai propri obblighi internazionali in materia di diritti umani. Ad esempio, uno Stato parte alla CEDU non potrebbe invocare la presunzione del rispetto dei diritti umani entro il proprio territorio per trasferire richiedenti asilo verso regioni in cui essi rischiano di essere sottoposti a trattamenti inumani e degradanti⁴⁴. Non si vede, dunque, perché i meccanismi di mutuo riconoscimento e l'instaurazione di una fiducia reciproca fra gli Stati membri dovrebbero assumere un ruolo di maggior rilievo, quali elementi identificativi dell'ordinamento, nell'ambito di un'Unione che si compone di Stati portatori di ordinamenti giuridici assai più eterogenei fra di loro di quelli che si rinvencono tipicamente all'interno di uno Stato federale.

Tornando al parere, come osservato da Rossi, la Corte sembra «esigere una dichiarazione di equivalenza *a priori* fra gli standard dell'UE e quelli della CEDU»⁴⁵. Introdurre una siffatta clausola di salvaguardia, che esoneri gli Stati membri da responsabilità internazionale qualora essi agiscano in attuazione di atti dell'Unione fondati sul principio del mutuo riconoscimento, arrecherebbe un *vulnus* inaccettabile al sistema CEDU. Siffatta clausola sarebbe inoltre

⁴³ E. SPAVENTA, *The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13*, in *Maastricht Jour. Eur. Comp. Law*, 2015, p. 51.

⁴⁴ Per tale rilievo, v. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione*, cit., p. 720.

⁴⁵ ROSSI, *Il Parere 2/13 della CGUE sull'adesione dell'UE alla Cedu*, cit.

assimilabile ad una riserva generale vietata dall'art. 57 della Convenzione europea⁴⁶. È dunque da respingere recisamente una modifica all'accordo di adesione che implichi la creazione di «aree franche», in cui gli Stati UE siano esonerati dal rispetto dei diritti umani per come essi sono tutelati dalla Convenzione.

L'unica soluzione percorribile, per fare salvo il principio della fiducia reciproca senza stravolgere l'oggetto e lo scopo della CEDU, è che in tali casi sia l'Unione ad assumersi la responsabilità internazionale per gli atti posti in essere dagli Stati membri⁴⁷. Un risultato del genere potrebbe essere raggiunto anche attraverso il ricorso al meccanismo del *co-respondent*⁴⁸. Sarebbe a tal fine necessario introdurre una modifica alla dichiarazione dell'Unione allegata all'accordo, la quale specifica in quali ipotesi l'Unione si impegna a partecipare al procedimento come *co-respondent*. Ciò dovrebbe accadere ogniquale volta ad essere convenuto sia uno Stato membro, il quale abbia agito in attuazione di un atto UE che gli imponeva di collaborare con le autorità di un altro Stato membro,

⁴⁶ Non persuade al riguardo la tesi di KRENN, *Autonomy and Effectiveness Common Concerns*, cit., p. 165, ad avviso del quale sarebbe valida una riserva apposta dall'Unione, relativamente agli artt. 3 ed 8 della CEDU, in modo da fare salva l'interpretazione che di tali disposizioni è accolta dalla normativa europea materia di asilo. Anche ammesso che una riserva del genere possa considerarsi come avente un oggetto specifico e non come una riserva generale ex art. 57 CEDU, essa sarebbe nondimeno contraria all'oggetto e allo scopo della Convenzione; in quanto tale, sarebbe ritenuta dalla Corte europea come non apposta (su questa giurisprudenza in materia di riserve v. D. RUSSO, *L'efficacia dei trattati sui diritti umani*, Milano, 2012, pp. 43 ss.). Lo stesso può dirsi della soluzione proposta da T. Lock, secondo cui dovrebbe essere inserita nell'accordo di adesione una disposizione del seguente tenore: «Member States of the EU cannot be held responsible under the Convention for failing to carry out a review of another Member State's compliance with Convention rights» (LOCK, *The Future of the European Union's Accession*, cit., p. 261).

⁴⁷ Cfr. HALBERSTAM, *"It's the Autonomy, Stupid!"*, cit., p. 135.

⁴⁸ Nel caso di specie sarebbe configurabile una responsabilità internazionale dell'Unione, per avere fatto proprio il comportamento dello Stato membro, senza che si realizzi un'attribuzione all'Unione del comportamento illecito. Non sarebbe quindi necessaria una modifica dell'art. 1, par. 4 del Progetto di accordo, che prevede l'attribuzione agli Stati anche degli atti da essi posti in essere in attuazione di un obbligo di diritto UE.

presumendo che quest'ultimo fornisca un'adeguata tutela dei diritti umani. La clausola potrebbe essere così formulata:

«The European Union will ensure that it will become a co-respondent to the proceedings before the European Court of Human Rights, where proceedings are brought against a Member States which has acted in pursuance of a EU act based on the principle of mutual trust. In case of a judgment establishing a violation of the European Convention on Human Rights, the Union will acknowledge full responsibility, so that the respondent State shall suffer no negative consequence for implementing the EU act».

5. (segue) *Il nodo della PESC*. – Veniamo ora all'ultimo, e maggiormente problematico, profilo di incompatibilità individuato nel parere. Ad avviso della Corte di giustizia, il progetto di accordo non sarebbe conforme al diritto primario dell'Unione in quanto affiderebbe alla Corte di Strasburgo la competenza a pronunciarsi su ricorsi relativi ad azioni od omissioni poste in essere nell'ambito della politica estera e di sicurezza⁴⁹. Come è noto, anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, in questo settore la Corte di giustizia dispone di competenze limitate⁵⁰. Come regola generale, ex art. 24, par. 1, TUE, gli atti PESC sono sottratti al sindacato della Corte. Due eccezioni sono previste agli artt. 40 TUE e 275 TFUE. In base al primo articolo, la Corte può verificare che gli atti PESC non siano stati adottati in base ad un erroneo fondamento normativo, pregiudicando le attribuzioni delle istituzioni in altri settori; alla stregua del secondo articolo, la Corte può esercitare un sindacato sulla legittimità delle decisioni PESC che prevedono misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche.

Nel corso del procedimento, attraverso un'interpretazione estensiva dell'art. 275 TFUE, la Commissione aveva cercato invano di

⁴⁹ Parere 2/13, cit., parr. 249 ss.

⁵⁰ V. sul punto N. LAZZERINI, *La tutela giurisdizionale degli individui rispetto agli atti PESC nella prospettiva del Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. int.*, 2009, pp. 1086 ss.

dimostrare che anche in materia di PESC il diritto dell'Unione fornisce un livello di tutela giurisdizionale corrispondente a quello richiesto dagli artt. 6 e 13 della CEDU. In particolare, secondo la Commissione, la nozione di «decisioni che prevedono misure restrittive» dovrebbe essere intesa in modo da ricomprendere non soltanto tutti gli atti PESC suscettibili di ledere i diritti fondamentali individuali, ma anche le attività meramente materiali⁵¹. Inoltre, sebbene l'art. 275 faccia riferimento esclusivamente all'impugnazione degli atti PESC da parte dei singoli, ad avviso della Commissione, la Corte di giustizia sarebbe competente anche a pronunciarsi sulle azioni di risarcimento e sulle domande di pronuncia pregiudiziale⁵².

Pur non condividendo la tesi della Commissione, nella propria presa di posizione l'Avvocato Generale Kokott aveva formulato una ricostruzione volta a valorizzare il ruolo svolto dai giudici nazionali nella garanzia del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva. Il passaggio maggiormente significativo del ragionamento di Kokott è quello secondo cui, non esistendo un sindacato accentrato sull'interpretazione e la validità degli atti PESC, non troverebbe applicazione la giurisprudenza *Foto-Frost*⁵³. In altri termini, per quanto riguarda gli atti PESC che esorbitano dalla competenza della Corte di giustizia, i giudici nazionali sarebbero liberi non soltanto di interpretare gli atti in questione, ma anche di valutare essi stessi la loro conformità col diritto UE di rango sovraordinato, disapplicandoli nel caso concreto quando ne accertino l'incompatibilità⁵⁴. Preme sottolineare che il ruolo dei giudici nazionali, quali «giudici naturali» del diritto UE a fianco dei giudici dell'Unione è stato più volte messo in evidenza dalla Corte di giustizia⁵⁵. In particolare, nel parere 1/09, quest'ultima ha censurato l'accordo istitutivo del Tribunale dei brevetti europeo e comunitario, proprio in quanto il nuovo tribunale

⁵¹ Presa di posizione, cit., par. 86; parere 2/13, parr. 94 ss.

⁵² *Ibidem*, cit., par. 86.

⁵³ Corte di giustizia, sentenza 22 ottobre 1987, causa 314/85, *Foto-Frost*, in *Raccolta*, 4199.

⁵⁴ Presa di posizione, cit., parr. 100 ss.

⁵⁵ V. Corte di giustizia, sent. 4 novembre 1997, *Parfums Christian Dior*, causa C-337/95, in *Raccolta*, I-6013.

internazionale si sarebbe sostituito ai tribunali degli Stati membri, privandoli delle loro competenze in relazione all'applicazione e all'interpretazione del diritto dell'Unione⁵⁶.

Nel parere 2/13, la Corte constata come «allo stato attuale del diritto dell'Unione, taluni atti adottati nell'ambito della PESC sfuggono al controllo giurisdizionale della Corte»⁵⁷. Su questa premessa, esclude che, a seguito dell'adesione, la Corte europea possa essere legittimata «a pronunciarsi sulla conformità alla CEDU di determinati atti, azioni od omissioni posti in essere nell'ambito della PESC e, in particolare, di quelli per i quali la Corte non ha competenza a verificare la loro legittimità in rapporto ai diritti fondamentali»⁵⁸. Apparentemente, questo ragionamento sembrerebbe in linea con il principio affermato costantemente in vari pareri della Corte, secondo cui non è conforme ai Trattati l'attribuzione ad un organo giurisdizionale esterno di poteri iudicanti, suscettibili di pregiudicare le competenze dell'Unione e l'autonomia del suo ordinamento⁵⁹.

In realtà il ragionamento della Corte è poco convincente. Come è stato bene messo in evidenza dallo stesso Avvocato generale, nel caso in esame, in difetto di una competenza giurisdizionale della Corte di giustizia in relazione ad atti, azioni o omissioni in ambito PESC, il sindacato esterno della Corte europea non potrebbe pregiudicare competenze... di cui il giudice dell'Unione è sprovvisto⁶⁰. D'altra parte, la Corte di giustizia pare dimenticare che, dopo l'adesione, in

⁵⁶ Parere 1/09, 8 marzo 2011, in *Raccolta*, I-1137.

⁵⁷ Parere 2/13, cit., par. 252.

⁵⁸ *Ibidem*, cit., par. 254.

⁵⁹ Cfr. Corte di giustizia, parere 1/91, 14 dicembre 1991, in *Raccolta*, I-6079, punto 35; parere 1/00, 18 aprile 2002, in *Raccolta*, I-3493, punti 11-12; parere 1/09, cit., punto 76.

⁶⁰ LAZZERINI, “*Questo matrimonio (così?) non s'ha da fare*”, cit., p. 24. Si può osservare incidentalmente che anche in relazione agli Stati parti, si possono dare casi in cui la Corte europea è chiamata a valutare la conformità alla CEDU di atti, azioni o omissioni che sfuggono al sindacato dei giudici nazionali, ad esempio per l'operare di immunità dalla giurisdizione, o in virtù dell'applicazione di dottrine quali quella dell'*Act of Government*.

ipotesi simili a quelle verificatesi nel caso *Matthews*⁶¹, in base al Progetto di accordo la Corte europea ben potrebbe valutare la convenzionalità del diritto primario dell'Unione, vale a dire di norme europee parimenti sottratte al sindacato del giudice dell'Unione⁶².

Ha fatto molto discutere anche il passaggio del parere in cui si afferma che «[u]na simile situazione equivarrebbe ad affidare il controllo giurisdizionale degli atti, delle azioni o delle omissioni sopra citate – quand'anche vertente unicamente sul rispetto dei diritti garantiti dalla CEDU – in via esclusiva ad un organo esterno all'Unione»⁶³. In questa frase è stata letta l'implicita esclusione di un controllo giurisdizionale sugli atti PESC esercitato in maniera diffusa dai giudici nazionali⁶⁴. Ad avviso di chi scrive, il *dictum* ammette un'interpretazione alternativa, che non pregiudica la possibilità di un controllo ad opera dei giudici nazionali in merito alla validità degli atti PESC. A sostegno della lettura che pare preferibile vi è il fatto che la Corte di giustizia evita volutamente di prendere posizione sulla *vexata quaestio* della portata della propria competenza in materia di PESC ex art. 275 TFUE, ritenendo sufficiente constatare l'esistenza di alcuni atti PESC sottratti al proprio controllo giurisdizionale⁶⁵. In effetti, ciò che preoccupa la Corte di giustizia è il fatto che la Corte europea possa esaminare il rispetto dei diritti umani in ambito PESC, in un settore in cui non sussiste un controllo accentrato a livello UE. È significativo al riguardo il linguaggio impiegato nel passaggio sopra riprodotto. La Corte ritiene che la situazione che si verrebbe a creare a seguito dell'adesione *equivarrebbe* a quella in cui la Corte di Strasburgo operasse un controllo giurisdizionale in via esclusiva⁶⁶.

⁶¹ Corte europea, *Matthews c. Regno Unito*, sentenza 18 febbraio 1999, ricorso n. 24833/94.

⁶² V. per questo rilievo ANRÒ, *L'adesione dell'Unione europea alla Cedu*, cit., p. 320.

⁶³ Parere 2/13, cit., par. 255.

⁶⁴ V. ad es. LAZZERINI, “*Questo matrimonio (così?) non s'ha da fare*”, cit., p. 24.

⁶⁵ Parere 2/13, cit., parr. 251 e 252.

⁶⁶ Si vedano anche le versioni francese («Une telle situation reviendrait à confier...») e spagnola («Tal situación equivaldría...»). Preme sottolineare che il giudice relatore del parere è stato l'italiano Tizzano; in considerazione di ciò non è decisivo il fatto che il riferimento alla nozione di equivalenza sia assente nella tra-

Questa asserzione può spiegarsi in considerazione del fatto che, nell'ipotesi del sindacato diffuso – ipotesi che la Corte non esclude – i giudici nazionali finirebbero presumibilmente per allinearsi agli orientamenti ermeneutici della Corte di Strasburgo⁶⁷.

Particolarmente deplorabili sono le conseguenze dell'affermazione della Corte di giustizia, secondo cui il controllo giurisdizionale degli atti, delle azioni e delle omissioni dell'Unione in ambito PESC lederebbe le caratteristiche specifiche del diritto UE. È appena il caso di ricordare che, in questo settore, un'efficace tutela dei diritti umani si rivela particolarmente necessaria, fosse soltanto per il fatto che nell'ambito delle operazioni militari sono suscettibili di verificarsi fra le più gravi violazioni dei diritti fondamentali alla vita, alla salute e all'integrità fisica.

La soluzione che la Corte sembra suggerire, invero già sostenuta da alcuni Stati nel corso dei negoziati, è la previsione, nel Progetto di accordo, di una disposizione che sancisca l'incompetenza *ratione materiae* della Corte europea in ambito PESC. Una soluzione del genere è senz'altro da scartare. Come rilevato anche dall'Avvocato generale Kokott, dal punto di vista del sistema CEDU, ciò darebbe luogo a un vuoto di tutela contrario all'oggetto e allo scopo della Convenzione⁶⁸. Siamo dunque di fronte ad un ostacolo insormontabile, o meglio che può essere superato soltanto attraverso una modifica del diritto primario dell'Unione.

6. (segue) *Impossibilità di introdurre nell'accordo di adesione una «clausola di disconnessione» nel senso auspicato dalla Corte.* – Dalla lettura del parere 2/13 emerge chiaramente l'auspicio, da parte della Corte, che l'adesione dell'Unione alla CEDU comporti una modifica (leggi un ridimensionamento) degli obblighi attualmente incombenti in capo agli Stati membri di quest'ultima. Molte delle

duzione inglese del par. 255 («Such a situation would effectively entrust the judicial review of those acts... exclusively to a non-EU body... »).

⁶⁷ V. sul punto HALBERSTAM, *"It's the Autonomy, Stupid!"*, cit., pp. 140 ss.

⁶⁸ Presa di posizione, cit., par. 83. In senso conforme, v. fra i molti LAZZERINI, *"Questo matrimonio (così?) non s'ha da fare"*, cit., p. 24.

problematiche messe in luce nel parere sussistono, infatti, anche nella situazione attuale, in cui l'Unione non è parte alla CEDU. Per quanto riguarda le questioni procedurali, è già oggi astrattamente possibile che uno Stato membro convenga in giudizio un altro Stato membro ex art. 33 della CEDU, in violazione dell'art. 344 TFUE; parimenti, la paventata violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia potrebbe realizzarsi dopo l'entrata in vigore del Protocollo n. 16, anche senza che si sia avuta l'adesione dell'UE alla CEDU. Per quanto concerne le questioni di natura sostanziale, anche nello scenario pre-adesione le condotte di uno Stato membro conformi al diritto dell'Unione potrebbero essere censurate a Strasburgo, pur essendo imposte dal diritto dell'Unione.

In quest'ottica, assai significativo è il passaggio del parere in cui la Corte censura il Progetto di accordo in quanto esso tende ad equiparare l'Unione ad uno Stato contraente, disconoscendo così il fatto che «gli Stati membri, in virtù della loro appartenenza all'Unione, hanno accettato che i loro reciproci rapporti, relativamente alle materie costituenti l'oggetto del trasferimento di competenze dagli Stati membri all'Unione stessa, fossero disciplinati dal diritto di quest'ultima, con esclusione, se così prescritto da tale diritto, di qualsiasi altro diritto»⁶⁹. Come ha osservato Gaja, la Corte sembra qui ritenere necessario l'inserimento, nell'accordo di adesione di una c.d. clausola di disconnessione (o «deconnessione»)⁷⁰. Si tratta di clausole inserite piuttosto frequentemente negli accordi misti conclusi, con Stati terzi, dall'Unione unitamente agli Stati membri. Pur essendo variamente formulate, esse hanno lo scopo di assicurare che gli accordi internazionali «esterni» non vadano a incidere sui rapporti regolati dal diritto dell'Unione⁷¹. Per fare un solo esempio, la

⁶⁹ Parere 2/13, cit., par. 193.

⁷⁰ GAJA, *Una mancata disconnessione relativamente alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo?*, cit., p. 178 ss. Peraltro, la proposta di inserire nell'accordo di adesione una clausola di disconnessione era stata avanzata nel corso dei negoziati dal giudice A. ROSAS, *Balancing Fundamental Rights in European Union Law*, in *Europejski praven pregled*, 2012, p. 22.

⁷¹ Per un'analisi di questa prassi v. M. CREMONA, *Disconnection Clauses in EU Law and Practice*, in C. HILLION - P. KOUTRAKOS (a cura di), *Mixed Agreements. The EU and Its Member States in the World*, Oxford, 2010, pp. 160 ss.

Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo stabilisce che «Parties which are members of the European Union shall, in their mutual relations, apply Community and European Union rules in so far as there are Community or European Union rules governing the particular subject concerned and applicable to the specific case, without prejudice to the object and purpose of the present Convention and without prejudice to its full application with other Parties»⁷². Mentre sono considerate dalla Commissione europea come un utile strumento per salvaguardare l'autonomia e il primato del diritto dell'Unione, le clausole in discorso sono viste con una certa diffidenza dagli Stati terzi e sono state oggetto di numerose critiche in dottrina. In particolare, come evidenziato dal Relatore speciale Koskenniemi, esse contribuiscono alla «frammentazione» del diritto internazionale⁷³, generando una differenziazione fra gli obblighi incombenti in capo agli Stati contraenti di accordi internazionali. Questa configurazione «a geometria variabile» può essere utile in relazione a taluni accordi multilaterali, volti a stabilire rapporti di natura sinallagmatica fra le Parti contraenti, in cui è possibile assicurare la completa applicazione dell'accordo nei rapporti fra Stati membri e Stati terzi, facendo salva al contempo l'applicazione del differente regime normativo UE nei rapporti fra Stati membri. Il ricorso a tali clausole è invece da respingere nel caso di accordi internazionali da cui scaturiscono obblighi *erga omnes partes* a tutela di interessi collettivi della comunità internazionale⁷⁴.

Inserire nell'accordo di adesione alla CEDU una clausola di

⁷² Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo, aperta alle firme il 16 maggio 2005, art. 26, par. 3.

⁷³ M. KOSKENNIEMI, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission*, Doc. A/CN.4/L.682, par. 289-294.

⁷⁴ La difficoltà di distinguere fra obblighi degli Stati membri fra di loro e nei loro rapporti con Stati terzi è avvertita, fra gli altri, da M. LICKOVÁ, *European Exceptionalism in International Law*, in *EJIL*, 2008, pp. 486 ss.

disconnessione andrebbe contro l'oggetto e scopo di quest'ultima⁷⁵. Una clausola siffatta produrrebbe effetti regressivi, riducendo la portata della tutela di cui godono le persone sottoposte alla giurisdizione degli Stati membri. Ma vi è di più. Ammettere la possibilità di differenti regimi normativi, uno per quanto riguarda i «rapporti fra Stati membri» e un altro «fra Stati membri e Stati terzi», significherebbe degradare la CEDU a un sistema convenzionale volto a regolare, in ultima analisi, rapporti bilaterali fra Parti contraenti, con esiti palesemente irragionevoli. In virtù dell'assetto ipotizzato, ad esempio, un cittadino russo o svizzero sottoposto alla giurisdizione di uno Stato UE potrebbe aver diritto, in base alla CEDU, ad un livello di protezione più alto dei diritti umani di quello riservato, a parità di condizioni, ad un cittadino europeo..., ciò in palese violazione del principio di non discriminazione sancito dall'art. 13 della Convenzione medesima.

Se è certamente inammissibile dal punto di vista del sistema convenzionale, l'inserimento di una clausola di disconnessione risulta anche di dubbia compatibilità rispetto al diritto dell'Unione. Non è possibile trascurare infatti che il Protocollo 8 allegato al Trattato di Lisbona impone che l'adesione dell'Unione non vada ad «incid[ere] sulla situazione particolare degli Stati membri 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» (corsivo aggiunto). Come si evince dall'elenco esemplificativo, la disposizione appena riprodotta è stata adottata con l'intento principale di escludere che l'adesione dell'Unione comporti il sorgere di nuovi obblighi a carico degli Stati membri. Tuttavia, secondo l'interpretazione che pare preferibile, il principio di preservazione della situazione pre-adesione enunciato nel Protocollo n. 8 dovrebbe essere inteso anche nel senso di escludere che l'adesione comporti un'attenuazione degli obblighi gravanti sugli Stati membri.

⁷⁵ Cfr. GAJA, *Una mancata disconnessione relativamente alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo?*, cit., p. 180; GRAGL, *The Reasonableness of Jealousy*, cit., pp. 41 ss.

7. *Prime reazioni di Stati e istituzioni europee al parere 2/13 e scenari alternativi all'adesione.* – Alcuni commentatori, fra cui lo scrivente all'indomani dell'uscita del parere⁷⁶, hanno auspicato che l'adesione dell'Unione alla CEDU si realizzi attraverso una modifica del diritto primario dell'UE, che operi una «sterilizzazione» del parere negativo della Corte. Ciò potrebbe avvenire: *a)* attraverso una modifica dell'art. 6 TUE e/o del Protocollo n. 8; oppure *b)* come suggerito da Besselink, attraverso l'adozione di un nuovo Protocollo, il quale espressamente statuisca che l'adesione possa avere luogo nonostante il parere 2/13 (c.d. *Notwithstanding Protocol*)⁷⁷. Per quanto possano sembrare drastiche, queste proposte fanno leva sul fatto che, sia nelle loro osservazioni scritte, sia nel corso dell'udienza svolta davanti alla Corte, i ventiquattro Stati e tutte le altre istituzioni intervenienti si sono espressi in senso sostanzialmente favorevole al Progetto d'accordo, il che lascia supporre la loro disponibilità ad apportare le necessarie modifiche al diritto primario, onde rendere possibile l'adesione.

La soluzione suggerita da Besselink sarebbe di per sé conforme al diritto UE⁷⁸ e avrebbe l'indubbio vantaggio di evitare una riapertura

⁷⁶ VEZZANI, “*Gl'è tutto sbagliato, gliè tutto da rifare!*”, cit.

⁷⁷ L. BESSELINK, *Acceding to the ECHR Notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13*, 23 dicembre 2014, in www.verfassungsblog.de.

⁷⁸ Non merita accoglimento la tesi secondo cui una revisione del genere, ex art. 48 TUE, andrebbe contro al principio «supercostituzionale» dell'autonomia del diritto dell'Unione (v. in argomento P. GRAGL, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Oxford etc., 2013, p. 34; HALBERSTAM, “*It's the Autonomy, Stupid!*”, cit., p. 111). Si discute da molti anni se il potere di revisione dei trattati incontri o meno dei limiti (cfr. BIEBER, *Les limites matérielles et formelles à la révision des traités établissant la Communauté européenne*, in *RMCUE*, 1993, pp. 343 ss.; in senso contrario all'esistenza di tali limiti v. B. DE WITTE, *The European Union as an International Legal Experiment*, in G. DE BÚRCA - J. H. H. WEILER (a cura di), *The World of European Constitutionalism*, Cambridge, 2012, p. 36). Ammesso che siano configurabili dei limiti al potere dei «padroni dei Trattati» (*Herren der Verträge*) di modificare di comune accordo il diritto primario, tali limiti potrebbero semmai essere invocati a salvaguardia dei valori

dei negoziati che si prospetta dagli esiti oltremodo incerti. È infatti ragionevole ritenere che difficilmente i diciannove Stati membri del Consiglio d'Europa non facenti parte dell'UE accettino modifiche significative alla soluzione di compromesso raggiunta nel 2013, per di più in base ad argomentazioni poco convincenti (per non dire capziose), volte ad accentuare la posizione di privilegio accordata all'Unione rispetto a tutte le altre Parti contraenti⁷⁹. Sembra tuttavia poco opportuna l'adozione di un protocollo espressamente finalizzato a privare di efficacia il parere 2/13, drammatizzando inutilmente il contrasto fra la posizione della Corte di giustizia e quello degli Stati e delle altre istituzioni. Per consentire l'adesione, anche senza procedere ad una modifica del progetto del 2013, sarebbe preferibile una modifica dell'art. 6 TUE che, senza apparire come uno strappo istituzionale, svolga nondimeno una funzione abilitante assimilabile, *mutatis mutandis*, a quella dell'art. 11 della Costituzione italiana. Basterebbe, a tal fine, introdurre un nuovo paragrafo in forza del quale, nell'ambito delle proprie competenze, l'Unione accetti di sottoporsi al sindacato della Corte europea su un piano di parità con le altre Parti contraenti⁸⁰. Una tale integrazione dell'art. 6 TUE sarebbe auspicabile, onde scongiurare un ulteriore parere negativo della Corte, anche nel caso in cui al Progetto di accordo vengano apportate delle modifiche che recepiscano soltanto in parte le statuizioni della Corte, quali quelle indicate nei paragrafi precedenti⁸¹. Per quanto la procedura di revisione dei Trattati *ex art.* 48 TUE sia piuttosto lunga, non si deve dimenticare che, ai sensi dell'art. 218, par. 8, anche

fondanti *ex art.* 2 TUE, quali il principio democratico e il rispetto dei diritti fondamentali, non certo per impedire la partecipazione dell'Unione al sistema CEDU.

⁷⁹ Cfr. BESSELINK, *Acceding to the ECHR Notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13*, cit. Ritiene invece più facilmente percorribile la strada di una modifica dell'accordo di adesione, piuttosto che di una revisione dei Trattati, D. FANCIULLO, *Parere 2/13 della Corte di giustizia: la novissima quaestio dell'adesione dell'Unione europea alla Cedu*, in *Federalismi.it*, 3 aprile 2015, p. 10.

⁸⁰ In tal senso VEZZANI, "Gl'è tutto sbagliato, gl'è tutto da rifare!", cit.

⁸¹ Preme sottolineare che la richiesta di un secondo parere, relativo alla conformità rispetto ai Trattati del nuovo accordo che sarà eventualmente negoziato da UE e Consiglio d'Europa, non è obbligatoria ai sensi dell'art. 218 TFUE, né pare invero auspicabile.

l'accordo di adesione dovrà essere approvato dal Parlamento europeo e ratificato da tutti gli Stati membri nelle forme previste dalla rispettive costituzioni; pertanto, anche i parlamenti nazionali potrebbero procedere ad un esame congiunto dell'accordo di adesione e della proposta di revisione. Del resto, la tempestiva modifica dell'art. 136 TFUE, volta a consentire la creazione del Meccanismo europeo di stabilità, mostra come sia possibile procedere in tempi relativamente rapidi ad una revisione dei Trattati, volta al raggiungimento di uno specifico obiettivo, laddove vi sia la volontà politica degli Stati in tal senso.

Varie soluzioni intermedie sono immaginabili, che passano attraverso una modifica contestuale del diritto primario e del Progetto d'accordo. Auspicabile sarebbe certamente l'accoglimento della proposta avanzata da alcuni autori, consistente nell'estensione delle competenze della Corte di giustizia in ambito PESC, attraverso una modifica dell'art. 24 TUE e dell'art. 275 TFUE⁸². Tuttavia, sembra poco probabile che una soluzione del genere possa essere realizzata, in quanto è realistico ritenere che essa sarebbe osteggiata da alcuni Stati, fra cui Francia e Regno Unito.

In dottrina non sono mancate prese di posizione di autori che reputano ormai irrealizzabile l'adesione in conseguenza dell'emanazione del parere 2/13, e si interrogano su possibili alternative. Una soluzione di natura politica è stata auspicata da Spaventa. A suo avviso, sarebbe sufficiente che Commissione, Parlamento e Consiglio si impegnassero – attraverso una dichiarazione solenne analoga a quella con cui venne proclamata nel 2000 la Carta di Nizza – a rispettare la CEDU, per come essa «vive» nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo. La dichiarazione dovrebbe anche contenere l'impegno unilaterale dell'Unione a modificare il diritto derivato in relazione al quale la Corte europea abbia individuato dei profili di incompatibilità con la CEDU⁸³. Una analoga dichiarazione dovrebbe essere resa dagli Stati membri, i quali

⁸² V. per tutti LAZZERINI, *“Questo matrimonio (così?) non s'ha da fare”*, cit., pp. 24 ss.

⁸³ SPAVENTA, *The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13*, cit., pp. 55 ss.

dovrebbero impegnarsi a modificare il contenuto del diritto primario nel caso in cui la Corte europea accertasse l'esistenza di un contrasto fra questo e il regime convenzionale.

Un'altra soluzione potrebbe essere la sottoscrizione da parte dell'Unione del Protocollo n. 16, in modo da istituzionalizzare il coordinamento fra Corte di giustizia e Corte europea, senza tuttavia sottoporre l'Unione alla giurisdizione di quest'ultima Corte⁸⁴. Preme sottolineare che a suo tempo, durante i lavori preparatori, questa ed altre soluzioni alternative all'adesione erano state prese in considerazione e successivamente scartate⁸⁵. Esse sono certamente inidonee a realizzare il mandato fissato dall'art. 6, par. 2, TUE, posto che lo scopo principale della partecipazione dell'Unione al sistema di Strasburgo è l'assoggettamento dell'Unione al controllo di un organo giurisdizionale esterno in relazione alle asserite violazioni dei diritti umani.

Di fronte ai vari scenari immaginabili, è al momento difficile fare delle previsioni, considerata l'ambiguità delle prime reazioni delle istituzioni europee e degli Stati membri. Alcuni parlamentari europei hanno rivolto alla Commissione un'interrogazione con richiesta di risposta scritta, circa la posizione che essa intende assumere a seguito del parere 2/13. La Commissione ha replicato il 24 marzo 2015, esprimendo la propria intenzione di proseguire i negoziati, in modo da apportare le modifiche al Progetto di accordo limitate «allo stretto necessario per conformarsi alle prescrizioni supplementari relative al contenuto dell'accordo di adesione che discendono dal parere 2/13»⁸⁶.

⁸⁴ V. sul punto l'intervento di Amalfitano al XX Convegno annuale della SIDI («L'incidenza del diritto non scritto sul diritto internazionale ed europeo», Macerata, 5-6 giugno 2015). Sull'opportunità di prevedere un rinvio dalla Corte di Lussemburgo a quella di Strasburgo si veda già G. SPERDUTI, *Comment concevoir dans sa spécificité l'adhésion des Communautés européennes à la Convention de Rome sur la sauvegarde des droits de l'homme*, in *Etudes en l'honneur d'Hermann Mosler*, Berlin, etc., 1983, p. 903.

⁸⁵ Cfr. ANRÒ, *L'adesione dell'Unione europea alla Cedu*, cit., p. 128.

⁸⁶ Risposta congiunta del Vicepresidente Frans Timmermans a nome della Commissione (interrogazioni scritte: E-001195/15 ed E-000354/15), 24 marzo 2015, consultabile in www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2015-001195&language=IT.

Al contempo, ha ritenuto necessario un «periodo di riflessione» per esaminare il modo migliore di procedere. Chiaro è, nella replica, il tentativo di minimizzare la portata del parere. Altrettanto chiaro è, tuttavia, che il parere richiede modifiche di portata tutt'altro che modesta e che, come si è detto, per lo meno per quanto concerne la materia della PESC, una modifica del diritto primario risulta indispensabile.

Venendo invece alle reazioni degli Stati membri, significativa è la posizione espressa nel gennaio 2015 dal Lord Cancelliere del Regno Unito, Christopher Grayling, il quale non ha mancato di cogliere l'analogia fra l'atteggiamento critico dei conservatori (euroscettici) inglesi verso la CEDU e la posizione della Corte di giustizia, restia a cedere parte del proprio potere agli organi di Strasburgo⁸⁷. Senza dubbio, l'atteggiamento difensivo della Corte di giustizia non potrà che rafforzare le istanze di quegli Stati, capeggiati da Regno Unito, Russia e Svizzera, che mostrano un atteggiamento di crescente diffidenza nei confronti del controllo esercitato dalla Corte di Strasburgo, di cui lamentano, strumentalmente, la mancanza di legittimazione democratica.

Merita soltanto un breve cenno la proposta, a dire poco bizzarra, di alcuni senatori italiani, quale emerge da un documento datato 27 febbraio 2015⁸⁸. Il documento propone, da un lato, l'abrogazione del Protocollo n. 8 e una revisione della composizione e delle competenze della Corte di giustizia⁸⁹. Dall'altro lato, i senatori auspicano una modifica dei Trattati, finalizzata ad attribuire alla Corte di giustizia poteri più incisivi nei casi in cui essa accerti violazioni dei diritti

⁸⁷ House of Commons, *European Scrutiny Committee 30th Report*, 21 January 2015, consultabile in www.publications.parliament.uk/pa/cm201415/cmselect/cmeuleg/219-xxix/219.pdf, 26.

⁸⁸ Senato della Repubblica italiano, atto di sindacato ispettivo n. 1-000383, consultabile in www.senato.it/japp/bgt/showdoc/showText?tipodoc=Sindisp&leg=17&id=904223.

⁸⁹ Secondo questa proposta, la Corte di giustizia dovrebbe essere composta dai «giudici eletti alla Corte europea dei diritti dell'uomo dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa in relazione a ciascuna Alta Parte contraente che sia anche membro dell'Unione europea», in modo da realizzare una parziale unificazione dei due sistemi giurisdizionali sotto il profilo soggettivo.

fondamentali riconosciuti dalla Carta⁹⁰. Sempre secondo il documento in questione, questo rafforzamento delle competenze della Corte di giustizia sarebbe alternativo all'adesione e dovrebbe altresì ridurre i ricorsi alla Corte di Strasburgo nei confronti degli Stati membri⁹¹.

8. *Natura dell'obbligo di adesione ex art. 6, par. 2, TUE ed eventuali conseguenze derivanti da una sua violazione.* – Il «convitato di pietra» del dibattito sul parere 2/13 è la proposta di abbandono del progetto di adesione. In verità, ad avviso di taluni autori, la procrastinazione *sine die* dei negoziati, o comunque un loro esito negativo, costituirebbero l'ipotesi maggiormente plausibile. Occorre dunque interrogarsi su quali sarebbero le conseguenze di un tale, assai poco auspicabile, scenario.

Sul piano del diritto UE, l'art. 6, par. 2, TUE («L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali») è formulato in modo tale da configurare un obbligo giuridico in capo all'Unione di conseguire l'adesione. Astrattamente, sarebbe pertanto possibile esperire un ricorso in carenza a carico delle istituzioni dell'Unione, laddove esse non adempissero a detto obbligo⁹². Si deve nondimeno osservare che,

⁹⁰ In particolare, nell'ambito della procedura di infrazione e del ricorso in annullamento, alla Corte dovrebbe essere attribuito il potere di condannare lo Stato al pagamento di un equo indennizzo a favore del soggetto privato leso autore del ricorso o intervenuto nel giudizio. La proposta in questione sembra ispirarsi a quella prevista dallo statuto, mai entrato in vigore, della Comunità politica europea, il quale avrebbe attribuito alla Corte di giustizia la competenza a conoscere della violazione dei diritti sanciti dalla CEDU (v. ANRÒ, *L'adesione dell'Unione europea alla Cedu*, cit., pp. 97 ss.). Peraltro essa sembra ignorare che, già in base al diritto vigente, i singoli che lamentino una violazione dei diritti fondamentali potrebbero esperire un ricorso di risarcimento di fronte al Tribunale dell'Unione ex artt. 268 e 340 TFUE.

⁹¹ Si veda la parte conclusiva del documento, dove si fa riferimento all'articolo della CEDU, secondo il quale le Parti contraenti possono avvalersi della facoltà di sottoporre le controversie in materia di diritti umani ad una procedura alternativa di soluzione rispetto al ricorso alla Corte europea. Per quanto il documento faccia riferimento all'art. 53 anziché all'art. 55, dal contesto si evince chiaramente che si tratta di un mero errore materiale.

⁹² JACQUÉ, *The Accession*, cit., p. 995.

secondo l'opinione che pare preferibile, si tratta di un obbligo di mezzi⁹³ e non di risultato, o se si preferisce un mero obbligo *de negotiando*, in quanto tale difficilmente sanzionabile. Come è evidente, alle istituzioni non può essere richiesto di portare a compimento il processo di adesione – il cui successo dipende anche dall'atteggiamento tenuto dagli Stati terzi membri del Consiglio d'Europa. Per quanto riguarda gli Stati membri, sempre in base al suddetto art. 6, par. 2, TUE, essi sono tenuti ad agire in buona fede, facendo tutti gli sforzi necessari per rendere possibile l'adesione⁹⁴. In quest'ottica, come osservato da Peers, potrebbe essere attivata una procedura di infrazione a carico degli Stati che ostacolassero in mala fede il negoziato in vista dell'adesione⁹⁵.

In assenza di una modifica del mandato fissato dall'art. 6 TUE, entrambi i ricorsi sopra prospettati avrebbero ragionevoli prospettive di successo, non tanto nel caso di un rinvio dell'adesione, quanto piuttosto nell'ipotesi in cui gli Stati membri e le istituzioni portassero a compimento una soluzione alternativa rispetto al progetto dell'adesione, quale ad esempio quella immaginata dai parlamentari italiani.

9. *Possibili conseguenze, nell'ambito del sistema CEDU, della mancata adesione.* – Per quanto riguarda gli effetti nell'ambito del sistema CEDU, secondo alcuni autori l'allontanarsi della prospettiva di adesione dell'Unione potrebbe determinare un *revirement* nella giurisprudenza *Bosphorus*, fondata sulla teoria della presunzione di tutela equivalente, in base alla quale la Corte di Strasburgo si astiene dal valutare la conformità rispetto alla CEDU dei comportamenti tenuti dagli Stati per dare attuazione ad atti dell'UE che non lascino

⁹³ R. BARATTA, *Accession of the EU to the ECHR: The Rationale for the ECJ's: the Rationale for the ECJ's Prior Involvement Mechanism*, in *CMLR*, 2013, pp. 1305 ss.; in senso conforme v. ANRÒ, *L'adesione dell'Unione europea alla Cedu*, cit., pp. 132 e 386.

⁹⁴ Nel senso che l'obbligo di far aderire l'Unione ricada anche sugli Stati membri, v. A. GIANELLI, *L'adesione dell'Unione europea alla Cedu secondo il trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, pp. 684 ss.

⁹⁵ PEERS, *The CJEU and the EU's Accession to the ECHR*, cit.

loro alcun margine di discrezionalità⁹⁶. Questa tesi muove dal convincimento, più o meno esplicitato dai singoli autori, che la deferenza mostrata dalla Corte di Strasburgo nei confronti di quella di Lussemburgo sia motivata principalmente dalla volontà della prima di assecondare l'adesione dell'Unione alla CEDU, evitando uno scontro fra Corti. Allontanatasi la prospettiva dell'adesione, verrebbe meno la ragione di un atteggiamento dialogante e si aprirebbe la strada ad una giurisprudenza meno improntata al *self-restraint*⁹⁷.

Questa ricostruzione, se coglie forse certi «umori» che potrebbero influenzare i giudici di Strasburgo, non fa però i conti col fatto che il superamento della teoria della presunzione della tutela equivalente dovrebbe essere motivato sotto il profilo giuridico. Come osservato da Anrò, l'allontanamento della prospettiva dell'adesione a seguito dell'adozione del parere 2/13 non costituisce, di per sé, un indice di una tutela inferiore dei diritti umani entro l'ordinamento dell'Unione⁹⁸. Nulla dovrebbe quindi cambiare quanto all'applicazione della presunzione di equivalenza⁹⁹.

Si può discutere, semmai, se l'orientamento giurisprudenziale emerso nel parere non abbia determinato una minore tutela dei diritti umani limitatamente all'ambito della PESC, sì da determinare il venir

⁹⁶ Un superamento della presunzione di equivalenza è ipotizzato, fra gli altri, da PEERS, *The CJEU and the EU's Accession to the ECHR*, cit.; ROSSI, *Il Parere 2/13 della CGUE sull'adesione dell'UE alla Cedu*, cit.; ZAGREBELSKI, *L'UE e il controllo esterno della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa*, cit., p. 127 e pp. 131 ss.

⁹⁷ Secondo Schermers, già l'atteggiamento di deferenza mostrato dall'allora Commissione europea dei diritti umani nel caso *M & Co c. Germania* (ricorso n. 13258/87), si spiegherebbe alla luce del fatto che la Corte di giustizia non aveva ancora adottato il parere 2/94, escludendo la possibilità dell'adesione della Comunità alla CEDU in assenza di una modifica del diritto primario (H. G. SCHERMERS, *The Human Rights Opinion of the ECJ and Its Constitutional Implications*, in University of Cambridge, *CELS Occasional Paper* no. 1 (1996)).

⁹⁸ ANRÒ, *L'adesione dell'Unione europea alla Cedu*, cit., p. 349.

⁹⁹ La Corte europea sarà presto chiamata a prendere posizione sul punto. Infatti il caso *Avotiņš c. Lettonia* (ricorso n. 17502/07) – che riguarda l'applicazione del regolamento 44/2001 e in cui una sezione della Corte ha fatto riferimento alla presunzione della tutela equivalente – è stato rinviato alla *Grande Chambre*, ex art. 43 della Convenzione, in data 8 settembre 2014.

meno della presunzione di tutela equivalente in questo specifico settore¹⁰⁰. Se è corretta la ricostruzione sopra svolta, non vi è nel parere una chiara presa di posizione della Corte in merito alla portata delle proprie competenze *ex art. 275 TFUE* e alla possibilità di un sindacato diffuso sugli atti PESC da parte dei giudici nazionali. Occorrerà dunque attendere ulteriori sviluppi giurisprudenziali sul punto, prima che la presunzione *Bosphorus* possa essere superata¹⁰¹.

10. *Conclusioni.* – Il parere 2/13 segna una pesante battuta d'arresto nel processo di adesione dell'Unione europea alla CEDU e apre una situazione di incertezza sulla possibilità che esso si concluda con esito positivo. Il parere suscita preoccupazione in quanto testimonia di un «arroccamento» della Corte di giustizia, ingiustificatamente preoccupata che la sottoposizione dell'Unione al controllo della Corte europea possa pregiudicare l'autonomia e le specificità dell'ordinamento europeo, ovvero il «monopolio» che essa esercita sull'interpretazione e il controllo della legalità del diritto dell'Unione.

L'atteggiamento della Corte di giustizia è stato colto con icastica efficacia da de Witte e Gragl, che hanno parlato di una Corte

¹⁰⁰ Cfr. in tal senso G. BACHOUÉ PEDROUZO, *Avis 2/13 de la CJUE: l'accord d'adhésion de l'UE à la CEDH méconnaît les caractéristiques spécifiques du droit de l'Union concernant le contrôle juridictionnel en matière de PESC. Et après?*, 31 gennaio 2015, consultabile in www.gdr-elsj.eu/2015/01/31/droits-fondamentaux/3742; LAZZERINI, “Questo matrimonio (così?) non s'ha da fare”, cit., p. 25.

¹⁰¹ È ragionevole ritenere che la Corte di giustizia sarà investita di ricorsi in annullamento che la inducano a precisare la portata della propria competenza ai sensi dell'art. 275 TFUE. Più difficilmente alla Corte si presenterà l'occasione di prendere posizione circa la possibilità di un sindacato ad opera dei giudici nazionali sugli atti PESC. Essendo escluso in ambito PESC il ricorso in via pregiudiziale, l'unica *occasio* potrebbe essere fornita dall'apertura di una procedura di infrazione nei confronti di uno Stato i cui giudici abbiano disapplicato un atto PESC ritenuto invalido. Vista la posizione manifestata nel corso della procedura conclusasi col parere 2/13, sembra improbabile che la Commissione si attivi in tal senso, residuando la sola possibilità di un (altrettanto improbabile) ricorso su istanza di altro Stato membro *ex art. 259 TFUE*.

«egoista»¹⁰² e «gelosa»¹⁰³. Le metafore che alludono ai litigi fra corti, ovvero all'interruzione di una «corrispondenza di amorosi sensi» fra Strasburgo e Lussemburgo, ricorrono molto spesso nei commenti al parere 2/13 e, sia pur involontariamente, negli stessi documenti ufficiali dell'Unione, ove si fa riferimento all'apertura di una nuova «fase di riflessione»¹⁰⁴. Vari autori si sono chiesti se, dopo decenni di «corteggiamenti» e oltre tre anni di negoziati, la partecipazione dell'Unione al sistema della CEDU costituisca un matrimonio che «non s'ha da fare»¹⁰⁵. Se i profili di incompatibilità evidenziati dalla Corte sembrano allontanare di molto le «nozze», «difficile est longum deponere amorem»¹⁰⁶. L'atteggiamento degli Stati nel corso della procedura che ha portato all'adozione del parere 2/13, così come le pressioni della dottrina, inducono ad un moderato ottimismo circa la possibilità che il processo di adesione possa infine giungere a conclusione, probabilmente attraverso una rinegoziazione di alcuni aspetti dell'accordo di adesione e una contestuale modifica dei Trattati UE.

Il parere giunge in un momento di drammatica crisi economica e sociale, che si accompagna ad una vera e propria crisi di civiltà della politica europea, sempre più determinata dagli egoismi nazionali e promotrice di misure di austerità che accentuano le diseguglianze, contribuendo a loro volta a erodere la base di consenso sociale su cui poggia l'intero edificio europeo. Soltanto ponendo i diritti fondamentali al centro di tutte le proprie politiche, l'Unione potrà assicurare il rilancio del processo di integrazione. In questo contesto, l'adesione alla CEDU non rappresenta soltanto l'attuazione di un obbligo previsto dal Trattato di Lisbona. L'assoggettamento dell'UE al controllo esterno di un giudice internazionale è essenziale per assicurare l'effettività della tutela dei diritti e delle libertà

¹⁰² L'espressione è di B. DE WITTE, *A Selfish Court? The Court of Justice and the Design of International Dispute Settlement Beyond the European Union*, in M. CREMONA - A. THIES (a cura di), *The European Court of Justice and External Relations Law*, Oxford, 2014, pp. 33 ss.

¹⁰³ GRAGL, *The Reasonableness of Jealousy*, cit.

¹⁰⁴ Commissione europea, replica del 24 marzo 2015, cit.

¹⁰⁵ LAZZERINI, «Questo matrimonio (così?) non s'ha da fare», cit.

¹⁰⁶ G. V. CATULLO, *Difficile est longum deponere amorem*, carmen LXXXVI.

Simone Vezzani

fondamentali che dovrebbe costituire la vera e propria *raison d'être* dell'Unione.

DANIELA FANCIULLO*

IL «DECISUM» DELLA CORTE DI GIUSTIZIA SUL
*DRAFT AGREEMENT ON THE ACCESSION OF
THE EU TO THE ECHR*: A PROPOSITO DEL PARERE 2/13

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L’adesione dell’Unione europea alla CEDU nel post-Lisbona. – 3. L’esigenza di salvaguardare le caratteristiche specifiche dell’Unione e del diritto dell’Unione. – 4. I profili di incompatibilità riscontrati dalla Corte di giustizia. – 5. Qualche considerazione conclusiva.

1. *Premessa.* – L’adozione del parere 2/13 della Corte di giustizia dell’Unione europea del 18 dicembre 2014 segna, inevitabilmente, un altro negativo *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.

* Dottore di ricerca in Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, Università di Salerno.

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>. Cfr. I. ANRÒ, *L’adesione dell’Unione Europea alla CEDU. L’evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Milano, 2015, pp. 273-335; J-P. COSTA, *L’adhésion de l’Union européenne à la Convention européenne des droits de l’homme: un rêve impossible?*, in *Riv. OIDU*, 2015, n. 2, pp. 234-240; V. DI COMITE, *Autonomia o controllo esterno? Il dilemma dell’adesione dell’UE alla CEDU alla luce del parere 2/13*, in *La Com. int.*, 2015, n. 2, pp. 223-243; EDITORIAL COMMENTS, *The EU’s Accession to the ECHR – A “NO” from the ECJ!*, in *C. M. L. Rev.*, 2015, n. 1, pp. 1-15; N. NEUWAHL, *Editorial Comment: Opinion 2/13 on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights – Foreign Policy Implications*, in *Eur. Foreign Aff. Rev.*, 2015, n. 2, pp. 155-157; E. SPAVENTA, *A Very Fearful Court? The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13*, in *M. J.*, 2015, n. 1, pp. 35-56; C. ZANGHÌ, *La mancata adesione dell’Unione Europea alla CEDU nel parere negativo della Corte di giustizia UE*, in

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

Riv. OIDU, 2015, n. 1, pp. 129-157. 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 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 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 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 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 www.gdr-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 Didn't Again – The CJEU's Opinion on EU Accession to the ECHR*, in www.verfassungsblog.de/en/oops-das-gutachten-des-eugh-zum-emrk-beitritt-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 J. Int. Comp. Law*, reperibile online su <http://cjcicl.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: 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: 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: www.sidi-isil.org/wp-content/uploads/2014/04/Vladimiro-Zagrebelksy-LUE-e-il-controllo-esterno-della-protezione-dei-diritti-e-delle-libert%C3%A0-fondamentali-in-Europa.pdf.

previsto dal noto parere 2/94 del 28 marzo 1996 della Corte di giustizia².

Evidentemente, il processo di adesione richiede l'esistenza di un elemento ulteriore che vada ben oltre un'espressa previsione normati-

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». Sul punto v., tra gli altri, C. MORVIDUCCI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU: un percorso non ancora concluso*, in *Studi integr. eur.*, 2013, n. 3, pp. 487-506, in part. p. 487, ove l'A. precisa che «(...) l'indicativo presente è usato nel TUE, infatti, per enunciare un obbligo, non una facoltà di agire». 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 par. 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). Il parere fu chiesto ex art. 228, n. 6, del Trattato CE, ai sensi del quale «Il Consiglio, la Commissione o uno Stato membro possono domandare preventivamente il parere della Corte di giustizia circa la compatibilità di un accordo previsto con le disposizioni del presente Trattato. Quando la Corte di giustizia abbia espresso parere negativo, l'accordo può entrare in vigore soltanto alle condizioni stabilite, a seconda dei casi, dall'articolo N del Trattato sull'Unione europea». Tra i numerosi contributi si segnalano: O. DE SCHUTTER - Y. LEJEUNE, *L'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme à propos de l'avis 2/94 de la Cour de justice des Communautés*, in *Cah. dr. eur.*, 1996, n. 5/6, pp. 555-606; C. ESCOBAR HERNANDEZ, *Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: ¿el fin de una vieja polemica?*, in *Rev. inst. eur.*, 1996, n. 3, pp. 817-838; J-F. FLAUSS, *L'avis 2/94 de la Cour de Justice des Communautés européennes du 28 mars 1996*, in *Bull. dr. homme*, 1996, n. 6, pp. 1-19; G. GAJA, *Opinion 2/94, Accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, in *C. M. L. Rev.*, 1996, n. 5, pp. 973-989; S. O'LEARY, *Current Topic: Accession by the European Community to the European Convention on Human Rights – The Opinion of the CJEU*, in *E. H. R. L. R.*, 1996, n. 4, pp. 362-377; L. PETTITI, *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne après l'avis de la C.J.C.E.*, in *Bull. dr. homme*, 1996, n. 6, pp. 20-30; L. S. ROSSI, *Il parere 2/94 sull'adesione della Comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. un. eur.*, 1996, n. 3, pp. 839-861; P. WACHSMANN, *L'avis 2/94 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1996, n. 3, pp. 467-491.

va 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 fondamentali, minore sarà il rischio che la Corte europea dei diritti dell'uomo debba intervenire per censurarli»³.

2. *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU nel post-Lisbona.*

– 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 dell'Unione europea alla CEDU nella fase del post-Lisbona.

Com'è noto, infatti, il 5 aprile 2013 è stato pubblicato il *Draft Revised Agreement on the Accession of the European Union to the ECHR*, 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'altro⁴.

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, 3.

⁴ Sul *Draft Revised Agreement* e, più in generale, sulle problematiche sollevate dalla *nova quaestio* cfr., *ex multis*, ANRÒ, *L'adesione dell'Unione Europa alla CEDU*, cit.; J. CALLEWAERT, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Strasbourg, 2014; S. NEGRI, *La realizzazione dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia tra Carta dei diritti fondamentali e CEDU: dalla convergenza alla integrazione tra sistemi?*, in A. DI STASI, *Spazio europeo e diritti di giustizia. Il Capo VI della Carta dei diritti fondamentali nell'applicazione giurisprudenziale*, Padova, pp. 111-136; B. CONFORTI, *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, in L. WEITZEL (sous la direction de), *L'Europe des droits fondamentaux*, Paris, 2013, pp. 21-27; P. GRAGL, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2013; W. M. MUNICH, *The Consequences of the EU's Envisaged Accession to the ECHR for the*

Protection of Fundamental Rights in EU Law Matters, in P. M. HUBER (Hrsg.), *The EU and National Constitutional Law*, Boorberg Verlag, Stuttgart, 2012, pp. 93-106, in part. pp. 98-106. V., inoltre, tra i più recenti contributi, P. GRAGL, *A Giant Leap for European Human Rights? The Final Agreement on the European Union's Accession to the European Convention on Human Rights*, in *C. M. L. Rev.*, 2014, n. 1, pp. 13-58; A. RUGGERI, *Ragionando sui possibili sviluppi tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla CEDU e all'entrata in vigore del prot. 16)*, in *Riv. AIC*, 2014, n. 1, pp. 1-18; R. BARATTA, *Accession of the EU to the ECHR*, in *C. M. L. Rev.*, 2013, n. 5, pp. 1305-1332; R. DOBLHOFF-DIER - S. KUSMIERCZYK, *Present and Future Relations between the ECJ and the ECtHR, with Special Consideration to the Draft Accession Agreement*, in *ICL J.*, 2013, n. 3, pp. 349-367; C. ECKES, *EU Accession to the ECHR: Between Autonomy and Adaptation*, in *Mod. L. Rev.*, 2013, n. 2, pp. 254-285; M. E. GENNUSA, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU. Verso una nuova fase "costituente" europea?*, in *Quad. cost.*, 2013, n. 4, pp. 905-931; P. CRAIG, *EU Accession to the ECHR: Competence, Procedure and Substance*, in *Fordham Int'l L. J.*, 2013, n. 5, pp. 1115-1150; F. IRURZUN MONTORO, *La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, in *Rev. esp. der. eur.*, 2013, n. 45, pp. 9-24; MORVIDUCCI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU*, cit.; J. POLAKIEWICZ, *EU Law and the ECHR. Will the European Union's Accession Square the Circle?*, in *E. H. R. L. R.*, 2013, n. 6, pp. 592-605; P. IVALDI - E. C. TUO, *Diritti fondamentali e diritto internazionale privato dell'Unione europea nella prospettiva dell'adesione alla CEDU*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012, n. 1, pp. 7-36; T. LOCK, *End of an Epic? The Draft Agreement on the EU's Accession to the ECHR*, in *Y. E. L.*, 2012, n. 1, pp. 162-197; A. MIGNOLLI, *Il progetto di accordo di adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: alcuni spunti di riflessione*, in *Studi integr. eur.*, 2012, n. 1-2, pp. 541-563; F. BENOÎT-ROHMER, *L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Jou. dr. eur.*, 2011, n. 184, pp. 285-293; G. FIENGO, *Verso l'adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: prime riflessioni sugli aspetti problematici dell'attuale fase del negoziato*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2011, n. 1, pp. 108-119; J. JACQUÉ, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*, in *C. M. L. Rev.*, 2011, n. 4, pp. 995-1023; C. LADEMBURGER, *Vers l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2011, n. 1, pp. 20-26; T. LOCK, *Walking on a Tightrope: The Draft ECHR Accession Agreement and the Autonomy of the EU Legal Order*, in *C. M. L. Rev.*, 2011, n. 4, pp. 1025-1054; A. POTTEAU, *Quelle adhésion de l'Union européenne à la CEDH pour quel niveau de protection des droits et de l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE?*, in *R. G. D. I. P.*, 2011, n. 1, pp. 77-112; S. SANZ CABALLERO, *La Adhesión de la UE al CEDH*, in *Rev. der. com. eur.*, 2011, n. 38, pp. 99-128; D. SZYMCAK, *Arx tarpeia Capitoli Proxima... – Bref retour sur l'adhésion de l'Union Européenne des Droits de l'Homme*, in *Rev.*

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, soprattutto in considerazione dell'iter,

estremamente complesso, tracciato dall'art. 218 TFUE, il quale disciplina la procedura relativa alla conclusione degli accordi internaziona-

M. comm., 2011, n. 553, pp. 636-641; A. TIZZANO, *Les Cours européennes et l'adhésion de l'Union à la CEDH – Le Corti europee e l'adesione dell'Unione Europea alla CEDU – The European Courts and the EU Accession to the ECHR*, in *Dir. Un. Eur.*, 2011, n. 1, pp. 29-57; P. ARTINO, P. NOËL, *Les perspectives d'interactions entre la CJUE et la Cour européenne des droits de l'homme du fait de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne*, in *Rev. M. comm.*, 2010, n. 540, pp. 446-450; P. DOLLAT, «*Der teufel steckt im detail*» de l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH et de ses vivissitudes..., in *Rev. M. comm.*, 2010, n. 542, pp. 556-565; P. MENGOZZI, *Les caractéristiques spécifiques de l'Union européenne dans la perspective de son adhésion à la CEDH*, in *Dir. un. eur.*, 2010, n. 2, pp. 231-245; A. GIANNELLI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, in *Dir. un. eur.*, 2009, n. 3, pp. 678-700. Cfr., altresì, F. G. JACOBS, *The European Convention on Human Rights, the EU Charter of Fundamental Rights and the European Court of Justice. The Impact of the European Union Accession to the European Convention on Human Rights*, in I. PERNICE - J. KOKOTT - C. SAUNDERS (eds.), *The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective*, European Constitutional Law Network Series, vol. 6, 2006, pp. 291-296. Con riferimento all'effettività della tutela giurisdizionale all'indomani della prevista adesione e alle nuove problematiche sollevate dal parere 2/13, cfr. A. M. ROMITO, *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, Bari, 2015. Precedentemente v., invece, A. GIARDINO, *Il Trattato di Lisbona e l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: un'obbligazione di risultato assunta con molte cautele*, in G. ROLLA, *Il Sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, Milano, 2010, pp. 29-44. V., infine, A. DI STASI, *Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia e cooperazione giudiziaria in materia penale: il rispetto dei diritti fondamentali e della diversità tra ordinamenti nazionali e tradizioni giuridiche*, in L. KALB (a cura di), «*Spazio europeo di giustizia*» e *procedimento penale italiano. Adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali*, Torino, 2012, pp. 3-54, in part. pp. 46-51; ID., *La vetero-nova quaestio dell'adesione dell'Unione europea alla CEDU nella prassi delle istituzioni europee*, in *Grotius*, 2012, numero speciale, pp. 7-18; ID., *Diritti umani e sicurezza regionale. Il «sistema» europeo*, ristampa alla seconda edizione con aggiornamenti, Napoli, 2011, in part. pp. 276-285.

li⁵. 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 ostacoli⁶.

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 complicazioni derivanti da contestazioni in sede giurisdizionale relative alla compatibilità con i Trattati di accordi internazionali che vincolano l'Unione»⁷.

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?».

⁵ Scettico sull' articolato meccanismo procedurale previsto è CONFORTI, *L'adhésion*, cit.

⁶ Preliminary opinion of the Court in preparation for the Brighton Conference (adopted by the Plenary Court on 20 February 2012), consultabile su 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».

⁷ 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.

3. *L'esigenza di salvaguardare le caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione.* – 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*⁸. An-

⁸ 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;

– 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

che gli Stati membri dell'Unione europea, seppur con 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'art. 6, par. 2, TUE, né con il Protocollo (n. 8) *relativo all'art. 6, par. 2, del Trattato sull'Unione europea sull'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*⁹.

Le conseguenze di una decisione di siffatta portata sono indicate nel par. 11, secondo alinea, del già menzionato art. 218 del 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 modifica del progetto di accordo di adesione.

All'indomani del parere 2/13 della Corte di giustizia si è assistito ad una vera e propria presa di posizione della dottrina che ha fortemente criticato il *decisum* dei giudici di Lussemburgo¹⁰; non altrettanto

congiunta del convenuto e del convenuto aggiunto per le violazioni della CEDU da essa constatate».

⁹ Ai sensi del Protocollo n. 8, relativo all'art. 6, par. 2 TUE, l'accordo relativo all'adesione dell'Ue alla CEDU deve garantire che siano preservate le caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione, «in particolare per quanto riguarda: a) le modalità specifiche dell'eventuale partecipazione dell'Unione agli organi di controllo della Convenzione europea; b) i meccanismi necessari per garantire che i processi avviati da Stati non membri e le singole domande siano indirizzati correttamente, a seconda dei casi, agli Stati membri e/o dell'Unione». Sulla salvaguardia delle caratteristiche specifiche dell'Ue nella prospettiva dell'adesione alla CEDU cfr., per tutti, MENGOZZI, *Les caractéristiques spécifiques*, cit., il quale sottolinea come la specificità tragga origine dalle già citate sentenze *van Gend & Loos* e *Costa*.

¹⁰ V., tra gli altri, anche COSTA, *L'adhésion de l'Union européenne a la Convention européenne des droits de l'homme*, cit., in part. p. 240: «Je regrette l'avis 2/13. Peut-être n'a-t-il pas brisé un rêve, mais il a cassé une dynamique, et

to si può dire, invece, in relazione alle Istituzioni europee che si sono, invece, mostrate più ‘caute’ in relazione al prosieguo dei lavori¹¹.

pour longtemps. C'est dommage. Mais il ne faut jamais dire jamais. L'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme de l'Union européenne ne doit pas être un rêve, générateur de désillusions; elle doit être une perspective et demeurer un objectif, et je la crois toujours possible. Le plus tôt serait évidemment le mieux, mais...patience».

¹¹ In seguito all'adozione del parere 2/13 la Commissione europea, dopo aver ribadito la volontà di proseguire lungo la strada dell'adesione, ha dichiarato di essere impegnata a valutare il modo migliore per procedere. In tal senso v. la Relazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Relazione del 2014 sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Brussels, 8 maggio 2015, COM(2015) 191 final. A tal proposito, occorre precisare che due parlamentari europei (Traian Ungureanu del PPE ed Enrico Gasbarra di S&D) – avvalendosi dell'art. 130 del regolamento del Parlamento europeo che consente a ciascun deputato di rivolgere interrogazioni con richiesta di risposta scritta, tra gli altri, anche alla Commissione europea – avevano domandato a quest'ultima quale fosse la sua posizione con riferimento al parere 2/13, quali fossero i successivi step e quali strumenti giuridici sarebbero stati adottati. Le interrogazioni possono essere consultate ai seguenti indirizzi Internet: www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=WQ&reference=E-2015-000354&language=IT; www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=WQ&reference=E-2015-001195&language=IT. Il 24 marzo 2015 la Commissione europea ha fornito alle interrogazioni parlamentari sopra menzionate la seguente risposta: «Nel parere A-2/13 la Corte di giustizia ha dichiarato che il progetto di accordo di adesione è incompatibile con i trattati. La Commissione sta analizzando attentamente tale parere. La Commissione ovviamente rispetta appieno il parere della Corte, che essa stessa ha richiesto, e osserva che esso implica la rinegoziazione del progetto di accordo di adesione su una serie di punti. La Commissione ritiene che nella fase attuale sia necessario un periodo di riflessione per esaminare il modo migliore di procedere. Essa mantiene il potere conferitole dalla decisione del Consiglio del 4 giugno 2010 di proseguire i negoziati con gli altri Stati del Consiglio d'Europa. Le modifiche del progetto di accordo di adesione che l'UE dovrà chiedere si limiteranno allo stretto necessario per conformarsi alle prescrizioni supplementari relative al contenuto dell'accordo di adesione che discendono dal parere A-2/13. I futuri negoziati su tali modifiche necessarie saranno condotti in consultazione con il «comitato speciale» designato dal Consiglio. Il Parlamento europeo ne sarà tenuto immediatamente e pienamente informato». La risposta della Commissione è consultabile al seguente Indirizzo Internet: www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2015-001195&language=IT. Sul fronte del Consiglio d'Europa, come si legge nella Risoluzione 2029(2015) adottata dall'Assemblea Parlamentare il 27 gennaio 2015,

Ciò detto, 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).

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»¹².

l'adesione dell'Unione europea alla CEDU «(...) ensure in-depth legal co-operation, enhance the coherence of legal standards and provide a unique framework for human rights, democracy and the rule of law in Europe». Pertanto, l'Assemblea Parlamentare reputa necessario superare al più presto gli ostacoli individuati dalla Corte di giustizia nel parere 2/13 ed invita gli stati membri del Consiglio d'Europa che siano anche membri dell'Unione europea ad esercitare la loro influenza in modo da riprendere quanto prima i negoziati per l'adesione dell'Unione europea alla CEDU e dare, conseguentemente, la massima priorità a tale processo (p.to 6). Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, Risoluzione 2029(2015), *The Implementation of the Memorandum of Understanding between the Council of Europe and the European Union*, adottata il 27 gennaio 2015, in part. p.to 6.

¹² V., per tutte, le sentenze *van Gend & Loos*, causa 26/62, del 5 febbraio 1963, ECLI:EU:C:1963:1, in part. 23, e *Costa*, causa 6/64, del 15 luglio 1964, ECLI:EU:C:1964:66, in part. 1144.

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»¹³; 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’art. 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).

4. *I profili di incompatibilità riscontrati dalla Corte di giustizia.*
– 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 garan-

¹³ P.to 161 del parere, cit.

tisce 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 europea¹⁴; 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 europea¹⁵ al punto tale, ad esempio, da imporre a quest'ultima ed alle sue Istituzioni una determinata interpretazione delle norme europee¹⁶, per altro verso, non dovrebbe essere nemmeno

¹⁴ Ai sensi dell'art. 216, par. 2, TFUE, «Gli accordi conclusi dall'Unione vincolano le istituzioni dell'Unione e gli Stati membri».

¹⁵ 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. Sull'autonomia dell'Unione europea, specie in relazione all'adesione dell'Unione europea alla CEDU, cfr. P. EECKHOUT, *Human Rights and the Autonomy of EU Law: Pluralism or Integration?*, in *C. L. P.*, 2013, n. 1, pp. 169-202; V. MICHEL, *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*, Bruxelles, 2012, pp. 113-131; H. C. KRÜGER - J. POLAKIEWICZ, *Proposal for a Coherent Human Rights Protection System in Europe. The European Convention of Human Rights and the EU Charter of Fundamental Rights*, in *H. R. L. J.*, 2001, n. 1-4, pp. 1-13.

¹⁶ 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».

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 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'Unione¹⁷. In altre parole, ove si discuta in merito ad un settore del

¹⁷ Sentenza della Corte di giustizia (Grande Sezione), del 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal*, ECLI:EU:C:2013:107, p.to 60. Secondo tale pronuncia «(...) l'articolo 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea deve essere interpretato nel senso che non consente a uno Stato membro di subordinare la consegna di una persona condannata in absentia alla condizione che la sentenza di condanna possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente, al fine di evitare una lesione del diritto ad un processo equo e ai diritti della difesa garantiti dalla sua Costituzione» (p.to 64). Cfr., tra gli altri, A. TORRES PÉREZ, *Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue*, in *EuConst*, 2014, n. 2, pp. 308-331; N. DE BOER, *Addressing Rights Divergences under the*

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»¹⁸.

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».

Charter: Melloni, in *C. M. L. Rev.*, 2013, n. 4, pp. 1083-1103; A. RUGGERI, *La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato (a margine della sentenza Melloni)*, in *Dir. un. eur.*, 2013, n. 2, pp. 399-408. Ai sensi dell'art. 53 della Carta «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».

¹⁸ V. il p.to 189 del parere, cit.

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 europea¹⁹.

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»²⁰. 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 costituisca una 'reazione' al *decisum* della 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. «sistema di Dublino», una famiglia richiedente asilo in Italia, nonostante quest'ultima avesse condizioni di accoglienza inadeguate²¹.

¹⁹ Sullo spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia si rinvia, per tutti, ad DI STASI, *Spazio europeo e diritti di giustizia*, cit. e alla ricca bibliografia *ivi* indicata.

²⁰ *Idem*, p.to 194.

²¹ Tra gli altri, v. JACQUÉ, *Non à l'adhésion*, cit. Il riferimento è alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera) *Tarakhel c. Svizzera*, del 4 novembre 2014, ric. n. 29217/12. Cfr., tra gli altri, R. PALLADINO, *La 'derogabilità' del 'sistema Dublino' dell'UE nella sentenza Tarakhel della Corte europea: dal-*

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 verrà 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'Unione²².

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, TFUE, di «sottoporre eventuali questioni attinenti

le 'deficienze sistemiche' ai 'seri dubbi sulle attuali capacità del sistema' italiano di accoglienza, in *Dir. um. dir. int.*, 2015, n. 1, pp. 226-232.

²² 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.

ai diritti fondamentali prioritariamente a questa Corte e prioritariamente conformarsi alle decisioni di quest'ultima»²³.

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 deve «avere effetti» sull'art. 344 del TFUE, che cristallizza 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 TUE²⁴.

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»).

²³ P.to 141 della presa di posizione, cit. In tal senso v. anche LOCK, *Oops! We did it again*, cit.

²⁴ Cfr. R. VIRZO, *I rapporti tra la Corte di giustizia dell'Unione europea e altri tribunali internazionali alla luce dell'art. 344 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, in L. MEZZASOMA - V. RUSSO - L. RUGGERI (a cura di), *Il controllo di legittimità costituzionale e comunitaria come tecnica di difesa*, Napoli, 2010, pp. 15-30.

Tale esclusione, infatti, non sarebbe di per sé sufficiente ad impedire all'Unione o agli Stati membri di sottoporre comunque 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 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»²⁵.

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)»²⁶. In altri termini, il ricorso ad una

²⁵ P.to 213 del parere, cit.

²⁶ 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 quan-

procedura di infrazione (con riferimento agli art. 344 TFUE e 4, par. 3, TUE) avrebbe scongiurato il rischio prospettato dalla Corte di giustizia.

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 consentirà ad una Parte contraente di assumere il ruolo di «convenuto aggiunto»²⁷ o su invito della Corte di Strasburgo o in seguito ad un'espressa richiesta della stessa Parte con-

to l'oggetto della controversia concerna l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione».

²⁷ O «secondo convenuto». Sul *co-respondent mechanism* v. GRAGL, *A Giant leap*, cit., in part. pp. 31-40; LIGUORI, *Sul meccanismo*, cit.; S. VEZZANI, *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*, Cambridge, 2013, pp. 221-235. Secondo quest'ultimo A., il *co-respondent mechanism* «(...) persegue tre obiettivi principali: a) fornire all'UE l'opportunità di prendere parte a procedimenti che mettano in questione la conformità con la CEDU delle misure statali prese in attuazione del diritto dell'Unione, e viceversa consentire agli Stati membri di difendere la conformità rispetto alla CEDU delle norme di rango primario del diritto dell'Unione; b) assicurare un'efficace attuazione delle sentenze di Strasburgo, vincolando le parti contraenti (UE o Stati membri) realmente in grado di modificare l'atto all'origine della rilevata violazione; e infine c) preservare l'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione, evitando interferenze da parte della Corte EDU nella ripartizione interna di responsabilità fra l'Unione e i suoi Stati membri e consentendo alla Corte di giustizia di verificare la legittimità degli atti e delle omissioni dell'Unione (alla luce del diritto europeo e dunque indirettamente anche della CEDU), prima che la Corte EDU possa giudicare la conformità degli stessi atti e omissioni rispetto alla CEDU». Così S. VEZZANI, *L'Unione europea e i suoi Stati membri davanti ai giudici di Strasburgo: una valutazione critica del meccanismo del co-respondent*, consultabile al seguente indirizzo Internet: www.sidi-isil.org/wp-content/uploads/2012/10/Simone-Vezzani-LUnione-europea-e-i-suoi-Stati-membri-davanti-ai-giudici-di-Strasburgo-una-valutazione-critica.pdf. V., altresì, G. GAJA, *The Co-Respondent Mechanisms According to the Draft Agreement for the Accession of the EU to the ECHR*, in *ESIL Reflections*, 9 gennaio 2013, n. 1, consultabile al seguente indirizzo Internet: www.esil-sedi.eu/sites/default/files/ESIL%20Reflections%20-%20Gaja_0.pdf.

traente, in quest'ultimo caso previa valutazione – ad opera della 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 sarebbero liberi di verificare la sussistenza delle «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 l'Unione europea e gli 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 riserva²⁸. In tal modo ri-

²⁸ 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

sulterebbe 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 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 responsabilità²⁹.

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

autorizzate ai sensi del presente articolo. 2. Ogni riserva emessa in conformità al presente articolo comporta una breve esposizione della legge in questione».

²⁹ 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 sindacarsi 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).

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).

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. 6³⁰, del progetto di accordo consentirebbe alla Corte di giustizia di esaminare la compatibilità di una disposizione del diritto dell'Unione con i diritti garantiti dalla CEDU ovvero, stando al par. 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 esclu-

³⁰ 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». Sul meccanismo del previo coinvolgimento della Corte di giustizia dell'Unione europea cfr. GRAGL, *A Giant leap*, cit., in part. pp. 45 ss.; BARATTA, *Accession of the EU to the ECHR*, cit.

siva 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 europea³¹.

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 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 par. 2 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)»³². 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

³¹ 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».

³² V. anche i p.ti 185 ss. della presa di posizione, cit.

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 piuttosto elevata. D'altra parte colmare le lacune dell'Unione europea in materia di diritti fondamentali rientra nello spirito e nella *ratio* dello stesso processo di adesione³³.

Occorre, inoltre, sottolineare che, secondo una parte della dottrina, una revisione dei Trattati che estenda la giurisdizione della Corte di giustizia in materia di PESC potrebbe costituire una soluzione a tale 'problema', al punto che la censura mossa attraverso il parere 2/13 è stata considerata come una «mossa strategica» della stessa Corte di giustizia per sollecitare tale modifica³⁴.

³³ Tra gli altri, cfr. VEZZANI, "Gl'è tutto sbagliato, gl'è tutto da rifare!", cit.

³⁴ Letteralmente: «One option would be to extend the jurisdiction of the ECJ to all CFSP matters. Indeed, Opinion 2/13 could be seen as a strategic move of the CJ to provoke such a modification of those unloved provisions of the Treaties that limit its judicial powers». Così EDITORIAL COMMENTS, *The EU's Accession*, cit., in part. 14. Cfr., infine, le interessanti considerazioni di ZANGHÌ, *La mancata adesione*, cit., 152, secondo il quale «(...) nel parere della Corte si ignora che la situazione predetta era ben nota agli Stati membri sia nel momento della conclusione del Trattato di Lisbona che, come sopra ricordato, ha limitato le competenze della Corte in materia di politica estera, sia nel momento in cui è stato negoziato il progetto di accordo di adesione. Ora, richiamando la sovranità degli Stati che li rende liberi di stabilire il contenuto degli accordi internazionali che intendono sottoscrivere, non può certo escludersi che gli Stati abbiano voluto coscientemente e consapevolmente limitare la competenza della Corte in materia di politica estera ed al tempo stesso accettare, invece, che per la tutela dei diritti umani, tale competenza dovesse essere riconosciuta all'altra Corte specifica del settore, quale appunto la Corte europea dei diritti dell'uomo».

5. *Qualche considerazione conclusiva.* – 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.

Orbene, al di là delle molteplici discussioni emerse e delle varie soluzioni prospettate, resta il fatto che il parere 2/13 ha creato, 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 Europa³⁵.

Lo si percepisce chiaramente dall'*Annual Report 2014* con il quale la Corte europea dei diritti dell'uomo ha manifestato apertamente la grande delusione per il parere negativo reso dalla Corte di giustizia allorchè, 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».

Lo si evince, altresì, dal discorso pronunciato dal Presidente Spielmann in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario della Corte europea dei diritti dell'uomo³⁶.

³⁵ L'espressione è di G. ZAGREBELSKY, *Dichiarazioni dei diritti e giurisdizioni nazionali e sovranazionali, paper* della relazione tenuta alla LUISS nel Gennaio 2001.

³⁶ Durante la cerimonia solenne di apertura dell'anno giudiziario della Corte europea dei diritti dell'uomo, il Presidente D. Spielmann, a proposito del parere 2/13 ha affermato: «(...) Let us be clear: the disappointment that we felt on reading this negative opinion mirrored the hopes that we had placed in it – hopes shared widely throughout Europe. In deciding that the Union would accede to the European Convention on Human Rights, the drafters of the Lisbon Treaty clearly sought to complete the European legal area of human rights; their wish was that the acts of EU institutions would become subject to the same external scrutiny by the Strasbourg

Ora non è facile immaginare cosa potrebbe accadere: 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.

Sebbene presenti indubbi profili di criticità, lo scenario delineato non appare, tuttavia, sconcertante. Pur persistendo incertezze – anche significative – in merito alle modalità concrete con cui si realizzerà l'adesione, risulta indiscusso l'obiettivo principale dalla stessa perse-

Court as the acts of the States. They wanted above all to ensure that a single and homogenous interpretation of human rights would prevail over the entire European continent, thereby securing a common minimum level of protection. The opinion of the Court of Justice does not render that plan obsolete; it does not deprive it of its pertinence. The Union's accession to the Convention is above all a political project and it will be for the European Union and its member States, in due course, to provide the response that is called for by the Court of Justice's opinion. For my part, the important thing is to ensure that there is no legal vacuum in human rights protection on the Convention's territory, whether the violation can be imputed to a State or to a supranational institution. Our Court will thus continue to assess whether State acts, whatever their origin, are compliant with the Convention, while the States are and will remain responsible for fulfilling their Convention obligations. The essential thing, in the end, is not to have a hierarchical conception of systems that would be in conflict with each other. No, the key is to ensure that the guarantee of fundamental rights is coherent throughout Europe. For, let us not forget, if there were to be no external scrutiny, the victims would first and foremost be the citizens of the Union». V. Solemn Hearing for the Opening of the Judicial Year of the European Court of Human Rights, Opening Speech, President Dean Spielmann, Strasbourg, 30 January 2015, pp. 4-5, consultabile al seguente indirizzo Internet: www.echr.coe.int/Documents/Speech_20150130_Solemn_Hearing_2015_ENG.pdf.

Daniela Fanciullo

guito: esso consiste proprio nella predisposizione di un «meccanismo istituzionalizzato» di raccordo tra i due sistemi, che permetterà di sottoporre atti ed attività dell'Unione ad un sindacato esterno, affidato alla Corte di Strasburgo, in riferimento ai diritti fondamentali, con un conseguente rafforzamento della tutela giurisdizionale garantita ai singoli.

MICOL BARNABÒ*

LA NUOVA COMPETENZA CONSULTIVA
DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO
ALLA LUCE DEL PROTOCOLLO N. 16 ALLA CONVENZIONE
EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La nuova competenza consultativa della Corte europea – 3. I pareri consultivi dinanzi alla Corte europea e il rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea – 4. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione.* – Il Protocollo n. 16 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (di seguito, CEDU) è stato adottato il 10 luglio 2013 da parte del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ed aperto alle firme il 2 ottobre 2013¹. Con esso si introduce nel sistema regionale europeo di tutela dei diritti dell'uomo un nuova competenza consultiva della Cor-

*Dottoranda di ricerca in Diritto internazionale e dell'Unione europea, Università "Sapienza" di Roma.

¹ Il Protocollo n. 16 entrerà in vigore il primo giorno del mese successivo alla scadenza di un periodo di tre mesi dalla data in cui dieci Alte Parti contraenti della Convenzione avranno espresso il loro consenso a essere vincolate dal Protocollo (art. 8, par. 1) tramite firma senza riserva di ratifica, di accettazione o di approvazione (art. 7, par. 1, *lett. a*)), ovvero tramite la firma con riserva di ratifica, di accettazione o di approvazione, seguita da ratifica, accettazione o approvazione (art. 7, par. 1, *lett. b*)). Nei confronti degli Stati parte che dovessero aderire al Protocollo n. 16 in un secondo momento, il termine di tre mesi inizierà a decorrere dal giorno in cui questi esprimeranno il loro consenso nei modi summenzionati (art. 8, par. 2). Al momento in cui si scrive, il Protocollo è stato firmato da sedici Stati: Albania, Austria, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Italia, Lituania, Paesi Bassi, Norvegia, Romania, San Marino, Slovacchia, Slovenia, Turchia e Ucraina, mentre le ratifiche sono tre (Georgia, San Marino, Slovenia).

te europea², ispirata al modello del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea disciplinato all'art. 267 TFUE.

L'adozione del Protocollo n. 16 si inserisce nel più ampio processo di riforma della Corte europea dei diritti dell'uomo, che da numerosi anni impegna i diversi attori del sistema convenzionale³. Il prestigio acquistato nel corso degli anni dalla Corte europea, e il suo indiscutibile successo, hanno generato una massa di ricorsi individuali che supera le capacità di risposta della Corte stessa. Di qui l'esigenza di rinvenire strumenti di riforma atti a garantire una tutela effettiva dei diritti umani all'interno del sistema convenzionale. Una prima importante tappa del processo di riforma è rappresentata dall'entrata in vigore del Protocollo n. 14 alla CEDU nel 2010⁴, mentre le successive tre Conferenze di alto livello sul futuro della Corte hanno portato alla recente adozione del Protocollo n. 15 e del Protocollo n. 16⁵.

Attraverso l'istituzionalizzazione di una forma di cooperazione tra giudici nazionali e Corte europea, il Protocollo n. 16 contribuisce a dare piena applicazione al principio di sussidiarietà in vista dell'alleggerimento nel lungo termine del carico di lavoro dell'organo giurisdizionale europeo. Come si legge nel preambolo dello stesso Protocollo, «the extension of the Court's competence to give advisory opinions will further enhance the interaction between the Court and

² Cfr., M-C. RUNAVOT, *Le protocole n° 16 à la Convention européenne: réflexion sur une nouvelle espèce du genre*, in *Rev. gén. dr. int. pub.*, 2014, p. 76.

³ In argomento, tra gli altri, F. TULKENS, *La Cour européenne des droits de l'homme et la Déclaration de Brighton. Oublier la réforme et penser l'avenir*, in *Cahiers dr. eur.*, 2012, n° 2, pp. 342 ss. La previsione della possibilità di chiedere pareri consultivi alla Corte europea è una delle proposte avanzate per dare attuazione all'interazione tra la Corte e le autorità nazionali che l'autore definisce «*le deuxième axe*» in cui si articola la Dichiarazione finale della Conferenza di Brighton sul futuro della Corte.

⁴ Una prima incisiva riforma del meccanismo convenzionale di tutela dei diritti dell'uomo si è avuta con l'entrata in vigore il 1° giugno 2010 del Protocollo n. 14 con il quale sono state introdotte due nuove formazioni giudiziarie (il giudice unico e i comitati di tre giudici) per i casi più semplici, oltre che la condizione di ricevibilità del «pregiudizio importante» disciplinata all'art. 35, par. 3, *lett. b*).

⁵ A partire dal 2010, si sono tenute tre Conferenze di alto livello sul futuro della Corte che hanno avuto luogo, rispettivamente, a Interlaken (2010), a Smirne (2011) e a Brighton (2012).

national authorities [...], in accordance with the principle of subsidiarity».

Nel momento della definizione della nuova competenza consultiva della Corte europea, dunque, la natura sussidiaria del sistema regionale europeo di tutela dei diritti umani ha condizionato le scelte degli organi convenzionali e tale circostanza spiega le differenze tra il sistema introdotto dal Protocollo n. 16 e il modello di riferimento, costituito dal rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

2. *La nuova competenza consultiva della Corte europea.* – L'adozione del Protocollo n. 16 segna il punto di arrivo di un percorso inaugurato dalla proposta di estendere la competenza consultiva della Corte europea⁶ contenuta nel rapporto del Gruppo dei Saggi del 2006⁷.

⁶ Con l'adozione del Protocollo n. 2 alla CEDU si era già conferita alla Corte europea una competenza consultiva ora disciplinata agli artt. 47-49, CEDU. In argomento, J. P. COSTA - P. TITIUN, *Les avis consultatifs devant la Cour européenne des droits de l'homme*, in *L'homme dans la société internationale. Mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier*, Bruxelles, 2013, pp. 605 ss.

⁷ *Rapport du Groupe des Sages au Comité des Ministres*, 979bis Réunion, CM(2006)203, del 15 novembre 2006, disponibile su <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1063767&Site=CM>. Dopo aver ricordato il compito delle autorità nazionali nell'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli, il Gruppo dei Saggi ha ritenuto che «*il serait utile d'instaurer un régime dans le cadre duquel les juridictions nationales pourraient saisir la Cour de demandes d'avis consultatif sur des questions juridiques concernant l'interprétation de la Convention et de ses protocoles. Il s'agirait d'une innovation qui favoriserait le dialogue entre les juges et qui renforcerait le rôle «constitutionnel» de la Cour. La demande d'avis serait toujours facultative pour les juridictions nationales et l'avis rendu par la Cour n'aurait pas de caractère obligatoire. [...] En outre, le Groupe estime que, pour renforcer l'autorité jurisprudentielle attachée à ce type d'avis consultatifs, tous les États parties à la Convention devraient avoir la possibilité de soumettre à la Cour des observations sur les questions juridiques faisant l'objet de la demande d'avis*» (parr. 81-84). Secondo il disegno proposto dalla Gruppo di Saggi alcuni limiti devono essere previsti nella definizione del nuovo meccanismo di rinvio in risposta alle preoccupazioni circa l'eccessivo aumento del carico di lavoro che potrebbe ulteriormente rallentare la Corte europea. In particolare, «*il est proposé que : a) seules les juridictions de dernière instance et les juri-*

Quest'ultimo era stato nominato dai Capi di Stato e di Governo degli Stati membri del Consiglio d'Europa, riuniti a Varsavia il 16 e 17 maggio 2005, con il mandato di esaminare la questione dell'efficacia nel lungo termine del meccanismo di controllo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

L'idea di istituzionalizzare il dialogo tra i giudici nazionali e il giudice europeo è stata poi ripresa dalla dichiarazione finale della Conferenza di alto livello sul futuro della Corte che si è tenuta a Smirne⁸, mentre solo con la Dichiarazione di Brighton la riflessione sulla definizione della nuova competenza consultiva della Corte europea si è concretizzata in un'iniziativa di riforma⁹. Il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, invitato a redigere una bozza di protocollo facoltativo alla Convenzione europea, ha così affidando tale compito al Comitato direttivo per i diritti dell'uomo (CDDU). Come anticipato, il Protocollo n. 16 è stato definitivamente adottato il 10 luglio 2013 da parte del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ed è stato aper-

dictions constitutionnelles puissent présenter une demande d'avis ; b) les avis ne puissent porter que sur des questions de principe ou d'intérêt général relatives à l'interprétation de la Convention ou de ses protocoles ; c) la Cour puisse refuser discrétionnairement de répondre à une demande d'avis. [...] Elle ne devrait pas avoir à motiver son refus» (par. 86).

⁸ Déclaration d'Izmir del 27 aprile 2011, disponibile su: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1834558&SecMode=1&DocId=1733576&Usage=2>.

⁹ Déclaration de Brighton del 20 aprile 2012, disponibile su: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=BrightonDeclaration&Language=lanFrench&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>. Nella dichiarazione la Conferenza nota «*que l'interaction entre la Cour et les autorités nationales pourrait être renforcée par l'introduction dans la Convention d'un pouvoir supplémentaire de la Cour, que les Etats parties pourraient accepter à titre optionnel, de rendre sur demande des avis consultatifs sur l'interprétation de la Convention dans le contexte d'une affaire particulière au niveau national, sans préjudice du caractère non contraignant de ces avis pour les autres Etats parties*» e per questo invita «*le Comité des Ministres à rédiger le texte d'un protocole facultatif à la Convention à cet effet d'ici fin 2013*» (par. 12, lett. d).

to alle firme il 2 ottobre 2013¹⁰. L'adesione al Protocollo n. 16 è facoltativa per gli Stati parte¹¹.

Le più alte giurisdizioni di uno Stato parte avranno la possibilità di richiedere alla Corte europea pareri consultivi su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli (art. 1, par. 1), ma tale facoltà potrà essere esercitata esclusivamente nell'ambito di una causa pendente dinanzi ad esse (art. 1, par. 2). L'individuazione delle giurisdizioni aventi competenza a livello nazionale per richiedere i pareri spetta agli Stati che, conformemente all'art. 10, dovranno darne indicazione al momento della firma o del deposito dello strumento di ratifica. I pareri consultivi adottati dalla Corte europea dovranno essere motivati (art. 4) e non saranno vincolanti (art. 5)¹².

Il meccanismo descritto è il risultato, dunque, di un «long processus»¹³ di riflessione che aveva come principale preoccupazione quella di recuperare un alto grado di efficienza del sistema convenzionale messo a repentaglio da un carico di lavoro eccessivo rispetto alle possibilità di risposta della Corte europea. La scelta di promuovere il dialogo tra i giudici nazionali e la Corte europea, attraverso l'istituzionalizzazione di un meccanismo di rinvio modellato su quello dell'Unione europea, è intesa a rafforzare i rispettivi ruoli delle due giurisdizioni, in conformità al principio di sussidiarietà.

¹⁰ Per una più approfondita descrizione dei passaggi istituzionali che hanno accompagnato la redazione e l'adozione del Protocollo n. 16 alla Convenzione europea si veda l'Introduzione al Rapporto esplicativo allo stesso Protocollo, disponibile su: www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_explanatory_report_ENG.pdf.

¹¹ Come è stato evidenziato in dottrina, «*le Protocoles 16 réintroduit dans la Convention 'une dose de compétence facultative' qui vient briser – temporairement, on l'espère – l'unité du système judiciaire européen*», F. SUDRE, *La subsidiarité, «nouvelle frontière» de la Cour européenne des droits de l'homme. À propos des Protocoles 15 et 16 à la Convention*, in *Sem. jur.*; vol. 87, 2013, p. 1913.

¹² Per un'analisi articolo per articolo del Protocollo n. 16, vedi, D. MILNER, *Protocols no. 15 and 16 to the European Convention on Human Rights in the Context of the Perennial Process of Reform: A Long and Winding Road*, in *ZEUS*, 2014, pp. 40 ss.

¹³ Avis de l'Assemblée plénière de la Cour de la Cour sur le projet de Protocole n. 16 à la Convention del 6 maggio 2013, par. 1, disponibile su: www.echr.coe.int/Documents/2013_Protocol_16_Court_Opinion_FRA.pdf.

Una chiara e sistematica analisi della riflessione che ha accompagnato l'adozione del Protocollo n. 16 alla CEDU è fornita dalla stessa Corte europea nel Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour del 2012¹⁴. Oltre ad evidenziare i prospettati vantaggi derivanti dalla possibilità di richiedere un parere su questioni di principio relative all'interpretazione e all'applicazione della Convenzione europea e dei suoi protocolli, il documento ripercorre le preoccupazioni espresse in merito a tale strumento. Alcune obiezioni sono state sollevate con riferimento all'inevitabile allungamento della procedura dinanzi ai giudici nazionali¹⁵ e all'ulteriore carico di lavoro che graverà sulla Corte europea una volta che il nuovo Protocollo entrerà in vigore¹⁶. In risposta alla prima delle due obiezioni, viene sottolineato che la durata totale della procedura non dovrebbe nel complesso aumentare di molto se si considera che con ogni probabilità il caso sarebbe stato portato alla conoscenza della Corte europea al termine della procedura interna¹⁷, mentre, con riferimento alla seconda obiezione, i sostenitori del nuovo meccanismo di rinvio, pur non negando che si registrerà un iniziale aumento delle domande rivolte alla Corte, ritengono che nel lungo

¹⁴ Il documento è disponibile su: www.coe.int/t/dgi/brighton-conference/documents/Court-Advisory-opinions_fr.pdf.

¹⁵ Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour, cit., par. 11 e 12.

¹⁶ *Ibidem*, par. 13 ss. Nello stesso senso, vedi F. VECCHIO, *Le prospettive di riforma della Convenzione europea dei diritti umani tra limiti tecnici e «cortocircuiti» ideologici*, in *Riv. AIC*, 2013, p. 7.

¹⁷ È stato suggerito in dottrina che ai pareri, soprattutto quando riguardano materie sensibili, dovrebbe essere data priorità, magari estendendo ad essi la *priority policy* introdotta dalla Corte europea nel 2009 con riferimento ai ricorsi pendenti dinanzi ad essa. In tal senso, vedi, G. ASTA, *Il protocollo n. 16 alla CEDU: chiave di volta del sistema europeo di tutela dei Diritti umani?*, ne *La Com. int.*, vol. 68, 2013, pp. 786-787. Inoltre, del tempo necessario all'adozione del parere la Corte europea dovrà tenere conto ai fini dell'applicazione dell'art. 6, CEDU e, dunque, nel calcolo della lunghezza del procedimento interno. A tale proposito, vedi, K. DZEHTSIAROU, *Interaction between the European Court of Human Rights and Member States: European Consensus, Advisory Opinions and the Question of Legitimacy*, in S. FLOGAITIS - T. ZWART - J. FRASER (eds.), *The European Court of Human Rights and its Discontents: Turning Criticism into Strength*, Cheltenham, 2013, p. 132.

termine tale riforma porterà dei notevoli benefici. Al fine di evitare un eccessivo ed incontrollato afflusso di richieste, sono state previste alcune limitazioni alla possibilità di domandare pareri alla Corte. Si è visto, infatti, che la possibilità di richiedere pareri è stata riservata alle più alte giurisdizioni degli Stati parte le quali potranno trasmettere alla Corte esclusivamente domande aventi ad oggetto questioni di principio relative all'applicazione e all'interpretazione della Convenzione europea e dei suoi protocolli che siano emerse nel corso di una causa pendente dinanzi ad esse. Inoltre, il Protocollo n. 16 ha previsto un sistema di filtro delle richieste di parere che contribuirà a controllarne il flusso.

Altrettanto dibattuto è stato il delicato profilo del rapporto tra la richiesta di parere consultivo e il diritto individuale di ricorso alla Corte europea tutelato all'art. 34, CEDU. Sul punto le posizioni di coloro che hanno sostenuto l'adozione del Protocollo n. 16 e di quanti, al contrario, hanno espresso opinioni negative, convergono verso l'idea che il diritto al ricorso individuale non debba incontrare restrizioni neanche quando un caso sia stato già oggetto di parere consultivo della Corte europea¹⁸. Ciò ha trovato conferma nell'adozione del Protocollo n. 16¹⁹.

3. I pareri consultivi dinanzi alla Corte europea e il rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea. – Il meccanismo del rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea, disciplinato dall'art. 267 TFUE, ha sicuramente costituito la fonte d'ispirazione per la previsione della nuova competenza consultiva della Corte europea tanto che le similitudini tra i due

¹⁸ *Ibidem*, par. 7 e 45.

¹⁹ *Rapporto esplicativo*, cit., commento all'art. 5, par. 26: «Il fatto che la Corte abbia emesso un parere consultivo su una questione sollevata nell'ambito di una causa pendente dinanzi a una autorità giudiziaria di una Alta parte contraente, non impedisce a una parte di tale causa di esercitare successivamente il suo diritto a un ricorso individuale ai sensi dell'articolo 34 della Convenzione, vale a dire che essa può comunque portare la causa dinanzi alla Corte».

sistemi sono evidenti²⁰. Tuttavia, il Gruppo dei Saggi aveva già messo in luce l'impossibilità di una semplice trasposizione del meccanismo del rinvio pregiudiziale nel sistema convenzionale che prevede il necessario esaurimento delle vie di ricorso interne prima di poter accedere alla tutela offerta dalla Corte europea²¹.

Il rafforzamento della natura sussidiaria del sistema regionale europeo di tutela dei diritti umani ha rappresentato una delle linee guida che hanno segnato il processo di riforma della Corte europea e tale circostanza trova conferma nell'introduzione, con il Protocollo n. 15, di un espresso riferimento al principio di sussidiarietà nel preambolo della CEDU²². La previsione di un canale formale di dialogo tra i giudici interni e la Corte EDU è dunque una scelta coerente con l'esigenza di tutelare in via principale a livello nazionale i diritti garantiti dalla CEDU e dai suoi protocolli. Mentre la novità introdotta con il Protocollo n. 15 rappresenta l'espressione formale del principio in questione, il Protocollo in esame ne rappresenta una declinazione specifica sotto forma di una collaborazione giudiziaria²³. Il carattere sussidiario del sistema convenzionale ha influenzato le scelte operate nel momento della definizione della nuova competenza consultiva della Corte EDU tanto da spiegare le principali differenze esistenti rispet-

²⁰ Cfr. J. JAHN, *Normative Guidance from Strasbourg Through Advisory Opinions: Deprivation or Relocation of the Convention's Core*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 74, 2014, p. 823; G. RAIMONDI, *La Dichiarazione di Brighton sul futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. AIC*, n. 3, 2012, p. 3. In senso contrario, VECCHIO, *Le prospettive di riforma della Convenzione europea*, cit., p. 6.

²¹ Rapport du Groupe des Sages, cit., par. 80.

²² Il Protocollo n. 15 alla CEDU è stato adottato dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa il 24 giugno 2013 e prevede, tra le altre cose, che al Preambolo della Convenzione europea venga aggiunto il seguente considerando: «*Affirming that the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and that in doing so they enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention*» (art. 1).

²³ Cfr. SUDRE, *La subsidiarité*, cit., p. 1913.

to al meccanismo del rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea²⁴.

La possibilità di richiedere pareri consultivi alla Corte europea è riconosciuta esclusivamente alle «più alte giurisdizioni di un'Alta Parte contraente», liberamente individuate dagli Stati non solo tra le Corti costituzionali e le Corti supreme ma anche tra le autorità giudiziarie che sono «le più alte» in una determinata tipologia di cause²⁵. Emerge così una prima differenza rispetto al meccanismo disciplinato dall'art. 267 TFUE. Mentre nell'ambito dell'Unione europea tutti i giudici nazionali, ivi compresi i giudici di merito, hanno la facoltà di proporre un rinvio alla Corte di giustizia per sollevare una questione interpretativa del diritto dell'Unione, e tale possibilità si trasforma in un obbligo, salvo casi eccezionali, per i giudici di ultima istanza affinché non si formi a livello nazionale una prassi contraria al diritto dell'Unione, la richiesta di parere alla Corte EDU può essere presentata esclusivamente dalle più alte giurisdizioni che rimangono pienamente libere di utilizzare lo strumento introdotto dal Protocollo n. 16. Infatti, la trasposizione dell'obbligo di rinvio per i giudici di ultima istanza nell'ambito del sistema convenzionale si sarebbe posto in aperto contrasto con il principio di sussidiarietà²⁶.

Un'altra significativa differenza tra i due sistemi si riscontra con riferimento agli effetti dei pareri resi rispettivamente da ciascuna Corte. Infatti quelli della Corte EDU non saranno vincolanti per i giudici richiedenti. Le ragioni di tale scelta sono evidenti. I pareri sono

²⁴ Secondo Gerards le differenze tra i due meccanismi trovano la loro ragion d'essere nella diversità degli obiettivi perseguiti. Nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea, il rinvio pregiudiziale ha lo scopo di rendere uniforme ed armonizzare l'interpretazione del diritto europeo, mentre all'interno del sistema convenzionale i pareri della Corte europea servirebbero esclusivamente ad orientare i giudici nazionali nell'interpretazione della Convenzione europea. Cfr., J. GERARDS, *Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol No. 16 to the European Convention of Human Rights: A Comparative and Critical Appraisal*, in *Maasricht Jou. Eur. Comp. Law*, 2014, p. 641.

²⁵ Rapporto esplicativo, cit., commento art. 1, par. 8.

²⁶ P. GRAGL, « *Judicial*) Love is Not a One-Way Street », in *Eur. L. Rev.*, 2013, Vol. 38, pp. 229 ss.

adottati nell'ambito di un dialogo tra giudici²⁷ e saranno uno degli strumenti a disposizione delle alte giurisdizioni nazionali per adempiere al compito di assicurare il rispetto dei diritti tutelati dalla CEDU e dai suoi protocolli, coerentemente a quanto richiesto dalla natura sussidiaria del sistema convenzionale. Non sono mancate critiche rispetto a questa scelta²⁸ che parte della dottrina ha definito «paradoxal» tenuto conto del fatto che i pareri sono emessi dalla Grande Camera della Corte europea²⁹.

Nel Rapporto esplicativo si chiarisce che detti pareri «s'insèrent toutefois dans la jurisprudence de la Cour, aux côtés de ses arrêts et décisions. L'interprétation de la Convention et de ses protocoles contenue dans ces avis consultatifs est analogue dans ses effets aux éléments interprétatifs établis par la Cour dans ses arrêts et décisions»³⁰. Le disposizioni della CEDU e dei suoi protocolli, come interpretate dalla Corte europea, costituiscono un sistema di principi giuridici che devono essere rispettati dagli Stati parte³¹. Benché le sentenze della Corte europea siano vincolanti per le sole parti del procedimento (art. 46 CEDU), la prassi riconosce a tali decisioni effetti anche nei confronti degli Stati rispetto ai quali non è stata riconosciuta la violazione accertata³². Le stesse Alte Parti contraenti, con il Piano di Azione allegato alla Dichiarazione di Interlaken³³, hanno assunto

²⁷ Rapporto esplicativo, cit., commento all'art. 5, par. 25.

²⁸ Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour, cit., par. 42 ss.

²⁹ N. HERVIEU, « Cour européenne des droits de l'homme: Bilan d'étape d'un perpétuel chantier institutionnel » [PDF] in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 3 septembre 2013, p. 3.

³⁰ Rapporto esplicativo, cit., commento all'art. 5, par. 27.

³¹ M. O'BOYLE, *The Convention System as a Subsidiary Source of Law, Discours prononcé lors de la conférence sur «The principle of subsidiarity» (Le principe de subsidiarité) tenue à Skopje*, 1-2 octobre 2010, in *Contribution to the Conference on the Principle of Subsidiarity*, Skopje, 1-2 Octobre 2010. «Strengthening Subsidiarity: Integrating the Strasbourg Court's Case Law into National Law and Judicial Practice», AS/Jur/Inf(2010)04, 25 novembre 2010, p. 11.

³² Per una ricognizione della prassi v. *Contribution to the Conference on the Principle of Subsidiarity*, cit., pp. 17 ss.

³³ Plan d'Action, Déclaration d'Interlaken, 19 febbraio 2010, par. 4, lett. c), p. 2, disponibile su:

l'impegno di tener conto dell'evoluzione giurisprudenziale della Corte EDU. A ben vedere, quindi, non sembra che possa concludersi che i pareri consultivi emessi dalla Corte europea ai sensi del Protocollo n. 16 siano privi di ogni effetto giuridico³⁴, la cui portata dipende, tuttavia, dagli effetti che si riconoscono alle sentenze e decisioni della Corte europea, a cui i pareri consultivi, come chiarito dal Rapporto esplicativo, sono assimilati sotto tale profilo³⁵. Così una parte della dottrina

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=InterlakenDeclaration&Language=lanFrench&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>.

³⁴ *Rapport de l'Assemblée parlementaire sur le Projet de protocole no 16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, AS/Jur (2013) 21, par. 11, disponibile su: www.assembly.coe.int/CommitteeDocs/2013/pressajdocF.pdf.

³⁵ La dottrina è divisa sul punto. La circostanza che le autorità nazionali, in assenza di un obbligo giuridico in tale senso, tengano conto delle conclusioni contenute nelle sentenze che riconoscono violazioni della Convenzione commesse da altri Stati qualora il medesimo problema di principio si ponga nei loro ordinamenti interni ha spinto alcuni autori fino al punto di riconoscere alla giurisprudenza della Corte europea, e in particolare le sentenze di principio adottate dalla Grande Camera, effetti *de facto erga omnes*. In tal senso vedi, M. LAZAROVA TRAJKOVSKA, *Ways and Means to Recognise the Interpretative Authority of Judgments against other States*, *Discours prononcé lors de la conférence sur «The principle of subsidiarity» tenue à Skopje*, 1-2 octobre 2010, in *Contribution to the Conference on the Principle of Subsidiarity*, Skopje, 1-2 Octobre 2010, cit., p. 12; Interlaken follow-up, principle of subsidiarity. Note by the Jurisconsult, European Court of Human Rights, 8 July 2010, par. 26, p. 8. In senso critico rispetto all'estensione *erga omnes* degli effetti delle sentenze della Corte europea, E. CANNIZZARO, *Il bilanciamento fra diritti fondamentali e art. 117, 1° comma, Cost.*, in *Riv. dir. int.*, 2010, pp. 128 ss. Un simile dibattito ha occupato la dottrina con riferimento agli effetti delle sentenze pregiudiziali interpretative della Corte di giustizia, le quali, a parere di alcuni autori, avrebbero effetti sostanzialmente *erga omnes*, determinando così la trasformazione dell'obbligo di rinvio da parte dei giudici di ultima istanza in una facoltà. Conformemente alla giurisprudenza consolidata, infatti, l'esonero dall'obbligo di rinvio si verifica quando la questione interpretativa emersa nel corso di un giudizio pendente dinanzi ai giudici di ultima istanza sia identica o analoga ad un'altra già decisa dalla Corte (CGUE, *Da Costa*, cause 28/62, 29/62, 30/62, 27 marzo 1963, p. 57, par. 5 e 6) ovvero possa risolversi sulla base di una giurisprudenza costante della medesima Corte (CGUE, *CILFIT*, causa 283/81, 6 ottobre 1982, p. 3415, par. 14 ss.). In argomento, G. MARTINICO, *Le sentenze interpretative della Corte di giustizia come fonte di produzione normativa*, in *Riv. dir. cost.*, 2004, pp. 249 ss.

ha sostenuto la possibilità di riconoscere ai futuri pareri della Corte europea un valore di *res interpretata*³⁶, mentre un altro autore ha ritenuto che i suddetti pareri avranno un effetto precludente o dissuasivo, configurandosi come un'ulteriore condizione di ricevibilità *sui generis*³⁷.

Vari aspetti della nuova competenza consultiva della Corte europea, invece, appaiono evidentemente mutuati dall'esperienza del rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea. Le domande di parere devono avere a oggetto questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli emerse nell'ambito di una causa pendente dinanzi al giudice richiedente che dovrà motivare puntualmente la sua richiesta con riferimento ai suddetti requisiti. La richiesta di parere sarà esaminata in prima istanza da un collegio di cinque giudici che avrà l'obbligo di motivare un'eventuale decisione di rigetto³⁸. La vicinanza con il meccanismo del rinvio pregiudiziale è, sotto questi profili, evidente tanto che la stessa Corte ha suggerito di trarre ispirazione dalla giurisprudenza della Corte di giustizia relativa alla definizione dei requisiti di ammissibilità di una questione pregiu-

³⁶ Cfr. SUDRE, *La subsidiarité*, cit., p. 1917; GERARDS, *Advisory Opinions*, cit., pp. 643 ss. I sostenitori di questa tesi hanno sottolineato come l'introduzione di questa nuova competenza determini un rafforzamento del ruolo costituzionale della Corte europea. In tal senso, oltre agli autori citati, si veda, JAHN, *Normative Guidance*, cit., pp. 831 ss.; L. A. SICILIANOS, *L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme. A propos du Protocole n. 16 à la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Rev. trim. dr. h.*, 2014, p. 14.

³⁷ Cfr. ASTA, *Il protocollo n. 16 alla CEDU*, cit., pp. 782 ss. Per giungere a tale conclusione l'autore si basa, in particolare, su due elementi: da una parte, il mantenimento della possibilità per le vittime di adire la Corte europea ai sensi dell'art. 34 CEDU anche dopo l'adozione di un parere consultivo e, dall'altra, la circostanza che nell'ipotesi in cui il suddetto parere sia stato seguito dai giudici nazionali il Rapporto esplicativo prevede che gli elementi del ricorso già trattati saranno probabilmente dichiarati inammissibili o cancellati dal ruolo.

³⁸ La previsione di un filtro delle richieste di parere corrisponde a quanto previsto all'art. 43, CEDU, che disciplina il rinvio dinanzi alla Grande Camera della Corte europea. Quest'ultima disposizione, tuttavia, non prevede l'obbligo per il collegio di cinque giudici di motivare le decisioni di rigetto delle richieste presentate dalle parti.

diziale³⁹ per definire i criteri utili a valutare la rilevanza della questione, nonché il carattere non ipotetico ovvero astratto della stessa. La scelta di prevedere un obbligo di motivazione della decisione di rigetto della richiesta di parere da parte del collegio di cinque giudici risponde all'obiettivo primario perseguito dal Protocollo n. 16 di rafforzare il dialogo tra i giudici nazionali e la Corte europea nell'ottica di una sempre maggiore responsabilizzazione delle autorità giudiziarie interne agli Stati nell'ambito della tutela dei diritti convenzionali. Come suggerito dalla Corte EDU ed auspicato da una parte della dottrina⁴⁰, la giurisprudenza della Corte di giustizia potrebbe offrire un utile punto di partenza per lo sviluppo di criteri autonomi di ammissibilità delle richieste di parere nell'ambito del sistema convenzionale. Benché inizialmente ritenuto non necessario o addirittura eccessivamente vincolante⁴¹, l'obbligo di motivazione della decisione di rigetto risponde proprio all'esigenza di rendere edotto il giudice nazionale dei motivi che hanno determinato l'inammissibilità della richiesta, orientando così il suo comportamento relativamente alle future domande di parere.

4. *Considerazioni conclusive.* – L'entrata in vigore del Protocollo n. 16 alla CEDU contribuirà senza dubbio a rafforzare la natura sussidiaria del sistema regionale europeo di tutela dei diritti umani attraverso l'istituzionalizzazione di una forma di collaborazione tra giudici nazionali e Corte europea. Le giurisdizioni interne degli Stati parte saranno sempre di più le principali responsabili dell'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli, potendo contare, nell'esercizio di tale competenza, sulla collaborazione della Corte europea che, se richiesto, potrà adottare pareri consultivi relativamente a questioni di principio legate all'interpretazione e all'applicazione del

³⁹ *Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour*, cit., par. 33.

⁴⁰ GRAGL, «*Judicial Love is Not a One-Way Street*», cit., p. 16.

⁴¹ Il profilo è stato oggetto di un'attenta riflessione. A parere del Gruppo dei Saggi e della Corte europea il collegio di cinque giudici avrebbe dovuto decidere discrezionalmente se motivare o meno le decisioni di rigetto della richiesta di parere.

disposizioni convenzionali, utili alla definizione della controversia pendente dinanzi al giudice richiedente. Questa nuova competenza consultiva della Corte europea, dunque, rappresenta uno degli strumenti disegnati dagli organi convenzionali al fine di favorire una sempre maggiore responsabilizzazione delle autorità nazionali nella protezione dei diritti garantiti a livello convenzionale, favorendo anche un parziale «réorientation du système de contrôle de la Convention» attraverso un meccanismo di controllo preventivo⁴².

Il Protocollo n. 16 è uno dei frutti del processo di riforma della Corte europea il cui obiettivo ultimo è quello di garantire l'effettività del sistema convenzionale di protezione dei diritti umani, oggi messa gravemente a repentaglio dall'eccessivo numero di ricorsi presentati all'organo giurisdizionale europeo. La corretta applicazione della Convenzione europea e dei suoi protocolli da parte dei giudici nazionali, grazie anche alla possibilità di richiedere un parere consultivo alla Corte europea, dovrebbe contribuire a ridurre nel lungo termine il carico di lavoro della Corte stessa.

Il meccanismo introdotto dal Protocollo n. 16 trae chiaramente ispirazione dal modello di rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea, disciplinato all'art. 267 TFUE, ma la necessità di adeguare tale modello al sistema convenzionale per sua natura sussidiario rispetto agli ordinamenti nazionali ha fatto sì che non si arrivasse a rendere obbligatorio il rinvio da parte delle più alte giurisdizioni, né vincolanti i pareri adottati dalla Corte EDU.

⁴² Cfr., SUDRE, *La subsidiarité*, cit., p. 1916.

DANIELA FALCINELLI*

LE FRONTIERE DELLA POTESTÀ PUNITIVA DELLO STATO.
LA PROTEZIONE DEI DIRITTI UMANI FONDAMENTALI
NELL'EPOCA DELLA INSICUREZZA COLLETTIVA

Sommario: 1. L'«etica costituzionale» del diritto penale. – 1.1. Il valore del diritto penale scritto, l'«altro valore» del diritto vivente. – 1.2. Il principio «nulla poena sine lege» negli scenari dell'art. 7 CEDU e dell'art. 25, co. 2, Cost. – 2. Il valore della pena. – 2.1. La pena nel «progetto costituzionale». – 2.2. La pena: umana e giusta. – 2.3. Gli statuti della pena (tra la Carta Costituzionale e la Convenzione EDU) al confronto con il sovraffollamento carcerario.

1. *L'«etica costituzionale» del diritto penale.*

1.1. *Il valore del diritto penale scritto, l'«altro valore» del diritto vivente.* – Al bisogno della pena come fattore di assicurazione e di giustizia socialmente avvertito¹ nel sistema italico corrisponde sempre più spesso una produzione normativa penalistica segnata da trattative politiche, soluzioni di equilibrio che sono il volto di scelte compromissorie, quasi regolarmente seguite da puntuali controriforme. Così, nel corso degli ultimi decenni, ai fremiti securitari che hanno a più riprese contrassegnato innumerevoli interventi emergenziali, è poi corrisposta una decisa mediazione politica, ben capace di annacquare la resa e depotenziarne l'impatto; nonché una applicazione giurisprudenziale che ne ha accortamente calibrato, misurato, infine marginalizzato gli interventi correttivi votandosi alla ricerca di rassicuranti profili di continuità: una sorta di sfida al legislatore in nome di un nostrano giu-snaturalismo².

* Ricercatore di Diritto penale, Università di Perugia.

¹ Per ampie ed acute considerazioni sviluppate da ultimo sul tema, si rinvia a L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie. Conversazioni con Mauro Barberis*, Bologna, 2013; D. BRUNELLI, *Paradossi e limiti della attuale realpolitik in materia penale*, in *Arch. pen.*, 2013, n. 2, pp. 381-387.

² Calzante l'esempio che in tempi recenti ha offerto la l. 6 novembre 2012, n. 190, con la riforma dei delitti contro la p.a. Sul tema si segnalano gli interventi di D. BRUNELLI, *Sulla riforma dei reati di corruzione nell'epoca della precarietà*, in

A cascata, gli eventi dimostrano come questa crisi di identità della legge abbia indotto, storicamente, l'idea e la prospettiva – ad ampi tratti anche la concretizzazione – di un riposizionamento funzionale del giudice, coinvolgendolo nel ruolo di protagonista della scena ordinamentale, che guarda affascinata al sistema di *common law* – ove in primo piano sta il diritto vivente per bocca della giurisprudenza – ed ai suoi tratti di netta eterogeneità rispetto al vigente sistema di *civil law*, ove la legge scritta (il *prodotto del Legislatore*) domina sovrana sul terreno criminale³.

Del resto, da tempo si reclama 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. Prima dell'esegesi non esiste difatti «un solo» significato: l'attività decisoria, o ascrivibile, dell'interprete si svolge dopo aver individuato il campo significativo nella sua dimensione aperta a più determinazioni possibili, posto che le regole linguistiche circoscrivono un'area di significati possibili, vincolante l'esegeta, ragionevolmente comprensibile secondo la cultura del momento storico. Al giudice spetta infine la decisione sul valore concettuale da assegnare alla formulazione del dato scritto, estraendo *la* norma vigente in

Arch. pen., 2013, n. 1, pp. 71-82; M. DONINI, *Il corre(eo)indotto tra passato e futuro. Note critiche a SS.UU.*, 24 ottobre 2013-14 marzo 2014, n. 29180, Cifarelli, Maldera e a., e alla l. n. 190 del 2012, in *Cass. pen.*, 2014, pp. 1482 ss.; F. VIGANÒ, *Sui supposti guasti della riforma della concussione*, in *Dir. pen. cont.*, 11 marzo 2013, pp. 1 ss.. In giurisprudenza, v. Cass., sez. un., 24 ottobre 2013, n. 29180, Maldera e altri.

³ Per riflessioni di approfondimento sulle tematiche trattate nel presente lavoro, si rinvia a D. FALCINELLI, *Dal diritto penale "emozionale" al diritto penale "etico". Il garantismo costituzionale contro l'illusione di giustizia del populismo penale*, in S. ANASTASIA - M. ANSELMINI - D. FALCINELLI, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Padova, 2015, pp. 21 ss., in part. pp. 35 ss.

quel momento ed in quel contesto spazio-temporale-sociale, che è *la* sola norma applicabile al caso concreto. A questo stadio si salda peraltro il divieto di analogia in materia penale (art. 25, co. 2, Cost.; art. 1 c.p.; art. 14 disp. prel. c.c.), posto ad impedire la produzione giudiziale di altra norma penale come meccanismo di integrazione del sistema, quindi capace di creare la norma applicabile al caso.

La ricchezza semantica del *diritto* penale ex art. 7 CEDU, in veste di disposizione vincolante il sistema giuridico nazionale (per effetto dell'adesione dell'Italia alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed ai sensi dell'art. 117 Cost.) in cui possono trovare spazio sia la legge che l'interpretazione, impone oggi al penalista italiano di riaffrontare questo tema classico del rapporto tra il *giudice* e la *legge*. La sensibilità esegetica nazionale 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 2012⁴. Se è vero che l'orientamento «nomofilattico» espresso dalla decisione delle Sezioni Unite è in quanto tale 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 da tutti e ciascuno degli operatori del diritto col supporto di adeguata motivazione. La modificabilità 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, che incidono invece definitivamente sul dato letterale scritto.

Nel fermo obiettivo di schermare il sistema penale italiano da derive interpretative (spesso di indole populistica) etichettate come «convenzionalmente necessarie», la Corte costituzionale ricorda la *ratio* di garanzia democratica che storicamente ha fatto l'inchiostro

⁴ Per un ampio commento alla sentenza si rinvia a 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 *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2012, n. 3-4, pp. 164 ss.

dell'art. 25 Cost.: è il Parlamento l'organo cui è riservata la 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, co. 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 Fondamentale⁵.

La chiara 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 (la Convenzione in parola) anche ai sistemi di c.d. *common law*. La norma appena richiamata scrive il «diritto dell'uomo» ad avere preclusa ogni condanna *per un'azione o una omissione che al momento in cui fu commessa non costituisse reato secondo il diritto interno o secondo il diritto internazionale*, ed al contempo ad avere impedita l'inflizione di una *pena superiore a quella che era applicabile al momento in cui il reato è stato commesso*. Ed ancora scrive (al capoverso) il «diritto dell'uomo» di riconoscere *negato* che il disposto dell'articolo *ostacolerà il rinvio a giudizio e la condanna di una persona colpevole d'una azione o d'una omissione che, al momento in cui fu commessa, era criminale secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili*.

Regole che non ammettono di essere travalicate nemmeno in tempo di guerra o di pubblica emergenza (art. 15, co. 2, CEDU).

L'alterità tra diritto scritto e diritto vivente quindi si rinsalda nella lettura della Corte costituzionale, per cui è l'instabilità-flessibilità che connota l'interpretazione del giudice, sintetizzando quei tratti «individuali» e di necessaria, intrinseca, temporaneità che lasciano la dimensione esegetica estranea agli effetti legislativi. Sottolineare – come fa la Corte – che il dato caratterizzante la legge penale è quello della 'obbligatorietà generale', pare avere allora un preciso

⁵ Cfr. Corte cost., sentenze n. 93 del 2010, n. 113, n. 236 e n. 303 del 2011.

obiettivo: riconfermare che 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, co. 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.

Con questa chiarezza, la decisione della Corte costituzionale sollecita a ripensare a fondo all’aggiornamento del concetto di legge fissato al co. 2 dell’art. 25 Cost., ed al valore della legge codificata nel sistema attuale delle fonti del diritto penale nazionale. Le fila del discorso si riallacciano così alla generale problematica dell’interpretazione, concernente la storicità delle fonti della certezza giudiziale e, quindi, del diritto vigente, come risultato della evoluzione storica della società identificata nella sua epoca (culturale, economica), e nel suo spazio geo-politico⁶. Si data difatti al tempo delle codificazioni di discendenza illuminista la convinzione che «l’esistenza di un ordine razionale di regole scritte fosse in grado di assicurare la certezza del diritto e, più in generale, di eliminare tutti gli inconvenienti che il problema della rilevazione e dell’interpretazione del diritto proponeva»; è allora che si impose la «sentita necessità di riconoscere l’assoluta ed esclusiva preminenza della legge scritta ed un’unica fonte di produzione legislativa»⁷. L’avvento del «mito della norma»⁸ ha da lì in avanti spostato il baricentro del diritto: si tratta ora di riattualizzare questo mito. Del resto, la storicità del diritto sta proprio in questo: il suo essere «ordine», in un determinato momento storico, della

⁶ In tema, ampiamente in ordine al rapporto tra studio storico del diritto e sociologia del diritto, A. CARRINO, *Eugen Ehrlich e Hans Kelsen: una controversia sulla sociologia del diritto*, Working paper n. 79, Barcellona, 1993, in www.diba.es/icps/working_papers/docs/Wp_i_79.pdf.

⁷ F. COPPI, *Reato continuato e cosa giudicata*, Napoli, 1969, pp. 222 ss.

⁸ Così F. CALASSO, *Storicità del diritto e scienza del diritto*, in AA.VV., *Raccolta in onore di Arturo Carlo Jemolo*, IV, Milano, 1963, p. 661.

vita di una o più collettività, di cui individua le priorità da perseguire secondo i valori riconosciuti in quel momento⁹. Per cui, se «ogni interpretazione è un collegamento»¹⁰, ciò comporta che «il significato di ogni norma dell'ordinamento giuridico è condizionato da tutte le altre norme che in quel dato momento compongono l'ordinamento stesso»¹¹.

Questa stessa prospettiva di sistema deve connotare anche la riflessione attorno alla riserva di legge in materia penale¹², secondo un metodo che finisce per sostenere l'approccio conservatore brandito anche da ultimo dalla Corte costituzionale. Si va oltre le osservazioni formate sul dato prasseologico, che del diritto giurisprudenziale disegna una realtà frammentaria ed episodica, e riconosce come utopia l'identificazione di un «singolare» orientamento giurisprudenziale¹³. Ci si spinge difatti all'analisi dell'insieme delle disposizioni legislative viventi, che dimostrano di scontare l'esistenza della duplicità dei formanti del dato normativo, riservando a ciascuno – diritto scritto e diritto giurisprudenziale – un proprio statuto.

1.2. *Il principio «nulla poena sine lege» negli scenari dell'art. 7 CEDU e dell'art. 25, co. 2, Cost.* – Si parta comunque dall'art. 7, co. 1, CEDU, che consacra in via generale il principio «nulla poena sine

⁹ R. DWORKIN, *L'impero del diritto*, Milano, 1986, pp. 12 ss.

¹⁰ J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di interpretazione del diritto*, Napoli, 1983, p. 136.

¹¹ Cass., sez. III, 26 settembre 2008, T.R. e altri, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, p. 287.

¹² V. sul tema F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in AA.VV., *Principio di legalità e diritto penale*, in *Quad. fior.*, XXXVI, 2007, pp. 1281 ss.; G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, pp. 79 ss.; A. GARGANI, *Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, *ibidem*, pp. 99 ss.

¹³ O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2013, n. 1, pp. 161 ss.

lege»¹⁴ rinviando alla necessaria previsione di «un'azione o una omissione che al momento in cui fu commessa» costituisca «reato secondo il diritto interno o secondo il diritto internazionale», con ciò vietando, nei dettami fatti propri dalla giurisprudenza della Corte EDU, anche di ampliare il campo di applicazione dei reati previsti a fatti che in precedenza non costituivano reato e dunque precludendo l'applicazione estensiva della legge penale in pregiudizio dell'imputato quale effetto dell'analogia.

Il livello «minimo» della pretesa penale si attesta infatti sul piano di un diritto (penale) «conquistabile» per via cognitiva, percettibile in via sociale ovvero intellettuale, e quindi anche riscontrabile attraverso l'applicazione della (esistente) regola penale ad opera delle pregresse decisioni giudiziarie¹⁵. Ne deve risultare una chiara essenza dell'offesa punibile, che renda prevedibile ed identificabile il fatto connotato da criminosità¹⁶, così da potersene cogliere anche nella fattispecie concreta quella specifica nota di disvalore¹⁷ che, flessibile nelle sue forme di manifestazione, asseconda l'evoluzione sociale dei concetti e quindi lo spazio di protezione dei valori della dignità e delle libertà umane¹⁸.

Avanti a questo argomento logico-sistematico sta del resto l'argomento letterale-semantic. La nozione di *droit (law)* utilizzata dall'art. 7 CEDU corrisponde a quella di legge in senso oggettivo che

¹⁴ Per una vasta ed acuta analisi della tematica, si rinvia alle riflessioni di O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, pp. 2197 ss., in part. pp. 2219 ss.

¹⁵ Decisione del 25.5.1993, *Kokkinakis c. Grecia*, n. ric. 14307/88; Decisione del 24.2.1998, *Larissis e altri c. Grecia*, n. ric. 23372/94-26377/94-26378/94; Decisione del 1.2.2000, *Schimanek c. Austria*, n. ric. 32307/96.

¹⁶ V. 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.

¹⁷ Decisione del 12.7.2007, *Jorgic c. Germania*, n. ric. 74613/01; Decisione del 3.5.2007, *Custers, Devaux e Turk c. Danimarca*, n. ric. 11843/03-11847/03-11849/03.

¹⁸ V. Decisione del 22.11.1995, *C.R. c. Regno Unito*, n. ric. 20190/92.

appare in altri articoli della Convenzione¹⁹, ed ingloba quindi il diritto tanto di origine legislativa quanto di origine giurisprudenziale, compositivo dell'ordinamento giuridico *nazionale* e del *diritto internazionale*. Per l'uno come per l'altro versante la scelta non diverge: si ha a che fare con un sistema normativo dotato di *positività* attesa come condizione in base alla quale un diritto, nel momento in cui si trasforma da ideale morale ed istanza sociale, arriva a trovare sostegno e copertura in una norma giuridica²⁰, in quanto tale oggettivamente conoscibile da parte di ciascun consociato.

La Corte EDU, leggendo il disposto, pretende dunque la norma penale non solo «vista», perché oggettivamente (pre)esistente, ma anche «vissuta» perché in quanto tale resa conoscibile, collegando strettamente i valori della accessibilità (*accessibility*) e della prevedibilità (*foreseeability*) del divieto penale non all'astratta previsione della legge ma alla norma 'vivente' quale risultato dell'applicazione e dell'interpretazione dei giudici, cui si assegna un ruolo decisivo nella precisazione del contenuto e dell'ambito applicativo del precetto penale²¹. La formula ricorrente nella giurisprudenza europea vuole difatti 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 e quindi ap-

¹⁹ In contrapposizione al termine «right» – «diritto» di senso soggettivo – espressione di una pretesa giustificata, v. in argomento R. GUASTINI, *Diritti*, in *Analisi e diritto 1994*, a cura di P. COMANDUCCI - R. GUASTINI, Torino, 1994, p. 164.

²⁰ E. PARIOTTI, *I diritti umani. Tra giustizia e ordinamenti giuridici*, Torino, 2008, p. 27.

²¹ Decisione del 8.7.1986, *Lithgow e altri c. Regno Unito*, n. ric. 9006/80-9262/81-9263/81; Grande Camera, decisione del 22.9.1994, *Hentrich c. Francia*, n. ric. 13616/88; Decisione del 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*, n. ric. 17862/91; Grande Camera, decisione del 8.7.1999, *Baskaya e Okcuoglu c. Turchia*, n. ric. 23536/94-24408/94; Decisione del 21.1.2003, *Veeber c. Estonia (n. 2)*, n. ric. 45771/99; Grande Camera, decisione del 17 febbraio 2004, *Maestri c. Italia*, n. ric. 39748/98; Decisione del 17 febbraio 2005, *K.A. e A.D. c. Belgio*, n. ric. 42758/98-45558/99; decisione del 2.11.2006, *Milazzo c. Italia*, n. ric. 77156/01; Corte EDU, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*, ricorso n. 66655/13.

plicazione fornite dai tribunali²², dovendosi trattare di un risultato esegetico «pur sempre coerente con la sostanza dell'illecito e ragionevolmente prevedibile»²³, in maniera da rendere accessibile al singolo la cognizione delle conseguenze della propria condotta.

La 'legalità penale' di stampo europeista sintetizza dunque in unità concetti e principi giuridici (legalità delle fonti, irretroattività sfavorevole della norma penale, precisione-determinatezza-tassatività della fattispecie criminosa) che nella dimensione dei principi criminali costituzionalizzati dalla Carta italiana trovano invece una distinta e compiuta identità²⁴. Il paradigma costituzionale non tace difatti la necessità di una formale statuizione legale sia in ordine a ciò che acceda alla nozione di fatto di reato sia rispetto alla consecutiva misura sanzionatoria: è questa la «legge formale» suscettibile di rimanere oggetto delle dinamiche di successione normativa nel tempo regolamentate alla stregua della disciplina codicistica²⁵.

Ancora a stare alle ricognizioni della Corte costituzionale²⁶, la garanzia della riserva in considerazione, così presidiata, conquista il rango di principio di civiltà radicato nelle svolte epocali che hanno scandito la storia del diritto moderno²⁷, e si identifica in un diritto di

²² Decisione del 25.5.1993, *Kokkinakis c. Grecia*, cit.; Decisione del 15.11.1996, *Cantoni c. Francia*, cit.; Decisione del 25.6.2009, *Liivik c. Estonia*, n. ric. 12157/05.

²³ Decisione del 22.11.1995, *C.R. c. Regno Unito*, cit.

²⁴ Cfr. V. MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Arch. pen. web*, 2012, I, pp. 47 ss.

²⁵ Le ricche venature della problematica sono state puntualmente inquadrare nei contributi – al cui approfondimento si rinvia – di G. INSOLERA, *Luci e ombre del diritto penale vivente. Tra legge e diritto delle Corti*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli, 2011, pp. 2351 ss.; S. MANACORDA, *Carta dei diritti fondamentali e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?* *ivi*, pp. 2373 ss.; V. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i «nuovi» vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, *ivi*, pp. 2413 ss.

²⁶ Sin dalla sentenza del 19 febbraio 1985 n. 51, in *Giur. cost.*, 1985, I, p. 251 s. con nota di G. VASSALLI, *Decreti-leggi favorevoli al reo non convertiti, emendati o decaduti: un primo passo verso la chiarezza su un controverso tema di diritto transitorio*, pp. 242 ss.

²⁷ V. G. MARINUCCI, *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. VASSALLI, Napoli, 2006, pp. 77 ss.

libertà contrassegnato dall'effetto della prevedibilità delle conseguenze penali della propria condotta al momento della commissione²⁸. Uno dei *principi fondamentali ispiratori della Costituzione* la cui lesione risulterebbe non tollerabile.

L'analisi quindi si sposta: dal piano sovranazionale si dirige all'interno di quel sistema di *diritto nazionale* messo al centro dallo stesso art. 7 CEDU. Così deve guardarsi al dato legislativo, ove l'art. 1 c.p. nel '30 – negli stessi termini dell'art. 1, co. 1, del previgente codice Zanardelli – è venuto a codificare il principio di riserva di legge in materia penale quale portato del pensiero illuministico che era stato recepito fin dalle costituzioni italiane di fine settecento, secondo la cui tradizione la scelta dei fatti da punire e delle relative sanzioni ha da lasciarsi nel monopolio del potere legislativo²⁹. L'avvento della Costituzione repubblicana, statuendo nel co. 2 dell'art. 25 quei medesimi principi, ha innovato radicalmente lo 'statuto' della *legalità penale*, sancendone la funzione di eterolimita per il legislatore, tenuto all'adempimento di un obbligo non più abdicabile a favore dei poteri normativi secondari né diversamente gestibile 'in negativo' quanto ad effetti temporali: in dettaglio, l'obbligo di *integrale e tassativa* formulazione della fattispecie incriminatrice tenuta a vigere per il solo futuro³⁰. In questo nuovo ambiente l'indelegabilità del dovere di scrittura dell'illecito penale, ed il crisma della sua irretroattività, rimangono preservati non solo dal sistema di giustiziabilità costituzionale, attivabile per mezzo delle eccezioni di illegittimità volte a sanzionarne la violazione; ma anche da una accentuata, suprema, valenza garantistica della democraticità dello strumento di ingresso del fatto di reato nel sistema. L'*ulteriore* pretesa del moderno principio di riserva di legge è invero quella per cui l'atto normativo, suscettibile di determinare una restrizione dei diritti individuali di libertà, debba scaturire in via e-

²⁸ Corte cost., 19 febbraio 1985, n. 51, cit.

²⁹ Per un *excursus* sull'origine ed evoluzione storica del principio di legalità, cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, pp. 15 ss.

³⁰ Cfr. F. BRICOLA, *Legalità e potestà normativa penale delle Regioni*, in *Scuola pos.*, 1963, pp. 630 ss.

clusiva dalla volontà popolare, per come essa si esprime attraverso la rappresentanza parlamentare, liberamente eletta³¹.

In questo quadro, ripensare alle fonti ed alle modalità espressive dei contenuti del diritto penale al tempo dell'Unione Europea e dei Diritti dell'Uomo³², non rende meno chiaro ciò che l'art. 25 Cost. pretende inderogabilmente a cardine del sistema: alla radice dell'illecito penale deve risultare una norma di legge individuabile alla stregua delle modalità di produzione normativa interna.

È sulla statica certezza di questa base scritta che prende forma la dinamica applicazione giurisprudenziale della norma penale. Nella sua naturale temporaneità il fisiologico mutamento interpretativo esce fuori in quanto strettamente connesso al contesto culturale quale matrice ricognitiva del significato da assegnare al dato linguistico, che è fluido nello scorrere delle epoche. Esso diventa oggetto di specifica attenzione legislativa solo nel relativo risvolto patologico: da intendersi sia sotto il profilo della violazione del divieto di analogia (contemplato dall'art. 1 c.p. e dall'art. 14 delle cc.dd. preleggi) sia sotto il profilo della scusabilità dell'ignoranza della legge penale inevitabile, estratta dalla interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 5 c.p., che in questi termini l'ha riformulato: «nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale, *tranne che si tratti di ignoranza inevitabile*»³³.

³¹ Sul punto, A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1969, pp. 23 ss.; L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990, p. 2; C. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, I, Torino, 1993, p. 62; MARINUCCI - DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 9 e pp. 24 ss.

³² Cfr. la riflessione di F. C. PALAZZO, *Riserva di legge e diritto penale moderno*, in *Studium juris*, 1996, pp. 282 ss.

³³ Cfr. M. RONCO, *Ignoranza della legge (dir. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, 1989, pp. 2 ss.; G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: «prima lettura» della sentenza n. 364/1988*, nota a Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *Foro it.*, 1988, I, c. 1387 ss.; F. MANTOVANI, *Ignorantia legis scusabile ed inexcusabile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 382; F. MUCCIARELLI, *Errore e dubbio dopo la sentenza della Corte costituzionale 364/1988*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, pp. 230 ss.; F. PALAZZO, *Ignoranza della legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, pp. 125 ss.; M. PETRONE, *Il «nuo-*

In ragione del divieto di analogia, peculiare criterio ermeneutico del settore penalistico³⁴, si è tradizionalmente avvertita l'esigenza di una distinzione tra interpretazione analogica (come tale, per l'appunto, vietata) ed interpretazione estensiva (come tale, al contrario, consentita). In buona sostanza, l'interpretazione non-analogica conduce ad esprimere il senso che la disposizione esplicita come norma vivente in quel particolare e specifico contesto storico, norma che descrive e definisce «non già le opinioni comuni, bensì *tipologie generali di casi*»³⁵. L'interpretazione come mezzo intellettuale, e la norma come suo risultato, in un dato momento culturale devono quindi declinarsi necessariamente al singolare, rappresentando come 'prevedibile' per lo schermo mentale del consociato una ed una sola decifrazione del disposto penale e della sua area applicativa. Parimenti naturale è il mutare di questa lettura al mutare dei tempi e quindi al mutare della cultura sociale che dà senso alla norma (ed ai suoi elementi linguistici).

Ove invece orientamenti contraddittori si rinvenivano sincronici ovvero contestuali e quindi datati alla stessa epoca, tali da incarnare un «atteggiamento gravemente caotico della giurisprudenza» (così la Corte Cost., sent. n. 364/1988), l'ordinamento reagisce avverso una simile deformazione patologica non più solo legittimando un intervento del Supremo Consesso riunito. Si passa allora al secondo dei profili richiamati. La descritta violazione del principio di tassatività della norma penale innesca infatti una garanzia a favore del consociato attraverso la scusabilità dell'ignoranza sulla legge penale ai sensi dell'art. 5 c.p.

Ebbene, uno sguardo portato al fondo di questa e consimili motivazioni le radica proprio su una dinamica evolutiva della giurisprudenza, che, passando da una epoca all'altra, e in questo arco normalmente adattandosi a nuovi sfondi di realtà, dimostra sì diversità di ve-

vo» art. 5: *l'efficacia scusante dell'ignorantia juris inevitabile ed i suoi riflessi sulla teoria generale del reato*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 712.

³⁴ A parte il divieto in discorso, «il nostro sistema penale non contempla ... regole interpretative *speciali*, proprie ed esclusive cioè della materia penale», così F. C. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, p. 274 e p. 276.

³⁵ Cfr. O. DI GIOVINE, *Considerazioni su interpretazione, retorica e deontologia in diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 140 ss.

dute ma una diversità che nell'uomo di oggi – della cui colpevolezza si discute nel processo – non ammette la formazione di una pluralità di processi motivazionali in insuperabile conflittualità. Piuttosto, una prospettiva del genere – dimostrando un plausibile avvenuto mutamento della cultura giuridica – infonde (deve infondere) un dubbio che non allontana il colpevole né dal rimprovero della decisione di non rendersi ostile rispetto all'interesse aggredibile, né dal rimprovero della non accorta decisione di assumere un comportamento prevedibilmente pericoloso rispetto a sviluppi lesivi evitabili³⁶.

La «riserva di legge», nella sua costante ed «assoluta» valenza si fonda del resto proprio sull'ipotesi che siano l'interpretazione e l'applicazione giurisprudenziale le attività capaci di produrre in concreto la certezza storica del diritto: attraverso un autocontrollo di tipo esclusivamente culturale e quindi temporalmente adattabile ed adattato. È il neo-illuminismo del diritto penale, che il giudice riconosce (da «bocca della legge» a) «custode del diritto».

2. Il valore della pena.

2.1. *La pena nel «progetto costituzionale».* – (Anche) Sul senso delle pene la Costituzione si esprime con la chiarezza linguistica dell'art. 27, co. 3,³⁷ finalizzandole alla *tendenziale rieducazione* del reo.

A lungo insterilito nella categoria delle norme programmatiche, questo disposto ha subito per opera della Corte costituzionale una pro-

³⁶ Maggiore apertura sembra trovare la soluzione «scusante» nelle formule della giurisprudenza di merito, ove si ammette come «I contrasti giurisprudenziali in ordine alla rilevanza penale della condotta possono generare un dubbio invincibile sull'esistenza del precetto», di talché non sussistendo l'obbligo di astenersi dall'attività di dubbia illiceità penale qualora ciò sia «gravemente oneroso per il destinatario della norma», per cui l'imputato potrà in tal caso essere prosciolto *ex art. 5 c.p.*, così Trib. Palermo, 1 febbraio 2005, in *Corr. merito*, 2005, p. 694. Cfr. Trib. S. Maria Capua V., 19 settembre 2003, in *Giur. merito*, 2003, p. 2521; Trib. Trapani, 3 dicembre 2003, *ivi*, 2004; Trib. Pordenone, 28 febbraio 2001, *ivi*, 2003, p. 2255.

³⁷ In argomento, per un approfondimento generale, si rinvia per tutti a G. FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1991, pp. 224 ss.

gressiva metamorfosi da limite negativo a vincolo positivo di tutte le scelte legislative penali. In principio la teoria polifunzionale della pena – tratto della giurisprudenza costituzionale precedente la riforma dell'ordinamento penitenziario, intervenuta con legge 26 luglio 1975, n. 354 – ha portato ad una affermazione dell'equivalenza tra retribuzione, prevenzione generale, prevenzione speciale negativa, rieducazione, facendo risultare bastevole che una pena fosse incasellabile in una qualunque delle finalità in catalogo. Il successivo approccio fu nel segno della necessità di individuare, volta per volta, quella che fosse prevalente in ciascuna delle diverse fasi della vicenda penale (incriminazione astratta, commisurazione, esecuzione), così concludendosi nel senso di confinare il vincolo rieducativo alla sola fase terminale del momento punitivo.

La necessaria coerenza tra testo e interpretazione dell'art. 27, co. 3, si rintraccerà compiutamente a partire dalla sentenza della Corte cost. n. 313/1990, vera «pietra angolare» della giurisprudenza costituzionale sul finalismo penale. Le parole della Corte scolpiscono così la «costante» della finalità rieducativa della pena. È l'unica «espressamente consacrata nella Costituzione», l'unica che evita «il rischio di strumentalizzare l'individuo» per fini di politica criminale o di sicurezza collettiva. Concorre «alla legittimazione e alla funzione» della pena caratterizzandola «nel suo contenuto ontologico», sicché non può che accompagnare la pena in tutta la sua vicenda ordinamentale, «da quanto nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue». Ed è comune «patrimonio della cultura giuridica europea».

Gli approdi della giurisprudenza costituzionale sul senso della pena sono peraltro garantiti dalla sopravvenuta legge di revisione costituzionale n. 1 del 2007, che ha abolito – incondizionatamente – la pena di morte. Nel cono d'ombra del nuovo art. 27, co. 4, si legge la conferma del paradigma rieducativo: che vuole negata anche *l'unica* eccezione costituzionalmente prevista alla finalità dell'art. 27, co. 3, restituendo a questa il ruolo (che le spetta) di principio supremo e generalissimo di sistema; che si vuole declinato, senza variazioni, in termini di risocializzazione del reo, ovviamente negata da una pena capitale che preclude radicalmente ogni prospettiva di un recupero so-

ziale del condannato. L'abolizione costituzionale della pena di morte, dunque, va letta come piena adesione a una lettura secolarizzata della rieducazione prescritta dall'art. 27, co. 3; come presidio contro il populismo proprio del paradigma vittimario che trova nell'esecuzione della pena di morte un modo per ripristinare il benessere collettivo e fornire un presidio psicologico alle vittime traumatizzate; la cancellazione della pena capitale dal testo costituzionale è *a contrario* un possente indizio circa il monopolio pubblico dell'intera vicenda ordinamentale della pena, che va posta al riparo da forme di sostanziale privatizzazione della reazione punitiva³⁸.

Lo stesso principio di «proporzionalità» delle pene ne esce illuminato, giustificandosene una declinazione normativa mite e mai in termini simbolici o di vendetta sociale: la risposta sanzionatoria di uno Stato costituzionale di diritto non può che essere proporzionata ovvero sproporzionata per difetto rispetto al suo oggetto (fatto di reato commesso), fondando in ciò la propria umanità.

Della finalità rieducativa, la sentenza n. 313/1990 avalla peraltro una visione propriamente secolarizzata: la formula secondo cui le pene *devono tendere* alla rieducazione del condannato – dice la Consulta – esprime la presa d'atto della possibile divaricazione tra quella finalità e l'adesione di fatto del detenuto al processo rieducativo. Fermo restando il suo 'diritto' all'offerta trattamentale (sentenza n. 204/1974; vedi anche la n. 79/2007), il condannato è libero o meno di aderirvi, essendo l'ordinamento penitenziario chiamato a garantire e incentivare il processo rieducativo, senza però imporlo alla libera autodeterminazione del detenuto. Costituzionalmente, rieducare non è dunque sinonimo di emendare: «il regime dei condannati deve essere concepito per permettere loro di condurre una vita responsabile ed esente dal reato» (regola 102 delle Regole penitenziarie europee del 2006).

Come si manifesta questo strumento funzionale, in sostanza come si delineano i contorni della «figura» della pena costituzionalizzata, quali ne siano i tratti costitutivi e connotanti, è l'ulteriore fase dell'indagine.

³⁸ A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Dir. pen. cont.*, 10 giugno 2014, p. 6.

In questo spazio di analisi entrano di nuovo gli orientamenti ormai consolidati della Corte EDU. A Strasburgo, infatti, la riconducibilità di una sanzione (o di un illecito) nella materia penale avviene sulla base di una valutazione di carattere sostanziale, condotta attraverso figure sintomatiche tra loro alternative (la qualificazione di diritto interno, lo scopo, l'ambito di applicazione, la natura della procedura comminatoria, la severità del regime restrittivo), il cui approdo può anche sovvertire una (prescritta) qualificazione formale extrapenale. S'intende così evitare il rischio di un surrettizio aggiramento delle garanzie individuali derivanti dagli inderogabili principi di legalità e irretroattività (ma anche del giusto processo, *ex art. 6 CEDU*), altrimenti abbandonati alle volontà sovrane dei singoli Stati membri. Ne sa qualcosa anche l'Italia, già condannata per tale ragione a Strasburgo (da ultima, Corte EDU, *Grande Stevens e altri c. Italia*, 4 marzo 2014; in precedenza, Corte EDU, *Scoppola c. Italia*, 17 settembre 2009). Così come, nell'assenza di un'adeguata legislazione penale in materia, è stata ancora una volta la Corte di Strasburgo – condannandoci (Corte EDU, *Sarigiannis c. Italia*, 5 aprile 2011) – a insegnarci che i criteri di «necessità» e di «proporzione» condizionano la legittimità dell'uso statale della forza.

In dettaglio, la «stella polare» della giurisprudenza della Corte EDU solidamente si avvale di tre, alternativi, filtri definitivi della materia penale, e, in base ai parametri elaborati a partire dalla sentenza *Engel*³⁹, la avvista sulla scorta: a) della qualificazione formale ufficiale o della determinazione dell'ordinamento di appartenenza, che, pur definito come primo criterio, costituisce a far data dal caso *Engel* solo un punto di partenza, una *ratio cognoscendi* («Le indicazioni che ne

³⁹ Decisione del 8.6.1976, *Engel e altri*, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* 1977, Série A, vol. 22, p. 36; v. altresì Decisione del 26.3.1982, *Adolf c. Gov. Austria*, in *Riv. dir. intern.*, 1984, p. 121; Decisione del 21.2.1984, *Öztürk v. Germany*, in Série A, n. 73, p. 18, § 50 e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 894; Decisione del 25.8.1987, *Lutz, Englert e Nölkenbockhoff v. Germany*, Série A, vol. 123, p. 22; decisione del 22.5.1990, *Weber v. Switzerland*, *ivi*, vol. 177, pp. 17-18; decisione del 10.6.1996, *Benham c. Royaume-Uni*, in *Recueil de Arrêts et Décisions*, 1996 III, n. 10, p. 756; Decisione del 3.5.2001, *J.B. v. Switzerland*, n. ric. 31827/96, in *www.coe.int*, § 44; decisione del 9.10.2003, *Ezeh and Connors v. the United Kingdom*, n. ric. 39665/98 e 40086/98, *ivi*, §§ 90 ss.

derivano hanno un valore solo formale e relativo», Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel e altri*, cit.); b) della «natura stessa» dell'infrazione con particolare riferimento alle sue forme di tipicizzazione e al procedimento adottato; c) della natura e del grado di severità della sanzione (considerati come unico criterio nel caso *Engel*). Si tratta dunque di una nozione ampia di «materia penale», ricomprensiva non solo del penale in senso stretto, ma di tutte le misure aventi carattere afflittivo, che perseguono finalità di prevenzione generale e speciale; vi rientra l'illecito amministrativo punitivo, com'è stato espressamente affermato in relazione alle *Ordnungswidrigkeiten* dell'ordinamento tedesco⁴⁰ o in relazione ai *Verwaltungsstrafverfahren* dell'ordinamento austriaco⁴¹, oppure si fa rientrare nella nozione di materia penale il procedimento volto all'imposizione di una multa per il reato di evasione fiscale, – come nel caso *A.P., M.P. and T.P. v. Switzerland* e nel caso *J.B. v. Switzerland*⁴² –, o le sanzioni disciplinari quando tali sanzioni «meritino le garanzie inerenti alla procedura penale»⁴³, o, ancora, i «procedimenti per il recupero di un onere comunitario non pagato» (*proceedings for recovery of an unpaid community charge*), considerati dalla legge inglese *civil in nature*⁴⁴, o la misura di sicurezza de-

⁴⁰ Decisione del 21.2.1984, *Oztürk*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 894.

⁴¹ Cfr. Decisione del 18.2.1997, *Mauer c. Autriche*, in *Recueil de Arrêts et Décisions*, 1997, I n. 28, p. 76; Decisione del 23.10.1995, *Palaoro c. Autriche*, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, 1996, Série A, vol. 329, pp. 38-47; Decisione del 23.10.1995, *Pramstaller c. Autriche*, *ivi*, 1996, vol. 329, p. 2; decisione del 23.10.1995, *Pfarmeier c. Autriche*, *ivi*, 1996, vol. 329, pp. 63-72; Decisione del 23.10.1995, *Schmautzer c. Autriche*, *ivi*, 1996, vol. 328, p. 13; decisione del 23.10.1995, *Umlauf c. Autriche*, *ivi*, 1996, vol. 328, p. 37; decisione del 23.10.1995, *Gradinger c. Autriche*, *ivi*, 1996, vol. 328, p. 61.

⁴² Decisione del 3.5.2001, *J.B. v. Switzerland*, n. 31827/96, in *www.coe.int*, § 44; Decisione del 29.8.1997, *A.P., M.P. and T.P. and E.L., R.L. and J.O.-L. v. Switzerland*, in *Reports of Judgments and Decisions*, 1997-V, pp. 1487 ss. e pp. 1519 ss.

⁴³ Decisione del 28.6.1984, *Campbell c. Gov. Regno Unito Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, in *Riv. dir. internaz.*, 1986, p. 502; decisione del 8.6.1976, *Engel e altri*, cit; in dottrina cfr. A. BERNARDI, "Principi di diritto" e diritto penale europeo, in *Ann. un. ferr.*, 1988, pp. 131 ss.

⁴⁴ Decisione del 10.6.1996, *Benham c. Royaume-Uni*, in *Recueil de Arrêts et Décisions*, 1996 III, n. 10, p. 756.

tentiva tedesca – la *Sicherungsverwahrung* (§ 66 StGB)⁴⁵. La Corte europea ha perverso riconosciuto anche il carattere punitivo della confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere costruite, prevista nell'ordinamento italiano (art. 19, l. 47/1985, ora art. 44, co. 2, d.P.R. n. 380/2001, c.d. testo unico dell'edilizia), nella sentenza *Sud Fondi*⁴⁶ con cui i giudici di Strasburgo hanno condannato il nostro Paese per la violazione degli artt. 7 e 1 Prot. 1 CEDU.

In proposito, la nozione di materia penale delineata dalla giurisprudenza di Strasburgo, formatasi in particolare sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, lascia dunque ricavare il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo - afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto. Si evidenzia, in dettaglio, come gli interventi sul tema sollecitando una verifica non meramente formale della natura di una sanzione al fine di applicare le dovute garanzie, si allineano stretti alla giurisprudenza⁴⁷ e alla dottrina italiane, che hanno sottolineato la necessità di un controllo non solo nominale, ma anche contenutistico degli strumenti «diversamente» qualificati (ovvero non qualificati dal legislatore come sanzioni penali). Ciò, al fine di impedire che risposte di segno repressivo, e quindi con i caratteri propri delle pene in senso stretto – principali o accessorie che siano – si prestino ad essere eteroqualificate, foss'anche per effetto di un procedimento di esecuzione delle stesse che le trasporti al di fuori dei confini giudiziari penalistici, con la conseguenza di eludere il principio di irretroattività valido per le pene: principio, difatti, desumibile già dall'art. 25, co. 2, Cost., che, «attesa l'ampiezza della sua formulazione («nessuno può essere punito...») – può essere interpretato nel senso che ogni intervento sanzionatorio il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non sia riconducibile – in senso stretto – a vere e proprie misure di sicurezza), è applicabile soltanto se la legge che lo

⁴⁵ Decisione del 17.12.2009, n. ric. 19359/04, *M. c. Germania*, in *Cass. pen.*, 2010, 3275.

⁴⁶ Decisione del 20.1.2009, *Sud Fondi S.r.l. e altri c. Italia*, n. ric. 75909/01, in *www.coe.int*, §§ 125-129.

⁴⁷ Da ultimo si veda *Cass.*, sez. V, 13 novembre 2012, n. 14044, *Occhipinti*.

prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato [...]»⁴⁸.

Le garanzie previste dalla CEDU per la materia penale, in particolare dagli artt. 6, co. 2, e 7, devono pertanto essere riconosciute a tutte le sanzioni che, indipendentemente dalla qualifica attribuita dal legislatore nazionale, rientrano nella nozione ampia di «materia penale» – come delineata dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo – per la contezza della quale, comunque, l'evoluzione esegetica ha attestato che la severità della misura non costituisca un criterio sufficiente per stabilire se si tratti di una sanzione penale. Il diritto degli Stati membri del Consiglio d'Europa mostra che misure molto severe, ma necessarie e adeguate alla protezione dell'interesse pubblico, sono stabilite anche al di fuori del campo penale⁴⁹.

Coralmente si aggiunge l'autorevole voce della Corte Costituzionale italiana, che ha desunto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo «il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto»⁵⁰, e quindi anche al rispetto del principio supremo di irretroattività sfavorevole della legge penale di cui all'art. 7 CEDU⁵¹.

2.2. *La pena: umana e giusta.* – Entro questi confini, la pena 'costituzionale' non deve solo assumere una funzionalità (finalità) rieducativa: deve avere una natura umanitaria, che la Costituzione esige attraverso il divieto di trattamenti inumani. È una clausola di salvaguardia che opera in tutti i luoghi in cui si manifesta il monopolio sta-

⁴⁸ Cass., sez. V, 13 novembre 2012, n. 14044, cit.

⁴⁹ Decisione del 5.6.1999, *Prisco c. Italia*, n. ric. 38662/97; Decisione del 22.2.1994, *Raimondo v. Italy*, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, 1994, Série A vol. 281, pp. 16-17; decisione del 25.3.2003, *Madonia c. Italia*, n. ric. 55927/00, in *www.coe.it*, § 4; decisione del 5.7.2001, *Arcuri e altri c. Italia*, n. ric. 52024/99, *ivi*, § 3; decisione del 4.9.2001, *Riela c. Italia*, n. ric. 52439/99, *ivi*, §§ 4-5.

⁵⁰ Corte cost., 4 giugno 2010, n. 196, P.T., in *Foro it.*, 2010, I, c. 2306.

⁵¹ Cfr. V. MANES, *Art. 7, §§ I – XV*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, pp. 272 ss.

tale della forza: in sede cautelare (art. 13, co. 4), in sede di esecuzione penale (art. 27, co. 3), in sede di trattamenti sanitari (art. 32, co. 2). Inoltre, l'integrazione dell'art. 117, co. 1, per il tramite dei tanti obblighi internazionali pattizi che contemplano analoghi divieti (art. 10 Patto internazionale sui diritti civili e politici; art. 3 CEDU; art. 4 Carta dei diritti fondamentali dell'UE) ne assicura una tenuta giuridica stagna.

In particolare, alla domanda sul ruolo assolto dall'art. 3 CEDU nella selezione dei caratteri di umanità della pena, la Corte EDU, nello scorrere del 2012, ha risposto attraverso una triade di pronunce, immediatamente impegnate attorno alla problematica compatibilità della pena dell'ergastolo col menzionato parametro convenzionale.

Le prime (del 17 gennaio 2012, *Vinter e a. c. Regno Unito*⁵², e *Harkins e Edwards c. Regno Unito*⁵³) come l'ultima in ordine di tempo (del 10 aprile 2012, *Babar Ahmad e a. c. Regno Unito*⁵⁴) sono a voce della quarta sezione⁵⁵, convocata ad interrogarsi – segnatamente – sull'ergastolo nella forma di pena detentiva sconnessa dalla possibilità di beneficiare, in un qualsiasi tempo della sua parabola applicativa, della liberazione anticipata o condizionale.

Il dubbio è se la pena, resa veramente perpetua, sia così svuotata del suo contenuto rieducativo, in quanto sanzione che rinuncia *ex ante* ad un futuro di risocializzazione del condannato; il dubbio è se essa riesca ancora a mantenere un volto non disumano né degradante, quello che gli assegna il precetto dell'art. 3 CEDU. In altri termini, il dubbio è se questi – dell'umanità e della portata valorizzante la persona – siano tratti ontologici della pena che la debbano accompagnare dalla astrazione normativa alla concretizzazione della decisione penale di condanna, sino al fondo della sua espiazione, a prescindere da un

⁵² Decisione del 17.1.2012, *Vinter e a. c. Regno Unito*, n. ric. 66069/09; 130/10; 3896/10.

⁵³ Decisione del 17.1.2012, *Harkins e Edwards c. Regno Unito*, n. ric. 9146/07 e 32650/07.

⁵⁴ Decisione del 10.4.2012, *Babar Ahmad e a. c. Regno Unito*, n. ric. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 e 67354/09.

⁵⁵ Tutte consultabili in: www.echr.coe.int/echr/en/hudoc.

qualsiasi passaggio procedurale che possa intersecare un siffatto percorso.

Uno spaccato dell'ottica della contemporanea giurisprudenza di Strasburgo sul tema finisce così per segnare il volto di un moderno umanesimo della pena: sullo sfondo sta il vaglio della compatibilità tra l'indicata garanzia convenzionale e l'extradizione di un detenuto in Stato (parte o non parte della Convenzione) il cui sistema giuridico ammetta la condanna ad una detenzione perenne. L'evoluzione che ne rimane descritta traccia un percorso nitido: dopo la prima e contrastata lettura promossa in argomento dalla decisione *Vinter*, il passato esecutivo viene fermamente dichiarato come superato da una nuova sensibilità, verso un futuro di salda prosecuzione nell'orientamento in tal guisa maturato.

L'esegesi ancora espressa nel più recente passato, col precedente *Kafkaris*⁵⁶, non sanciva in materia una violazione dell'art. 3 CEDU netta ed in via di principio, ammettendosi come, *benché la Convenzione non attribuisca, in generale, un diritto alla liberazione condizionale né a una revisione della pena mirante alla sua possibile remissione o estinzione per effetto di un provvedimento di un'autorità nazionale, giudiziaria o amministrativa, risulta chiaro dalla giurisprudenza rilevante [della Corte] che l'esistenza di un sistema che consente di prendere in considerazione la possibilità di un rilascio anticipato è un fattore che deve essere tenuto in conto al fine di valutare nel singolo caso la compatibilità della pena dell'ergastolo con l'art. 3.*

Di qui la domanda, affrontata anzitutto in *Vinter*, se una pena così congegnata, che di fatto sacrifica la funzione rieducativa della pena sull'altare della deterrenza o della retribuzione *tout court*, risulti ancora compatibile con il divieto di «punizioni inumane o degradanti» di cui all'art. 3 CEDU⁵⁷.

⁵⁶ Corte EDU, Grande Camera, 12.2.2008, *Kafkaris c. Cipro*, n. ric. 21906/04.

⁵⁷ Per approfondimenti ulteriori sul tema, v. 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 *Dir. pen. cont.*, 4 luglio 2012.

I principi che la quarta sezione della Corte EDU ha enunciato a maggioranza nel caso *Vinter* hanno a primo conforto la giurisprudenza britannica. Essa, nel caso *Wellington*⁵⁸, non solo ha riconosciuto come l'imposizione della pena dell'ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata non violi 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; ma si è anche allineata alle motivazioni di *Kafkaris* sancendo che l'esecuzione di tale pena deve ritenersi compatibile con la disposizione convenzionale a condizione che il condannato possa comunque beneficiare di una possibilità, *de iure* o *de facto*, di liberazione. La compatibilità di tale meccanismo con l'art. 3 CEDU era stata peraltro già riconfermata dalla *Court of Appeal* inglese nel 2009, nel caso *Bieber*⁵⁹, che aveva puntualizzato: la possibilità di un rilascio anticipato per motivi umanitari da parte del Segretario di Stato si stima comunque capace di rendere commutabile, nell'ordinamento inglese, tale pena dell'ergastolo, e quindi tale da escludere la paventata conflittualità.

Messe in campo queste armi concettuali, la Corte EDU ha concluso come nei casi di specie sottoposti al suo esame non fosse stata dimostrata la natura macroscopicamente sproporzionata dell'inflitta pena dell'ergastolo con *whole life order*⁶⁰, al confronto con i gravissimi omicidi dei quali i ricorrenti erano stati giudicati responsabili; e nemmeno sovveniva l'assenza di finalità punitive e preventive da soddisfare. Non essendo stata dunque comprovata la sussistenza della prima delle declinate condizioni «applicative» della pena «perpetua» – assenza di alcuna funzione legittima della pena stessa – la Corte ha ritenuto di non pervenire all'esame dell'ulteriore profilo delineato, quanto al fatto se l'ordinamento inglese offra davvero ai condannati all'ergastolo con un *whole life order* una opportunità, almeno *de facto*,

⁵⁸ *Wellington v. Secretary of State for the Home Department*, 2008, UKHL, p. 72.

⁵⁹ *R. v. Bieber*, 2009, 1 WLR, p. 223.

⁶⁰ Strumento previsto dall'ordinamento britannico attraverso il quale il giudice in sede di *sentencing* assicura che il condannato sconterà la pena effettivamente per tutta la vita, salvo un eccezionale potere di liberazione anticipata riservato alla decisione discrezionale del Segretario di Stato.

di vedersi parzialmente condonata la pena. Tanto ha innescato l'opinione dissenziente di tre giudici, a rilevare come la possibilità che il Segretario di Stato venga a disporre la liberazione anticipata del condannato per motivi umanitari non sia sufficiente a garantire il rispetto degli standard convenzionali, che vogliono predisposto un meccanismo di verifica giurisdizionale della perdurante necessità dell'esecuzione della pena una volta che il condannato abbia trascorso un certo numero di anni in stato di detenzione che non sia destinato ad operare in ipotesi limite di malattie terminali o simili.

Gli stessi principi declamati in *Vinter*, nella pronuncia *Harkins e Edwards c. Regno Unito* trovano accoglimento all'unanimità, e definiscono il rigetto dei 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*).

Ne discende l'ulteriore domanda – che costituisce propriamente la questione fondamentale analizzata in *Harkins* – se sia compatibile con tale garanzia convenzionale l'*estradizione* di un detenuto in uno Stato non parte della Convenzione nel quale egli sia esposto al rischio di essere condannato a una simile pena (come il *life imprisonment without parole*, contemplato in molti ordinamenti statunitensi quale alternativa alla pena di morte⁶¹): in particolare, si riflette sul diritto di ogni individuo a non essere estradato o espulso in uno Stato dove sussista un rischio reale di essere sottoposto a trattamenti contrari all'art. 3 CEDU⁶².

I giudici di Strasburgo fanno anzitutto proprio 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. In dettaglio, il primo ricorrente – venette all'epoca dei fatti – era accusato di un c.d. *felony murder*, e cioè

⁶¹ Forma di ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata nella quale l'unica possibilità per l'ergastolano di essere liberato è il potere clemenziale del Governatore dello Stato.

⁶² Giurisprudenza assestata fin da Grande Camera, decisione del 7.7.1989, *Soëring c. Regno Unito*, n. ric. 14038/88.

di un omicidio involontario commesso durante l'esecuzione di un altro delitto (una rapina a mano armata): fatto sanzionato – secondo il sistema punitivo vigente in Florida – con la pena *obbligatoria* dell'ergastolo *without parole*. Il secondo ricorrente era invece imputato di un omicidio *volontario*, commesso all'età di diciannove anni: reato per il quale l'ordinamento del Maryland prevede obbligatoriamente la pena dell'ergastolo con *facoltà* per il giudice di escludere ogni possibilità di *parole*.

La Corte riconosce che, in via di considerazione astratta, simili pene per l'uno e l'altro caso potrebbero considerarsi contrarie ai fondamentali principi di giustizia, quindi qualificarsi come pene «gravemente e manifestamente sproporzionate». Ma l'analisi delle peculiarità del caso – entrambi i ricorrenti essendo accusati di fatti di elevata gravità, commessi attraverso il volontario uso di una arma da fuoco caricata per sparare – conduce ad escludere la ravvisabilità in concreto di una così macroscopica sproporzione.

Si conclude peraltro per una «complessiva» adeguatezza delle sanzioni di specie rispetto all'art. 3 CEDU, osservandosi che rispetto ai due ricorrenti non è affatto certo che in futuro l'esecuzione di tali 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.

Tanto segna una prospettiva evolutiva ulteriore, al confronto con l'immediato precedente *Vinter*: in questa altra sede, pur una volta avvistata la carenza della prima condizione 'applicativa', propedeutica alla verifica della violazione convenzionale, si procede pure a saggiare la sussistenza della seconda. In dettaglio. Al momento di vagliare il possibile contrasto della fase esecutiva della pena con l'art. 3 CEDU, la Corte prende difatti a 'congiunto' modello lo schema di giudizio che ne intende ravvisabile una violazione alla sola condizione che si dimostri la protrazione della detenzione del condannato non essere più funzionale ad alcuno dei legittimi scopi della pena, ovvero – alternativamente indicati – quello di punizione, prevenzione generale, tutela

della collettività, risocializzazione; e ciò nonostante rimanga assente una qualsiasi prospettiva, *de iure* o *de facto*, di liberazione anticipata.

La Corte riafferma così – al contempo ripensandolo – il carattere *assoluto* della tutela convenzionale, nel senso di garanzia dell'individuo contro la reale rischiosità di subire (nello Stato di destinazione) un qualsiasi trattamento contrario all'art. 3, e cita al proposito sia i suoi *leading cases* in materia – *Chahal c. Regno Unito*, 15 novembre 1996; *Saadi c. Italia*, 28 febbraio 2008⁶³ – sia l'art. 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – che vieta in termini assoluti l'espulsione o l'extradizione di un individuo in uno Stato dove sussista un «rischio serio» che il medesimo venga sottoposto a pena di morte, tortura o *altro trattamento o punizione inumana o degradante* – nonché la giurisprudenza del Comitato dei diritti umani delle Nazioni Unite, la Convenzione ONU contro la tortura, le linee guida del Consiglio d'Europa sui diritti umani e la lotta contro il terrorismo.

Si è fatto cenno ad un «ripensamento»: difatti, l'idea tradizionalmente sottostante il ragionamento della Corte è che l'art. 3, custodendo uno dei valori fondanti di una società democratica, non possa entrare in bilanciamento con diverse – e pur legittime – istanze. Lo schema logico che inizia a trovare radice nella decisione commentata apre invece ad un giudizio complesso e di relazione, in cui far entrare in gioco più e diverse prospettive. Così, quanto alla valutazione del livello minimo di gravità del trattamento penitenziario, si inaugura un percorso differenziato, sottoposto al governo di diversi, in rigosità, standard di giudizio a seconda che si tratti o meno di valutare condotte direttamente imputabili ad uno Stato parte della Convenzione. Si intende infatti che la Convenzione non possa essere interpretata come uno strumento per imporre a Stati terzi gli standard convenzionali nel trattamento dei detenuti, le cui concrete modalità dipendono anche dalla complessiva disponibilità di risorse economiche da parte dello Stato stesso: per cui un dato trattamento penitenziario che la Corte giudicherebbe contrario all'art. 3 in quanto «degradante» se compiuto da uno Stato parte, potrebbe invece non raggiungere, se compiuto da

⁶³ Grande Camera, decisione del 15.11.1996, *Chahal c. Regno Unito*, n. ric. 22414/93; Grande Camera, decisione del 28.2.2008, *Saadi c. Italia*, n. ric. 37201/06.

uno Stato terzo, il livello di gravità necessario per precludere l'extradizione di un detenuto verso quello Stato.

2.3. *Gli statuti della pena (tra la Carta Costituzionale e la Convenzione EDU) al confronto con il sovraffollamento carcerario.* – Il futuro. La pronuncia dell'aprile 2012 è tornata ad interrogarsi su una violazione dell'art. 3 CEDU (rigettata) a fronte dell'extradizione di tre cittadini britannici, un cittadino egiziano e un cittadino saudita arrestati nel Regno Unito e incriminati negli Stati Uniti per terrorismo internazionale: si è affrontata così – secondo lo stesso schema motivazionale inaugurato con le due «sentenze guida» del gennaio 2012 – la prospettiva della conseguente esposizione a trattamenti inumani e degradanti; ciò, tanto sotto il profilo delle condizioni di detenzione osservate nel carcere di massima sicurezza (ADX) di Florence, Colorado, cui essi erano destinati, quanto sotto il profilo della tipologia di pena, poiché ad essi sarebbe stato applicato l'ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata⁶⁴.

Senza affrontare in questa sede l'aspetto assunto come centrale nell'economia argomentativa della Corte – volto a fare il perimetro attorno ai limiti in materia di estradizione derivanti dall'art. 3, col distinguo tra estradizione e altre forme di allontanamento, e col distinguo tra la tortura e le altre forme di maltrattamenti contrari all'art. 3 CEDU⁶⁵ – l'attenzione si porta sull'articolato ragionamento quanto al potenziale conflitto tra art. 3 CEDU e *life imprisonment without parole*.

La Corte - riprendendo fedelmente i passaggi argomentativi già anticipati in *Harkins* – ribadisce anzitutto che l'inflizione dell'ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata integra una violazione convenzionale allorché tale pena appaia manifestamente

⁶⁴ Per un analitico commento alla sentenza, cfr. C. PARODI, *Ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata e art. 3 Cedu: meno rigidi gli standard garantistici richiesti in caso di estradizione*, in *Dir. pen. cont.*, 14 maggio 2012.

⁶⁵ In tema, A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 1, 2011, pp. 241 ss.

sproporzionata rispetto al reato di cui il ricorrente è accusato; aggiunge che tale verifica ha carattere rigoroso, portando al riconoscimento di una violazione soltanto in «rare» e «singolari» occasioni (non riscontrabili rispetto ai reati di terrorismo per cui è condanna nel caso). Segue: laddove invece una simile pena non possa ritenersi manifestamente sproporzionata al momento della sua inflizione, una violazione dell'art. 3 potrebbe sorgere soltanto nel momento successivo in cui il condannato, il quale abbia già scontato un primo periodo di detenzione, sia in grado di dimostrare a) che l'ulteriore protrazione della propria detenzione non è più funzionale al perseguimento di alcuno degli scopi legittimi della pena (ancora una volta identificati dalla Corte in retribuzione, deterrenza, protezione della collettività e risocializzazione), e b) che ciononostante non vi è per lui alcuna possibilità, *de iure o de facto*, di essere ammesso a una liberazione anticipata.

Sulla base di questo duplice accertamento, la Corte esclude l'occorrere di una violazione rispetto a ciascuno dei sei casi promossi dai ricorrenti: nessuno di costoro è stato in grado di dimostrare che l'assenza di possibilità di liberazione anticipata renderà *in futuro* la loro detenzione non più funzionale ad alcuno degli scopi legittimi della pena; e quand'anche invece tale ipotesi si dovesse verificare, non vi è certezza che le autorità degli Stati Uniti negherebbero quelle possibilità di condonare in parte la pena le quali sono previste, sia pure in casi eccezionali, anche nei confronti dei condannati all'ergastolo *without parole*.

Se ne coglie – oggi – una più generale chiave di lettura, che assieme avvolge il triplice arresto della giurisprudenza di Strasburgo, ad affermazione del principio per cui il divieto di «punizioni inumane o degradanti» di cui all'art. 3 CEDU fa precetto di un divieto di pene «gravemente e manifestamente sproporzionate», quanto a dire di un divieto di pena che si traduca in una ingiustificata sofferenza, irragionevolmente afflittiva per il colpevole del fatto. L'ingresso del carattere della proporzione come connotato fondante dell'umanità della pena, se colora dunque di una necessaria – e diremmo imprescindibile – relativizzazione il carattere di umanità della sanzione criminale (fin qui definito invece in termini assoluti), d'altro canto parrebbe ammettere una monofunzionalità della pena stessa, nel senso di ammetterne la

corrispondenza all'art. 3 CEDU se ed in quanto al momento della sua esecuzione essa sia legittimata ad asservire anche uno solo degli scopi astrattamente riconoscibili alla sanzione criminale, quindi anche 'solo' quello della deterrenza.

Si rammenta difatti come nei citati arresti esegetici della Corte EDU la non proporzione/umanità della pena rimanga filtrata dalla dimostrazione, da parte del condannato, che la protrazione della propria detenzione non sia più congruente con alcuna apprezzabile funzione della pena, e che non vi sia possibilità, *de facto* o *de iure*, di essere rimesso in libertà.

Intesa nella sua singolarità, la prima condizione dimostra l'ampiezza della veduta con cui la Corte osserva i legittimi (e alternativi) scopi della pena, nemmeno confinandoli entro il recinto della prevenzione generale (deterrente) o speciale, comprensiva quest'ultima della neutralizzazione della pericolosità del condannato e della sua risocializzazione, ma estendendoli anche alla retribuzione *tout court*, e quindi alla punizione del reo per il male da questi commesso⁶⁶.

Con una netta riduzione – all'apparenza – della grata garantista marcata invece dalla tradizione del diritto penale costituzionale italiano, che si muove decisa lungo canali personalistici e solidaristici.

A questo proposito occorre ripercorrere i passaggi ben noti che distinguono la prevenzione generale dalla prevenzione speciale, ed in ciascuna dimensione separano due aspetti: l'uno positivo, l'altro negativo. Così, l'aspetto negativo della prevenzione generale consiste nell'adozione di strumenti volti al raggiungimento di risultati repressivi, con obiettivi di intimidazione e deterrenza; mentre l'aspetto positivo è legato all'effetto pedagogico della fattispecie, che, riaffermata nella sua vigenza con l'affermazione della punibilità di chi la violi, tende al mantenimento e al rafforzamento della fiducia dei consociati nell'ordinamento giuridico. Sul versante della prevenzione speciale, invece, l'aspetto negativo concerne l'intimidazione individuale dell'autore, sino al limite estremo della sua neutralizzazione quanto al contatto con la società civile. L'aspetto positivo è, invece, rappresen-

⁶⁶ VIGANÒ, *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU*, cit.

tato dal recupero sociale, da attuarsi essenzialmente attraverso una terapia emancipante, che sia un percorso risocializzante o di non-desocializzazione⁶⁷.

Vero è che nel silenzio esplicito della Convenzione, come anche dei Trattati e della Carta dei diritti dell'Unione, si è lamentata una vistosa mancanza di un referente teleologico vincolante per la funzione della pena: le prescrizioni «formali» relative al divieto di trattamenti inumani o degradanti – art. 3 CEDU, art. 4 della Carta dei diritti – e relative alla necessaria «non sproporzione» della pena rispetto al reato – art. 49, co. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione – risultano in effetti astrattamente compatibili sia con le esigenze retributive, sia con quelle della prevenzione generale, sia con i dettami della prevenzione speciale, anche negativa. A rigore, la proporzione della pena al reato potrebbe essere costruita col parametro della pericolosità soggettiva espressa dall'autore del reato, da intimidire o neutralizzare, o con quello della prospettiva deterrente, in tal modo peraltro fornendosi un cappello di legittimazione all'oramai ricco novero di sanzioni penali (non solo efficaci e proporzionate, ma anche) «dissuasive» (così cita tra l'altro l'art. 5, co. 1, della decisione-quadro del 2002 in materia di lotta al terrorismo) che il diritto secondario dell'Unione – decisioni quadro e direttive in materia penale – impone agli Stati membri l'obbligo di prevedere.

L'opzione per uno statuto «debole» della pena – sorretta da una necessaria teleologia rieducativa al momento dell'inflizione ma non anche dell'esecuzione – parrebbe infine consentita da una giurisprudenza di Strasburgo particolarmente cauta a sancire violazioni *ex art. 3 CEDU*; ciò si giustappone allo statuto «forte» di cui il sistema giuridico italiano invece la riveste. La sanzione penale deve offrire al reo la possibilità di orientare la propria esistenza nel senso del rispetto dei

⁶⁷ Sulla dialettica circa la funzione preventiva della pena, si rinvia per tutti ai contributi di M. RONCO, *Il significato retributivo-rieducativo della pena*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, pp. 137 ss.; L. EUSEBI, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pp. 1163 ss. Per un più ampio quadro delle ideologie punitive, v. G. FIANDACA, *Nessuna pena senza scopo*, in G. FIANDACA - G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003, pp. 15 ss.

precetti dell'ordinamento, deve tendere a favorire un'effettiva integrazione del soggetto, da ottenersi tramite la realizzazione di un programma di (re)inserimento basato sul sostegno socio-culturale e sull'emancipazione individuale.

Così, da un lato, nel richiamare la lettura articolata degli artt. 27, co. 1, Cost. e 27, co. 3, Cost., la Corte ribadisce l'incompatibilità, rispetto al nostro sistema, della prevenzione generale negativa: «Soltanto quando alla pena venisse assegnata una funzione esclusivamente deterrente (ma ciò è sicuramente da escludersi nel nostro sistema costituzionale, data la strumentalizzazione che subirebbe la persona umana), potrebbe configurarsi come legittima una responsabilità per fatti non riconducibili alla ... colpa dell'agente»⁶⁸. Dall'altro, la Corte abbandona la logica puramente retributiva, e alla pena consegna anche una funzione di prevenzione speciale (rieducativa *ex art. 27, co. 3, Cost.*) riconoscendo quest'ultima come principio informativo dell'intera 'vita' della pena «da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue»⁶⁹, cioè «comportando ... la valorizzazione del soggetto, reo o condannato, in ogni momento della dinamica penal-sanzionatoria (previsione astratta, commisurazione, ed esecuzione)»⁷⁰.

La motivazione resa nella commentata sentenza Harkins (per come di seguito ribadita dalla giurisprudenza della Corte) – sebbene con cadenze letterali meno cristalline e nette rispetto alle decisioni italiane – non pare lontana da queste ferme conclusioni: essa vuole difatti *non violato* l'art. 3 CEDU alla sola *congiunta condizione* che a) il perdurare della privativa della libertà personale non assolva più ad alcuna delle funzioni della pena (nel sopraddetto variegato ventaglio), b) e che non vi sia possibilità per il condannato, in astratto come in concreto, di essere rimesso in libertà. Con questa 'addizione' pare allora riconoscersi l'esistenza di un diritto dell'uomo (responsabile di reato) ad avere garantito il reinserimento in società come persona dotata di autonoma dignità sociale, esito di una rieducazione ovvero non de-socializzazione nel corso e nell'ambito dell'assoggettamento alla san-

⁶⁸ Corte cost., 23-24 marzo 1988, n. 364.

⁶⁹ Corte cost., 26 luglio 1990, n. 313.

⁷⁰ Corte cost., 25 maggio 1989, n. 282.

zione detentiva, che a sua volta deve risultare un percorso sanzionatorio proporzionato alla gravità del fatto commesso.

È questo, infine, il *valore assoluto* della *pena umana*, un valore (democratico) culturalmente universale, che va al di là di ogni confine geografico e statale, e che non ammette bilanciamenti (in riduzione) con altre istanze, quand'anche si tratti di fondamentali esigenze economiche. Più esattamente, da un lato il principio ha carattere assoluto nel senso che il limite che esso pone allo Stato nella previsione legislativa delle tipologie sanzionatorie è inderogabile; dall'altro il suo contenuto non può che essere relativo, nel senso cioè che il livello in cui si colloca la soglia minima di umanità non può che dipendere dalle condizioni e dalla sensibilità sociali di un certo periodo storico e di una determinata area culturale⁷¹.

Con una osservazione finale, capace di incastonare i principi della Convenzione e quelli della Carta Costituzionale, si cerca allora di cogliere il senso del moderno «umanesimo della pena», che nella fase della comminatoria edittale, rivolgendosi al passato del fatto commesso, si personalizza *ex art. 27, co. 1, Cost.* attraverso il criterio della giusta proporzione (che ne delimita la durata in astratto); nella fase dell'applicazione (commisurazione ed esecuzione) riguarda propriamente il futuro del singolo, secondo lo scopo – individualizzante – innanzitutto di rieducazione e risocializzazione⁷².

Contro la statica della esclusione sociale, la dinamica della rieducazione umana del condannato finisce così per entrare a far parte dei caratteri «europei» della pena, che diventa – come diritto «più che fondamentale» della persona⁷³ – uno strumento per «*restituire all'uomo la capacità umana fondamentale: quella di cittadino a cui sono attribuiti diritti civili e giuridici*»⁷⁴.

⁷¹ Grande Camera, decisione del 25.4.1978, *Tyrer c. Regno Unito*, n. ric. 5856/72; Grande Camera, decisione del 7.7.1989, *Soëring c. Regno Unito*, cit.

⁷² M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *Studi di onore di F. Coppi*, Torino, 2011, pp. 911 ss.

⁷³ Cfr. F.C. PALAZZO, *Costituzionalismo penale e diritti fondamentali*, in A.A.VV., *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali*, in *Scritti in memoria di P. Barile*, Padova, 2003, pp. 586 ss.

⁷⁴ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, 1994, p. 52.

Cartina al tornasole diventa infine l'argomento del sovraffollamento carcerario, al confronto con la disumanità della pena in esecuzione.

La pronuncia della Corte costituzionale resa con sentenza n. 279 del 2013 si inserisce in questo contesto argomentativo, *dell'umanità della sanzione penale*, e, in relazione al tema della tutela dei diritti fondamentali delle persone sottoposte a pena detentiva, si mette ancora una volta in diretta e stretta comunicazione con l'«altro» Garante: la Corte europea dei diritti dell'uomo. L'unione tra i due livelli di sindacato, e per l'effetto anche di protezione, rivela 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 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 3 m² 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)⁷⁵.

Inizia da qua una riflessione che la sentenza n. 279/2013 sviluppa fino a far percepire l'avvenuta assunzione da parte della Consulta

⁷⁵ In tema, in particolare E. DOLCINI, *Carcere, surrogati del carcere, diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 33 ss.; A. GARGANI, *Trattamento disumano e rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena: verso una sentenza additiva?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, pp. 572 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. cont.*, 9 gennaio 2013.

di un ruolo di «*moderno moderatore di sistema*», ad arginare con rigore ogni tendenza populisticamente disattenta ai diritti – e alla dignità – dei detenuti.

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». 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: «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).

Torna così in evidenza il nesso strumentale tra carattere umanitario e teleologia rieducativa della sanzione penale, a confermare l'inscindibilità tra principio umanitario della pena e suo paradigma rieducativo «in quanto logicamente in funzione l'uno dell'altro» (sentenza n. 279/2013).