



Università degli
Studi di Perugia

Dipartimento di
Giurisprudenza

Diritti e principi nella pluralità dei livelli di protezione: evoluzioni, dialettica e conflittualità

a cura di

Luisa Cassetti e Sabrina Vannuccini

Università degli Studi di Perugia

Dipartimento di Giurisprudenza

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

“Diritti e principi nella pluralità dei livelli di protezione: evoluzioni, dialettica e conflittualità”

<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 © 2019

ISBN 9788899490089

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 ed emergenze globali

A. LANCIOTTI, Il contributo delle Corti regionali dei diritti umani all'affermazione del diritto all'acqua quale diritto fondamentale e le future prospettive.....pag. 2

S. VEZZANI, Derecho internacional de inversiones y derecho al agua: el caso de Argentina.....pag. 28

L. CASSETTI, La vulnerabilità (individuale), le situazioni di discriminazione e le politiche abitative nelle aree metropolitane (riflessioni a margine del caso *Garib v. The Netherlands*).....pag. 48

Fine vita

S. VANNUCCINI, Sull'accanimento medico-giudiziario francese (e il *placet* della Corte europea dei diritti dell'uomo) per il «non diritto di vivere» del paziente disabile: l'*affaire Vincent Lambert*.....pag. 69

Laicità e libertà religiosa

M. CANONICO, La disciplina dei rapporti tra lo Stato e l'Istituto Buddista Italiano Soka Gakkai.....pag. 115

M.H. SÁNCHEZ GÓMEZ, Criteria for Limiting the Use of Religious Symbols in Court Appearances in Strasbourg Case Law.....pag. 144

S. ANGELETTI, Diritti educativi del minore e libertà religiosa della famiglia: rileggendo la sentenza *Osmanoğlu and Kocabaş v. Switzerland* alla luce del *best interests of the child*.....pag. 162

Famiglie, filiazione e diritti

A. SASSI, Parentela e devoluzioni ereditarie nel nuovo diritto filiale.....pag. 181

A. SASSI - S. STEFANELLI, Il titolo di filiazione nel sistema dell'ordine pubblico internazionale.....pag. 234

Principi e diritti nella dimensione penalistica

V. VALENTINI, Il «caso Taricco I» e l'illusionismo prospettico della Consulta.....pag. 282

S. SARTARELLI, Da Provenzano a Viola: per la Corte EDU la parola d'ordine è «dignità umana».....pag. 308

M. MONTAGNA, Obblighi convenzionali, tutela della vittima e completezza delle indagini.....pag. 331

Diritti e doveri del contribuente tra procedimento e processo

S. PIERONI, *Ne bis in idem* sanzionatorio. La problematica applicazione nella sentenza *Jóhannesson c. Islanda* dei criteri elaborati dalla Grande Camera.....pag. 354

S.F. COCIANI, Il contraddittorio preventivo e il giusto procedimento tributario.....pag. 381

PREMESSA

Questo volume ha origine dal lavoro di ricerca di un gruppo di docenti del Dipartimento di Giurisprudenza appartenenti a diversi settori dell'area giuridica, lavoro svolto nel biennio 2016-18 grazie al finanziamento ottenuto nell'ambito del Bando per il Fondo premiale Ricerca di base (2015) dell'Università degli Studi di Perugia¹. Dai risultati di questa ricerca abbiamo selezionato alcuni profili di indagine trattati nei saggi che compongono le sezioni del libro.

Il gruppo di ricerca da me coordinato è in larga parte coincidente con quello che mi ha affiancato nel percorso di ricerca sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo avviato nel 2009 e che nell'anno successivo abbiamo strutturato attraverso il database *diritti-cedu.unipg.it*: in questi dieci anni abbiamo aggiornato e arricchito i contenuti del sito web con l'obiettivo di offrire un monitoraggio delle decisioni della Corte di Strasburgo che riguardano *in primis* il nostro ordinamento e, più in generale, le evoluzioni e le trasformazioni giurisprudenziali della tutela multilivello dei diritti, sia con riferimento alle evoluzioni dell'integrazione europea, sia rispetto agli altri regimi di protezione internazionale dei diritti umani (con una specifica attenzione alla giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti dell'uomo). Con il nostro gruppo di ricerca hanno collaborato giovani ricercatori italiani e stranieri, nonché diversi studiosi provenienti da altre università e dal mondo delle professioni giuridiche. La ricerca si è sviluppata anche grazie all'incontro con studiosi europei e internazionali che sono stati in questi anni protagonisti di seminari di studio e convegni organizzati a Perugia:

¹ Titolo della ricerca: *Diritti e situazioni giuridiche soggettive tra incertezze (nazionali) e ricerca dell'effettività della tutela (sovranaazionale). Una ricerca interdisciplinare*. Il progetto si articolava in dodici profili riconducibili a diversi settori dell'area giuridica: gli argomenti coinvolgevano, infatti, tematiche e profili di diritto pubblico e costituzionale (L. Cassetti), diritto internazionale e dell'Unione europea (A. Lanciotti e S. Vezzani), diritto ecclesiastico e canonico (S. Angeletti e M. Canonico), diritto privato (A. Sassi e S. Stefanelli), diritto amministrativo (S. Pieroni), diritto tributario (S. Cociani), diritto penale (S. Sartarelli e V. Valentini) e diritto processuale penale (M. Montagna).

inoltre, in diverse occasioni di incontri organizzati in Italia e all'estero, ogni membro del gruppo si è confrontato con studiosi e operatori giuridici della protezione internazionale dei diritti dell'uomo.

La forma adottata per questo libro è quella della pubblicazione *online* (dotata di ISBN e sottoposta a valutazione) realizzata secondo le regole della Collana dei *Quaderni della ricerca diritti-cedu.unipg.it*, il cui primo volume (*Archivio di diritti-cedu.unipg.it*, Perugia, 2015) raccoglie le schede e le note di commento alla giurisprudenza nazionale e sovranazionale pubblicate nel sito negli anni 2010-2015, mentre il secondo (*Diritti, garanzie ed evoluzioni dei sistemi di protezione*, Perugia, 2016) è costituito da una raccolta di saggi che volevano fornire un quadro delle trasformazioni che coinvolgono i diritti e i principi generali in un clima di forti tensioni (crisi economica europea e difficoltà nella gestione dei processi migratori).

Le tensioni nel quadro politico ed economico europeo odierno appaiono purtroppo sostanzialmente immutate, così come le crescenti resistenze di alcuni paesi verso l'operato e i *dicta* della Corte europea di Strasburgo sembrano confermare l'attualità (se non la necessità) di questo filone di ricerca: il nostro impegno resta quello di registrare ed evidenziare i riflessi ordinamentali di quella giurisprudenza, riflessi che includono la capacità dei giudici internazionali di fornire letture diverse (o addirittura opposte) rispetto alle tradizioni maturate attorno alle garanzie e ai principi che fondano l'ossatura dell'ordinamento costituzionale.

Questa pubblicazione vuole fare il punto sullo stato di salute (in termini di efficacia, di sviluppo nella direzione della «miglior tutela» e, soprattutto, dell'effettività delle garanzie) dell'interazione, ormai matura, tra i diversi livelli (nazionale e sovranazionale) di integrazione nel nome dei diritti.

Emerge da questo percorso di analisi la dimensione ormai globale di alcuni diritti fondamentali per lo sviluppo della vita umana che rappresentano in realtà altrettante emergenze: in particolare, l'attenzione della dottrina internazionalistica per un «diritto

all'acqua»² si salda con le problematiche sempre più pressanti relative al modo di bilanciare il diritto alla scelta della propria abitazione/residenza con le politiche per la sicurezza e la riqualificazione urbana³ soprattutto nelle moderne – e sempre più affollate – metropoli che in ogni angolo del mondo sono destinate ad accogliere decine di milioni di individui, anche per effetto dei processi migratori in atto.

Come sappiamo, la pluralità dei livelli di tutela ha spesso contribuito a mettere in luce i limiti e le contraddizioni delle garanzie nazionali: è il caso del principio di laicità e della libertà religiosa che, oltre ad aver occupato un posto di primo piano negli scritti presenti nei precedenti volumi di questa collana, continua a essere portata *sub iudice*, quasi a testimoniare che alcuni nodi tardano a essere sciolti. In effetti, la controversa vicenda giurisprudenziale della libertà religiosa in uno stato laico, misurata attraverso le regole sull'esposizione dei simboli religiosi, è tornata all'attenzione dei giudici di Strasburgo per ciò che attiene al profilo dell'ammissibilità dell'esposizione dei simboli religiosi nelle aule giudiziarie⁴. Sul versante organizzativo della libertà religiosa (di tutti) è interessante verificare lo stato delle procedure che conducono alla definizione delle intese con i culti acattolici⁵, mentre nella dimensione individuale della suddetta libertà il ruolo istituzionale della famiglia deve essere confrontato con le garanzie dei minori, giacché vi sono contesti educativi familiari che mettono in discussione la possibilità per i figli di maturare un sentimento religioso in condizioni di autentica libertà di scelta⁶.

In chiave evolutiva si possono leggere le trasformazioni dell'istituto familiare lette alla luce delle regole sulla filiazione. Lo

² Cfr. il saggio di A. Lanciotti che riflette sulla configurabilità a livello internazionale di un «diritto all'acqua», e il saggio di S. Vezzani che approfondisce le controversie internazionali relative al rapporto tra violazioni degli obblighi dei concessionari dei servizi idrici, prerogative statali e diritti degli utenti nel contesto della grave crisi economico finanziaria argentina.

³ Cfr. il contributo di L. Casseti.

⁴ Sul tema cfr. il saggio della dr.sa M.H. Sánchez Gómez.

⁵ Cfr. le riflessioni di M. Canonico sulla procedura relativa alla formazione dell'intesa con i buddisti.

⁶ Sul tema cfr. il saggio di S. Angeletti.

status quo normativo in tema di filiazione risente dell'evoluzione delle forme di riconoscimento dei rapporti familiari che nascono da pratiche non ammesse nel nostro ordinamento: la garanzia di effettività delle richieste individuali che forzano quei limiti continua a essere ricercata attraverso la via dell'accesso al giudice che essendo chiamato a decidere sulle controversie individuali non può, a differenza del legislatore, rimanere silente⁷.

Anche nella sfera del diritto penale si registra un percorso evolutivo, fondato sulla dialettica tra diversi livelli di garanzia: questo dialogo contribuisce a spostare l'attenzione del meccanismo di repressione dei reati nei confronti della vittima (specie nei casi in cui la vittima è in condizioni di particolare debolezza)⁸, e mette l'ordinamento italiano dinanzi alle incongruenze dell'ergastolo ostativo e, quindi, alla necessità di ricalibrare il bilanciamento tra dignità umana (del detenuto in condizioni di salute estremamente precarie) e restrizioni imposte dai regimi di carcere duro⁹.

Proprio nell'ambito dei principi cardine del sistema penale la dialettica si è però trasformata in autentico conflitto (ovvero quasi-conflitto) originato dall'incompatibilità fra tradizioni interpretative nazionali consolidate alla luce dei valori costituzionali e le diverse letture sovranazionali del medesimo principio: l'impatto della giurisprudenza sovranazionale rispetto al «cuore» dei principi del diritto penale (determinatezza della pena e prescrizione del reato) nel caso-saga *Taricco*, con il conseguente braccio di ferro tra Corti, è emblematico e molto insegna su come si possano concretamente «gestire» possibili fronti di inconciliabilità radicale di – opposte – soluzioni interpretative quando sono in gioco valori costituzionali che devono continuare a orientare le evoluzioni del sistema sanzionatorio

⁷ Cfr. il saggio di A. Sassi che fa il punto sull'evoluzione del sistema normativo sulla filiazione, e il saggio di A. Sassi e S. Stefanelli dedicato al bilanciamento tra veridicità dello *status* di figlio e interesse (preminente) del minore a mantenere relazioni parentali e familiari.

⁸ È il tema trattato da M. Montagna che riflette sullo «statuto» dei diritti della vittima del reato alla luce della giurisprudenza di Strasburgo sulla protezione del diritto alla vita e sulla tutela da trattamenti inumani e degradanti.

⁹ Cfr. il saggio di S. Sartarelli che approfondisce gli esiti dei casi *Provenzano* e *Viola*.

di rango penale anche in presenza di fondamentali interessi (finanziari) dell'Unione europea¹⁰.

L'interpretazione «evolutiva» nel sistema di protezione offerto dalla CEDU non sempre, del resto, genera soluzioni incontrovertibili, e questo è accaduto con riferimento al diritto alla vita protetto dall'art. 2, il cui contenuto di valore è confermato dall'inderogabilità dello stesso: se si analizza il lungo e accidentato calvario giudiziario di alcuni familiari di Vincent Lambert convinti di poter superare e contrastare gli argomenti utilizzati dalla Corte EDU (che, nel 2015, aveva giudicato conforme alla Convenzione il protocollo francese di fine vita consistente nella privazione dell'idratazione e della nutrizione) anche attraverso il coinvolgimento del Comitato ONU per i diritti delle persone con disabilità¹¹, ci si rende conto di come la codificazione di regole sulla «gestione» della fine di una vita possa talora celare insidiosi problemi interpretativi e applicativi.

Sul versante dei doveri costituzionali, la posizione del contribuente è al centro del confronto con i giudici internazionali sia sul versante della natura delle sanzioni, sia per ciò che attiene alla disciplina del procedimento mediante il quale si arriva alla irrogazione delle sanzioni. L'interpretazione dei giudici di Strasburgo guarda, in effetti, alla sostanza delle cose quando afferma la natura «sostanzialmente penale» di quelle che in molti ordinamenti, incluso quello italiano, sono considerate sanzioni amministrative: da questa impostazione deriva una lettura rigorosa del principio del *ne bis in idem* con riferimento all'applicazione contestuale sia di sanzioni penali che di sanzioni amministrative a carico del contribuente infedele¹². In questo stesso ambito le sollecitazioni che provengono dai giudici europei inducono a riflettere sul valore da riconoscere al principio del «giusto procedimento» in un ordinamento democratico quando si tratti di far valere le istanze di protezione dei diritti

¹⁰ Su questo dialogo/scontro giurisprudenziale cfr. il saggio di V. Valentini.

¹¹ È il tema del saggio di S. Vannuccini che ricostruisce la travagliata vicenda (amministrativa, giudiziaria e familiare) del fine-vita di fatto imposto a Vincent Lambert nel luglio del 2019, a distanza di quattro anni dalla (discutibile) decisione della Corte EDU del 2015.

¹² Sul tema cfr. il saggio di S. Pieroni.

fondamentali declinati nel nostro ordinamento dallo Statuto del contribuente¹³.

Un ringraziamento particolare va alla dr.sa Sabrina Vannuccini che, oltre ad aver arricchito in questi anni il database della ricerca *diritti-cedu.unipg.it* con i suoi preziosi contributi, mi ha sapientemente assistito nella delicata fase dell'*editing* e della composizione di questo volume.

Perugia, lì 8 Settembre 2019

Luisa Cassetti

¹³ Sulla necessità di valorizzare il principio del giusto procedimento nell'ambito dei procedimenti sanzionatori che incidono sui diritti del contribuente cfr. il saggio di S. Cociani.

Diritti ed emergenze globali

ALESSANDRA LANCIOTTI*

IL CONTRIBUTO DELLE CORTI REGIONALI
DEI DIRITTI UMANI ALL’AFFERMAZIONE
DEL DIRITTO ALL’ACQUA QUALE DIRITTO
FONDAMENTALE E LE FUTURE PROSPETTIVE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il riconoscimento del diritto di accesso all’acqua negli atti di *soft law*. – 3. Il ruolo delle Corti regionali sui diritti umani. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo. – 4. (segue) Il ruolo delle Corti regionali dei diritti umani. La posizione degli organi di controllo della Carta Africana. – 5. L’accesso all’acqua nella prospettiva della Corte interamericana dei diritti dell’uomo. – 6. Verso il riconoscimento di un nuovo, autonomo diritto fondamentale?

1. *Introduzione*. – Da oltre un paio di decenni si parla del diritto di accesso all’acqua quale diritto fondamentale di ogni essere umano¹, ma se si prova ad andare oltre le numerose dichiarazioni, risoluzioni e proclamazioni approvate in vari consessi internazionali, a cominciare dagli organi ONU che si occupano di diritti dell’uomo, l’effettivo riconoscimento giuridico di un tale diritto a livello internazionale resta ancora dubbio, trattandosi di un diritto «that to date has often carried more rhetorical than legal value»².

È evidente che l’approvvigionamento di un minimo di risorse idriche costituisce un elemento indispensabile per la stessa sopravvivenza della specie umana e dunque rappresenta la *condicio sine qua non* – o *sine (a)qua non*, si potrebbe dire.. – per l’effettivo godimento di tutti gli altri diritti, sia individuali (dal diritto all’alimentazione al diritto alla salute, dal diritto alla vita al diritto alla

* Professore associato di Diritto internazionale, Università di Perugia.

¹ Invero, la bibliografia sul tema è sterminata, fra i molteplici riferimenti, B. TERMINSKY, *Selected Bibliography on the Right to Water*, Occasional Paper, Ginevra, 2013; LEE J. - M. BEST, *The Human Right to Water: Research Guide and Annotated Bibliography*, Boston, 2017.

² Cfr. P. THIELBÖRGER, *Re-Conceptualizing the Human Right to Water: A Pledge for a Hybrid Approach*, in *Hum. Rights Law Rev.*, 2015, p. 225 ss., p. 227.

dignità personale), che collettivi (dal diritto a vivere in un ambiente sano al diritto allo sviluppo), direttamente tutelati dal diritto internazionale³. Tuttavia, se si prova ad andare oltre questa generica e immediata constatazione, non risulta così semplice individuare la base giuridica del diritto umano all'acqua, tantomeno i suoi effettivi confini, fondamentali per determinare il contenuto e il carattere degli obblighi statali imposti dall'ordinamento internazionale in connessione all'implementazione di un tale diritto. Inoltre la sua effettiva azionabilità fa fatica ad affermarsi a livello internazionale, dal momento che nei principali trattati sui diritti dell'uomo che prevedono meccanismi di controllo, come i due Patti ONU del 1966 sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali, e i trattati che prevedono sistemi di ricorso individuale, come le convenzioni regionali di salvaguardia, non si rinviene alcuna espressa disposizione sul diritto di ogni individuo ad avere un adeguato accesso alle risorse idriche in quantità e qualità sufficienti per soddisfare i suoi bisogni vitali⁴.

2. *Il riconoscimento del diritto di accesso all'acqua negli atti di soft law.* – Dall'inizio del nuovo Millennio il progressivo riconoscimento del diritto all'acqua è stato reso possibile principalmente grazie all'approvazione di una serie di risoluzioni da parte dell'Assemblea Generale e di altri organi delle Nazioni Unite,

³ Cfr. F. COULEE, *Rapport général. Du droit international de l'eau à une reconnaissance internationale d'un droit à l'eau: les enjeux, in?* in F. COULEE - S. LEMAIRE (dir.), *L'eau en droit International, Colloque d'Orléans de la Société Française pour le droit international*, Paris, 2011, p. 34 s.

⁴ Una definizione di cosa si intende per «bisogni umani vitali» è contenuta nelle Regole di Berlino sulle risorse idriche (*Berlin Rules on Water Resources*) elaborate dalla International Law Association nel 2004, art. 3, par. 20: «*vital human needs means waters used for immediate human survival, including drinking, cooking, and sanitary needs, as well as water needed for the immediate sustenance of a household*». V. International Law Association, *Water Resources Law: Fourth Report*, Paper presented at the Berlin Conference, Berlino 2004, p. 12. A. LANCIOTTI, *La difficile affermazione del diritto all'acqua nell'ordinamento internazionale*, in *Liber Amicorum Angelo Davì, La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione*, Vol. I, Napoli, 2019, p. 511 ss.

Il contributo delle Corti regionali dei diritti umani all'affermazione del diritto all'acqua

quali il Consiglio dei diritti umani e il Comitato sui diritti economici sociali e culturali, oltre che da altre agenzie specializzate e organizzazioni regionali⁵.

Un importante punto di approdo si è raggiunto nel luglio del 2010 quando l'Assemblea generale, nella risoluzione 64/292, ha proclamato «*the right to safe and clean drinking water and sanitation as a human right that is essential for the full enjoyment of life and all human rights*»⁶, per ribadirlo due anni dopo nella risoluzione 68/157, intitolata *The Human Right to Safe Drinking Water and Sanitation*⁷ e

⁵ Non è possibile in questa sede ripercorrere tutto l'iter riconoscimento di questo diritto nei vari atti di *soft law* approvati in seno alle Nazioni Unite e ad altre Organizzazioni internazionali di Stati, in argomento v. ampiamente, L. BOISSON DE CHAZOURNES, *Fresh Water in International Law*, Oxford, 2013, p. 149 ss.; OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *History of the Rights to Water and Sanitation at the United Nations*, in www.ohchr.org/EN/Issues/WaterAndSanitation/SRWater/Pages/Overview.aspx; W. QURESHI, *The Emerging Human Right to Water in International and Domestic Law*, in *Univ. of Denver Water Law Rev.*, 2018, p. 137 s. Per una panoramica sui vari documenti vedi Office of the High Commissioner for Human Rights, *History of the Rights to Water and Sanitation at the United Nations*, in www.ohchr.org/EN/Issues/WaterAndSanitation/SRWater/Pages/Overview.aspx; vedi anche: <http://contrattoacqua.it/documenti/documenti-onu-sull-acqua>.

⁶ V. Risoluzione 64/292 *Recognizing Access to Clean Water and Sanitation as Human Right* del 28 luglio 2010. Secondo alcuni commentatori questa risoluzione sarebbe sintomatica della progressiva emersione di una norma consuetudinaria sul diritto all'acqua, G. AGUILLAR CAVALLO, *The Human Right to Water and Sanitation: From Political Commitment to Customary Rule?*, in *Pace Int. Law Rev.*, 2012, p. 136 ss., p. 190; P. THIELBÖRGER, *Re-Conceptualizing the Human Right to Water: A Pledge for a Hybrid Approach*, in *Hum. Rights Law Rev.*, 2015, p. 225 ss., p. 243. Detta importante Risoluzione, però, non è stata approvata all'unanimità, bensì a seguito di una formale votazione, con 122 voti favorevoli, nessuno contrario e ben 41 astensioni, ivi comprese quelle eccellenti di alcuni paesi ricchi di risorse idriche e di paesi in via di sviluppo siti a monte di importanti corsi d'acqua internazionali. Per un esame dei contenuti delle dichiarazioni rese dagli Stati, che dimostrano che non si è ancora formata un'*opinio juris* universalmente condivisa, S. DE VIDO, *The Right to Water: From an Inchoate Right to an Emerging International Norm*, in *Rev. Belge Droit Int.*, 2012, p. 517 ss., p. 535 ss.

⁷ V. UN GENERAL ASSEMBLY, Resolution 68/157, *The Human Right to Safe Drinking Water and Sanitation*, A/RES/68/15, 18 December 2013. Questa risoluzione, a differenza della precedente è stata invece approvata per *consensus*.

poi anche nella Risoluzione 70/169 *The Human Rights to Safe Drinking Water and Sanitation*, del 17 dicembre 2015⁸. In quest'ultima risoluzione, l'Assemblea generale è giunta a riconoscere il diritto all'acqua e quello ai servizi igienico-sanitari (*sanitation*) come due distinti diritti⁹ (infatti il titolo di questa risoluzione usa il plurale «*rights*»), tuttavia entrambi vengono fatti derivare dal diritto ad un tenore di vita adeguato¹⁰. La stessa impostazione ha ispirato la risoluzione 70/1 del settembre 2015, intitolata *Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development*, mediante la quale l'Assemblea ha promosso un'azione volta a realizzare, fra le altre cose, «la disponibilità e la gestione sostenibile dell'acqua e dei servizi igienici per tutti»¹¹.

Anche il Consiglio dei diritti umani, con la risoluzione 15/9 del 30 settembre 2010, ha declinato il diritto all'acqua e ai servizi igienico-sanitari, riconoscendone la natura derivativa e riconducendolo nell'alveo della tutela del diritto ad un adeguato standard di vita e del diritto alla salute¹², come già aveva fatto il Comitato di controllo del Patto sui diritti economici e sociali nel noto Commento Generale n. 15 del 2003¹³. Benché quest'ultimo organo

⁸ V. UN GENERAL ASSEMBLY, Resolution 70/169, *The Human Rights to Safe Drinking Water and Sanitation*, A/RES/70/169, 17 December 2015.

⁹ V. UN GENERAL ASSEMBLY, Resolution 70/169, cit., art. 2: «The General Assembly recognizes the distinct nature of the right to sanitation in relation to the right to safe drinking water, while keeping the rights together».

¹⁰ V. UN GENERAL ASSEMBLY, Resolution 70/169, cit., art. 1: «The General Assembly affirms that the human rights to safe drinking water and sanitation as components of the right to an adequate standard of living are essential for the full enjoyment of the right to life and all human rights».

¹¹ V. UN GENERAL ASSEMBLY, Resolution 70/1, *Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development*, A/RES/70/1, 25 September 2015, p. 18/35, Goal n. 6: «Ensure availability and sustainable management of water and sanitation for all».

¹² V. HUMAN RIGHTS COUNCIL, Resolution 15/9, *Human Rights and Access to Safe Drinking Water and Sanitation*, A/HRC/RES/15/9, 30 September 2010. Si veda anche la successiva Resolution 24/18, *The Human Right to Safe Drinking Water and Sanitation*, A/HRC/RES/24/18, 8 October 2013.

¹³ V. COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, *General Comment No. 15 (2002), The Right to Water (Arts. 11 and 12 of the Covenant)*, E/C.12/2002/11, 20 January 2003.

abbia menzionato il diritto di accesso all'acqua anche in altri Commenti Generali, sia precedenti che successivi al n. 15 in oggetto¹⁴, vi è da dire che quest'ultimo rappresenta ancor oggi il documento di *soft law* di riferimento quando si tenta di dare un connotato al diritto di accesso all'acqua. Esso ha individuato quelli che sono i tratti irrinunciabili: la disponibilità, la qualità, l'accessibilità; quest'ultimo aspetto comprende tradizionalmente quattro dimensioni: la non discriminazione, l'accessibilità economica, l'accessibilità fisica e l'accesso alle informazioni. Tutti aspetti, ripresi e declinati nei numerosi agli atti di *soft law* successivamente approvati, costituiscono il punto di partenza su cui fa leva quella parte della dottrina che sostiene che si sia già formata un'*opinio juris* favorevole al riconoscimento del diritto all'acqua come autonomo diritto, «free-standing right», di natura consuetudinaria¹⁵.

Nel Commento Generale n. 15, il Comitato di controllo del Patto sui diritti economici, sociali e culturali ha dichiarato che questo diritto è implicitamente incluso nell'ambito di applicazione dell'art. 11 del Patto, dato che la norma «elenca un certo numero di diritti derivanti dalla realizzazione del diritto a un tenore di vita adeguato – “inclusi

¹⁴ Secondo E. RIEDEL, *The Human Right to Water and the General Comment No. 15 of the CESCR*, in E. RIEDEL - P. ROTHEN (eds.), *The Human Right to Water*, Berlino 2006, p. 19 s., dal 1993 fino all'adozione del Commento Generale n. 15 nel 2003, il Comitato di controllo del Patto sui diritti economici, sociali e culturali ha menzionato il diritto umano all'acqua in ben 33 dei suoi Commenti generali su un totale di 114.

¹⁵ Cfr. T. KIEFER - C. BRÖLMANN, *Beyond State Sovereignty: The Human Right to Water*, in *Non State Actors and International Law*, 2005 n. 2, p. 183 ss., p. 198. AGUILLAR CAVALLO, *The Human Right to Water and Sanitation*, cit., p. 190. Secondo P. THIELBÖRGER, *Re-Conceptualizing the Human Right to Water*, cit., p. 238 «there is now a clear *opinio juris* in favour of the right to water [...] This *opinio* must now be considered as clear and unambiguous» (p. 243). Nel senso che una consuetudine non si sia ancora formata, F.M. PALOMBINO, *Il diritto all'acqua una prospettiva internazionalistica*, Milano, 2017, p. 71; A. DI LIETO, *Il diritto all'acqua: dall'enunciazione all'attuazione*, in *La Comunità int.*, 2013, p. 321 ss., p. 335; MCCAFFREY, *The Human Right to Water: A False Promise?*, cit., p. 227; D. GUALTIERI, *Right to food, food security and Food Aid Under International Law, or the Limits of a Right Based Approach*, in *Future of Food: J. Food Agriculture. Soc.*, 2013, p. 18 ss., p. 22; I. WINKLER, *The Human Right to Water, Significance, Legal Status and Implications for Water Allocation*, Oxford, 2012, p. 97.

un'alimentazione, un vestiario e un alloggio adeguati” – e che sono indispensabili alla sua realizzazione. L'uso della parola “inclusi” indica che questo catalogo di diritti non pretende di essere esaustivo. Il diritto all'acqua ricade chiaramente nella categoria delle garanzie essenziali al fine di garantire un adeguato tenore di vita, in particolare perché costituisce una delle condizioni fondamentali per la sopravvivenza»¹⁶. Posto in questi termini, più che un diritto soggettivo autonomo, l'accesso all'acqua appare piuttosto come la preconditione per poter beneficiare di un adeguato tenore di vita, nonché di altri diritti previsti nel Patto, inquadrati sempre nell'ottica del raggiungimento dello standard di vita adeguato. Infatti lo stesso Comitato riconduce l'accesso all'acqua anche nell'ambito del diritto al più alto livello di salute raggiungibile, previsto all'art. 12¹⁷. Anche a voler accettare questa autorevole interpretazione, va comunque considerato che, in base a quanto stabilito nell'art. 2, par. 1, non è previsto un obbligo di realizzazione immediata¹⁸. Ora, questa circostanza, riferita all'acqua, permette agli Stati parti di giustificare il mancato o insufficiente accesso, dimostrando la presenza di eventuali ostacoli nella realizzazione derivanti dalla limitatezza delle risorse naturali ed economiche a disposizione¹⁹, circostanza che ha spinto

¹⁶ V. COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, *General Comment No. 15 (2002)*, cit., par. 3: «Article 11, paragraph 1, of the Covenant specifies a number of rights emanating from, and indispensable for, the realization of the right to an adequate standard of living “including adequate food, clothing and housing”. The use of the word “including” indicates that this catalogue of rights was not intended to be exhaustive. The right to water clearly falls within the category of guarantees essential for securing an adequate standard of living, particularly since it is one of the most fundamental conditions for survival».

¹⁷ V. COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, *General Comment No. 15 (2002)*, cit: «The right to water is also inextricably related to the right to the highest attainable standard of health (article 12, para. 1)».

¹⁸ In proposito v. COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, *General Comment No. 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, para. 1, of the Covenant)*, UN. Doc. E/1999/23 annex III, 14 December 1990. Cfr. T. BULTO, *The Emergence of the Human Right to Water in International Human Rights Law: Invention or Discover?* in *Melbourne J. Int. Law*, n. 12, 2011 p. 290 ss., p. 293.

¹⁹ Cfr. M. LANGFORD - A. RUSSELL, *The Right to Water in Context*, in *Langford e Russell (eds.), The Human Right to Water. Theory Practice and Prospects*, Cambridge, 2019, p. 42. J. GUPTA, *The Human Right to Water: Moving*

parte della dottrina a osservare che il regime di realizzazione progressiva del diritto all'acqua «is essentially a license for states to completely ignore this most fundamental right»²⁰. Inoltre, l'inquadramento del diritto di accesso all'acqua potabile nel contesto del diritto ad un adeguato tenore di vita rischia di sminuire l'importanza della componente idrica rispetto al godimento di altri diritti fondamentali dei quali pure essa è il necessario presupposto, primo fra tutti il diritto alla vita, sancito dal Patto sui diritti civili e politici (art. 6), il cui meccanismo di controllo funziona un po' meglio e da più tempo rispetto a quello introdotto dal Protocollo opzionale al Patto sui diritti economici, sociali e culturali²¹.

3. *Il ruolo delle Corti regionali sui diritti umani. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo.* – Nel percorso verso la difficile affermazione del diritto di accesso all'acqua si sono rivelati abbastanza efficaci i meccanismi di ricorso individuale previsti dai sistemi regionali di salvaguardia, all'interno dei quali si è potuto registrare un timido riconoscimento del diritto in parola da parte dei relativi organi giurisdizionali o quasi giurisdizionali. Ciò sebbene nessuno dei trattati regionali a protezione dei diritti dell'uomo contenga il *riconoscimento* esplicito del diritto di ogni individuo ad un adeguato accesso all'acqua pulita e ai servizi igienico-sanitari (*right to water and sanitation*).

La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma nel 1950

Towards Consensus in a Fragmented World, in *Rev. Eur. Community and Int. Environmental Law*, 2010 p. 294 ss., p. 302. L. CAFLISH, *Le droit à l'eau-Un droit de l'homme internationalement protégé?*, in F. COULEE – S. LEMAIRE (dir.), *L'eau en droit international*, Colloque de la Société française de droit international, Parigi, 2011, p. 385 ss., p. 389.

²⁰ Cfr. M.R. ULRICH, *The Impact of Law on the Right to Water and Adding Normative Change to the Global Agenda*, in *George Wash. Int. Law Rev.*, 2015, p. 43 ss., p. 48.

²¹ Il Protocollo opzionale al Patto sui diritti economici sociali e culturali, aperto alla firma il 24 settembre 2009, è in vigore dal maggio 2013, ha ricevuto solo 23 ratifiche ed è scarsamente efficace.

(CEDU) non consacra il diritto all'acqua fra i diritti individuali che gli Stati parti si obbligano a garantire nell'ambito della propria «jurisdiction», e nemmeno contiene un qualche esplicito riferimento alle istanze di tutela dell'ambiente. Tuttavia, questo approccio si giustifica se si considera che all'epoca in cui la Convenzione fu negoziata non si era ancora sviluppata una coscienza ecologica all'interno della Comunità internazionale²², né l'acqua era percepita come una risorsa limitata e scarsa. Nonostante il quadro normativo di riferimento lacunoso sul punto, la Corte di Strasburgo, in più occasioni, ha dichiarato che il diritto all'acqua è da considerare comunque tutelato nel sistema CEDU, dal momento che l'accesso alle risorse idriche rappresenta il presupposto indispensabile per l'effettivo godimento degli altri diritti individuali espressamente garantiti nelle norme della Convenzione e dei suoi protocolli. Sulla base di questa logica considerazione, attraverso l'interpretazione estensiva delle norme convenzionali, in varie occasioni la Corte EDU ha sanzionato gli Stati parti per non aver garantito ai ricorrenti un adeguato accesso alle risorse idriche e/o ai servizi igienico-sanitari. In questo inquadramento giurisprudenziale, il diritto all'acqua non possiede un'autonoma azionabilità ma può venire in rilievo solo nella misura in cui la mancanza di accesso alla risorsa in qualità e quantità sufficienti – peraltro da determinare in base a vari fattori variabili e circostanze specifiche – determini la compromissione degli altri diritti espressamente enunciati nel testo del trattato. La Corte pertanto ha sì posto l'attenzione sull'importanza dell'accesso all'acqua nelle sue sentenze di condanna, ma ha fondato la propria decisione su motivazioni diverse a seconda dei casi, appoggiandosi al disposto di diverse norme convenzionali.

In situazioni di limitazione o privazione della libertà personale la Corte EDU ha argomentato come il mancato o insufficiente accesso all'acqua e ai servizi igienico-sanitari, per un lasso di tempo valutato eccessivo costituisce trattamento inumano ai sensi dell'art. 3 CEDU.

²² Cfr. S. GIORDANO, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. FOIS (a cura di), *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, Napoli, 2007, p. 319.

Il contributo delle Corti regionali dei diritti umani all'affermazione del diritto all'acqua

In particolare in riferimento alla condizione dei richiedenti asilo²³, come pure delle persone detenute in carcere²⁴. Nel caso *Marian Stoicescu c. Romania*²⁵, ad esempio, la Corte ha rilevato che la situazione del ricorrente detenuto nelle carceri rumene senza che gli venisse somministrata sufficiente acqua idonea al consumo umano «had exceeded the unavoidable level of suffering inherent to detention» e ha pertanto ritenuto lo Stato responsabile della violazione dell'art. 3; mentre nel caso *Eugen Gabriel Radu c. Romania*, il medesimo Stato convenuto è stato condannato per le inadeguate condizioni di accesso ai servizi igienici in carcere²⁶. In altre pronunce il mancato o insufficiente accesso all'acqua e ai servizi igienico-sanitari è stato valutato come elemento per accertare la violazione del divieto di discriminazioni (art. 14)²⁷ o in rapporto al mancato godimento del diritto di proprietà (I Protocollo)²⁸.

Tuttavia, nella maggior parte dei casi esaminati, la mancanza di adeguato accesso all'acqua potabile è stata ricondotta ad istanze di

²³ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Riad e Idiab c. Belgio*, 24 gennaio 2008, ricorsi nn. 29787/03 e 29810/03, par. 107 ss., in cui la violazione dell'art. 3 per mancato accesso a cibo e acqua è stata riconosciuta con riferimento a richiedenti asilo.

²⁴ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Melnik c. Ucraina*, decisione del 28 marzo 2006, ricorso n. 72286/2001, in particolare il par. 111; *Fedotov v. Russia* decisione del 25 ottobre 2005, ricorso n. 5140/02, par. 68. Entrambi i casi riguardano le condizioni di detenuti privati dell'accesso all'acqua e ai servizi igienici per un lasso di tempo considerato eccessivo. In particolare nel secondo, il ricorrente fu detenuto per ventidue ore senza cibo né acqua, né accesso a una toilette. Anche nel caso *Tadevosyan c. Armenia*, decisione del 2 dicembre 2008, ricorso n. 41698/04, la Corte ha considerato inaccettabile che l'accesso ai servizi igienici e alle strutture per l'acqua potabile fosse circoscritto a solo due volte al giorno (par. 53).

²⁵ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Marian Stoicescu c. Romania*, decisione del 16 luglio 2009, ricorso n. 12934/02, par. 25 s.

²⁶ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Eugen Gabriel Radu c. Romania*, decisione del 13 ottobre 2009, ricorso n. 3036/04, par. 33.

²⁷ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Zander c. Svezia*, decisione del 25 novembre 1993, ricorso n. 14282/88, par. 27, 29; *Butan and Dragomir v. Romania*, decisione del 14 febbraio 2008, ricorso n. 40067/2006, par. 41 ss.

²⁸ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Onedyz c. Turchia*, decisione del 18 giugno 2008, ricorso n. 48939/99, par. 64.

tutela ambientale e dunque nella prospettiva della violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare, sancito dall'art. 8 CEDU²⁹. Ad esempio, nel caso *Dzemyuk c. Ucraina*, deciso il 4 settembre 2014, lo Stato convenuto è stato condannato al pagamento dei danni per violazione dell'art. 8, a causa dalla mancata attuazione di misure con le quali la pubblica autorità avrebbe dovuto impedire l'utilizzo di un cimitero «abusivo», costruito a fianco della proprietà del ricorrente, dal quale si propagavano sostanze che avevano contaminato sia l'acqua potabile che quella per l'irrigazione³⁰. Analogamente, nella decisione sul caso *Otgon c. Moldavia* del 25 ottobre 2016, la Corte ha riscontrato una violazione dell'art. 8 in considerazione del fatto che la ricorrente era finita in ospedale per aver bevuto dal rubinetto di casa acqua contaminata da liquami, fuoriusciti a causa del cattivo funzionamento di un impianto di depurazione³¹. Già in alcune pronunce antecedenti a quest'ultima, la stessa Corte aveva riscontrato che la violazione dell'art. 8 può discendere da misure che danneggiano la qualità delle acque. Ad esempio, nel caso *Zander c. Svezia*, deciso nel 1993, aveva condannato lo Stato convenuto al risarcimento in via equitativa dei danni «moralì» sofferti dai ricorrenti, proprietari di alcuni terreni, a causa della contaminazione dell'acqua di un pozzo privato, destinata al consumo umano; ma in questo caso l'indennizzo era stato disposto tenendo conto dell'angoscia e del disagio sofferti dai ricorrenti per il timore della contaminazione dell'acqua e per non aver avuto un adeguato accesso alla giustizia, non in ragione del mancato accesso alla risorsa idrica³². Anche l'adozione, da parte dello Stato convenuto,

²⁹ Cfr. A. SIRONI, *La tutela della persona in conseguenza di danni all'ambiente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Dir. um. dir. int.*, 2011, p. 5 ss.

³⁰ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Dzemyuk c. Ucraina*, decisione del 4 settembre 2014, ricorso n. 41488/02.

³¹ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Otgon c. Moldavia*, decisione del 25 ottobre 2016. Cfr. S. STAIANO, *Contaminazione di acqua potabile, danni alla salute ed obbligo statale di risarcimento*, in *Giur. it.*, 2016, p. 2563 s.

³² V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Zander c. Svezia*, decisione del 25 novembre 1993, ricorso n. 14282/88. La Corte aveva riscontrato anche una violazione dell'art. 6, par. 1 (Diritto a un equo processo), considerando che il negato

Il contributo delle Corti regionali dei diritti umani all'affermazione del diritto all'acqua

di misure che impedivano o comunque riducevano notevolmente l'accesso e il godimento delle risorse idriche è stata considerata come violazione dell'art. 8, nella decisione *Stiftung Giesenbach e altri c. Svizzera* del 10 aprile del 2007³³, in cui i ricorrenti lamentavano di aver subito una violazione del diritto al rispetto della loro vita personale e familiare a causa della diminuzione del flusso d'acqua determinata dalla deviazione per produrre energia elettrica, di una cascata che faceva da attrazione turistica nella loro zona. Sempre secondo la Corte, una lesione dei diritti tutelati dall'art. 8, può derivare da attività industriali se queste incidono negativamente sulla qualità delle acque³⁴.

In definitiva, nell'ottica della Corte di Strasburgo, è la tutela del diritto alla vita privata (art. 8) che postula il riconoscimento del diritto all'acqua pulita, mentre, più difficilmente, quest'ultimo diritto viene inquadrato nell'ambito del diritto alla vita, tutelato dall'art. 2 CEDU. Invero, la violazione dell'art. 2 fu invocata dai ricorrenti nel caso *Tătar c. Romania*, in quanto questi ultimi sostenevano che le autorità statali che avevano autorizzato una società di estrazione mineraria all'utilizzo dei bacini di decantazione situati nelle immediate vicinanze delle loro abitazioni, senza garantire un'adeguata protezione ai residenti della zona, li avevano esposti al rischio di contatto con una sostanza pericolosa (il cianuro di sodio) presente nell'aria, nel suolo e nelle acque sotterranee, nonostante i numerosi esposti con cui gli stessi ricorrenti avevano rappresentato alle autorità statali i rischi per le loro vite, per la loro salute e per l'ambiente. Non solo ma, una grande quantità di cianuro si era riversata nelle acque fluviali della regione, a seguito di un grave incidente di lavorazione, arrivando a inquinare persino il Danubio mettendo a rischio la vita di numerose persone, data l'elevata tossicità della sostanza. La Corte, però, ha ricondotto tutta la vicenda nell'ambito della tutela del diritto di cui all'art. 8,

«access to a court had aggravated the distress which they had suffered for over ten years as a result of fear of pollution» (par. 27).

³³ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Stiftung Giesenbach e altri c. Svizzera*, sentenza del 10 aprile 2007, ricorso n. 26886/03.

³⁴ V., ad es., Corte europea dei diritti dell'uomo, *Dubetska e altri c. Ucraina* decisione del 10 febbraio 2011, ricorso n. 30499/03, in particolare il par. 105.

senza considerare l'art. 2, argomentando che l'art. 8 «può dunque essere applicato nei casi relativi all'ambiente, sia che l'inquinamento sia direttamente causato dallo Stato sia che la responsabilità di quest'ultimo derivi dall'assenza di una regolamentazione adeguata del settore privato. Se l'articolo 8 ha essenzialmente per oggetto quello di premunire l'individuo dalle ingerenze arbitrarie dei poteri pubblici, non si accontenta di obbligare lo Stato ad astenersi da simili ingerenze: a tale obbligo negativo possono accompagnarsi obblighi positivi inerenti ad un rispetto effettivo della vita privata o familiare»³⁵. Anche nel caso *Taşkın e altri c. Turchia* la Corte aveva riconosciuto che la decisione ripetuta da parte delle autorità nazionali turche di rilasciare l'autorizzazione ad utilizzare un processo operativo di cianurazione in una miniera d'oro nonostante questo mettesse a rischio di contaminazione le acque sotterranee, aveva dato origine a una violazione dell'art. 8, ma neanche in tal caso aveva ritenuto necessario esaminare separatamente la doglianza sotto il profilo dell'eventuale violazione dell'art. 2 CEDU³⁶.

In generale, i giudici di Strasburgo hanno mostrato una certa sensibilità per i problemi legati alla violazione del diritto di accesso all'acqua potabile, ma nella grande maggioranza dei casi hanno considerato il diritto in parola tutelabile solo in quanto correlato al diritto ad un ambiente salubre nell'ambito dell'art. 8 CEDU, piuttosto che in rapporto al diritto alla vita, garantito dall'art. 2 CEDU³⁷. In tale ottica, lo Stato convenuto è ritenuto responsabile non tanto per il fatto di non aver saputo garantire l'accesso all'acqua pulita, ma in quanto l'integrità fisica del ricorrente è stata seriamente danneggiata da un ambiente insalubre, sia quando l'inquinamento è stato causato dallo Stato direttamente, sia quando la responsabilità statale è derivata dall'incapacità dello Stato di imporre limitazioni all'impresa privata

³⁵ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Tătar c. Romania*, decisione del 27 gennaio 2009, ricorso n. 67021/01, par. 87.

³⁶ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Taşkın e Altri c. Turchia*, 30 marzo 2005, ricorso n. 46117/99, conclusioni: «*The Court.. Holds that it is unnecessary to examine the complaints under Articles 2 and 13 of the Convention*».

³⁷ Cfr. F. PALOMBINO, *Il diritto umano all'acqua nella prospettiva della Corte europea dei diritti dell'uomo: in margine al caso Otgon*, in *Riv. dir. int.*, 2017, p. 149 ss., p. 154.

responsabile dell'attività dannosa per l'ambiente. Ciò che rileva è che il ricorrente è in grado di dimostrare il nesso di causalità fra il fenomeno inquinante che colpisce la risorsa idrica e il pregiudizio personale subito in ragione di tale attività³⁸.

In termini di giustiziabilità, dunque, il diritto di accesso all'acqua può essere invocato autonomamente, ma solo quale corollario del diritto alla salute, se si dimostra il collegamento diretto fra l'inquinamento idrico e il danno sofferto dal ricorrente.

4. (segue) *Il ruolo delle Corti regionali dei diritti umani. La posizione degli organi di controllo della Carta Africana.* – In una simile prospettiva, sebbene in un contesto molto differente, si sono orientate anche la Commissione Africana e la Corte Africana dei Diritti Umani e dei Popoli che, in assenza di un'esplicita menzione del diritto all'acqua nella Carta africana dei diritti umani e dei popoli, hanno cercato di includere la tutela di tale diritto facendo riferimento alle norme della Carta sul diritto ad un ambiente salubre e sul diritto alla salute, mentre sono state riluttanti ad operare un'inquadramento del diritto in oggetto direttamente nell'ambito del diritto alla vita, garantito in base all'art. 4 della stessa Carta. Effettivamente, la Commissione Africana ha in più occasioni interpretato il diritto alla salute sancito dall'art. 16 della Carta Africana come inclusivo del diritto fondamentale all'acqua³⁹. Lo aveva fatto nel 1997, quando aveva riscontrato la responsabilità dello Zaire (ora Repubblica Democratica del Congo), per violazione dell'art. 16, in quanto il governo di tale Stato aveva generato tutta una serie di atti gravi e disservizi, inclusa la mancata fornitura di acqua potabile alla popolazione. In tale occasione la Commissione aveva stabilito che il

³⁸ Cfr. PALOMBINO, *Il diritto all'acqua. Una prospettiva internazionalistica*, cit., p. 38.

³⁹ V. Organizzazione dell'Unità Africana, Carta Africana dei Diritti dell'Uomo e dei Popoli, Nairobi, 27 Giugno 1981. Art. 16: «1. Ogni persona ha il diritto di godere del migliore stato di salute fisica e mentale che essa sia in grado di conseguire. 2. Gli Stati Parti alla presente Carta si impegnano a prendere le misure necessarie al fine di proteggere la salute delle loro popolazioni e di assicurare loro l'assistenza medica in caso di malattia».

diritto alla salute implica il diritto di ogni individuo di godere del più elevato standard di salute fisica e mentale possibile e che la mancata erogazione, da parte del governo, di servizi essenziali necessari al godimento di uno standard minimo di salute, tra cui appunto la fornitura di acqua potabile, costituisce una violazione dell' art. 16 della Carta Africana⁴⁰.

Seguendo questa linea, la stessa Commissione ha successivamente riscontrato la violazione da parte della Nigeria dell'art. 16, per non aver evitato la contaminazione delle risorse idriche a disposizione della tribù Ogoni, nel caso *SERAC c. Nigeria*⁴¹. La Commissione africana ha stabilito, fra l'altro, che la contaminazione dell'acqua e le malattie che ne erano derivate nella zona del delta del fiume Niger, a causa del degrado ambientale provocato dalle attività minerarie svolte con l'avallo e la connivenza delle autorità statali, costituiscono una violazione, oltre che dell'art. 16, dell'art. 24 (Diritto a un ambiente soddisfacente e globale, favorevole allo sviluppo), e dell'art. 21 (Diritto dei popoli alla disponibilità delle ricchezze e risorse naturali) della Carta africana⁴².

Anche in situazioni di emergenza umanitaria, come nel caso dei ripetuti attacchi contro le popolazioni indigene nere del Darfour da parte delle milizie filogovernative con la connivenza del governo del Sudan, il fatto di aver impedito l'accesso all'acqua ai civili vittime degli attacchi, mediante la distruzione o l'avvelenamento dei pozzi, è stato considerato come una violazione da parte dello Stato sudanese degli obblighi derivanti dall'art. 16 della Carta (Diritto alla salute)

⁴⁰ V. Commissione Africana sui Diritti dell'Uomo e dei Popoli, *Free Legal Assistance Group and Others v. Zaire*, African Commission on Human and Peoples' Rights, Comm. No. 25/89, 47/90, 56/91, 100/93 (1995). par. 47. Cfr. F. STAIANO, *La progressiva emersione del diritto umano e fondamentale all'acqua in sistemi di diritto internazionale e costituzionale: principi generali e prospettive di implementazione*, in *Federalismi.it*, 2013, pp. 1-39, p. 7.

⁴¹ V. Commissione Africana sui Diritti dell'Uomo e dei Popoli, *Social and Economic Rights Action Center & Center for Economic and Social Rights c. Nigeria (caso SERAC c. Nigeria)*, Comm. No. 155/96. Cfr. STAIANO, *La progressiva emersione del diritto umano e fondamentale all'acqua*, cit., p. 8.

⁴² Per un approfondimento, T. BULTO, *The Human Right to Water in the Corpus and Jurisprudence of the African Human Rights System*, in *African Hum. Rights Law J.*, 2011, p. 341 ss., p. 347.

piuttosto che come comportamento riconducibile al mancato rispetto del diritto alla vita o a non subire trattamenti inumani. Nel caso *COHRE v. Sudan* le organizzazioni ricorrenti in rappresentanza delle vittime nelle loro comunicazioni avevano incalzato la Commissione Africana ad approfondire il ragionamento svolto nel caso *SERAC c. Nigeria* sopra ricordato, onde arrivare a sostenere che il diritto all'acqua è garantito dalla Carta africana, in quanto risulta dall'applicazione combinata degli artt. 4, 16 e 22⁴³. I ricorrenti chiedevano alla Commissione «to find that the Respondent State has violated that right by being complicit in looting and destroying foodstuffs, crops and livestock as well as *poisoning wells and denying access to water sources* in the Darfur region»⁴⁴. Sotto il profilo specifico del diritto di accesso all'acqua, la violazione è ancor più grave, ove si consideri che in situazioni di conflitto armato il diritto internazionale umanitario impone l'obbligo per gli Stati coinvolti di garantire l'accesso all'acqua nei confronti delle persone protette. Più nello specifico, il Primo Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra vieta di attaccare, distruggere asportare o mettere fuori uso beni indispensabili alla sopravvivenza della popolazione civile, tra cui sono comprese le installazioni e le riserve di acqua potabile e le opere di irrigazione, inoltre proibisce le azioni volte a lasciare la popolazione con acqua potabile (e cibo) in misura talmente scarsa da affamarla o costringerla a spostarsi⁴⁵; il Secondo Protocollo addizionale proibisce specificamente, come metodo di guerra, le

⁴³ V. Commissione Africana sui Diritti dell'Uomo e dei Popoli, *Sudan Human Rights Organisation & Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) v. Sudan*, Comm. No. 279/03, par. 126: «the right to water is also guaranteed by reading together Articles 4, 16, and 22, of the African Charter».

⁴⁴ V. Commissione Africana sui Diritti dell'Uomo e dei Popoli, *Sudan Human Rights Organisation & Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) v. Sudan*, cit., par. 126. Cfr. G. CIACCA, *Economic, Social and Cultural Rights in Armed Conflicts*, Oxford, 2014, p. 97.

⁴⁵ V. Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali (Protocollo I), adottato a Ginevra l'8 giugno 1977, art. 54, par. 2-3. Cfr. M. TIGNINO, *Le régime de protection des ressources naturelles en temps de conflit armé*, in *L'eau en droit international, Acte du Colloque de la Société Française pour le droit international*, Parigi, 2011, p. 227 ss.

azioni volte a far soffrire la fame alla popolazione civile, privandola fra l'altro di acqua potabile⁴⁶. Ora, nel caso in esame, con riferimento al particolare aspetto del negato accesso all'acqua nei confronti della popolazione civile colpita dal conflitto in Darfour, la Commissione si è limitata a constatare che «the destruction of homes, livestock and farms as well as the poisoning of water sources, such as wells exposed the victims to serious health risks and amounts to a violation of Article 16 of the Charter»⁴⁷, mentre non ha voluto insistere sul rapporto intercorrente fra l'accesso all'acqua e il diritto alla vita. Essa ha comunque valutato, in termini generali, che «the Respondent State did not act diligently to protect the civilian population in Darfur against the violations perpetrated by its forces, or by third parties. It failed in its duty to provide immediate remedies to victims. The Commission therefore finds that the Respondent State violated Articles 4 and 5 of the African Charter»⁴⁸.

Più di recente, la stessa Commissione si è fatta portatrice presso la Corte Africana delle istanze del popolo Ogiek che si era visto impedito l'accesso alla propria terra ancestrale e alle risorse naturali, inclusa l'acqua, nel caso *African Commission on Human and People's Rights v. The Republic of Kenya* (caso *Ogiek c. Kenya*), deciso con sentenza del 27 maggio 2017⁴⁹. Gli Ogiek fanno parte di una tribù di cacciatori-raccoglitori di circa 40.000 persone che vive da sempre nella Foresta Mau, nella Rift Valley in Kenya, ma che, dall'epoca

⁴⁶ V. Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati non internazionali (Protocollo II), adottato a Ginevra l'8 giugno 1977, art. 14. Cfr. M. TIGNINO, *Water During and After Armed Conflicts What Protection in International Law?* in *Brill Research Perspectives in International Water Law*, 2016, pp. 1-111; GIACCA, *Economic, Social and Cultural Rights in Armed Conflicts*, cit., p. 97.

⁴⁷ V. Commissione Africana sui Diritti dell'Uomo e dei Popoli, *Sudan Human Rights Organisation & Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) v. Sudan*, cit., par 212.

⁴⁸ V. Commissione Africana sui Diritti dell'Uomo e dei Popoli, *Sudan Human Rights Organisation & Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) v. Sudan*, cit., par.168.

⁴⁹ V. Corte Africana dei diritti dell'uomo, caso *African Commission on Human and People's Rights v. The Republic of Kenya*, Appl. No. 006/2012, Judgement of 26 May 2017.

coloniale ad oggi, ha sofferto una lunga storia di discriminazione e sfratti dalla terra d'origine. Finalmente nel 2017, al termine di una lunga vicenda giudiziaria⁵⁰, la Corte Africana ha riconosciuto che lo Stato del Kenya, estromettendo ripetutamente gli Ogiek dalle loro terre ancestrali, ha violato il diritto all'eguaglianza (art. 2), di proprietà (art. 14), di libertà di religione e di cultura (artt. 8 e 17), nonché il diritto allo sviluppo economico, sociale e culturale (art. 22), ma soprattutto, per quanto qui interessa, il diritto dei popoli alla libera disponibilità delle loro ricchezze e risorse naturali. Tale diritto è sancito dall'art. 21 della Carta africana, ai sensi del quale: «I popoli hanno la libera disponibilità delle loro ricchezze e delle loro risorse naturali. Questo diritto si esercita nell'interesse esclusivo delle popolazioni. In nessun caso, un popolo può esserne privato». La Corte non ha invece considerato che l'allontanamento dei membri della tribù degli Ogiek e la privazione delle loro fonti di approvvigionamento di acqua e cibo avesse comportato una specifica violazione del diritto alla vita ai sensi dell'art. 4.

5. *L'accesso all'acqua nella prospettiva della Corte interamericana dei diritti dell'uomo.* – Parzialmente diversa è la prospettiva accolta dalla Corte interamericana dei diritti dell'uomo, la quale è giunta a inquadrare la mancanza di accesso all'acqua nei confronti di alcune popolazioni indigene come violazione del diritto alla vita, tutelato dall'art. 4, par. 1, della Convenzione americana dei diritti dell'uomo. Vengono in rilievo tre casi presentati dalle comunità Yakye Axa, Sawhoyamaxa e Xákmok Kásek, rispettivamente, contro lo Stato del Paraguay che le aveva private delle proprie terre ancestrali e costrette a vivere altrove in condizioni di vita molto difficili, in cui

⁵⁰ Sul caso *Ogiek c. Kenya* cfr. V. CAMARERO SUÁREZ, *Acaparamientos de tierras y aguas: impacto sobre los pueblos indigeas y sus convicciones religiosas*, in *Anuario Der. Ecles. Estado*, vol. XXXIV, 2018, p. 24-73, p. 66; E. TRAMONTANA, *The Contribution of the African Court on Human and Peoples' Rights to the Protection of Indigenous Peoples' Rights*, in *Federalismi.it*, 14 marzo 2018; J. GILBERT, *Litigating Indigenous People's Rights in Africa: Potentials, Challenges and Limitations*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 2017, pp. 657-686.

non era fornito loro, fra le altre cose, neppure l'accesso ad una quantità sufficiente di acqua⁵¹.

Nel caso della *Comunità indigena dei Yakye Axa c. Paraguay*⁵² i ricorrenti hanno lamentato che il loro diritto alla vita, come definito dall'art. 4 della Convenzione americana era stato leso per via delle cattive condizioni ambientali, inclusa la mancanza di accesso all'acqua potabile e all'acqua in generale, in cui erano stati costretti a vivere dopo l'allontanamento forzato dalle loro terre. Come parte della loro argomentazione, essi avevano sostenuto che il diritto all'acqua è implicitamente incluso nel novero dei diritti garantiti dal Patto ESC, come emerso dal Commento Generale no. 15 dell'apposito Comitato di Controllo del Patto. La Corte Interamericana, nel pronunciarsi in favore dei ricorrenti, ha precisato che il diritto alla vita «[e]ssentially ... includes not only the right of every human being not to be arbitrarily deprived of his life, but also the right that conditions that impede or obstruct access to a decent existence should not be generated»⁵³. Inoltre che «uno degli obblighi che lo Stato deve inevitabilmente assumere come garante, per proteggere e assicurare il diritto alla vita, è quello di generare condizioni di vita minime che siano compatibili con la dignità della persona umana e di non creare

⁵¹ Per un esame della situazione di tali popolazioni indigene del Paraguay e delle loro vicende giudiziarie, cfr. J. MURILLO CHÁVARRO, *The Right to Water in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights*, in *Anuario Colomb. Der. Int.*, 2014, p. 39 ss.; L.A. NOCERA, *La tutela del diritto alla terra dei popoli indigeni in America latina tra carenze applicative e difficile implementazione della giurisprudenza della Corte IDH: il caso del Paraguay*, in *Saggi – DPCE online*, n. 4, 2018, p. 797 ss.

⁵² V. Corte interamericana dei diritti dell'uomo, *Comunità indigena Yakye Axa c. Paraguay*, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Serie C, No. 125, decisione del 17 giugno 2005.

⁵³ V. Corte interamericana dei diritti dell'uomo, *Comunità indigena Yakye Axa c. Paraguay* cit., par. 161: «One of the obligations that the State must inescapably undertake as guarantor, to protect and ensure the right to life, is that of generating minimum living conditions that are compatible with the dignity of the human person and of not creating conditions that hinder or impede it. In this regard, the State has the duty to take positive, concrete measures geared toward fulfilment of the right to a decent life, especially in the case of persons who are vulnerable and at risk, whose care becomes a high priority».

condizioni che la ostacolano o impediscano. Per questo lo Stato ha il dovere di adottare misure positive e concrete, orientate al rispetto del diritto a una vita dignitosa, soprattutto nel caso di persone vulnerabili e a rischio, la cui assistenza diventa una priorità assoluta»⁵⁴. Di conseguenza la Corte ha stabilito che, fintanto che il popolo Yakye Axa fosse rimasto senza terra, lo Stato avrebbe avuto l'obbligo di fornire i beni di base e i servizi necessari per la sopravvivenza, incluso l'accesso all'acqua e ai servizi igienico-sanitari, dato lo speciale stato di vulnerabilità e l'impossibilità di ricorrere ai suoi tradizionali meccanismi di sussistenza: «lo Stato deve fornire, immediatamente e regolarmente, acqua potabile sufficiente per il consumo e l'igiene personale dei membri della Comunità; deve fornire cure mediche regolari e medicine adeguate per proteggere la salute di tutte le persone, in particolare i bambini, le donne anziane e le donne in gravidanza, compresa la medicina e un trattamento adeguato per i vermi di tutti i membri della Comunità; deve fornire alimenti in quantità, varietà e qualità sufficienti per consentire ai membri della Comunità di avere le condizioni minime per una vita dignitosa; deve fornire latrine o qualsiasi altro tipo di servizi igienici adeguati per una gestione efficace e sana dei rifiuti biologici della Comunità»⁵⁵.

⁵⁴ V. Corte interamericana dei diritti dell'uomo, caso *Comunità indigena Yakye Axa c. Paraguay* cit., par. 162.

⁵⁵ V. Corte interamericana dei diritti dell'uomo, *Comunità indigena Yakye Axa c. Paraguay*, cit., par. 221: «[T]he Court orders that, as long as the Community remains landless, given its special state of vulnerability and the impossibility of resorting to its traditional subsistence mechanisms, the State must supply, immediately and on a regular basis, sufficient drinking water for consumption and personal hygiene of the members of the Community; it must provide regular medical care and appropriate medicine to protect the health of all persons, especially children, the elderly and pregnant women, including medicine and adequate treatment for worming of all members of the Community; it must supply food in quantities, variety and quality that are sufficient for the members of the Community to have the minimum conditions for a decent life; it must provide latrines or any other type of appropriate toilets for effective and healthy management of the biological waste of the Community».

Seguendo argomentazioni simili, nel successivo caso della *Comunità indigena Sawhoyamaxa c. Paraguay*⁵⁶, la stessa Corte ha ribadito che il diritto alla vita comporta l'obbligo dello Stato di adottare misure attive perché sia assicurato l'accesso dell'individuo alle condizioni che garantiscano un'esistenza degna. In tale prospettiva ha stabilito che la fornitura gratuita di acqua potabile ai membri della comunità indigena, che reclamava la restituzione delle proprie terre, nonché la creazione di un sistema fognario a beneficio di tutti i membri della comunità rappresenta un obbligo per lo Stato, fino a quando lo Stato stesso non renda possibile il ritorno dei membri della comunità alla loro terra ancestrale⁵⁷.

Nel più recente nel caso della Comunità indigena *Xákmok Kásek c. Paraguay*⁵⁸, la Corte ha dichiarato che l'impossibilità di accedere alla loro terra e di raggiungere l'autosufficienza economica, insieme alla mancata fornitura da parte dello Stato di un accesso adeguato all'acqua, all'istruzione, ai servizi igienicosanitari e al cibo, hanno violato il diritto della comunità a una vita dignitosa. Inoltre la Corte ha determinato anche la quantità minima di acqua necessaria per un'esistenza «degn» che lo Stato è obbligato a fornire ai membri della Comunità: 7, 5 litri, contro i 2, 17 litri che venivano somministrati. In realtà non molto...

⁵⁶ V. Corte interamericana dei diritti dell'uomo, *Comunità indigena Sawhoyamaxa c. Paraguay*, 29 marzo 2006, Serie C, No. 146.

⁵⁷ Sul caso della comunità Sawhoyamaxa, E. TRAMONTANA, *La dimensione collettiva dei diritti dei popoli indigeni nella giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani: il caso della Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay*, in *Dir. um. dir. int.*, 2007, p. 617 ss.; MURILLO CHÁVARRO, *The Right to Water in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights*, cit., p. 53 ss.; D. MISIEDJAN, J.GUPTA, *Indigenous Communities: Analyzing Their Right to Water under Different International Legal Regimes*, in *Utrecht Law Rev.*, 2014, p. 77 ss.; L.A. NOCERA, *La tutela del diritto alla terra dei popoli indigeni in America latina*, cit., p. 808 ss.

⁵⁸ V. Corte interamericana dei diritti dell'uomo, *Comunità indigena Xákmok Kásek c. Paraguay* (Merits, Reparations, and Costs), sentenza del 24 agosto 2010, Serie C, No. 214.

6. *Verso il riconoscimento di un nuovo, autonomo diritto fondamentale?* – Gli organi giurisdizionali o quasi giurisdizionali, investiti di controversie relative all'acqua, pur avendo seguito percorsi argomentativi tra loro parzialmente differenti, con implicazioni diverse con riferimento alla affermazione di spazi di giustificabilità del diritto in questione, hanno avuto il merito di far conoscere all'opinione pubblica le difficoltà di accesso alle risorse idriche di alcuni popoli e comunità indigene⁵⁹.

Da questa giurisprudenza internazionale è emerso che il diritto all'acqua risulta meglio tutelato quando è ricollegato al diritto alla terra, come nei confronti delle comunità indigene e della gente che vive e lavora nelle aree rurali. Non a caso una delle poche norme pattizie che menziona apertamente l'accesso all'acqua è contenuta nella Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne. Anche tale trattato, tuttavia, lo riconduce nell'alveo del diritto a un adeguato tenore di vita, impegnando gli Stati parti, fra le altre cose, a «prendere ogni misura adeguata per eliminare la discriminazione nei confronti delle *donne nelle zone rurali* [...] garantendo loro il diritto [...] di beneficiare di condizioni di vita adeguate, in particolare per quanto concerne l'alloggio, i servizi sanitari, *la fornitura dell'acqua* e dell'elettricità, i trasporti e le comunicazioni»⁶⁰. Vero è che questa citazione nel testo della norma non appare sufficiente per affermare l'avvenuto riconoscimento di un vero e proprio diritto all'acqua, a meno di non voler sostenere che si sia parimenti affermato anche il diritto

⁵⁹ Così A. DI LIETO, *Il diritto all'acqua: dall'enunciazione all'attuazione*, in *La Comunità int.*, 2013, p. 321 ss., p. 336.

⁶⁰ V. Convention on the *Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, adottata il 18 dicembre 1979, all'art. 14, par. 2, lett. h): «Gli Stati parte devono prendere ogni misura adeguata per eliminare la discriminazione nei confronti delle donne nelle zone rurali al fine di assicurare la loro partecipazione allo sviluppo rurale ed ai vantaggi che ne derivano, su una base di uguaglianza tra uomini e donne ed in particolare garantendo loro il diritto: [...] - h) *di beneficiare* di condizioni di vita adeguate, in particolare per quanto concerne l'alloggio, *i servizi sanitari, la fornitura dell'acqua* e dell'elettricità, i trasporti e le comunicazioni» (corsivi aggiunti).

all'energia elettrica per le donne di campagna⁶¹. Peraltro il riferimento alle sole donne delle zone rurali denota chiaramente che l'intenzione dei redattori della Convenzione del 1979 non era tanto quella di riconoscere un autonomo diritto all'acqua, quanto quella di evitare discriminazioni nei confronti della componente femminile delle comunità che vivono in aree economicamente e culturalmente svantaggiate per quanto riguarda l'approvvigionamento idrico, considerato che l'acqua esercita un considerevole impatto sulla giustizia sociale in varie parti del mondo.

Lo stretto collegamento sussistente fra diritto all'acqua e diritto alla terra emerge dal tenore della recente Dichiarazione ONU sui diritti dei contadini, approvata dall'Assemblea Generale ONU il 19 dicembre 2018⁶². Nella struttura di questa Dichiarazione il diritto all'acqua, come tutti i diritti individuali e collettivi riconosciuti ai contadini, ruota intorno al bene terra⁶³. Alla terra vengono assimilati i «corpi idrici», inclusi fra gli elementi che, assieme al mare adiacente alle coste, alle foreste, alla pesca e alla pastorizia, sono considerati necessari per raggiungere un adeguato standard di vita e per assicurarsi un luogo dove vivere in sicurezza, pace e dignità e per sviluppare le proprie culture⁶⁴. Invero di acqua si parla anche in altri punti della Dichiarazione. Già nel preambolo si riconosce la relazione speciale e l'interazione esistente fra la gente che lavora nelle aree rurali e la terra, l'acqua e la natura a cui sono legati e da cui dipendono per il sostentamento⁶⁵. Inoltre, al diritto all'acqua è

⁶¹ Si veda, in posizione critica, S. TULLY, *A Human Right to Access to Water? A Critique of General Comment no. 15*, in *Netherlands Quart. Hum. Rights*, 2005, p. 35, il quale ritiene che basarsi sul tenore di tale disposizione indebolisce la portata del diritto all'acqua, in quanto si finisce per porlo sullo stesso piano di altri diritti meno importanti, come garantire l'accesso all'energia elettrica o ad internet.

⁶² V. United Nations Declaration on the Rights of Peasants and Other People Working in Rural Areas, UN Doc. A/RES/73/165, 17 December 2018, in www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/73/165.

⁶³ Cfr. L. PAOLONI - S. VEZZANI, *La Dichiarazione ONU sui diritti dei contadini e delle altre persone che lavorano nelle aree rurali: prime riflessioni*, in *Federalismi.it, Focus Human Rights*, 1 maggio 2019, p. 13.

⁶⁴ V. art. 17, par. 1, Dichiarazione ONU sui diritti dei contadini.

⁶⁵ V. Preambolo, 6° considerando: «[r]ecognizing the special relationship and interaction between peasants and other people working in rural areas and the land,

dedicata l'intera disposizione dell'art. 21 che enuncia a chiare lettere che i contadini e le altre persone che vivono nelle zone rurali hanno «*i diritti umani* di accedere all'acqua potabile e pulita e ai servizi igienico-sanitari, essendo questi essenziali al pieno godimento della vita, di tutti i diritti umani e della dignità umana», utilizzando la forma plurale per sottolineare che acqua e servizi sanitari sono due aspetti distinti⁶⁶. Questi diritti includono i sistemi di approvvigionamento idrico e le infrastrutture per i servizi igienici che siano di buona qualità, accessibili fisicamente e economicamente, non discriminatori e accettabili in termini culturali e di genere.

Ora, questo espresso riconoscimento del diritto all'acqua nel testo della dichiarazione del 2018 non è di poco conto, dato che, come si è detto, nella maggior parte degli strumenti internazionali a tutela dei diritti dell'uomo non si rinviene generalmente una disposizione che sancisca espressamente il diritto di ogni individuo ad avere un adeguato accesso alle risorse idriche in quantità e qualità sufficienti. E anche quando l'accesso all'acqua è menzionato, non è considerato e riconosciuto quale autonomo diritto fondamentale, come invece fa l'art. 21 sopra ricordato. Invero, l'accesso all'acqua era già indicato in tre convenzioni universali approvate dall'Assemblea generale a partire dagli anni Ottanta, dedicate alla protezione di determinate categorie di soggetti vulnerabili, per età, genere e situazione sociale o handicap. Oltre che nella Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne sopra ricordata⁶⁷, di accesso all'acqua parla la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone disabili, laddove afferma che: «Gli Stati parti riconoscono il diritto ad un livello di vita adeguata, e adottano misure adeguate per tutelare e proteggere questo diritto, in particolare misure per: a) garantire alle

water and nature to which they are attached and on which they depend for their livelihood».

⁶⁶ V. art. 21, par. 1: «Peasants and other people working in rural areas have *the human rights* to safe and clean drinking water and to sanitation, which are essential for the full enjoyment of life and all human rights and human dignity» (corsivo aggiunto).

⁶⁷ *Supra*, nota n. 60.

persone con disabilità parità di accesso ai servizi di acqua potabile»⁶⁸. L'accesso all'acqua è citato espressamente nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, quale corollario del diritto alla salute e della lotta alla malnutrizione infantile. Ai sensi dell'art. 24: «Gli Stati parti si sforzano di garantire l'attuazione integrale del summenzionato diritto e, in particolare, adottano ogni adeguato provvedimento per: c) Lottare contro la malattia e la malnutrizione, anche nell'ambito delle cure sanitarie primarie, in particolare mediante l'utilizzazione di tecniche agevolmente disponibili e la fornitura di alimenti nutritivi e di *acqua potabile*, tenendo conto dei pericoli e dei rischi di inquinamento dell'ambiente naturale»⁶⁹. L'aspetto comune di queste tre convenzioni ONU è dato dal fatto che in esse l'accesso all'acqua è indicato nell'ambito delle misure che gli Stati aderenti si impegnano ad attuare con riguardo a particolari categorie di soggetti deboli o svantaggiati, onde evitare che questi ultimi siano in qualche modo pregiudicati nel godimento degli altri loro diritti fondamentali rispetto al resto della popolazione⁷⁰. Tuttavia nessuna delle tre definisce espressamente l'accesso all'acqua come un vero e proprio diritto umano fondamentale⁷¹, cosa che invece fa la recente Dichiarazione sui diritti dei contadini nell'art. 21 della Dichiarazione del 2018.

In termini più generali, non si può fare a meno di notare che il diritto all'acqua è imprescindibilmente legato ai vari tipi di utilizzo della risorsa, che servono a dare una configurazione al contenuto del diritto all'acqua e allo stesso tempo determinano il carattere degli

⁶⁸ V. Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone disabili del 13 dicembre 2006, art. 28, par. 2, lett. a): «States shall ... ensure equal access by persons with disabilities to clean water services».

⁶⁹ V. Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, art. 24, par. 2, lett. c).

⁷⁰ Il diritto in parola viene considerato piuttosto come elemento che concorre, assieme ad altri elementi, ad assicurare il godimento di uno dei diritti espressamente indicati come fondamentali nel testo convenzionale considerato: il diritto alla salute nel caso dei fanciulli, il diritto ad uno standard di vita adeguato nel caso delle persone affette da disabilità e delle donne delle zone rurali.

⁷¹ Cfr. S. MCCAFFREY, *The Human Right to Water: A False Promise?*, in *The University of the Pacific Law Rev.*, 2016, p. 221 ss., p. 226.

obblighi statali per l'implementazione di tale diritto. Di conseguenza il riconoscimento di tale diritto non può che basarsi sulla identificazione di quelli che sono considerati gli usi «legittimi». Nel caso delle popolazioni rurali detti usi sono puntualmente descritti nell'art. 21, par. 2: «*per assicurarsi altri mezzi di sussistenza che necessitano di acqua, assicurando la conservazione, il ripristino e l'utilizzo sostenibile delle risorse idriche*». E gli usi «legittimi» sono a loro volta identificabili in base al collegamento con il soddisfacimento dei bisogni umani vitali (art. 21, ult. co.). In sostanza, la Dichiarazione legittima alcuni usi della risorsa idrica con riferimento a una determinata categoria di persone. Questo potrebbe avere delle conseguenze sul piano dell'azionabilità del diritto.

La parte più innovativa della Dichiarazione consiste nel fatto che, accanto alla portata applicativa del diritto, essa indica i corrispondenti obblighi degli Stati di rispettare, proteggere e assicurare l'accesso all'acqua su base non discriminatoria. Non solo viene declinato l'obbligo per lo Stato di rispettare e proteggere tale diritto, vigilando sulla qualità dell'acqua, sulle possibili cause di inquinamento e sull'equa distribuzione della risorsa «a prezzi accessibili» (art. 21, par. 3), ma anche l'obbligo positivo di adempiere, adottando ogni misura aggiuntiva diretta alla realizzazione di tale diritto, incluso l'obbligo di promuovere tecnologie appropriate e accessibili comprese quelle per l'irrigazione, riutilizzo delle acque reflue e per la raccolta e lo stoccaggio dell'acqua (art. 21, 3 ult. frase).

Insomma in questa recente Dichiarazione finalmente l'accesso all'acqua è considerato un diritto soggettivo autonomo, non più soltanto il presupposto o la precondizione per poter beneficiare di un adeguato tenore di vita o di un ambiente salubre. Certo, il diritto all'acqua è declinato ponendo l'accento sulla situazione specifica di coloro che praticano l'agricoltura, la pesca e la pastorizia, che ne sono i soli beneficiari ai sensi della dichiarazione⁷². Inoltre questo diritto soggettivo è enunciato in un atto di *soft law*, peraltro neppure adottato all'unanimità, ma ci piace pensare che siamo sulla buona strada verso

⁷² Cfr. PAOLONI - VEZZANI, *La Dichiarazione ONU sui diritti dei contadini*, cit., p. 23 s.

Alessandra Lanciotti

un più ampio riconoscimento a livello universale del diritto di accesso all'acqua per ogni individuo del pianeta.

SIMONE VEZZANI*

DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES Y DERECHO AL AGUA: EL CASO DE ARGENTINA**

SUMARIO: 1. Premisa: de la protección diplomática al arbitraje CIADI. – 2. Protección internacional del derecho al agua. – 2.1. Obligación de proteger. – 3. Práctica de arbitraje relacionada con Argentina. – 3.1. Estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud internacional. – 3.2. Estrategias defensivas basadas en una interpretación sistemática del derecho al agua. – 3.3. El caso *Urbaser* y la responsabilidad de empresas multinacionales por violación del derecho al agua. – 4. Conclusiones.

*«Mientras se deteriora constantemente la calidad del agua disponible, en algunos lugares avanza la tendencia a privatizar este recurso escaso, convertido en mercancía que se regula por las leyes del mercado. En realidad, el acceso al agua potable y segura es un derecho humano básico, fundamental y universal, porque determina la sobrevivencia de las personas, y por lo tanto es condición para el ejercicio de los demás derechos humanos. Este mundo tiene una grave deuda social con los pobres que no tienen acceso al agua potable, porque eso es negarles el derecho a la vida radicado en su dignidad inalienable. Esa deuda se salda en parte con más aportes económicos para proveer de agua limpia y saneamiento a los pueblos más pobres. Pero se advierte un derroche de agua no sólo en países desarrollados, sino también en aquellos menos desarrollados que poseen grandes reservas. Esto muestra que el problema del agua es en parte una cuestión educativa y cultural, porque no hay conciencia de la gravedad de estas conductas en un contexto de gran inequidad» (Papa Francisco, Carta encíclica *Laudato si*, Sobre el cuidado de la casa común, 24 de mayo 2015, párr. 30).*

1. *Premisa: de la protección diplomática al arbitraje CIADI.* – La movilidad de las inversiones entre Estados exportadores e importadores de capitales plantea delicados problemas para compatibilizar la protección de los inversores extranjeros y la soberanía económica de los Estados.

* Professore associato di Diritto internazionale, Università di Perugia.

Desde el final del siglo XIX, en un período histórico en el que el recurso a represalias armadas no estaba prohibido por el derecho internacional, la violación de los derechos de propiedad de sus propios ciudadanos en el extranjero fue utilizada por las grandes potencias europeas como pretexto para incursiones armadas contra los Estados receptores de las inversiones. El bloqueo naval realizado en 1902-1903 contra Venezuela por parte de Alemania, Italia y Gran Bretaña, que intervinieron en ejercicio de la protección diplomática de sus inversores, constituye una manifestación de esta tendencia imperialista. El jurista y Ministro de Relaciones Exteriores argentino Luis María Drago (Buenos Aires, 1859 – Buenos Aires, 1921), principal artífice de la Convención denominada «Drago-Porter», levantó la voz contra el cobro de los créditos por la vía militar (la denominada política de cañonera)¹. Aunque nunca entró en vigor, la Convención previó por primera vez unos límites para recurrir al uso de la fuerza, en los casos en que el Estado deudor demostrase estar dispuesto a una solución pacífica de la controversia². Unos años antes, el jurista argentino Carlos Calvo (Buenos Aires, 1824 – París, 1906) había elaborado la doctrina, que llevó su nombre, en virtud de la cual los Estados debían incorporar, en los contratos de concesión suscritos con extranjeros a los fines de la explotación de recursos naturales, una cláusula por la cual el inversor renunciaba a la protección diplomática del Estado de su nacionalidad. La «cláusula Calvo» preveía además que todas las controversias relativas a las inversiones debían ser

** Este artículo constituye la versión revisada de una intervención realizada en La Plata durante la conferencia internacional «Recursos hídricos: entre bienes comunes, participación y transformación», celebrada en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, el 10 de mayo de 2018. Una versión italiana de este artículo ha sido publicada en L. PASTORINO (cur.) *Las formas de la naturaleza y sus formas de regulación*, Buenos Aires, 2018, pp. 177-191. Quiero agradecer a la Dr. Alessandra Nasoni la revisión lingüística del trabajo.

¹ Convención sobre la limitación del uso de la fuerza para el cobro de deudas contractuales, firmada en La Haya el 18 de octubre de 1907, in www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000001-0607.pdf.

² Sobre el contexto histórico, véase A. CASSESE, *Il diritto internazionale nel mondo contemporaneo*, Bologna, 1984, p. 60 ss.; E. CRESPO NAVARRA, *La segunda Conferencia de paz de la Haya (1907) y la posición de España*, in *Rev. esp. der. int.*, 2008, p. 113 ss.

sometidas a los tribunales del Estado territorial. Lamentablemente, ambos intentos de frenar el dominio de los Estados europeos fracasaron, pues no lograron incidir en el funcionamiento de la institución tradicional de la protección diplomática y en las normas relativas al uso de la fuerza.

Después de las atrocidades de las dos Guerras mundiales, la Carta de las Naciones Unidas marcó el tránsito a un orden internacional centrado en la prohibición del uso de la fuerza como medio de arreglo de las controversias internacionales (art. 2, párr. 4 de la Carta), en línea con las aspiraciones de Drago. Además, tras el proceso de descolonización, las reivindicaciones del Grupo de los 77, que se convirtieron en una mayoría numérica en el seno de las Naciones Unidas, llevaron a la afirmación del principio de la soberanía permanente sobre los recursos naturales. Sin embargo, incluso en este caso, la oposición del bloque de los Estados occidentales impidió la realización efectiva de un Nuevo orden económico internacional inspirado en los principios de solidaridad y justicia redistributiva³.

A partir sobre todo de los años 90 del siglo pasado, en un contexto geopolítico caracterizado por el predominio de las doctrinas neoliberales, el derecho internacional de las inversiones fue objeto de un notable desarrollo, a través de la conclusión entre los Estados de casi tres mil acuerdos bilaterales (Acuerdos de protección y promoción recíproca de inversiones, APPRI), convirtiéndose en una de las ramas del derecho internacional en las que los intereses de los particulares están protegidos de manera más eficaz. La previsión en los APPRI de mecanismos de arbitraje que pueden ser activados unilateralmente por el inversor contra el Estado receptor, representa la innovación más significativa. Gracias a ellos, las empresas no deben acudir a los tribunales del Estado territorial en caso de supuestas violaciones por parte de dicho Estado de las obligaciones establecidas en el APRI, ni tampoco deben esperar un eventual ejercicio de la protección diplomática por el propio Estado de nacionalidad, una vez

³ Véase M. BULAJIĆ, *Principles of International Development Law: Progressive Development of the Principles of International Law Relating to the New International Economic Order*, Dordrecht, etc., 1993, *passim*.

que se hayan agotado, sin éxito, los remedios internos. En particular, el recurso al arbitraje administrado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI, establecido por la Convención de Washington entrada en vigor el 14 de octubre de 1966), resulta muy beneficioso para los inversores, debido a que los laudos arbitrales tienen la eficacia de título ejecutivo en todos los Estados partes de la Convención de Washington (art. 54 de la Convención). Justificado por la necesidad de evitar una politización de las controversias y una denegación de justicia por parte de los tribunales nacionales, cuya independencia e imparcialidad se cuestionan, el recurso generalizado al arbitraje contrasta rotundamente con la «doctrina Calvo». En efecto, a las empresas multinacionales se les reconoce el derecho de acudir a los tribunales arbitrales *ad hoc* para hacer valer sus pretensiones fundadas en los APPRI, pudiendo ver al Estado receptor condenado al pago de una indemnización.

Como demuestra la denuncia de la Convención de Washington por parte de Bolivia, Ecuador y Venezuela, algunos Estados siguen considerando que no es oportuno confiar a los árbitros *ad hoc* la tarea de revisar las elecciones de las políticas económicas y sociales implementadas por los Estados. Pese a que, tradicionalmente, estas preocupaciones han sido expresadas por los Países importadores de capital, recientemente han sido compartidas también por los Países del Norte Global, como demuestra la exclusión de los medios de arreglo de las controversias Estado-inversor del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos y Australia⁴ y las críticas formuladas por la opinión pública europea con respecto a la introducción de dichos mecanismos en CETA y TTIP⁵.

⁴ Tratado de 18 de mayo de 2004, en vigor desde 1 de enero de 2005, 43 ILM 1248.

⁵ Véase a tal respecto M. SORNARAJAH, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, Cambridge, 2015; AA.VV., *Legal Statement on Investment Protection and Investor-State Dispute Settlement Mechanisms in TTIP and CETA*, octubre 2016, in www.tni.org/files/article-downloads/13-10-16-legal-statementen.pdf; A. ROBERTS, *The Shifting Landscape of Investor-State Arbitration: Loyalists, Reformists, Revolutionaries and Undecided*, in *EJIL Talks!*, 15 junio 2017.

Los árbitros están llamados a decidir sobre cuestiones jurídicas muy delicadas, si se tiene en cuenta que, a menudo, las violaciones alegadas por los inversores son consecuencia de la adopción de actos legislativos o reglamentarios destinados a perseguir intereses generales, como la protección de la salud, del medio ambiente o de los trabajadores⁶. Más allá del ejercicio del derecho del Estado receptor a regular la actividad económica en atención a la consecución de sus objetivos de política socioeconómica («right to regulate»), se ponen de relieve también los propios intereses de la comunidad internacional en su conjunto, en relación con la protección de los derechos humanos⁷.

No es de extrañar que una buena parte del contencioso ante el CIADI haya versado sobre las inversiones relacionadas con el tratamiento y el suministro del agua⁸. Se trata de un recurso estratégico para la vida humana y para los procesos de producción que, sin embargo, está destinado a ser cada vez más escaso en un futuro amenazado por el crecimiento de la población y por el calentamiento global. A partir de los años 80 y 90 del siglo pasado, han sido ingentes las inversiones extranjeras que se han realizado en el sector objeto de investigación, en un contexto de políticas masivas de privatización de los servicios públicos. Como es sabido, especialmente en América Latina, estas políticas se han aplicado, principalmente, en el contexto de los programas de ajuste estructural o sectorial, promovidos por las organizaciones financieras internacionales (principalmente del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial), de acuerdo con la llamada doctrina del *Washington consensus*. Tampoco es una coincidencia que la mayoría de las

⁶ Véase P. ACCONCI, *The Integration of Non-investment Concerns as an Opportunity for the Modernization of International Investment Law: Is a Multilateral Approach Desirable?*, in G. SACERDOTI et al., *General Interests of Host States in International Investment Law*, Cambridge, 2014, pp. 165-193; V. VADI, *Public Health in International Investment Law and Arbitration*, London, 2013.

⁷ Véase F. FRANCONI, *Foreign Investments, Sovereignty and the Public Good*, in *It. Year. Int. Law*, 2014, pp. 3-22.

⁸ Véase F. MARRELLA, *On the Changing Structure of International Investment Law: The Human Right to Water and ICSID Arbitration*, in *Int. Comm. Law Rev.*, 2010, p. 348 ss.

controversias se hayan promovido contra Argentina, un Estado rico en recursos hídricos, conocido en todo el mundo por el Río de la Plata y las Cataratas del Iguazú.

2. *Protección internacional del derecho al agua.* – La peculiaridad de las inversiones en el sector del agua reside en el hecho de que el agua no es una simple mercancía; es un factor determinante del derecho fundamental a la salud, que puede definir la diferencia entre la vida y la muerte. Tanto el acceso al agua potable como la disponibilidad de sistemas adecuados de saneamiento resultan esenciales para garantizar el derecho a la salud, evitando las enfermedades relacionadas con el uso de agua⁹. Ya con la Declaración de Mar del Plata (1977)¹⁰ realizada al final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, los Estados se comprometieron políticamente a elaborar planes y políticas nacionales para garantizar el acceso al agua potable necesaria para la satisfacción de las necesidades primarias de su población. Desde entonces, el derecho humano al agua potable y a servicios adecuados de saneamiento ha sido expresamente reconocido, en términos de *soft law*, en la resolución de la Asamblea General de la ONU No. 64/292, aprobada el 28 de julio de 2010. Pero, sobre todo, este derecho ha sido construido por vía interpretativa a través de las disposiciones contenidas en numerosas convenciones internacionales en materia de derechos humanos, que protegen el derecho a la vida y la salud¹¹. El

⁹ Véase P. ACCONCI, *Tutela della salute e diritto internazionale*, Padova, 2011, p. 144 ss.; T. SCOVAZZI, *Il diritto umano all'acqua e all'igiene personale*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo fra interessi globali e interessi particolari. XXI Convegno. Parma. 9-10 giugno 2016*, Napoli, 2017, pp. 213-254; A. M. DAZA-CLARK, *International Investment Law and Water Resources Management*, Leiden, etc., 2017.

¹⁰ Cf. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua (Mar del Plata, 14-25 de marzo de 1977), *Plan de Acción de Mar del Plata*, E/CONF.70/29, Report, in www.ircwash.org/sites/default/files/71UN77-161.6.pdf.

¹¹ Véase F. M. PALOMBINO, *Il diritto all'acqua. Una prospettiva internazionalistica*, Firenze, 2017; A. LANCIOTTI, *L'accesso all'acqua pulita*, in R. GIUFFRIDA (a cura di), *La tutela dell'ambiente nel diritto internazionale ed europeo*, Torino, 2018, pp. 97-106.

Pacto Internacional de *Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 1966 es particularmente destacable. Según el Comité encargado de supervisar su cumplimiento, dicho Pacto salvaguarda el derecho al agua a través de las disposiciones combinadas de los artículos 11 y 12, relativos, respectivamente, al derecho a un nivel de vida adecuado y al derecho a la salud¹².

Según la opinión predominante, estas disposiciones del Pacto codifican el derecho internacional general. Como tal, también vinculan a todas las organizaciones financieras con personalidad jurídica internacional – como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y los bancos regionales de desarrollo – prohibiéndoles financiar proyectos o programas de ajuste que podrían poner en peligro el disfrute del derecho al agua¹³. Por otro lado, las reglas del Pacto pasan a formar parte del Derecho de los Estados partes, de acuerdo con los mecanismos de adaptación que ellos mismos establecen, reforzando así la protección que el derecho al agua recibe en el ámbito del derecho interno¹⁴.

La sociedad civil ha promovido diversas iniciativas dirigidas al desarrollo progresivo del derecho al agua a nivel internacional, a través de la adopción de un instrumento *ad hoc*. En particular, merece la pena mencionar el proyecto recientemente redactado por una organización no gubernamental, el Comité Italiano para el Contrato Mundial del Agua, que podría servir de base para la negociación de un Segundo Protocolo Facultativo del Pacto de las Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁵.

¹² Cf. COMITÉ DE *DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES*, *Observación General No. 15 de 20 enero de 2003 sobre el Derecho al agua*, UN Doc. E/C.12/2002/11.

¹³ *Ibidem*, párr. 60.

¹⁴ En este sentido, ver, por ejemplo, la sentencia del 18 de julio de 2007, *Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires*, en la que la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario (Ciudad Autónoma de Buenos Aires) hace una extensa referencia a la Observación General No. 15, cit., para reconstruir el contenido del derecho de acceso al agua

¹⁵ Véase SCOVAZZI, *Il diritto umano all'acqua e all'igiene personale*, cit.

2.1. *Obligación de proteger.* – Como se aclara en la Observación General No. 15, así como en el trabajo de los Relatores Especiales de las Naciones Unidas sobre el derecho al agua designados por el Consejo de Derechos Humanos¹⁶, los Estados tienen la obligación de respetar, proteger y hacer efectivos (*respect, protect and fulfil*) el derecho al agua de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción. A los efectos de esta contribución, resulta de particular interés la obligación de los Estados miembros de proteger el derecho al agua, es decir, de evitar que la actividad privada afecte el disfrute del derecho al agua. Esta obligación adquiere particular importancia en caso de que un Estado haya decidido privatizar los servicios de agua y saneamiento: «Cuando los servicios de suministro de agua (como las redes de canalización, las cisternas y los accesos a ríos y pozos) sean explotados o estén controlados por terceros, los Estados Partes deben impedirles que menoscaben el acceso físico en condiciones de igualdad y a un costo razonable, a recursos de agua suficientes, salubres y aceptables. Para impedir esos abusos debe establecerse un sistema regulador eficaz de conformidad con el Pacto y la presente Observación general, que prevea una supervisión independiente, una auténtica participación pública y la imposición de multas por incumplimiento»¹⁷.

3. *La práctica de arbitraje relacionada con Argentina.* – Algunos de los casos más interesantes resueltos en los últimos años por los tribunales de arbitraje del CIADI han sido promovidos por inversores extranjeros contra Argentina. A los conocidos casos sobre los *bonds*, se añaden aquellos que surgen de la decisión de Argentina – entendida como sujeto de derecho internacional – de bloquear los aumentos de tarifas en circunstancias de hiperinflación, revocar o imponer una revisión de los contratos de concesión relativos al tratamiento y administración de agua potable, así como la recolección, suministro y distribución de agua para uso civil de saneamiento y

¹⁶ Cf. www.ohchr.org/SP/Issues/WaterAndSanitation/SRWater/Pages/SRWaterIndex.aspx.

¹⁷ Cf. Observación General No. 15, cit., párr. 24.

tratamiento de aguas residuales¹⁸. Al igual que ocurre en otros Países de América Latina, la privatización/venta de servicios de agua ha tenido consecuencias sociales y sanitarias particularmente dañinas en Argentina, que en su mayoría han provocado un deterioro en la calidad de los servicios y un aumento en las tarifas que impiden el acceso al agua, a costos sostenibles, a los sectores más pobres de la población. Incluso hoy en día, la infraestructura inadecuada y las políticas de precios basadas en la maximización de las ganancias implican que el acceso al agua potable y al saneamiento constituya un derecho que se niega a cientos de miles de personas, tanto en las periferias urbanas, como en las áreas rurales más pobres del país. En este sentido, la foto publicada en el periódico «Misiones Online» el 13 de diciembre de 2017, que muestra a una niña indígena en Posadas mientras que bebe de un charco, ha impresionado a la opinión pública internacional.

Para hacer frente a la situación que se creó paralelamente a la grave crisis económica y financiera de 2001-2003, el 6 de enero de 2002, Argentina promulgó la Ley N° 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario que, entre otras cosas, autorizó al Gobierno a renegociar contratos de servicio público y operó un congelamiento de tarifas¹⁹. En aquel mismo momento histórico, las provincias argentinas adoptaron diversas medidas destinadas a sancionar los comportamientos abusivos de los concesionarios de servicios de agua que privaron a miles de personas del acceso al agua potable, debido al aumento de los precios, a la falta de mantenimiento y construcción de nuevas infraestructuras, en violación de las obligaciones derivadas por los contratos de concesión. Entre estas medidas podemos mencionar, a modo de ejemplo, la adopción de una resolución, por parte del Organismo Regulador de Aguas Bonaerense, que impedía a las empresas concesionarias interrumpir el suministro de agua a los morosos²⁰.

¹⁸ Véase MARRELLA, *On the Changing Structure of International Investment Law*, cit., p. 349 ss.

¹⁹ Sobre el régimen legal de los servicios integrados de agua en Argentina, véase L. PASTORINO (cur.), *De códigos y desafíos jurídicos para enfrentar la crisis del agua*, Buenos Aires, 2014.

²⁰ Cf. ORAB, Resolución N° 56/02, de 27 de agosto de 2002.

La adopción de tales medidas legislativas y reglamentarias fue la base para la activación de diversos procedimientos de arbitraje por parte de inversores extranjeros, que denunciaron una violación de su derecho a un «trato justo y equitativo», e incluso de haber sufrido una expropiación indirecta²¹.

Argentina ha intentado, hasta ahora con poco éxito, justificar ante los tribunales del CIADI la resolución unilateral de los contratos de concesión, o la adopción de actos legislativos y reglamentarios mal vistos por los inversores, alegando argumentos basados en la tutela del derecho al agua. Argumentos análogos han sido elaborados también en las memorias depositadas por algunos *amici curiae*. Tres fueron las principales estrategias de defensa que utilizó Argentina. En primer lugar, el incumplimiento de las obligaciones derivadas de los APPRI se justificó debido a la existencia de un estado de necesidad. En segundo lugar, se ha defendido la necesidad de una interpretación sistemática de las disposiciones de los APPRI, que tome en consideración las exigencias relacionadas con la tutela del derecho al agua. En tercer lugar, la violación de este derecho por parte del inversor extranjero se hizo valer mediante la presentación de una demanda reconvenzional.

3.1. *Estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud internacional.* – Como reconoce, aunque con mucha cautela, el

²¹ Cf. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. (Demandantes) y República Argentina (Demandada)*. Caso CIADI No. ARB/03/17, decisión sobre jurisdicción 16 mayo 2006; *Azurix Corp. (Demandante) y República Argentina (Demandada)*. Caso CIADI No. ARB/01/12, laudo 14 julio 2006; *Impregilo S.p.A. (Demandante) y República Argentina (Demandada)*. Caso CIADI No. ARB/07/17, laudo 21 junio 2011; *Saur International S.A. (Demandante) y República Argentina (Demandada)*. Caso CIADI No. ARB/04/4, laudo 22 mayo 2014; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. (Demandantes) y República Argentina (Demandada)*. Caso CIADI No. ARB/03/19, laudo 9 abril 2015. Sobre un caso anterior derivado de la privatización de los servicios de agua y saneamiento en los años 90, véase *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Compagnie Générale des Eaux, (Demandantes) y República Argentina (Demandada)*. Caso CIADI No. ARB/97/3, laudo 21 noviembre 2000.

Proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional del Estado, aprobado en 2001 en segunda lectura por la Comisión de Derecho Internacional, el estado de necesidad opera como una causa de exclusión de la ilicitud internacional²². Esta exoneración puede invocarse para justificar un acto del Estado que, en caso contrario, sería ilícito, cuando ese acto sea el único modo para que el Estado proteja un interés esencial contra un peligro grave e inminente. Entre los intereses protegidos se encuentra, sin duda, el correcto funcionamiento de los servicios públicos esenciales, indispensable tanto para la preservación del Estado como para la protección del derecho a la salud de la población. Como se especifica en el artículo 25 del Proyecto, es necesario que el acto, que de otro modo sería ilícito, no afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto. Además, el estado de necesidad no puede invocarse si el Estado ha contribuido al mismo.

Argentina ha invocado en varias ocasiones el estado de necesidad en el contexto de disputas con inversores extranjeros, refiriéndose, sobre todo, a las dificultades surgidas en relación con el reembolso de los títulos de deuda pública. Además, en muchos casos similares, promovidos por obligacionistas o por concesionarios de servicio público, los tribunales de arbitraje han llegado a conclusiones opuestas, en cuanto a la consideración de la crisis financiera como un estado de necesidad²³. Con respecto a los casos aquí examinados, en el caso CIADI No. ARB/03/19, el tribunal de arbitraje reconoció que el acceso a servicios de agua potable y saneamiento es de vital importancia para la población y es un interés esencial del Estado

²² Véase P. BENVENUTI, *Lo stato di necessità alla prova dei fatti*, 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. 107-151.

²³ Véanse T. GAZZINI, *Necessity in International Investment Law: Some Critical Remarks on CMS v Argentina*, in *J. Energy & Nat. Res. Law*, 2008, pp. 450-469; M. WAIBEL, *Two Worlds of Necessity in ICSID Arbitration: CMS and LG&E*, in *Leid. J. Int. Law*, 2008, pp. 637-648; A. TANZI, *Sull'insolvenza degli Stati nel diritto internazionale*, in *Riv. dir. int.*, 2012, pp. 66-88.

argentino²⁴. Cabe señalar que, en este caso, Argentina argumentó, entre otras cosas, que Suez y las demás empresas extranjeras involucradas administraron aguas turbias en la Provincia de Buenos Aires, susceptibles de propagar epidemias como el cólera. Sin embargo, el tribunal dictaminó que las otras condiciones para invocar el estado de necesidad no se habían cumplido. En particular, según los árbitros, Argentina podría haber tomado otras medidas más adecuadas para garantizar el acceso al agua, sin violar la obligación de garantizar un trato justo y equitativo a los inversores, obligación estipulada en los APPRI celebrados con los respectivos Estados de nacionalidad de aquellos (Francia, España y Reino Unido)²⁵. Esta afirmación está en línea con una orientación bastante difundida en el ámbito del CIADI, que se refiere a la relación existente entre el derecho de las inversiones y los derechos humanos²⁶. Por un lado, algunos tribunales arbitrales han reconocido que las inversiones en el sector hídrico tienen repercusiones en el disfrute de los derechos humanos²⁷. A la vez, los mismos tribunales han estimado que no existía conflicto alguno entre las obligaciones del Estado con respecto al derecho al agua y las obligaciones hacia los (Estados de nacionalidad de) los inversores²⁸.

Es verdad que el derecho de acceso al agua de las personas que carecen de medios económicos podría garantizarse, en principio, por el Estado mediante la concesión de subsidios, en lugar de a través del control de precios. Siempre de manera abstracta, el Estado podría hacer frente a los nuevos riesgos para la salud de la población a través de nuevas inversiones públicas, sin necesidad de cambiar el contenido de las relaciones contractuales con las empresas concesionarias de

²⁴ Laudo de 9 abril 2015, citado anteriormente, párr. 260.

²⁵ *Ibidem*, párr. 262.

²⁶ Véase P. ACCONCI, *Sustainable Development and Investments: Trends in Law-Making and Arbitration*, in A. GATTINI - A. TANZI - F. FONTANELLI (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Leiden-Boston, 2018, pp. 290-319.

²⁷ Véase, aunque de forma indirecta, a través de la referencia a las consideraciones desarrolladas por los *amici curiae Biwater Gauff (Tanzania), Ltd. v. Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22, laudo 24 julio 2008, párrs. 366-392, en particular, párr. 379.

²⁸ Véanse en tal sentido *Azurix Corp.*, cit. párr. 261; *Saur International S.A.*, cit., párr. 331.

servicios integrados de agua. Sin embargo, la viabilidad concreta de soluciones alternativas, especialmente en situaciones de grave crisis económica y financiera, debe evaluarse cuidadosamente, atendiendo al caso específico, y teniendo en cuenta las consecuencias que un aumento en el gasto público podría tener para el desarrollo socioeconómico de la población y, por lo tanto, sobre la protección efectiva de los derechos humanos.

A la luz de lo anterior, la invocación del estado de necesidad constituye una estrategia de eficacia incierta, como demuestra el alto grado de imprevisibilidad de las soluciones aceptadas hasta ahora en la práctica internacional²⁹. Además, la incertidumbre también se refiere a otro aspecto de importancia fundamental, es decir, a si la eximente del estado de necesidad exonera al Estado del pago de la indemnización por el daño causado, o si, por el contrario, le permite solamente aplazarlo³⁰.

3.2. *Estrategias defensivas basadas en una interpretación sistemática del derecho al agua.* – Una segunda estrategia de defensa se basa en la necesidad de interpretar las reglas de los APPRI a la luz de la obligación del Estado territorial de proteger y promover el derecho de acceso al agua.

Los intereses generales del Estado y de la comunidad internacional en su conjunto son susceptibles de ponerse en relieve, con fines hermenéuticos, bajo dos distintos perfiles: un perfil «interno» y un perfil «externo»³¹. Con respecto al primero, sobre todo los APPRI más recientes contienen disposiciones que reconocen el derecho del Estado receptor a perseguir sus fines públicos e

²⁹ Véase TANZI, *Sull'insolvenza degli Stati*, cit.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Véanse C. FOCARELLI, *Economia globale e diritto internazionale*, Bologna, 2016, p. 285 ss.; A. TANZI, *Public Interest Concerns in International Investment Arbitration in the Water Services Sector: Problems and Prospects for an Integrated Approach*, in T. TREVES *et al.* (eds.), *Foreign Investment, International Law and Common Concerns*, London-New York, 2013, pp. 318-335. Más en general, sobre la interpretación de los APPRI, cf. T. GAZZINI, *Interpretation of International Investment Treaties*, Oxford-Portland, 2016.

identifican, entre los objetivos de los tratados en cuestión, la búsqueda del desarrollo sostenible del Estado de destino de las inversiones (la inclusión de tales cláusulas también fue solicitada por el Institut de droit international en la Resolución de 13 septiembre de 2013³²). Según lo establecido por un tribunal del CIADI en uno de los casos anteriormente mencionados, en base al método interpretativo establecido en el art. 31, párr. 1, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las normas de los APPRI que establecen el derecho de los inversores a un trato «justo y equitativo» también deben interpretarse a la luz del objeto y fin de los tratados³³.

Por otro lado, bajo el perfil «externo», los tratados internacionales deben interpretarse tomando en consideración todas las normas internacionales aplicables en las relaciones entre las partes, de acuerdo con el principio de integración sistémica establecido por el art. 31, párr. 3, apartado c) de la Convención de Viena antes mencionada. Las normas internacionales en materia de derechos humanos (de naturaleza consuetudinaria o contenidas en convenios internacionales en los que son partes ambos Estados) deben ser tomadas en consideración por el intérprete, con el fin de interpretar las normas destinadas a proteger los derechos de los inversores independientemente de la presencia de referencias en tal sentido en los APPRI³⁴. Desde esta perspectiva, la noción de trato «justo y equitativo» debería implicar una protección limitada a las expectativas legítimas de los inversores, que además deben evaluarse a la luz de las obligaciones (conocidas por el inversor que actúe de

³² Cf. Resolución de 13 septiembre de 2013 sobre “Legal Aspects of Recourse to Arbitration by an Investor Against the Authorities of the Host State under Inter-State Treaties” (*Rapporteur*: Andrea Giardina), in www.odi-iiil.org/app/uploads/2017/06/2013_tokyo_en.pdf, artículo 10.

³³ Cf. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A. (Demandantes) y República Argentina (Demandada)*. Caso CIADI No. ARB/03/19, laudo 30 julio 2010, párr. 218. Aunque el tribunal arbitral interpretó la noción de trato justo y equitativo a la luz del objetivo de buscar la mejora del desarrollo y bienestar del Estado argentino, concluyó, sin embargo, que se había producido una violación del APPRI.

³⁴ En este sentido cf. *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa (Demandantes) y Argentina (Demandada)*. Caso CIADI No. ARB/07/26, decisión de 8 diciembre 2016, párr. 1200.

buena fe) del Estado en el ámbito de la protección de los derechos humanos³⁵.

En los casos examinados, los criterios interpretativos mencionados han sido utilizados en varias ocasiones por los tribunales arbitrales, aunque estos últimos no extrajeron consecuencias de dichos criterios para la resolución de aquellas controversias. Esto no significa que, como lo demuestran algunos laudos recientes, no sean factibles soluciones menos desequilibradas en favor de los derechos de los inversores, inspiradas por una armonización de los dos sistemas normativos (en materia de inversión y de derechos humanos) y por la consiguiente funcionalización del derecho de propiedad.

3.3. *El caso Urbaser y la responsabilidad de empresas multinacionales por violación del derecho al agua.* – Una tercera estrategia defensiva adoptada por Argentina fue la presentación de una demanda reconventional contra los inversores, destinada a declarar una violación por parte de estos últimos del derecho al agua. Esta estrategia se intentó por primera vez (y por el momento única) por un Estado, en el caso *Urbaser*³⁶.

El procedimiento de arbitraje se activó sobre la base del APPRI Argentina-España, por parte de algunas empresas accionistas de la sociedad AGBA, proveedora de servicios integrados de agua en la Provincia de Buenos Aires.

La decisión es de particular interés desde el punto de vista del derecho internacional. Si bien rechazó el fondo de la demanda

³⁵ Para una evaluación de los principios de buena fe y equidad en el ámbito del derecho internacional de las inversiones, véanse respectivamente A. TANZI, *The Relevance of the Foreign Investor's Good Faith*, in A. GATTINI - A. TANZI - F. FONTANELLI (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Leiden-Boston, 2018, pp. 193-220, y F. FRANCONI, *Diritto internazionale degli investimenti e tutela dei diritti umani: convergenza o conflitto?*, in A. DI STEFANO - R. SAPIENZA (a cura di), *La tutela dei diritti umani e il Diritto internazionale. XVI Convegno SIDI*, 23-24 giugno 2011, Napoli, 2012, p. 424 ss.

³⁶ Cf. *Urbaser*, cit. Cf. E. GUNTRIP, *Urbaser v Argentina: The Origins of a Host State Human Rights Counterclaim in ICSID Arbitration?*, *EJILTalk!*, 10 febrero 2017.

reconvencional argentina, el tribunal arbitral la declaró admisible de conformidad con la Convención de Washington y con el APPRI en cuestión³⁷. Es interesante observar que la existencia de un vínculo de hecho con la controversia principal se consideró suficiente a los efectos de la admisibilidad de la reconvencción. Sin embargo, no es posible extraer conclusiones generales al respecto, dado que la admisibilidad de las contrademandas en el contexto de controversias entre Estado y inversor debe evaluarse sobre la base de las disposiciones específicas del APPRI aplicables en cada supuesto. En este caso, el artículo X del APPRI entre España y Argentina no establece límites *ratione personae* a la parte que puede presentar una demanda, ni tampoco restringe explícitamente el objeto de las controversias que pueden ser sometidas a arbitraje a aquellas relativas a las presuntas violaciones del APPRI en cuestión.

El laudo *Urbaser* toma posición sobre uno de los temas más controvertidos del derecho internacional, inherente a la subjetividad internacional de las empresas multinacionales. Más precisamente sobre el tema de si los inversores son destinatarios de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. El tribunal se pronunció en sentido afirmativo, argumentando que si los acuerdos de inversión «no est[an] basado[s] en la incapacidad de una empresa de ser titular de derechos en el derecho internacional, no es posible aceptar que rechazaría necesariamente toda noción de que una empresa inversora extranjera no puede ser sujeto de obligaciones en el derecho internacional»³⁸. Esta es, en realidad, una posición más bien aislada (todavía) en la práctica de los tribunales internos e internacionales, aunque no faltan posiciones similares fuera del contexto del arbitraje entre Estados extranjeros e inversores³⁹. Los límites de la presente contribución no permiten profundizar ulteriormente en este tema.

³⁷ *Ibidem*, párr. 1155.

³⁸ *Ibidem*, párr. 1194.

³⁹ En el sentido de que las empresas también son destinatarias de las obligaciones internacionales correspondientes al derecho a la salud v. *Prof. Alain Pellet, Independent Objector (France) vs. Afiliás Limited (Ireland)*, EXP/409/ICANN/26, párr. 49.

Una vez resuelta de manera afirmativa la cuestión relativa a la idoneidad de las normas de derecho internacional general en materia de derechos humanos para generar obligaciones a cargo de los inversores extranjeros, el tribunal destaca cómo la aplicación de estas normas no queda excluida ni por el APPRI ni tampoco por la Convención de Washington que establece el CIADI. De hecho, esta última Convención, identifica en el art. 42, entre las reglas aplicables por los árbitros, a falta de acuerdo entre las partes, la legislación del Estado territorial y las normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables (entre ellas, el tribunal, de manera coherente, ha considerado que quedan incluidas las normas internacionales sobre el derecho al agua⁴⁰).

Si bien, por un lado, el tribunal arbitral del CIADI ha adoptado un enfoque muy innovador, rechazó, sin embargo, la demanda de Argentina. En efecto, de acuerdo con la reconstrucción contenida en el laudo, ni del APPRI España-Argentina, ni del derecho internacional general, habría sido posible inferir la existencia de una obligación positiva de las empresas dirigida a garantizar el acceso al agua: «El derecho humano al agua implica una obligación de hacer para el Estado, pero no contiene ninguna obligación de hacer para una empresa que suministra el servicio requerido a través de un contrato. Tal obligación debería ser distinta de la responsabilidad del Estado de brindar servicios de agua potable y saneamiento a su población [...] En consecuencia, si bien es correcto afirmar que la obligación del Estado se fundamenta en su obligación de hacer valer el derecho humano al agua de todas las personas dentro de su jurisdicción, ello no es así en el caso de los inversores que persiguen, es cierto, el mismo objetivo, sino que se fundamenta en la Concesión y no en una obligación derivada del derecho humano al agua. De hecho, garantizar el derecho humano al agua representa una obligación de hacer. Esa obligación recae en los Estados y no es posible imponerla a una empresa conocedora del ámbito del suministro de servicios de agua y saneamiento. Para que esa obligación de hacer sea aplicable a un inversor particular, es necesario un contrato o una relación jurídica similar de derecho civil y comercial. En ese caso, la fuente de la

⁴⁰ Cf. *Urbaser*, cit., párr. 1205.

obligación de hacer del inversor es el derecho local y no el derecho internacional general»⁴¹.

No cabe duda de que la obligación de adoptar medidas positivas para garantizar el disfrute de los derechos humanos recae, en primer lugar, en el Estado territorial. En vista de ello, hay que considerar que, pese al laudo *Urbaser*, con toda probabilidad los Estados continuarán siendo muy cautos a la hora de proponer este tipo de contrademandas en el contexto del arbitraje internacional de inversiones. Admitir que se ha producido una violación de un derecho de acceso al agua, en detrimento de las personas sujetas a su jurisdicción – por ejemplo, porque no se construyeron infraestructuras adecuadas, o porque el agua se suministró a precios insostenibles – implica para el Estado reconocer no haber cumplido con sus obligaciones de proteger e implementar.

El aspecto más interesante del laudo *Urbaser*, sin embargo, se refiere a una consideración expresada en un *obiter dictum*. Si bien excluyó que la cuestión fuese relevante en el caso en cuestión, el tribunal arbitral especificó: «[I]a situación es diferente si lo que está en juego es una obligación de no hacer, como la prohibición de realizar actos que violan los derechos humanos. Dicha obligación puede ser de aplicación inmediata no sólo respecto de los Estados sino también respecto de las personas físicas y otros particulares»⁴². Si dicha orientación se consolidase en la práctica de los tribunales de arbitraje, los inversores extranjeros podrían ser considerados responsables de la violación de las obligaciones negativas en materia de derechos humanos. Con referencia al derecho al agua, se podría pensar en el caso de un inversor extranjero que suministre a la población agua contaminada químicamente o biológicamente, o cause una grave contaminación de las aguas superficiales o subterráneas. Pero hay más, podrían ser calificadas también como violaciones de la obligación de no hacer todas aquellas actividades de *water grabbing* de las empresas extranjeras, a saber, el uso masivo de agua para fines

⁴¹ *Ibidem*, párrs. 1208 y 1210.

⁴² *Ibidem*, párr. 1210.

agrícolas o productivos, capaces de comprometer el acceso al agua potable y a la higiene personal de la población local⁴³.

4. *Conclusiones.* – El derecho internacional de las inversiones constituye un área «sísmica» del derecho internacional, cuya evolución ha tenido, y seguirá teniendo en los próximos años, un papel importante en la determinación de las estructuras de la globalización económica y legal.

Pronunciamientos recientes, como el laudo *Philip Morris*⁴⁴, evidencian una creciente atención de los árbitros hacia la protección de los intereses generales del Estado y de toda la comunidad internacional. Entre ellos, la correcta gestión de los servicios públicos esenciales desempeña un papel fundamental, junto con la salvaguarda de la salud, entendida en su dimensión individual y colectiva. En la misma línea se pone la revisión de los modelos de APPRI elaborados por los Estados especialmente industrializados, a fin de garantizar mejor el poder regulador del Estado receptor⁴⁵.

La práctica anteriormente examinada, relacionada con el derecho al agua, pone de manifiesto cómo el derecho internacional proporciona soluciones que podrían ser potencialmente adecuadas para conciliar la protección de los intereses de los inversores extranjeros con los derechos humanos de los pueblos de los países receptores. Si se aceptasen de manera sistemática, estas soluciones podrían llevar a la exclusión de la responsabilidad del Estado receptor o, por lo menos, a reducir el monto de la compensación que, en la

⁴³ En relación con la violación del derecho al agua por parte de las empresas extranjeras que producen refrescos enlatados y en botellas, véase la historia de las operaciones de Coca Cola en la India: Tribunal Supremo de la India, *M C Mehta v. Union of India* 2004 (12) SCC118 y, más en general, V. SHIVA, *Water Wars: Privatization, Pollution and Profit*, Cambridge, MA, 2002.

⁴⁴ Cf. *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. (Demandantes) y República Oriental del Uruguay (Demandada)*. Caso CIADI No. ARB/10/7, laudo 8 julio de 2016.

⁴⁵ Véase P. ACCONCI, *The Integration of Non-investment Concerns as an Opportunity for the Modernization of International Investment Law: Is a Multilateral Approach Desirable?*, in AA.VV., *General Interests of Host States in International Investment Law*, Cambridge, 2014, pp. 165-193.

Simone Vezzani

práctica, ha alcanzado cifras muy onerosas, especialmente para los Países en desarrollo con una elevada deuda pública. En este contexto, la perspectiva inaugurada por el laudo *Urbaser*, que admite la posibilidad de contrademandas contra los inversores que han violado de manera intencionada las obligaciones internacionales de no hacer, con respecto a los derechos humanos, es particularmente innovadora.

LUISA CASSETTI*

LA VULNERABILITÀ (INDIVIDUALE), LE SITUAZIONI
DI DISCRIMINAZIONE E LE POLITICHE ABITATIVE
NELLE AREE METROPOLITANE (RIFLESSIONI A
MARGINE DEL CASO *GARIB v. THE NETHERLANDS*)**

SOMMARIO: 1. Le misure speciali per le aree metropolitane in Olanda: politiche abitative, misure eccezionali e complessità sociale. – 2. La scelta individuale del luogo di residenza e il (consistente) margine di apprezzamento statale in tema di politiche abitative: la debolezza – individuale e sociale – della ricorrente resta completamente nell’ombra. – 3. Diritti umani e interpretazione *pro persona*: il valore delle clausole interpretative nel diritto internazionale dei diritti umani. – 4. La prospettiva delle discriminazioni «plurime»: il silenzio della Corte EDU al confronto con le sollecitazioni provenienti dalla recente giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti dell’uomo.

1. *Le misure speciali per le aree metropolitane in Olanda: politiche abitative, misure eccezionali e complessità sociale.* – Con la sentenza del 6 novembre 2017 la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell’uomo ha risolto il caso *Garib v. The Netherlands* escludendo, con una decisione presa a maggioranza (dodici a cinque), la violazione della libertà di circolazione e di scelta della propria residenza ai sensi dell’art. 2 del Protocollo n. 4 alla CEDU¹. Il *referral* alla Grande Camera era stato presentato al fine di impugnare la decisione adottata dalla Camera (composta di sette giudici) della III sezione della Corte che aveva rigettato, in data 23 febbraio 2016, le doglianze della signora Garib, una madre single nativa olandese residente a Vlaardingen, che si era trasferita nel quartiere Tarwewijk di Rotterdam nel 2005, dopo aver vissuto per anni al di fuori della

* Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Perugia.

** In corso di pubblicazione negli Scritti in onore di Antonio Ruggeri.

¹ V. Corte europea dei diritti dell’uomo, [GC], *Garib v. The Netherlands*, sentenza del 6 novembre 2017, ricorso n. 43494/09.

città metropolitana. Nel 2007 il proprietario le aveva chiesto di trasferirsi in un'altra abitazione ubicata nello stesso quartiere, soprattutto in considerazione delle caratteristiche della nuova casa (più ampia della prima e con giardino) e delle esigenze dei due figli: la ricorrente aveva quindi accettato quella proposta. In linea con quanto prescritto dalla legge vigente, la ricorrente aveva presentato richiesta di un permesso di alloggio al fine di ottenere dal Comune la residenza nella nuova struttura abitativa.

Tale richiesta è stata in seguito rigettata giacché risultava essere stata inoltrata quando era già intervenuta la modifica (risalente al 2006) dell'art. 8 dell'*Urban Areas Act*. Tale norma consente ai consigli comunali di adottare misure organizzative per gestire quelle aree che presentavano le condizioni generali di «special need for transformation due to local socio-economic problems». L'art. 8, in particolare, disciplina le ipotesi di esclusione in base al reddito e alla durata della residenza: coloro che desiderano trasferirsi in una specifica area devono essere titolari di redditi da lavoro (intendendo con ciò anche il finanziamento per studenti o la pensione) e aver vissuto nella regione metropolitana per un periodo continuativo di almeno di sei anni al momento della richiesta di un permesso di alloggio. Una eccezione al requisito della percezione di un reddito da lavoro è ammessa soltanto per coloro che abbiano vissuto per più di sei anni nella Regione metropolitana e che, pertanto, potrebbero essere autorizzati a trasferirsi nell'area richiesta.

Il successivo art. 9 dispone in merito alle preferenze di natura socioeconomica come la composizione familiare, l'età, il livello di istruzione e di occupazione.

L'art. 10, infine, riguarda le ipotesi di esclusione per motivi legati ai dati presenti nel casellario giudiziale o al comportamento tenuto: al fine di ridurre i livelli di *disturbo* e gli *atti criminali* in particolari quartieri, le città possono negare l'alloggio a coloro il cui comportamento possa provocare un danno agli altri o possa rappresentare un rischio per la sicurezza (come il rumore eccessivo e l'emissione di sostanze nocive per l'ambiente come fumo o fuliggine, reati legati all'uso di droghe, atti di vandalismo, linguaggio offensivo o discriminatorio o intimidazione dei residenti, atti di violenza contro i

Vulnerabilità (individuale), discriminazione e politiche abitative nelle aree metropolitane

vicini, ubriachezza pubblica, incendio doloso e «atti radicalizzanti, estremisti o terroristici»².

Nell'applicazione della legge per la riqualificazione delle aree più problematiche, i Comuni sono incoraggiati dal Ministero dell'interno e delle relazioni con il Regno (BZK) a utilizzare il «Leefbaarometer» o indice di vivibilità prodotto dal governo nazionale. Si tratta, in particolare, di un indice che combina due differenti parametri utili a valutare la qualità del quartiere: dapprima si stima il valore degli immobili presenti nell'area e, successivamente, si utilizzano una serie di indicatori per avviare indagini sulla vita nel quartiere in modo da tenere in considerazione le opinioni e le esigenze dei residenti. A seguito della combinazione dei due parametri, sono state introdotte quarantanove variabili nel *Livability Index*, incluse le misure di quota degli immigrati non occidentali come vicini di quartiere, i costi abitativi, la quota di alloggi sociali e i tassi di disoccupazione.

In virtù del fatto che la ricorrente, al momento degli eventi denunciati, non percepiva redditi da lavoro e non aveva neppure maturato il requisito dei sei anni di residenza nella regione metropolitana di Rotterdam, la Grande Camera ha stabilito che la libertà di circolazione di cui all'art. 2 del Protocollo n. 4 CEDU poteva essere legittimamente limitata dal momento che quelle restrizioni individuali erano state adottate al fine di invertire la fase di declino di alcune aree urbane del centro e con l'obiettivo di fornire spazi vivibili per la quotidianità e strumenti di tutela dell'ordine pubblico nel caso in cui si fossero raggiunti certi «limiti nella capacità di assorbimento», in conformità con un approccio *integrato*, utile a gestire i problemi dell'area urbana.

La motivazione della decisione in questione è in realtà completamente incentrata sulla dimostrazione dell'ampio margine di apprezzamento riservato agli Stati in materia di politiche economico-

² Inoltre, nell'ambito dell'art. 10, è possibile distinguere due sezioni: la prima comprende un elenco di documenti relativi agli atti associati ai reati di molestie e disordine pubblico; mentre la seconda prevede espressamente la possibilità per il sindaco della città di valutare la richiesta di alloggio sulla base della documentazione fornita dalla polizia (per i dati di rilievo locale) o dal governo centrale (in caso di estremismo).

sociali, tra le quali rientrano a pieno titolo le pianificazioni urbanistiche e abitative, nell'ambito delle quali possono essere disposte misure di limitazione alla libertà di circolazione e di residenza qualora sia ritenuto preminente un interesse pubblico concorrente quale è quello della gestione delle criticità (in termini di sicurezza e vivibilità) delle grandi città. La decisione sembra puntare esclusivamente sulla contrapposizione tra le scelte individuali della ricorrente in tema di scelta del luogo ove risiedere (dopo il rigetto del permesso di risiedere a Tarwewijk e dopo due gradi di giudizio che avevano confermato la legittimità del suddetto provvedimento di diniego la ricorrente nel 2010 si trasferiva a Vlaardingen)³ e il perseguimento di obiettivi di politica abitativa nelle aree metropolitane da parte dei pubblici poteri olandesi.

Questo commento si propone di evidenziare in primo luogo il profilo – che non è stato preso in considerazione neppure dalla Grande Camera – relativo alla «peculiare» situazione e ai bisogni della signora Garib che, in qualità di madre *single* con due figli a carico e titolare di benefit sociali, avrebbe meritato ben altra attenzione e ponderazione. In particolare, manca una riflessione sulla vulnerabilità «individuale» della ricorrente: la sua peculiare e composita fragilità doveva piuttosto essere ricostruita sulla base di una pluralità di fattori e condizioni personali e sociali (l'essere donna e madre lavoratrice, povera e bisognosa di sussidi pubblici) che in realtà contribuivano ad aggravare il rischio di un trattamento discriminatorio.

³ Dopo che le autorità competenti avevano rigettato la richiesta di permesso di residenza la signora Garib aveva impugnato il provvedimento dinanzi alle autorità amministrative giurisdizionali ma sia in primo grado che in appello i suoi ricorsi erano stati rigettati: nell'aprile del 2008, i giudici amministrativi della *Regional Court* di Rotterdam avevano giustificato le misure restrittive temporanee adottate dal legislatore in vista del legittimo obiettivo di promuovere un «cambiamento sociale» in alcune aree in cui si registrava una elevata concentrazione di persone svantaggiate (bisognose di benefit sociali) e al contempo si percepiva una generalizzata insoddisfazione e intolleranza tra la popolazione residente nei confronti di comportamenti inappropriati, episodi criminosi (Corte europea dei diritti dell'uomo, [GC], *Garib v. The Netherlands*, cit., par. 16 della motivazione in punto di fatto). Anche in appello, il ricorso è stato rigettato (2009) e nel 2010 la ricorrente si trasferiva a Vlaardingen.

Vulnerabilità (individuale), discriminazione e politiche abitative nelle aree metropolitane

2. La scelta individuale del luogo di residenza e il (consistente) margine di apprezzamento statale in tema di politiche abitative: la debolezza – individuale e sociale – della ricorrente resta completamente nell’ombra. – Come abbiamo già anticipato, la motivazione della decisione in commento ruota esclusivamente attorno alle questioni relative alla conformità a Convenzione della misura «eccezionale» adottata dalla legge olandese e alla proporzionalità della restrizione imposta alla libertà di circolazione della ricorrente in presenza di un preminente interesse pubblico rappresentato dall’obiettivo di invertire il declino e l’impoverimento in atto in alcune aree dei centri cittadini e migliorare così la qualità della vita. È bene sottolineare come i giudici non prendano neppure in considerazione i dati disponibili in merito all’effettivo impatto della legge rispetto a una ridefinizione del tessuto sociale che è fondata sull’esclusione di alcune categorie di soggetti nonché la dilatazione della concreta applicazione di una misura che, pur essendo stata concepita (almeno in origine) come uno strumento eccezionale volto a creare «zone di respiro» in quelle specifiche aree metropolitane maggiormente sotto pressione. In particolare, le valutazioni emerse da una ricerca commissionata all’Università di Amsterdam (2015) relativamente alla scarsa efficacia della misura legislativa rispetto all’obiettivo di migliorare la qualità della vita (in termini di maggiore sicurezza) non sono state prese in considerazione dai giudici della Grande Camera: questi dati non sono stati infatti ritenuti utili per impostare il giudizio sulla ragionevolezza e proporzionalità della misura legislativa denunciata. Piuttosto la Corte sceglie di svolgere una valutazione delle scelte di politica socio-economica alla luce della situazione che si presentava al momento dei fatti contestati e non certo con il senno di poi⁴.

Nel momento in cui approfondiscono la (sola) posizione individuale della ricorrente i giudici europei analizzano con estremo rigore le scelte effettivamente compiute dalla stessa e gli effetti che ne sono conseguiti in termini di applicazione dei presupposti introdotti dalla legge sulle misure eccezionali per avviare un processo di

⁴ V. Corte europea dei diritti dell’uomo, [GC], *Garib v. The Netherlands*, cit., parr. 145-148.

progressiva trasformazione del tessuto sociale urbano e ampliare così il *social mix* in determinate aree considerate problematiche (per sottosviluppo economico, per l'abbassamento dei livelli di sicurezza, per l'eventuale stato complessivo di degrado o di stagnazione delle attività economiche nella zona).

Trattandosi di persona con un comportamento virtuoso e rispettoso delle leggi, l'attenzione della Corte si sposta sulle singole scelte personali che avrebbero condotto la ricorrente a trasferirsi in un altro quartiere pochi mesi prima di maturare il requisito (sei anni di residenza nella zona metropolitana di Rotterdam) prescritto dalla legge (art. 8, *Urban Areas Act*). Del resto, come abbiamo già ricordato, la sussistenza di questo requisito temporale era molto importante giacché in presenza dello stesso sarebbe stato possibile sopperire al fatto che la ricorrente non aveva il requisito relativo al reddito richiesto dalla stessa norma: infatti, in qualità di madre *single* di due figli, la signora Garib percepiva un assegno erogato dalle istituzioni di assistenza sociale.

In realtà, l'analisi delle condizioni personali della ricorrente si concentra esclusivamente sulla contrapposizione tra la decisione individuale (di spostarsi in altra zona pochi mesi prima di maturare il requisito del termine di permanenza minima previsto dalla legge) e l'interesse generale perseguito dalle autorità pubbliche olandesi. In definitiva si fa gravare sulla ricorrente l'onere di dover addurre giustificazioni apprezzabili in ordine alla scelta «individuale» di trasferirsi in altra zona prima della maturazione del requisito temporale (residenza protratta per almeno sei anni) prescritto dalla legge olandese sulle misure speciali. Dunque, secondo i giudici di Strasburgo la signora Garib non avrebbe chiarito e dimostrato in modo sufficientemente convincente che quella scelta era stata «davvero» obbligata nel senso che costituiva l'unica soluzione praticabile per ovviare alle precarie condizioni dell'appartamento in cui aveva vissuto a partire dal 2005. Per dimostrare ciò la Corte ricorda che la ricorrente nel momento in cui ha deciso di trasferirsi in altra strada del quartiere di Tarwewijk non ha mai concretamente invocato o palesato la circostanza relativa alle effettive condizioni dell'alloggio in cui viveva dal 2005 né aveva dimostrato che quell'appartamento presentava

Vulnerabilità (individuale), discriminazione e politiche abitative nelle aree metropolitane

criticità tali da esporre le persone che vi abitavano a effettivi rischi per la salute⁵.

Colpisce in verità la puntuale disamina delle circostanze relative alla scelta «individuale» di lasciare l'appartamento occupato nel 2005 a fronte dalla assoluta mancanza di riferimento alcuno alle reali condizioni di vita di una madre che cresceva due figli da sola ed era in condizioni di povertà tali da avere bisogno dell'assistenza pubblica.

Rispetto a questa impostazione è determinante la scelta della Grande Camera di assumere quale unico parametro convenzionale per la risoluzione del caso in questione la libertà di circolazione e di residenza protetta dal Protocollo n. 4. Il diritto di scegliere il proprio luogo di residenza può essere limitato in alcune zone (geografiche) determinate per ragioni di «interesse pubblico in una società democratica» (art. 2, par. 4, Protocollo n. 4). La formula estremamente ampia della nozione di «interesse pubblico» consente in effetti di riconoscere agli Stati un margine di manovra altrettanto esteso in ordine alla possibilità di limitare la libertà del singolo di scegliere una determinata area come luogo di residenza e non si può neppure escludere la facoltà di apporre limiti per motivi economici⁶.

La Corte è in realtà consapevole della stretta relazione tra la scelta del luogo di residenza e la protezione della vita privata e familiare (art. 8 CEDU) puntualmente invocata dalla difesa della ricorrente, ma è altresì evidente la preoccupazione dei giudici di Strasburgo di non allargare lo spettro del parametro e di lasciare così «isolato» il precedente (*Noack and Others v. Germany*) in cui un ricorso presentato per violazione del Protocollo n. 4 è stato esaminato alla luce dell'eventuale violazione dell'art. 8 CEDU⁷. Le ragioni di questa operazione interpretativa sono probabilmente legate al fatto che nel caso *Noack*, come anche in altri casi di provvedimenti restrittivi adottati da autorità statali in nome di esigenze di pianificazione industriale e/o produttiva ovvero in nome di esigenze di sicurezza

⁵ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, [GC], *Garib v. The Netherlands*, cit., parr. 134-135.

⁶ Sul punto cfr. Art. 2, Protocollo n. 4, in S. BARTOLE - P. DE SENA - W. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 863.

⁷ Come precisato ai parr. 140-141 della sentenza in commento.

sociale o riqualificazione urbana, il giudizio sulla ragionevolezza e la proporzionalità delle limitazioni del diritto alla vita privata e familiare è stato impostato e condotto con riferimento a «gruppi» sociali identificati come vulnerabili e non a singoli individui in condizioni di disagio economico-sociale.

Nel caso *Noack*, infatti, i giudici hanno ritenuto le suddette limitazioni legittime in quanto hanno giudicato equo il bilanciamento tra il rispetto dei diritti sociali (all'abitazione) e culturali (rispetto delle proprie tradizioni linguistiche e religiose) della minoranza soraba, costretta a trasferirsi in un villaggio poco vicino a quello dell'originario insediamento (Horno), e la scelta politica delle autorità regionali tedesche di sviluppare l'estrazione della lignite nel distretto di Horno, scelta giustificata dall'obiettivo legittimo di garantire il benessere economico attraverso la garanzia dell'approvvigionamento energetico a lungo termine a basso costo e la creazione di nuovi posti di lavoro⁸. In questo caso è evidente la correlazione tra lo stile di vita della minoranza da tutelare e l'accezione della protezione della vita familiare intesa come «private life and homes».

L'attenzione per i diritti culturali delle minoranze si inserisce in un percorso giurisprudenziale che vede la Corte europea dei diritti dell'uomo misurarsi con le specifiche necessità di alcuni gruppi sociali ai quali associa la nozione di vulnerabilità o fragilità sociale (minoranze, donne e bambini Rom) ovvero specifiche categorie di persone (disabili, affetti da HIV): a fronte di questo tipo di «debolezza» i giudici di Strasburgo aprono alla prospettiva di ponderare con rigore gli obblighi positivi che gravano sullo Stato al fine di rimediare a questo tipo di situazioni «limite»⁹.

In particolare, in questo filone giurisprudenziale la valutazione delle specifiche condizioni di fragilità in cui versano, per diverse ragioni, alcuni gruppi sociali ovvero determinate categorie di persone ha spinto la Corte EDU a svolgere in maniera decisamente più precisa

⁸ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, [IV sez.], *Noack and Others v. Germany*, sentenza del 25 maggio 2000, par. 2 del Diritto.

⁹ Come rilevano L. PERONI - A. TIMMER, *Vulnerable Groups: The Promise of An Emerging Concept in European Human Rights Convention Law*, in *I-CON*, n. 4, 2013, p. 1056 ss.

Vulnerabilità (individuale), discriminazione e politiche abitative nelle aree metropolitane

e mirata il test sulla proporzionalità della misura statale oggetto di contestazione. Non vi sono solo le situazioni di vulnerabilità di alcune minoranze etniche (in particolare i Rom), ma è interessante notare che la vulnerabilità è stata invocata come *status* attinente a categorie di persone che, per effetto di discriminazioni figlie di «pregiudizi storici» fortemente radicati nella società, sono state definite come «gruppi sociali specialmente vulnerabili». È questo il caso delle persone con disabilità mentale: in presenza di queste specifiche condizioni di fragilità personale e sociale diventano massimi l'attenzione e il rigore con i quali i giudici di Strasburgo impostano e svolgono il sindacato sulla proporzionalità della misura statale che limita un loro diritto fondamentale. Ne deriva che per poter giustificare simili restrizioni devono essere adottate dallo Stato convenute in giudizio ragioni molto serie e circostanziate.

In particolare, la valutazione della esclusione dal godimento del diritto di voto introdotta dal legislatore ungherese a carico delle persone con disabilità mentale (nella fattispecie la ricorrente, in quanto affetta da turbe maniaco-depressive, era sottoposta a misure di vigilanza sanitaria)¹⁰ non solo contiene interessanti considerazioni in merito al significato e alla portata prescrittiva degli obblighi internazionali gravanti sugli Stati per effetto della Convenzione ONU sui diritti dei disabili, ma conduce a stigmatizzare le scelte del legislatore come colpevolmente «stereotipate»: il divieto in questione avrebbe di fatto avallato pregiudizi storici circa l'incapacità dei disabili (mentali) finendo per aggravare la loro marginalizzazione ed esclusione sociale.

In casi del genere, dunque, l'onere di provare l'adeguatezza delle misure di restrizione di un diritto fondamentale grava tutto sullo Stato e si restringono i confini del margine di apprezzamento e della discrezionalità delle autorità statali¹¹.

Su questa stessa linea argomentativa si pone la decisione con la quale la Corte europea ha condannato la Russia per aver rifiutato il

¹⁰ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Alajos Kiss v. Hungary*, sentenza del 20 maggio 2010, par. 42.

¹¹ Così G. SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Rivista AIC*, n. 3. 2017, p. 16.

permesso di soggiorno a persona straniera (cittadino uzbeko coniugato con una cittadina russa) affetta da HIV per effetto della violazione congiunta del divieto di discriminazione (art. 14 CEDU) e del diritto alla vita familiare (art. 8). Anche in questo caso la fragilità della persona ha indotto la Corte a impostare in modo rigoroso il test sulla proporzionalità della misura legislativa nazionale colpevole di aver riproposto lo stereotipo della necessità di proteggersi da persone che in quanto affette da HIV sarebbero portatrici di comportamenti insani e potenzialmente pericolosi per la collettività, generalizzazione totalmente inaccettabile che non teneva in alcun conto la condizione e la individualità del ricorrente¹².

Nel giudizio di proporzionalità svolto nel caso *Garib* non troviamo alcun riferimento alle reali condizioni personali e sociali della ricorrente dato che non viene minimamente esaminato il profilo delle specifiche «debolezze» riscontrabili nella concreta situazione della ricorrente nel periodo in cui aveva chiesto l'autorizzazione poi negata dalle autorità olandesi.

Dal punto di vista formale, i giudici di Strasburgo ricordano che la difesa della ricorrente ha invocato la violazione del divieto di discriminazione (art. 14), in combinato disposto con la violazione del diritto alla scelta della residenza di cui all'art. 2 del Protocollo n. 4, per la prima volta solo nel ricorso dinanzi alla Grande Camera, e non già nella causa decisa dalla Camera nel 2016: in virtù di una giurisprudenza consolidata la Grande Camera ha quindi ritenuto di non potersi occupare di questo profilo¹³.

In realtà, la mancata invocazione del divieto di discriminazione non costituiva un ostacolo insormontabile giacché la Corte avrebbe potuto impostare diversamente il senso e il significato della scelta della ricorrente rispetto al luogo dover vivere e far crescere i propri figli e arrivare, come è accaduto per il controllo sulle restrizioni del diritto al voto dei disabili, a valutare in modo meno formalistico e

¹² V. Corte europea dei diritti dell'uomo, [I sez.], *Kiyutin v. Russia*, sentenza del 10 marzo 2011.

¹³ Così Corte europea dei diritti dell'uomo, [GC], *Garib v. The Netherlands*, cit., parr. 95-101.

Vulnerabilità (individuale), discriminazione e politiche abitative nelle aree metropolitane

meccanico l'effettivo margine di discrezionalità riservato alle autorità nazionali olandesi.

È infatti noto che tanto in materia di diritto di voto (art. 3, Protocollo n. 1) quanto in materia di pianificazione urbanistica e/o politiche ambientali la Corte EDU tende a dilatare il margine di apprezzamento degli Stati¹⁴: il punto decisivo che però marca la differenza nel trattamento del primo caso, in cui i giudici hanno ritenuto di dover svolgere uno *strict scrutiny* in merito alla ragionevolezza delle restrizioni imposte al diritto di voto, è dato dalla valutazione in merito alla vulnerabilità della «categoria sociale» ovvero del «gruppo». Dunque, in presenza di disabili mentali la valutazione della fragilità riferita a una categoria sociale storicamente discriminata le decisioni dello Stato in ordine all'esercizio del diritto di voto sono state attentamente valutate.

E' indubbio che la necessità di circoscrivere di volta in volta le ragioni della singola vulnerabilità nasconde una pluralità di insidie e apre a possibili incongruenze: riferire la debolezza a un gruppo non dovrebbe mai esimere l'interprete dallo sforzo di precisare la specifica situazione in cui versa la persona che lamenta la discriminazione e non mancano nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo casi in cui questa disamina non è stata fatta con la dovuta attenzione¹⁵.

Alla luce di queste considerazioni, è lecito ritenere che vi fossero precise circostanze da valutare per indagare le cause della fragilità personale e familiare della ricorrente nel momento in cui le

¹⁴ Lo ricorda SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento*, cit., p. 16 ss.; la sentenza *Garib* del 2017 richiama del resto il *leading case Chapman v. U.K.* [GC] del 2001 dove il principio in questione è stato chiaramente formulato con riferimento alle decisioni in merito alla pianificazione urbanistico-ambientale rispetto alla quale le autorità nazionali sono considerate quelle che meglio sono in grado di valutare e ponderare le esigenze personali e finanziarie dei singoli individui con l'interesse della collettività (par. 161).

¹⁵ Sui rischi di un discutibile, rischioso e talora controproducente «paternalismo» da parte dei giudici di Strasburgo nel momento in cui identificano le ragioni e i termini della vulnerabilità di volta in volta riconducibile al «gruppo» ovvero alla specifica debolezza di una distinta «categoria sociale», si rinvia alle condivisibili osservazioni critiche di PERONI-TIMMER, *Vulnerable Groups*, cit., p. 1070 ss.

autorità olandesi avevano negato alla stessa il permesso di risiedere nel quartiere prescelto.

Per quanto riguarda le condizioni personali (appartenenza al genere femminile), è difficile negare che, come nel caso dei disabili, esiste un Trattato che protegge le donne da ogni forma di discriminazione: in particolare, l'art. 11 della Convenzione ONU sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazioni nei confronti della donna (1979) impegna gli Stati parte ad attivarsi affinché sia garantita alle donne l'effettività del diritto al lavoro. Tale protezione internazionale poteva essere invocata se solo si fosse voluto considerare l'oggettiva difficoltà di una donna con due figli a carico a trovare un posto di lavoro, anziché limitarsi a ricostruire soltanto la «scelta» della ricorrente di spostarsi dall'appartamento occupato dal 2005 nel quartiere di Tarwewijk.

Passando poi ad analizzare le condizioni sociali della ricorrente, la situazione di povertà e di dipendenza da sussidi pubblici è stata decisiva nel caso in esame giacché la legge olandese, come abbiamo già ricordato, prescriveva come condizione per ottenere il permesso abitativo la percezione di un certo livello di reddito correlato ad un'occupazione. Il disagio socio-economico della ricorrente finisce per essere inquadrato all'interno di una disciplina legislativa che appare decisamente problematica nella parte in cui si fonda sullo stereotipo dell'automatismo tra povertà, indigenza, difficoltà economiche e diffusione di comportamenti pericolosi se non addirittura criminosi.

Purtroppo, del (discutibile) collegamento tra condizioni economiche dei residenti e diffusione di comportamenti inappropriati e criminosi che sostiene la *ratio* della legge olandese sulle misure speciali e dei riflessi di questa impostazione sulla posizione individuale e sociale della ricorrente non hanno voluto tener conto i giudici di Strasburgo¹⁶.

¹⁶ Sulla discriminazione collegata alle precarie condizioni economiche v. l'ampia argomentazione che sostiene il *dissent* dei giudici Pinto de Albuquerque e Vehabović, parr. 22-30.

Vulnerabilità (individuale), discriminazione e politiche abitative nelle aree metropolitane

3. *Diritti umani e interpretazione pro persona: il valore delle clausole interpretative nel diritto internazionale dei diritti umani.* – L'insufficiente valutazione della complessiva condizione personale e sociale della ricorrente appare criticabile anche alla luce della filosofia di fondo che sostiene la tutela internazionale dei diritti dell'uomo: la priorità assoluta riservata, sia dalla sentenza della Camera, sia dalla decisione della Grande Camera nel caso in esame, agli obiettivi di politica economica dello Stato convenuto in giudizio non si concilia facilmente con la prospettiva (individuale) dei ricorsi per la violazione dei diritti dell'uomo.

Nel diritto internazionale dei diritti dell'uomo la centralità della tutela individuale è confermata dall'esplicita affermazione di principio contenuta nell'art. 29 della Convenzione americana sui diritti dell'uomo: nessuna disposizione di quella Convenzione dovrà essere interpretata in modo da «limitare il godimento o l'esercizio di uno dei diritti o libertà riconosciute in forza delle leggi di uno Stato parte o di un'altra Convenzione o di limitarne in forma più estesa di quanto essa stessa prevede (lett. b)). Più in generale, alla luce del principio scritto nell'art. 31.1 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati, ogni trattato deve essere interpretato in linea con gli obiettivi che persegue: dunque, i trattati sui diritti umani in nome dello specifico obiettivo che perseguono devono essere interpretati alla luce della necessaria valorizzazione dei diritti della persona umana¹⁷. Il principio *pro*

¹⁷ Dunque il principio *pro persona* trova espresso riconoscimento normativo all'interno del diritto internazionale dei diritti umani sia nella Convenzione di San José ma prima ancora è stato formulato in termini universalistici dal Patto ONU sui diritti civili e politici (art. 5): sul valore normativo ed ermeneutico di questo principio v. C. NÚÑEZ D., *Desafíos de la justicia constitucional frente a la apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos: la función del principio pro persona*, in *Derechos fundamentales a debate*, n. 9, 2019, p. 59 ss., 65 (pubblicazione quadrimestrale reperibile in <http://cedhj.org.mx/revista%20DF%20Debate/revista%20pdf/ADEBATE%209-2019.pdf>). Nella dottrina latino-americana il principio *pro persona* è stato studiato in particolare da F. PIOVESAN: di questa autrice si veda da ultimo *O impacto da Jurisprudência da Corte interamericana de direitos humanos e a emergência de um novo paradigma jurídico*, in R. ROMBOLI - A. RUGGERI (a cura di), *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani: modelli ed esperienze a confronto*, Torino-Valencia, 2019, p. 129 ss.

persona dovrebbe orientare verso un'interpretazione estensiva delle norme che consacrano i diritti ovvero suggerire un'interpretazione restrittiva quando si tratta di norme che li limitano o li restringono: nell'area latino-americana la valorizzazione di questo principio è legata proprio all'apertura del dialogo e del confronto con le garanzie presenti nei vari trattati internazionali sui diritti umani (ad es. la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo ovvero la Convenzione contro ogni forma di discriminazione verso le donne) e con i giudici nazionali, a partire proprio dalle Corti costituzionali statali.

L'esplicita valorizzazione dell'interpretazione delle garanzie nel senso più favorevole all'uomo, ovvero alla persona umana, è in realtà alla base della clausola contenuta anche nell'art. 53 della Convenzione europea. Al di là delle differenze lessicali rispetto alla formula utilizzata dall'art. 29 della Convenzione americana, il tratto comune tra queste due disposizioni è costituito dall'esplicito richiamo, in entrambe i testi, delle norme più favorevoli esistenti a livello nazionale e delle convenzioni internazionali¹⁸.

In realtà, nella giurisprudenza della Corte interamericana la valorizzazione dell'obiettivo finale della massima protezione dei diritti dell'uomo ha condizionato in misura sicuramente più consistente il modo di impostare il bilanciamento tra la posizione individuale del ricorrente e le scelte dei legislatori ovvero dei giudici nazionali rispetto a quanto accade nel sistema europeo di protezione dei diritti umani.

Questo tipo di approccio interpretativo dei giudici di San José ha avuto innegabili riflessi sull'estensione delle garanzie: in particolare, l'apertura agli standard di garanzia previsti anche da altre fonti del diritto internazionale dei diritti umani, grazie al rinvio espresso contenuto nell'art. 29 CADU, ha sicuramente inciso sulla interpretazione di alcune nozioni in chiave decisamente evolutiva, a cominciare proprio dalla nozione di discriminazione.

¹⁸ Su queste analogie lessicali e culturali cfr. L. BURGORGUE LARSEN, *Articolo 29, Norme interpretative*, in L. CAPPuccio - P. TANZARELLA (a cura di), *Commentario alla prima parte della Convenzione americana dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2017, p. 738.

Vulnerabilità (individuale), discriminazione e politiche abitative nelle aree metropolitane

Resta emblematica sotto tale profilo l'analisi del trattamento discriminatorio subito dalla coppia di donne che si era vista negare in diversi gradi di giudizio il diritto di crescere le figlie naturali di una delle due in virtù di inaccettabili stereotipi sulla presunta inadeguatezza di coppie dello stesso sesso a crescere ed educare i figli¹⁹.

Grazie a simili estensioni delle fattispecie di non discriminazione è stato possibile nel sistema americano dilatare in modo esattamente speculare i confini degli obblighi positivi gravanti sugli Stati, soprattutto allorché alcuni fattori di debolezza personale del ricorrente coesistono con specifiche circostanze di carattere sociale e/o familiare e favoriscono odiose forme di discriminazioni «plurime».

4. *La prospettiva delle discriminazioni «plurime»: il silenzio della Corte EDU al confronto con le sollecitazioni provenienti dalla recente giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti dell'uomo.* – Per tornare al caso oggetto di commento, qualora la specifica condizione sociale di vulnerabilità della ricorrente (donna, madre single in condizioni di povertà e come tale destinataria di assegno sociale al momento della presentazione della richiesta di permesso abitativo) fosse stata presa in considerazione dalla Corte

¹⁹ Come è accaduto nell'importante sentenza *Atala Riffo y niñas v. Chile* del 24 febbraio 2012. Sempre con riferimento all'applicazione del principio di eguaglianza/divieto di discriminazioni la Corte IDU ha chiarito gli obblighi positivi (creare le condizioni di eguaglianza effettiva) che gravano sullo Stato quando sono in gioco i diritti di persone che per più ragioni sono maggiormente esposti al rischio di discriminazione: nella sentenza *Furlan y familiares v. Argentina* del 31 agosto 2012, parr. 268-269, la Corte IDU afferma i minori con disabilità devono poter godere di un effettivo diritto di accesso alla giustizia e questo implica la necessità di adottare tutte le misure di compensazione che contribuiscano a ridurre gli ostacoli e i limiti che impediscono o riducono la difesa efficace dei loro interessi. Nella fattispecie la particolare vulnerabilità del ricorrente derivava dal fatto di essere minore di età, portatore di *handicap* e nato in una famiglia con scarse risorse economiche.

europea si sarebbe aperto un varco interpretativo per una riflessione sul significato e sull'impatto delle discriminazioni «plurime»²⁰.

Proprio muovendo dalle condizioni di indigenza di una minore, affetta da una malattia del sangue, che si era rivolta ad una struttura privata competente a praticare trasfusioni di sangue contraendo il virus dell'HIV proprio a causa della trasfusione e subendo a causa della suddetta sindrome tutta una serie di disagi e di gravi privazioni anche rispetto al diritto all'istruzione la Corte interamericana ha affrontato con grande coraggio il tema della «inteseccionalidad de las discriminaciones»²¹. Si tratta di forme particolarmente gravi di violazioni del divieto di discriminazione in cui la severità del trattamento discriminatorio è legata al fatto che si è in presenza dell'intersezione di una pluralità di fattori (fonti di possibili discriminazioni) tra loro correlati.

Se non vi fosse questa compresenza e interconnessione di differenti cause di vulnerabilità non si avrebbe il corrispondente danno grave ai diritti della ricorrente: nel caso sopra richiamato, la condizione di povertà della minore affetta da una malattia del sangue l'aveva condotta verso trattamenti sanitari (trasfusione), svolti in condizioni oggettive caratterizzate da disorganizzazione e insufficienti sistemi di sicurezza, dai quali ha avuto origine una vera e propria odissea umana e familiare. La ragazza, infatti, avendo contratto HIV a seguito della trasfusione, era stata allontanata da diversi istituti scolastici per effetto della stigmatizzazione sociale e dei pregiudizi radicati nei confronti delle persone affette da tale malattia. La ricorrente e i suoi familiari avevano vissuto per lunghi anni deprivazioni e difficoltà che la Corte interamericana percepisce e inquadra come vulnerabilità estrema, in quanto legata a una concatenazione di fattori e di circostanze che hanno messo in discussione il diritto alla vita, l'istruzione e la vita familiare della

²⁰ Sull'occasione mancata dai giudici di Strasburgo che non si sono confrontati con la categoria delle discriminazioni intersezionali, categoria ormai ampiamente studiata e riconosciuta in ambito internazionale, v. le considerazioni del giudice Pinto de Albuquerque nell'opinione dissenziente cit, par. 31 ss.

²¹ V. Corte interamericana dei diritti dell'uomo, *Gonzales Lluy v. Ecuador*, sentenza del 1° settembre 2015, par. 285-291; il tema è poi ripreso diffusamente nel Voto concorrente del giudice Ferrer Mac-Gregor, par. 6 ss.

Vulnerabilità (individuale), discriminazione e politiche abitative nelle aree metropolitane

ricorrente. Su queste basi si arriva a considerare, nell'ambito del gruppo sociale delle persone affette dalla sindrome HIV facilmente soggetto a trattamenti discriminatori nella vita sociale e di relazione, il particolare peso specifico che quel fattore ha avuto rispetto alla peculiare condizione della ricorrente in quanto persona di sesso femminile e come tale facile vittima di stereotipi di genere. Dunque la bambina affetta da HIV è speciale nella sua vulnerabilità rispetto al *genus* delle persone portatrici della stessa malattia: lo Stato avrebbe dunque dovuto mettere in campo tutte le azioni necessarie a proteggere la bambina affetta da HIV e sostenerla nel suo progetto di vita che include l'istruzione e la formazione nonché la vita di relazione e familiare della futura donna²².

Per la prima volta la Corte interamericana accertava così la violazione del diritto sociale all'istruzione protetto dall'art. 13 del Protocollo di San Salvador sulla protezione dei diritti sociali

²² V. Corte interamericana dei diritti dell'uomo, *Gonzales Lluy v. Ecuador*, cit., parr. 290-91, ove la Corte ricorda che la discriminazione subita da Talía Gonzales Lluy non fu solo generata da una molteplicità di fattori, ma si è tradotta in una forma specifica di discriminazione che risulta dall'intersezione di tutti quei fattori: se qualcuno di quei fattori non fosse esistito, la discriminazione avrebbe assunto forma differente. La situazione di indigenza ha favorito l'accesso a struttura sanitaria inadeguata (in quanto non sufficientemente sicura per le trasfusioni di sangue) e non ha certo aiutato nella scelta della scuola. Successivamente, il fatto di essere una bambina affetta da HIV ha generato una pluralità di ostacoli nell'accesso e nella permanenza all'interno del sistema scolastico: quegli ostacoli hanno avuto un impatto negativo per lo sviluppo della persona e tale impatto è particolarmente grave se si considera il ruolo dell'istruzione per superare le discriminazioni di genere. Il caso di Talía induce piuttosto a ritenere che la stigmatizzazione collegata con l'essere affetta da HIV non ha lo stesso impatto su tutte le persone giacché risultano ben più gravi gli effetti su quei gruppi sociali che di per sé soffrono di marginalizzazione. Da questi passaggi della decisione si comprende bene come i giudici interamericani siano in grado di isolare in modo efficace e persuasivo nella categoria di soggetti deboli o vulnerabili (in ragione della malattia o in ragione del sesso) la peculiare gravità delle condizioni della ricorrente. Per un commento alla decisione cfr. S. VANNUCCINI, *L'avanzamento giurisprudenziale operato dalla Corte interamericana dei diritti dell'uomo in tema di "justiciabilidad" del diritto all'istruzione*, in *Federalismi.it – Focus Human Rights*, n. 2, 2017, pp. 1-28; ID., *Gonzales Lluy et al. v. Ecuador: The First Judgment of the Inter-American Court of Human Rights Declaring Violation of Article 13 (Right to Education) of the Protocol of San Salvador*, in *diritti-cedu.unipg.it*, 25 November 2017.

economici e culturali, adottato nel 1988 ma entrato in vigore nel 1999, che è parte integrante del parametro convenzionale nel sistema americano di protezione dei diritti umani. A fronte della peculiare gravità delle concomitanti situazioni di debolezza della ricorrente i giudici interamericani hanno avuto altresì l'occasione di evidenziare e condannare le omissioni dello Stato convenuto in giudizio sul versante del mancato rispetto dell'obbligo (positivo) di controllare le strutture private che erogano servizi per la salute delle persone. L'assenza colpevole di un sistema di monitoraggio pubblico sulle attività della Banca del sangue gestita dalla Croce rossa è fonte di responsabilità per lo Stato denunciato per non aver tutelato il diritto alla vita e all'integrità personale. Per questa via la Corte interamericana è riuscita a dare massima visibilità al profilo della salute come bene della collettività che lo Stato deve preservare adempiendo ad una serie di obblighi e impegni concreti che implicano ovviamente anche uno sforzo organizzativo e risorse economiche per raggiungere livelli ottimali nello standard dei controlli sull'erogazione dei servizi sanitari.

Il versante degli obblighi positivi dello Stato in materia di salute riporta in primo piano la questione della giustiziabilità dei diritti sociali ed economici, tema che nel sistema interamericano trova esplicito fondamento grazie al Protocollo di San Salvador sopra richiamato: in virtù di tale documento limitatamente ad alcuni diritti sociali fondamentali (diritti sindacali e diritto all'istruzione) è consentita la piena giustiziabilità mediante il meccanismo dei ricorsi individuali diretti alla Corte interamericana²³. La piena valorizzazione del diritto alla salute nel caso di specie passa attraverso la lettura in chiave evolutiva del diritto alla vita e all'integrità della persona: sul punto però le opinioni concorrenti di due giudici evidenziano prospettive interpretative nettamente opposte.

²³ Il Protocollo di San Salvador fu adottato il 17 novembre 1988, è entrato in vigore il 16 novembre 1999 ed è stato ratificato da 16 Stati (al 1° gennaio 2018): esso contiene norme di garanzie sui diritti economici sociali e culturali ma precisa (art. 19, co. 6) che l'attivazione del sistema di ricorsi individuali dinanzi alla Corte interamericana è possibile solo in caso di violazione imputabile direttamente a uno Stato di alcuni diritti sindacali (art. 8, lett. a)) e del diritto all'istruzione (art. 13).

Vulnerabilità (individuale), discriminazione e politiche abitative nelle aree metropolitane

Da un lato emerge la cautela di chi esclude la piena giustiziabilità di tutti i diritti sociali e non ritiene possibile forzare le maglie dei limiti espressi del Protocollo di San Salvador sopra richiamati attraverso l'uso della clausola generale sullo sviluppo progressivo di cui all'art. 26 CADU. Tale disposizione contiene l'impegno degli Stati parte ad adottare tutte le misure, sia in ambito nazionale che a livello di cooperazione internazionale, specie di natura economica e tecnica al fine di conseguire progressivamente la piena realizzazione dei diritti contenuti nelle norme in ambito economico, sociale, educativo, scientifico e culturale contenute nella Carta dell'Organizzazione degli Stati Americani così come successivamente emendata²⁴. E' decisivo in questa prospettiva interpretativa il richiamo esplicito al *self restraint* del giudice internazionale dei diritti umani che non deve mai competere con le scelte di politica legislativa (in materia sanitaria) che restano appannaggio della discrezionalità degli Stati, unici soggetti in grado di calibrare il livello di tutela dei diritti in relazione alle effettive risorse economiche disponibili²⁵.

Su posizioni opposte si colloca la opinione concorrente del giudice Ferrer Mac-Gregor Poisot che illustra diversi argomenti per ricavare da quella stessa clausola la possibilità di costruire la garanzia piena per il diritto alla salute, dal momento che nessuna clausola contenuta nel Patto di San Salvador potrebbe mai mettere in crisi la piena vigenza della Convenzione americana il cui art. 29 impone un'interpretazione ispirata al *favor* verso la piena garanzia dei diritti della persona (principio *pro persona*)²⁶.

La ricchezza degli approcci interpretativi (valorizzazione del principio *pro persona*, clausola evolutiva, attenzione alle

²⁴ Si tratta in realtà di una norma assai discussa e problematica di cui la Commissione e la Corte interamericana hanno fatto un uso assai limitato, come ricordano E. RAFFIOTTA - A. PÉREZ MIRAS, *Articolo 26 Sviluppo progressivo*, in CAPPUCCIO - TANZARELLA (a cura di), *Commentario alla prima parte della Convenzione americana dei diritti dell'uomo*, cit., p. 678 ss.

²⁵ Così il *Voto concorrente del Juez Humberto Antonio Serra Porto nel caso Gonzales Lluy v. Ecuador*, par. 6 ss.

²⁶ V. *Voto concorrente del Juez Ferrer Mac-Gregor Poisot nel caso Gonzalez Lluy y Otros v. Ecuador*, par. 18 ss. A questo voto hanno aderito i giudici R.F. Caldas e M.E. Ventura Robles.

discriminazioni plurime) ampiamente sperimentati dalla Corte interamericana è purtroppo decisamente lontana dal problematico e insoddisfacente bilanciamento svolto dai giudici europei tra le restrizioni alla libertà della signora Garib di scegliere la propria residenza e le politiche abitative nelle città metropolitane.

Se è indubbio che il sistema europeo di protezione internazionale dei diritti dell'uomo non include formalmente un principio analogo a quello dello sviluppo progressivo né un catalogo dei diritti sociali azionabili (principi e diritti che indubbiamente sostengono la coraggiosa evoluzione interpretativa dei giudici interamericani sopra richiamata), è altresì evidente che attraverso le potenzialità del principio di non discriminazione i giudici europei hanno comunque sviluppato un percorso interpretativo che arriva alla identificazione dei fattori di debolezza o fragilità di alcuni gruppi/categorie sociali.

Resta però ancora da perfezionare la modalità di valutazione della singola vulnerabilità che dovrebbe essere attentamente vagliata alla luce delle specifiche condizioni del ricorrente: per questa via la Corte EDU potrebbe arrivare a valorizzare gli obblighi positivi gravanti sugli Stati membri e applicare con rigore e precisione il sindacato sulla proporzionalità delle misure che limitano i diritti. Il completamento di questo percorso potrebbe arrecare indubbi benefici proprio dal lato dell'argomentazione che accompagna l'individuazione delle cause della vulnerabilità: il gruppo dovrebbe però fornire la base di partenza per la ricerca degli indici di discriminazione mentre l'analisi approfondita delle singole situazioni nonché l'eventuale presenza di fattori plurimi e concomitanti di discriminazione favorirebbero la messa a fuoco della condizione personale e sociale di debolezza del singolo ricorrente.

Fine vita

SABRINA VANNUCCINI*

SULL'ACCANIMENTO MEDICO-GIUDIZIARIO FRANCESE
(E IL *PLACET* DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI
DELL'UOMO) PER IL «NON DIRITTO DI VIVERE»
DEL PAZIENTE DISABILE: L'*AFFAIRE VINCENT LAMBERT*

SOMMARIO: 1. Prologo: la dignità puramente utilitaristica della persona. – 2. *L'affaire Vincent Lambert*. a) Le fasi iniziali dell'*iter* medico-giudiziario francese: il dominio della direttiva *in dubio pro morte* anziché *pro vita*. – 3. (segue) b) La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: il via libera, tra «formalismo giuridico» e «errore di diritto», a «lasciar morire» di sete e di fame Vincent Lambert. – 4. (segue) c) Successivi sviluppi dell'*iter* medico-giudiziario francese ai confini del diritto e dell'etica: l'«ostinazione irragionevole» a voler privare Vincent Lambert del «permesso di esistere». – 5. (segue) d) L'ultimo capitolo: il ricorso al Comitato delle Nazioni Unite per i diritti delle persone con disabilità al fine di interrompere la «congiura di morte» contro Vincent Lambert. – 6. Epilogo: la dignità puramente ontologica della persona.

«Una casta o un ordine professionale che cerca di governare gli uomini in una materia simile è come l'occhio destro di un uomo che pretendesse di comandarlo o la gamba sinistra che sfuggisse al suo controllo. E' follia».

(Gilbert Keith Chesterton)

1. *Prologo: la dignità puramente utilitaristica della persona.* – La nota locuzione latina «*memento mori*» (letteralmente, «ricordati che devi morire»), dal significato evocativo e sottilmente perturbante, trova origine in una singolare usanza tipica dell'antica Roma, utilizzata quale giudizioso richiamo alla natura umana e mortale dell'uomo che, come tale, è limitata e caduca¹. Nei tempi odierni,

* Dottore di ricerca in Diritto internazionale e dell'Unione europea, Università di Firenze.

¹ Cfr. TERTULLIANO, *Apologeticum*, XXXIII, 4.

tuttavia, il riferimento cui può essere connessa la celebre frase non sembra all'ineluttabilità della morte, intesa quale fine naturale dell'esistenza storica dell'individuo e del proprio organismo, bensì alla causazione della morte in forma medica e giudiziaria.

In termini di constatazione oggettiva, può rilevarsi come si stia introducendo un orientamento insidioso concretantesi in forzature che riguardano la decisione di primissimi «casi» (e di questioni giuridicamente e bioeticamente non limpide a essi sottese) risolti negativamente – ossia con la morte decretata dalle autorità sanitarie e imposta dalle autorità giudiziarie a pazienti piccoli senza alcun potere di parola, affetti da patologie a prognosi infausta, gravemente disabili, in stato di coscienza minima –, e che intende farli assurgere a precedenti vincolanti per «casi» futuri², utilizzando il decesso (mediatico) di questi pazienti a fini giustificativi del compimento di atti eutanasi³ così da far passare l'eutanasia quale pratica normale, *de facto* legalizzandola, negli ordinamenti giuridici nei quali è un reato penalmente perseguibile.

Sebbene l'edificio dei diritti umani possa definirsi saldamente costruito soltanto se a fondamento dello stesso è posto il diritto alla vita, il *punctum dolens* è costituito dalla progrediente erosione e degradazione del valore assoluto e intangibile di questo supremo diritto, presupposto fondamentale su cui si innestano tutti gli altri diritti umani, senza il quale questi non soltanto non possono essere tutelati ma neppure concepiti, e che si identifica con la persona.

² Ne è emblematicamente esemplificativo, tra quelli mediaticamente conosciuti e diventati «casi giudiziari pilota» a livello (inter)nazionale, il drammatico «caso» inglese del piccolo Alfie Evans. Cfr. S. VANNUCCINI, *Sulla (im)mobilità sanitaria transfrontaliera nel contesto della (il)libertà di circolazione e di cura all'interno del territorio europeo: il "caso" inglese del piccolo Alfie Evans*, in *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, n. 1, 2019, pp. 93-118.

³ i) Con l'espressione «eutanasia attiva» si intende l'intervento del medico (qualificabile come condotta commissiva) volto a porre fine alla vita del paziente, anticipandone il momento della morte, mediante la somministrazione di farmaci letali, ipotesi riconducibile icasticamente al «far morire». ii) Con l'espressione «eutanasia passiva» si intende l'astensione del medico (qualificabile come condotta omissiva) dal mettere in atto i provvedimenti necessari al mantenimento in vita del paziente o l'interruzione di tali provvedimenti, da cui consegue l'anticipazione della dipartita dell'interessato, ipotesi riconducibile icasticamente al «lasciar morire».

L'attuale concezione ne disconosce il carattere prioritario e lo colloca sul medesimo piano valoriale di tutti gli altri diritti umani – addirittura, in una posizione subordinata rispetto a taluni «nuovi» diritti soggettivi, espressione di «nuove» pretese individuali – determinando una specie di generalizzazione. Si assiste, pertanto, al paradosso secondo il quale le pretese assurgono a diritti, mentre questi – tra cui, anzitutto, proprio il diritto alla vita – sono dequalificati a mere rivendicazioni⁴. È il trionfo della dinamica involutiva, che scardina l'integrità del *noyau dur* dei diritti umani, e vede i tribunali ergersi a patrocinatori delle «cause di morte procurata» promosse dai medici, sovvertendo la finalità del diritto⁵.

Reputando che lo specifico dell'umanità sia basato sull'*utilità* di un'esistenza – conformemente alla pervasiva e dilagante ideologia della vita come «prestazione», nella cui prospettiva la definizione alternativa all'abbandonata nozione di «persona» è vagamente ascritta a una concezione di natura funzionalistica e performante –, si scardinano i fondamentali connotati ippocratici della medicina rinunciando a curare i pazienti considerati *unfit*, ovvero non idonei a vivere, non adatti alla vita in quanto la loro è ritenuta solamente «vegetativa» e «biologica», dunque *inutile*. È il trionfo dell'utilitarismo fondato sull'impietosa etica della «qualità della vita», che sopprime la possibilità che l'esistenza abbia una «dignità umana», un «valore umano» anche in situazioni di non «normalità» e di non benessere psico-fisico, imponendo il paradigma della dipartita forzata per i soggetti «improduttivi»⁶.

Valutando come *inutile* lasciar vivere tali pazienti, anche le cure mediche più elementari quali forme di accudimento sono un *inutile* impiego di risorse economiche di bilancio e, quindi, costoro sono «lasciati morire» (per deprivazione di acqua, cibo, ossigeno) perché su dei «vegetali» è *inutile* investire denaro. È il trionfo del cinismo economicista, in ossequio al quale la «non persona» – giacché il

⁴ Cfr. G. PUPPINCK, *Les droits de l'homme dénaturé*, Paris, 2018.

⁵ Cfr. M. RONCO (a cura di), *Il «diritto» di essere uccisi: verso la morte del diritto?*, Torino, 2019.

⁶ Cfr. G. ROCCHI, *Licenza di uccidere. La legalizzazione dell'eutanasia in Italia*, Bologna, 2019.

paziente, in determinate condizioni, non è più qualificato come persona essendo, piuttosto, equiparato a un «vegetale» – è considerata sacrificabile ai fini dell'efficienza economica del sistema sanitario.

Caratterizzata da un simile *déjà vu* è la lunga vicenda umana, familiare, medico-legale, resa oggetto di un vivace dibattito plurale e poliedrico a livello mediatico, riguardante Vincent Lambert, un paziente francese sottoposto a una procedura collegiale ospedaliera di arresto di sostentamento idrico e alimentare – equivalente, in sostanza, a una morte per sete e per fame –⁷, che ha disvelato un vastissimo campo di dissenso etico-antropologico⁸, i cui «riflessi» medico-

⁷ Sebbene non sia stato affidato a campagne mediatiche e, quindi, sia passato quasi sotto silenzio, si segnala anche l'*affaire* Inès Afiri – la c.d. «Alfie di Francia» – che sul suolo transalpino ha sollevato il delicato problema dei limiti del potere ospedaliero e del potere giudiziario nel caso di pazienti minorenni in stato di incoscienza i cui genitori si oppongono alla decisione, scaturita dall'alleanza medici-giudici, di terminarne l'esistenza. Nella fattispecie, Inès è deceduta dopo circa quaranta ore di agonia, alla presenza di otto poliziotti per impedire qualunque opposizione da parte dei familiari all'attuazione della «pratica mortifera».

⁸ Si è rivelato, senza dubbio, alquanto contrastato lo scenario bioetico presentato dal Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé (di seguito CCNE) nel *Rapport de synthèse des États généraux de la bioéthique*, aperti ufficialmente il 18 gennaio 2018 in occasione dell'avvio del processo di revisione della c.d. «legge di bioetica» che ha luogo ogni sette anni. Il 30 aprile 2018 sono state completate le consultazioni popolari organizzate dal CCNE, quale prima fase del lavoro volto, appunto, alla finalizzazione di un progetto di legge. È la stessa *Loi n° 2011/814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique* (artt. 46-47) a prevedere che la revisione periodica debba essere preceduta da un dibattito pubblico organizzato, su iniziativa del CCNE, sotto forma di États généraux. Il Rapporto è stato suddiviso in tre parti: *i*) gli obiettivi e le modalità attraverso le quali il CCNE ha organizzato gli États généraux, i relativi dibattiti, la scelta dei temi e degli spazi di discussione e confronto; *ii*) i temi trattati e le proposte avanzate, nei diversi spazi di consultazione e dibattito, sulle nove questioni bioetiche che hanno definito l'ambito di discussione (ricerca sull'embrione e sulle cellule staminali embrionali; screening genetici e medicina genomica; dono e trapianti di organi; neuroscienze; dati sanitari; intelligenza artificiale e robotica; salute e ambiente; procreazione e società; accompagnamento di fine vita); *iii*) alcuni profili trasversali e gli insegnamenti che il CCNE ha ritenuto di poter trarre dal sistema di dibattiti pubblici messo in atto. Cfr. COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ, *Rapport de synthèse du Comité consultatif national d'éthique*, Juin 2018; ID., *Avis 129. «Contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi de bioéthique 2018-2019»*,

deontologici e giuridico-giudiziari si sono protratti per oltre un decennio, segnandone la cronistoria ragionata e complessa.

2. *L'affaire Vincent Lambert*. a) *Le fasi iniziali dell'iter medico-giudiziario francese: il dominio della direttiva* in dubbio pro morte anziché pro vita. – «Caso» eticamente sensibile quello di Vincent Lambert, tetraplegico e in stato di coscienza minima (o ipo-relazionale)⁹ a causa dei postumi di un incidente stradale avvenuto il 29 settembre 2008.

Il 10 aprile 2013, l'Ospedale universitario di Reims in cui il paziente è stato ricoverato, in assenza di un'evoluzione neurologica significativa, ha intrapreso – al termine di una procedura collegiale, prevista dal *Code de la Santé Publique* (di seguito CSP)¹⁰, dichiarante l'«*obstination déraisonnable*»¹¹ –, un «*protocole de fin de vie*» nei

Septembre 2018. Nondimeno, nessuna tendenza chiara è affiorata, nessun consenso sociale può dirsi sussistere, in Francia, sulla disciplina giuridica di una delle questioni tra le più dibattute anche sotto i profili politico, sociologico, scientifico, medico e morale: quella della «*fin de vie*» e, correlativamente, dell'ipotesi di depenalizzazione dell'eutanasia e del suicidio assistito.

⁹ Secondo il rapporto dei medici dell'epoca, lo stato detto di «*conscience minimale*» (o «*pauci-relationnel*») implica «*la persistance d'une perception émotionnelle et l'existence de possibles réactions à son environnement*».

¹⁰ Art. R. 4127-37-2 CSP: «III. - *La décision de limitation ou d'arrêt de traitement est prise par le médecin en charge du patient à l'issue de la procédure collégiale. Cette procédure collégiale prend la forme d'une concertation avec les membres présents de l'équipe de soins, si elle existe, et de l'avis motivé d'au moins un médecin, appelé en qualité de consultant. Il ne doit exister aucun lien de nature hiérarchique entre le médecin en charge du patient et le consultant. L'avis motivé d'un deuxième consultant est recueilli par ces médecins si l'un d'eux l'estime utile*».

¹¹ Art. L. 1110-5-1 CSP: «*Les actes [de prévention, d'investigation ou de traitements et de soins] mentionnés à l'article L. 1110-5 ne doivent pas être mis en œuvre ou poursuivis lorsqu'ils résultent d'une obstination déraisonnable. Lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou lorsqu'ils n'ont d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, ils peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris, conformément à la volonté du patient et, si ce dernier est hors d'état d'exprimer sa volonté, à l'issue d'une procédure collégiale définie par voie réglementaire. La nutrition et l'hydratation artificielles constituent des traitements qui peuvent être arrêtés conformément au premier alinéa du présent article*».

suoi confronti, consistente nella drastica riduzione dell'idratazione e nell'interruzione della nutrizione fino alla morte.

Qui è il *punctum crucis* della questione: essere idratato e alimentato attraverso una sonda gastrica, come nel caso di Vincent, significa essere sottoposto a un trattamento¹²?

Lo stato di salute di Vincent imponeva un trattamento medico paragonabile a una «*obstination déraisonnable*»¹³ e, pertanto, qualificabile come «*acharnement thérapeutique*»¹⁴?

¹² Qualificare come trattamenti sanitari idratazione e nutrizione assistite, equivale a equipararle sostanzialmente a vere e proprie terapie, ossia all'insieme dei metodi e delle pratiche terapeutiche per ripristinare, mantenere o migliorare lo stato di salute. Si tratta, invece, di mezzi per l'apporto del sostentamento necessario alla vita – come attestato da documenti internazionali, quali la *Guida al processo decisionale nell'ambito del trattamento medico nelle situazioni di fine vita* del Consiglio d'Europa del 5 maggio 2014, e la Raccomandazione 1418 dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa *sulla tutela dei diritti umani e della dignità dei malati terminali e dei morenti*, del 25 giugno 1999 – e non di medicinali. Queste pratiche non sono terapie mediche, ma atti assistenziali alla vita del paziente. Anche quando sono fornite con mezzi artificiali, idratazione e nutrizione sono un mezzo naturale per difendere la vita, e la loro somministrazione è un dovere fondamentale della professione medica. D'altronde, perché possano qualificarsi come trattamenti sanitari, quali sono le patologie che esse curano? Privare un paziente di acqua e cibo non può reputarsi sospensione di terapia rappresentando, invece, la sospensione di sostegni vitali indispensabili e ineludibili. Tant'è che, se idratazione e nutrizione sono interrotte, muore il paziente così come la persona sana.

¹³ *i*) Per esprimersi in termini di «ostinazione irragionevole» occorre essere sicuri che il paziente soffra nella condizione in cui si trova. Altrimenti, l'utilizzo dell'aggettivo «irragionevole» non è giustificato. Nel caso specifico di Vincent, tuttavia, nessun medico si era potuto pronunciare con certezza al riguardo. Paradossalmente, Vincent «doveva morire» secondo un «principio di precauzione». *ii*) L'«ostinazione irragionevole» si basa sulla situazione medica che espone il paziente alla fine della vita. Nel caso specifico di Vincent, tuttavia, si è trattato di un disabile motorio e neurologico grave, ma non di una persona esposta a una minaccia vitale immediata. Paradossalmente, Vincent «doveva morire» pur non essendo «*en fin de vie*». *iii*) L'«ostinazione irragionevole» si basa sull'espressione dell'esplicita volontà del paziente. Nel caso specifico di Vincent, tuttavia, si è trattato di una persona che non ha lasciato alcuna disposizione anticipata, ai sensi della legge francese, prima di cadere in stato di coscienza minima, e non ha nominato alcun fiduciario che avrebbe potuto legalmente rappresentarlo su questo terreno di «*fin de vie*». Paradossalmente, Vincent «doveva morire» nel dubbio circa la sua volontà.

Pur nella situazione di pesante handicap, Vincent non dipendeva da alcuna macchina per espletare le funzioni vitali, non era in coma, non era in stato di morte cerebrale, non richiedeva alcuna misura di rianimazione, respirava in modo autonomo, poteva digerire il cibo (il tratto gastro-intestinale era intatto e funzionante), aveva capacità di vocalizzazione, seguiva il ciclo sonno-veglia, dava segnali di responsività e, secondo i momenti e gli stimoli, poteva girare la testa o seguire con gli occhi i suoi interlocutori, a dimostrazione della presenza di attività cerebrali e di una possibile interazione con le persone. Numerose perizie avevano concordato nel ritenere che il suo quadro clinico fosse passibile di miglioramento. L'unica assistenza consisteva nell'essere aiutato a idratarsi e nutrirsi, non essendo alimentariamente autosufficiente a motivo della difficoltà a deglutire¹⁵.

¹⁴ La gravità dell'equiparazione di idratazione e nutrizione assistite a trattamenti medici, nonché la confusione che ne deriva, emerge con tutta evidenza se solo si pone mente al fatto che anche la somministrazione di acqua e cibo essenziali per garantire le condizioni fisiologiche di base per vivere può essere, di conseguenza, considerata «accanimento terapeutico» come fosse una cura sproporzionata, la cui interruzione però non implica il lasciar fare il proprio corso alla malattia, bensì porta al decesso del paziente per sete e per fame. Costui non muore a causa di una determinata patologia, ma per mancanza dei supporti vitali o, diversamente espresso, per un'omissione che non riguarda i medicinali o le terapie specifiche per la patologia di cui è affetto. L'arresto di idratazione e alimentazione non influisce sul decorso della malattia, ma si sostituisce a esso, costituendo una forma particolarmente crudele di abbandono del paziente a una morte dovuta alla disidratazione e all'inanizione con le connesse inevitabili sofferenze, una morte che nessuno può definire «dignitosa».

¹⁵ Sostenere che l'idratazione e l'alimentazione per via enterale nulla hanno a che vedere con l'idratazione e l'alimentazione per via orale di cui ci serviamo per vivere e, conseguentemente, che sospendere le prime non equivale a privare una persona di acqua e cibo, si pone in netta antitesi con l'evidenza scientifica. L'effetto nutrizionale e l'obiettivo metabolico di entrambe le azioni sono i medesimi, vale a dire fornire acqua, elettroliti, glucidi, lipidi, aminoacidi e altre molecole necessarie alla preservazione dell'omeostasi e, quindi, delle attività fisiologiche fondamentali per la vita. L'unica diversità risiede nella forma chimica dell'alimentazione: complessa e variegata quella naturale (o fisiologica), semplice e qualitativamente e quantitativamente controllata quella artificiale (o clinica).

Stanti tali condizioni, Vincent non poteva in alcun modo essere considerato in stato vegetativo¹⁶, né tantomeno in fin di vita.

Ergo, l'idratazione e l'alimentazione per via enterale erano pienamente proporzionate al suo stato. Inoltre, il livello di coscienza non può da solo motivare la messa in atto di una procedura di arresto dei supporti vitali. A ciò si aggiunga che, rifiutarsi di idratare e nutrire una persona disabile per causarne intenzionalmente la morte – in quanto la sua disabilità è considerata troppo grave – significa, per un medico, seppellire definitivamente l'antico Giuramento di Ippocrate¹⁷.

Eppure, Vincent «doveva morire».

Egli è rimasto senza cibo e con un apporto di acqua alquanto ridotto per trentuno giorni, ovvero sino all'11 maggio 2013, quando il giudice del Tribunale amministrativo di Châlons-en-Champagne (Marne), su istanza dei genitori oppostisi fermamente all'«eutanasia passiva» del loro figlio¹⁸, ha ingiunto all'Ospedale universitario di

¹⁶ Nello stato di «*conscience minimale plus*» – così definita la situazione di Vincent dal Coma Science Group dell'Università di Liegi nel luglio 2011 –, benché priva dei mezzi convenzionali di comunicazione, la persona ha gli occhi aperti come nello stato vegetativo però, diversamente da quest'ultimo, risponde agli stimoli ambientali con comportamenti volontari, benché limitati. Poiché lo stato semi-relazionale implica la persistenza di una percezione emotiva e l'esistenza di possibili reazioni al proprio ambiente, idratazione e nutrizione assistite non sono intese a mantenere il paziente artificialmente vivo.

¹⁷ Cfr. W.J. SMITH, *Culture of Death: The Age of "Do Harm" Medicine*, New York, 2016.

¹⁸ La famiglia di Vincent ha difeso argomenti antitetici. Favorevoli al mantenimento dei sostegni vitali e alla possibilità che egli ricevesse una terapia in grado di fargli recuperare, per quanto più possibile, le proprie funzioni vitali e la gestione del proprio corpo, i genitori Viviane e Pierre Lambert, una sorella e un fratello adottivo. Convinti, per contro, della necessità di interrompere i sostegni vitali e, dunque, di «lasciar morire» Vincent per assetamento e affamamento, la moglie Rachel Lambert, il nipote e altri fratelli e sorelle. La sospensione di idratazione e nutrizione comporta, difatti, non la cessazione di un «accanimento terapeutico» – dato che rispondono a un bisogno fondamentale di ogni essere umano senza mirare a effetti terapeutici – quanto, piuttosto, una forma di «eutanasia passiva» («lasciar morire»). Rileva, in proposito, la Risoluzione 1859 (2012) dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, *Proteggere i diritti fondamentali e la dignità della persona tenendo conto del consenso espresso dai pazienti in precedenza*, del 25 gennaio 2012, secondo la quale «[l]'*euthanasie*, dans le sens de l'usage de procédés par action ou par omission permettant de provoquer

Reims di «*rétablir l'alimentation et l'hydratation normale*» e «*de lui prodiguer les soins nécessaires à son état de santé*»¹⁹.

Come testimoniato da venticinque specialisti consultati dagli stessi genitori, essere sopravvissuto, per un tale periodo di tempo, dopo aver subito una simile privazione è stata un'inequivocabile dimostrazione del livello di resistenza di Vincent: il suo cuore e il suo organismo ne hanno fornito la prova. Si è trattato di un dato espressivo di un'inconfutabile «pulsione di vita» di fronte alle opzioni ospedaliere – e, in quanto tale, assolutamente incompatibile con una pretesa «volontà di morte»²⁰ –, che avrebbe dovuto fondare una nuova presa in carico imperniata su un «progetto di vita».

L'11 gennaio 2014, i medici hanno reso nota la propria rinnovata decisione di implementare il «*protocole de fin de vie*» nei riguardi di Vincent a partire dal 13 gennaio 2014, giudicando che

intentionnellement la mort d'une personne dépendante dans l'intérêt allégué de celle-ci, doit toujours être interdite» (par. 5). È agevole notare come in questa definizione rientri l'«eutanasia passiva» ottenuta, appunto, attraverso un'omissione o, anche, attraverso l'abbandono terapeutico.

¹⁹ V. TA Châlons-en-Champagne, *M. et M^{me} X*, 11 maggio 2013, ricorso n. 1300740, par. 9. «*[C]ette privation d'alimentation et cette limitation d'hydratation [...] constituent une atteinte à son droit au respect de sa vie; il existe ainsi une situation d'atteinte caractérisée à une liberté fondamentale*» (par. 5).

²⁰ Sarebbe stata attribuita a Vincent la manifestazione del desiderio, esternato con modalità informali prima dell'incidente, di non essere artificialmente mantenuto in vita qualora si fosse trovato in uno stato di grande dipendenza. In verità, nulla è stato effettivamente dimostrato, e la sua reale volontà è risultata avvolta da una trama di incertezze e un ordito di ipotesi. Ebbene, si può cessare di idratare e nutrire un paziente, che non si era chiaramente pronunciato su tale argomento, con l'obiettivo chiaramente dichiarato di porre fine alla sua vita? In conformità alla vigente normativa francese, l'eventuale impossibilità di procedere alla ricostruzione della volontà dell'interessato non è ostativa all'interruzione dei «trattamenti» da parte dei sanitari (art. R. 4127-37-2 CSP: «*I. - Lorsque le patient est hors d'état d'exprimer sa volonté, la décision de limiter ou d'arrêter les traitements dispensés, au titre du refus d'une obstination déraisonnable, ne peut être prise qu'à l'issue de la procédure collégiale prévue à l'article L. 1110-5-1 [...]. II. - Le médecin en charge du patient peut engager la procédure collégiale de sa propre initiative*»). I tre criteri di cui all'art. L. 1110-5-1 CSP – inutilità, sproporzionalità e mantenimento artificiale della vita – sono gli unici rilevanti.

costui si trovasse in una situazione di «*obstination déraisonnable*»²¹, ovvero che si trattasse di un morto tenuto «ostinatamente» in vita e, quindi, di un caso di «*acharnement thérapeutique*»²².

Il 16 gennaio 2014, il Tribunale amministrativo di Châlons-en-Champagne, adito dai genitori, ha ritenuto applicabili alla situazione del paziente le disposizioni della *Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie*²³, contrariamente alla

²¹ Esiste un numero molto elevato di persone (anziani degenti, non autosufficienti, emiplegici, neonati prematuri, bambini non ancora autonomi, ecc.) che necessitano di interventi corporali di base e di essere assistite per idratarsi e nutrirsi. Non è possibile pensare che aiutarle sia considerato un'«ostinazione irragionevole» e che, di conseguenza, sia legittimo assetarle e affamarle sino alla morte.

²² È chiaro che il problema ha riguardato la possibilità/intenzione di configurare un «accanimento terapeutico» in mancanza delle condizioni di terminalità e di straordinaria invasività delle terapie, nei riguardi di un individuo gravemente disabile, con una reputata «qualità della vita» alquanto bassa, se non perfino insussistente. Cfr. S. CACACE, *Autodeterminazione e salute*, Torino, 2017, pp. 322-323.

²³ La legge in questione, c.d. «*Loi Léonetti*», si fonda sul principio del rifiuto dell'«eutanasia attiva» («far morire») e dell'opposizione all'«accanimento terapeutico», prevede la possibilità di sospendere le terapie su richiesta del malato, di garantire a tutti l'accesso alle cure palliative, di esprimere le proprie volontà in anticipo. Cfr. B. FEUILLET, *Les directives anticipées en France, un indice de consentement à effets limités*, in S. NEGRI (ed.), *Self-Determination, Dignity and End-of-Life Care. Regulating Advance Directives in International and Comparative Perspective*, Leida, 2012, pp. 195-207. Diversamente dalla *Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé* (detta «*Loi Kouchner*»), la c.d. «*Loi Léonetti*» considera anche il caso in cui il malato sia incapace di esprimere la propria volontà. In tale circostanza, a seguito di una riflessione collegiale che coinvolga anche la famiglia, i medici possono decidere di sospendere «*un traitement inutile, disproportionné ou n'ayant d'autre objet que la seule prolongation artificielle de la vie de cette personne*» (art. 9). La legge in discorso afferma il principio del «*laisser mourir sans faire mourir*» – o, più precisamente, introduce nell'ordinamento giuridico francese il diritto del paziente a «lasciarsi morire» e l'autorizzazione al medico a «lasciar morire» il paziente –, approvando un percorso di morte per sete e per fame. Cfr. J.Y. NAU, *Vincent Lambert ou une nouvelle équation européenne, du laisser mourir*, in *Rev. Méd. Suisse*, 2015, pp. 224-225. Essa non specifica che idratazione e alimentazione non costituiscono un «trattamento» e, in combinato disposto con l'art. 122-4-1 del *Code pénal*, permette al medico di non intraprendere o di interrompere i provvedimenti

tesi degli stessi genitori²⁴, e ha considerato che l'idratazione e la nutrizione per via enterale costituiscono un «trattamento», e non una semplice «cura», ma ha altresì considerato che *«dès lors que le centre hospitalier universitaire de Reims ne fait valoir aucunes contraintes ou souffrances qui seraient engendrées par le traitement, celui-ci ne peut être qualifié d'inutile ou de disproportionné, de sorte qu'il n'est pas constitutif d'une obstination déraisonnable»*, e ha sospeso la decisione dell'equipe medica, dichiarando che la decisione *«de cesser l'alimentation et l'hydratation artificielles de Vincent L. caractérisent une atteinte grave et manifestement illégale au droit à la vie de Vincent L.»*, e reputando che la volontà di costui fosse stata valutata *«de manière erronée»*²⁵.

Il 31 gennaio 2014, la moglie di Vincent, un fratello e l'Ospedale universitario di Reims hanno presentato un appello innanzi al Consiglio di Stato – la più alta giurisdizione amministrativa

necessari a mantenere in vita il paziente. In sostanza, senza mai fare utilizzo della parola «eutanasia», la legge *de qua* ne legittima la forma «passiva».

²⁴ In quanto disciplinante i diritti dei pazienti che si trovano nella fase avanzata o terminale, la c.d. «Loi Léonetti» non avrebbe dovuto essere applicata al «caso» di Vincent, poiché lo stato *«pauci-relationnel»* non caratterizza *«la fin de vie»*. Cfr. V. LAMBERT, *Pour la vie de mon fils – La mère de Vincent Lambert parle enfin*, Paris, 2015.

²⁵ V. TA Châlons-en-Champagne, *M. Pierre L. et autres c. CHU de Reims*, 16 gennaio 2014, ricorso n. 1400029, par. 12-13. *«Considérant que la décision querellée d'arrêter de procéder à l'hydratation et l'alimentation artificielle est motivée par la volonté qu'aurait exprimée M. Vincent L., lequel n'a au demeurant pas rédigé de directives anticipées ni désigné de personne de confiance, de ne pas être maintenu en vie dans un état de grande dépendance; que s'il résulte à cet égard de l'instruction que le patient a exprimé pareille position devant un de ses frères et son épouse, cette expression, qui n'est au demeurant pas datée avec précision, émanait d'une personne valide qui n'était pas confrontée aux conséquences immédiates de son souhait et ne se trouvait pas dans le contexte d'une manifestation formelle d'une volonté expresse, et ce quelle qu'ait été sa connaissance professionnelle de la situation des patients en état de dépendance ou de handicap; [...] qu'ainsi, et dès lors qu'il résulte de l'instruction qu'aucun code de communication n'a pu être mis en place avec le patient, le Dr K. a apprécié de manière erronée la volonté de Vincent L. en estimant qu'il souhaiterait opposer un refus à tout traitement le maintenant en vie»* (par. 12).

francese – contro il verdetto del Tribunale amministrativo di Châlons-en-Champagne.

Il 24 giugno 2014, il Consiglio di Stato si è pronunciato, per la prima volta, sulla legittimità di una decisione medica comportante la morte, per interruzione di idratazione e nutrizione, di un paziente non terminale – e, quindi, sulla portata della c.d. «*Loi Léonetti*» –, dichiarando la conformità alle disposizioni su «*l'arrêt de l'obstination déraisonnable*» della procedura seguita dall'Ospedale universitario di Reims²⁶, e avallando i pareri acquisiti nel corso del procedimento che hanno qualificato come «artificiale» la vita di Vincent²⁷: il prolungamento di idratazione e alimentazione per via enterale sarebbe stato inutile e sproporzionato, in quanto avrebbe comportato il prolungamento di questo genere di vita²⁸.

²⁶ V. Consiglio di Stato, *M^{me} Lambert et autres*, 24 giugno 2014, ricorsi nn. 375081, 375090, 375091.

²⁷ Un'affermazione simile riferita a un essere umano vivente comporta un giudizio su un certo tipo di vita umana: «artificiale», appunto, quella di Vincent, unicamente «biologica», indegna di essere idratata e alimentata perché «*Vincent non è più una persona, è cancellato*», come ha dichiarato alla stampa un medico (L. GROTTI *Vogliono far morire Vincent Lambert senza fare troppo rumore. Ma anche lui ha un diritto: essere amato*, su *Tempi.it*, 17 giugno 2015), disconoscendone la dignità di essere umano handicappato perché, a quanto pare, la «qualità della vita» non è ravvisata e promossa in qualsiasi condizione, decorso e fase del proprio essere al mondo. È agevolmente percepibile la pericolosità di tale ragionamento, se non altro nell'ottica della lesione del diritto alla vita e del principio di uguaglianza nella duplice declinazione della pari dignità sociale e della non discriminazione per le condizioni personali, in quanto esso spinge proprio a operare discriminazioni tra le persone in ragione della situazione psico-fisica delle stesse e a modulare il diritto fondamentale alla protezione della vita sulla base di tale situazione. Cfr. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES, *General Comment No. 6 (2018) on Equality and Non-Discrimination*, CRPD/C/GC/6, 26 April 2018: «*the laws and policies of States parties still approach disability through charity and/or medical models, despite the incompatibility of those models with the Convention. The persistent use of such paradigms fails to acknowledge persons with disabilities as full subjects of rights and as rights holders. In addition, [...] the efforts by States parties to overcome attitudinal barriers to disability have been insufficient. Examples include enduring and humiliating stereotypes, and stigma of and prejudices against persons with disabilities as being a burden on society*».

²⁸ Non del medesimo avviso il CCNE che è stato invitato, dallo stesso Consiglio di Stato, a presentare delle osservazioni scritte di carattere generale per far

3. (segue) b) *La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: il via libera, tra «formalismo giuridico» e «errore di diritto», a «lasciar morire» di sete e di fame Vincent Lambert.* Avverso la decisione del Consiglio di Stato²⁹, in base agli articoli 2 (Diritto alla vita), 3 (Proibizione della tortura), 8 (Diritto al rispetto della vita privata e familiare), e 6 (Diritto a un equo processo), par. 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e

luce sull'applicazione delle nozioni «*d'obstination déraisonnable et de maintien artificiel de la vie*» ai sensi dell'art. L. 1110-5 CSP, «*en particulier à l'égard des personnes qui sont, comme Monsieur Lambert, dans un état pauci-relationnel*». Nel Rapporto del 5 maggio 2014, il CCNE ha spiegato la realtà della disabilità di Vincent, affermando che «*[l]a situation d'une personne qui est depuis plusieurs années dans un état de conscience minimale ou état pauci-relationnel représente une situation particulière et extrême de handicap lourd et stable, ne mettant pas en jeu le pronostic vital, situation qui est aussi celle d'autres personnes, atteintes de poly-handicap et incapables d'exprimer leur volonté*». Una conferma, questa, di come la situazione di Vincent nulla avesse a che vedere con la «*fin de vie*». Ciò precisato, parimenti indubitabile è la conclusione cui il CCNE è pervenuto: «*le seul fait de devoir irréversiblement, et sans espoir d'amélioration, dépendre d'une assistance nutritionnelle pour vivre, ne caractérise pas à soi seul – soulignons, à soi seul – un maintien artificiel de la vie et une obstination déraisonnable. Il y a des personnes très lourdement handicapées, dont la vie est... obstination à vouloir vivre. Quelles qu'en soient les modalités, une telle "obstination" ne peut pas être regardée comme déraisonnable*». Una conferma, questa, di come la situazione di Vincent nulla avesse a che vedere con l'«*obstination déraisonnable*». Cfr. COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE, *Observations du CCNE à l'attention du Conseil d'Etat*, 5 Mai 2014, pp. 26-27, 34-35.

²⁹ Il 23 giugno 2014, i coniugi Lambert hanno depositato, presso la Corte europea dei diritti dell'uomo (di seguito la Corte europea), una domanda di applicazione di misure provvisorie ex art. 39 (Misure provvisorie) del Regolamento della stessa Corte europea – in base al quale essa può «*indicare alle parti le misure provvisorie la cui adozione è ritenuta necessaria nell'interesse delle parti o del corretto svolgimento della procedura*» – sollecitando la sospensione dell'esecuzione della decisione del Consiglio di Stato qualora avesse autorizzato la cessazione di idratazione e alimentazione nei riguardi di Vincent. Il 24 giugno 2014, ai sensi del summenzionato articolo, nell'interesse delle parti e del regolare svolgimento del procedimento, la Camera alla quale era stato assegnato il ricorso, avendo preso atto della sentenza del Consiglio di Stato, ha comunicato al Governo francese la richiesta di sospendere l'esecuzione per la durata del procedimento dinanzi alla Corte europea.

delle libertà fondamentali (di seguito la Convenzione europea)³⁰, i coniugi Lambert hanno presentato ricorso alla Corte europea³¹.

Con sentenza del 5 giugno 2015, per la prima volta, i giudici strasburghesi si sono pronunciati per il fine vita, dichiarando che la legge francese – la quale permette che siano interrotte idratazione e alimentazione nei confronti di pazienti come Vincent e, conseguentemente, che essi muoiano di sete e di fame –, non è incompatibile con l'art. 2 (Diritto alla vita) della Convenzione europea, tant'è «*qu'il n'y aurait pas violation de l'article 2 de la Convention en cas de mise en oeuvre de la décision du Conseil d'État du 24 juin 2014*»³².

³⁰ I genitori di Vincent hanno lamentato l'assunta contrarietà: *i*) all'art. 2 (Diritto alla vita) della Convenzione europea, dell'arresto di idratazione e nutrizione assistite; *ii*) all'art. 3 (Proibizione della tortura) della Convenzione europea, della privazione di acqua e cibo quale forma di tortura, e della sospensione di cinesiterapia (dall'ottobre del 2012) e di altre terapie volte a reintegrare la capacità di deglutire del paziente quale forma di trattamento inumano e degradante; *iii*) all'art. 8 (Diritto al rispetto della vita privata e familiare) della Convenzione europea, dell'interruzione di acqua e cibo quale attentato all'integrità fisica di Vincent; *iv*) all'art. 6 (Diritto a un equo processo), par. 1, della Convenzione europea, della non imparzialità del medico che ha adottato la decisione dell'11 gennaio 2014 «*dans la mesure où il avait déjà pris la même décision*», e della perizia medica ordinata dal Consiglio di Stato in quanto «*n'était pas parfaitement contradictoire*».

³¹ In via preliminare, la Corte europea ha analizzato la complessa tematica dell'espressione della volontà di Vincent, e il diritto dei genitori a rappresentarla, richiamando i principi elaborati sulla nozione di «vittima» ex art. 34 (Ricorsi individuali) della Convenzione europea. Il soggetto interessato deve dimostrare che la misura oggetto del proprio ricorso incide direttamente sullo stesso, ad eccezione dell'ipotesi in cui la violazione lamentata concerna la morte o la scomparsa di una persona, e che a un simile evento possa essere riconnessa una responsabilità dello Stato. In questi casi, la Corte europea consente ai parenti più prossimi di agire in giudizio, anche in mancanza di un'autorizzazione scritta formale da parte della vittima diretta, e i criteri dirimenti adottati risiedono nel rischio di privazione dell'effettiva protezione dei propri diritti, e nell'assenza di un conflitto di interessi tra la vittima diretta e chi propone l'azione. Nella fattispecie, i giudici strasburghesi hanno reputato i genitori di Vincent non legittimati a proporre un ricorso in nome e nell'interesse del figlio.

³² V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Lambert et autres c. France*, sentenza del 5 giugno 2015, ricorso n. 46043/14, par. 182.

I giudici strasburghesi hanno convalidato, quindi, l'opinione del Consiglio di Stato – *retius* la decisione, presa dai medici e approvata dai giudici del massimo tribunale amministrativo francese, di cessare i sostegni vitali di Vincent –³³, non avendo acclarato violazione alcuna della Convenzione europea e, anzi, rilasciando un brevetto di convenzionalità alla c.d. «*Loi Léonetti*», stimando che la stessa costituisca un «*cadre législatif suffisamment clair, aux fins de l'article 2 de la Convention*» e, addirittura, «*un cadre réglementaire propre à assurer la protection de la vie des patients*»³⁴.

La Corte europea è apparsa oltremodo incline a valutare «formalisticamente» le procedure interne – appurando l'accurata

³³ Cfr. G. RAZZANO, *Accanimento terapeutico o eutanasia per abbandono del paziente? Il caso Lambert e la Corte di Strasburgo*, in *BioLaw J.*, n. 3, 2015, pp. 169-184. Dalla sentenza *de qua* è emerso che le approssimate e discutibili determinazioni adottate dall'équipe medica nei riguardi di Vincent sono state avallate dalla Corte europea. *i)* Lo stato di «*conscience minimale plus*» in cui si è trovato Vincent è stato sostanzialmente equiparato allo stato di morte cerebrale, in modo da disporre per il paziente il medesimo trattamento deontologicamente previsto in quest'ultimo caso, vale a dire l'interruzione di ogni sostegno vitale. Sul punto è, tuttavia, agevole obiettare che Vincent non ha versato in stato di morte cerebrale. *ii)* La somministrazione di idratazione e alimentazione fornite con mezzi artificiali, è stata sostanzialmente equiparata a forme di trattamento intraprese per guarire o curare determinate patologie, in modo da ravvisare nella nutrizione enterale praticata al paziente con difficoltà di deglutizione un'«ostinazione irragionevole». Sul punto è, tuttavia, agevole obiettare che, non trattandosi di un malato terminale, ma di un disabile grave, Vincent non è incorso nel pericolo che la nutrizione enterale fosse inopportuna e controproducente. *iii)* Il «principio di precauzione» è stato sostanzialmente messo da parte. Sul punto è, tuttavia, agevole obiettare che proprio nel campo bioetico è maggiore l'esigenza cautelare, proprio su questioni di estrema gravità è fondamentale il principio *in dubio pro vita*, proprio con riferimento a probabili errori da parte dei giudici, cui conseguono decisioni definitive e irreparabili, si deve «sbagliare a favore della vita». *iv)* Le ragioni delle decisioni assunte dai medici hanno implicato sostanzialmente una valutazione sfavorevole al sostentamento della vita di Vincent, a motivo della considerata «artificialità» della sua esistenza. Sul punto è, tuttavia, agevole obiettare che la descrizione del suo stato clinico è associabile anche ad altri stati patologici, e persino a diverse declinazioni della condizione umana. Dovrebbe parimenti prevedersi anche per queste persone la cessazione di idratazione e nutrizione?

³⁴ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Lambert et autres c. France*, cit., par. 160.

osservanza dei numerosi passaggi procedurali eseguiti, medici e giuridici – e oltremodo disposta ad accontentarsi delle garanzie «formali» offerte da tali procedure³⁵, senza spendere una parola ulteriore circa gli esiti processuali delle vicende giudiziarie nazionali.

Non può, inoltre, non rilevarsi la confliggenza della pronuncia in questione con: *i*) quanto disposto dall'art. 15 (Deroghe in caso di stato d'urgenza) della Convenzione europea, il quale definisce l'inderogabilità dell'art. 2 (Diritto alla vita) della stessa³⁶; *ii*) la Raccomandazione 1418 (1999) dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa *sulla tutela dei diritti umani e della dignità dei malati terminali e dei morenti*, la quale prescrive che i supporti vitali

³⁵ Ad avviso di una consistente parte dei giudici della Grande Camera (dodici su diciassette), l'interpretazione data dal Consiglio di Stato della c.d. «*Loi Léonetti*» e il processo decisionale condotto in modo meticoloso sono stati compatibili con i requisiti imposti dall'art. 2 (Diritto alla vita) della Convenzione europea. È stato ritenuto che il caso di specie sia stato oggetto di un esame approfondito in cui tutti i diversi punti di vista sono stati espressi e in cui tutti gli aspetti sono stati attentamente soppesati, in termini sia di valutazione medica dettagliata sia di osservazioni generali delle più alte autorità mediche ed etiche. In altre parole, lo Stato francese ha giudicato secondo la propria legge, e il proprio giudizio non è risultato in opposizione alla Convenzione europea. Pertanto, l'applicazione del principio del «lasciar morire» ha portato alla posizione paradossale della Francia, approvata dalla Corte europea, secondo la quale l'iniezione di un prodotto letale è considerata un attentato alla vita, ma «*l'affamer jusqu'à la mort*» un paziente non è che «*une remise en place d'un processus naturel*» non suscettibile di violare i diritti umani. Cfr. C. HOUGUE - G. PUPPINCK, «*L'effrayant*» *arrêt Lambert – Commentaire de l'arrêt CEDH, Lambert et autres contre France, GC n° 46043/14, 5 juin 2015*, in *RGDM*, n. 56, 2015, pp. 19-42. Eppure, «*le droit à l'alimentation*», come diritto umano, è riconosciuto dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 (art. 25), e dal Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966 (art. 11), il quale delinea sia il diritto a un'alimentazione adeguata, sia il diritto fondamentale di ogni individuo alla libertà dalla fame.

³⁶ Art. 15 (Deroghe in caso di stato d'urgenza) della Convenzione europea: «*1. In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale. 2. La disposizione precedente non autorizza alcuna deroga all'articolo 2, salvo il caso di decesso causato da legittimi atti di guerra.*».

non siano limitati per ragioni di natura economica, che in assenza di direttive specifiche e anticipate il diritto alla vita dei pazienti non sia violato, e che in caso di dubbio la decisione sia sempre a favore della vita e del prolungamento della stessa³⁷; *iii*) e la Risoluzione 1859 (2012) dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, *Proteggere i diritti fondamentali e la dignità della persona tenendo conto del consenso espresso dai pazienti in precedenza*, la quale stabilisce che l'eutanasia, intesa nel senso di condotte commissive od omissive volte a provocare intenzionalmente la morte di un essere umano³⁸, anche per suo presunto beneficio, deve sempre essere vietata³⁹.

La Corte europea, tuttavia, ha sottaciuto su ciascuno degli aspetti contenutistici appena segnalati⁴⁰ limitandosi ad assumere, appunto, un atteggiamento puramente «formalistico» in nome del principio del margine di apprezzamento accordato agli Stati membri nel contesto dei loro obblighi positivi, convalidando la correttezza

³⁷ La Raccomandazione 1418 (1999) prevede al punto 8 che le legislazioni nazionali forniscano ai malati terminali e ai morenti la necessaria protezione giuridica e sociale contro, tra l'altro, «*le risque de voir limiter les moyens artificiels de survie pour des raisons d'ordre économique*», e al punto 9 che siano prese le misure necessarie «*b) pour qu'en l'absence d'instructions anticipées ou de déclaration formelle il ne soit pas porté atteinte au droit à la vie du malade. Il convient de dresser la liste des traitements qui ne peuvent en aucun cas être refusés ou interrompus; [...] il faut également bannir toute décision qui reposerait sur des jugements de valeur générale en vigueur dans la société et veiller à ce qu'en cas de doute la décision soit toujours en faveur de la vie et de la prolongation de la vie; c) en maintenant l'interdiction absolue de mettre intentionnellement fin à la vie des malades incurables et des mourants: vu que le droit à la vie [...] est garanti par les Etats membres, conformément à l'article 2 de la Convention européenne des Droits de l'Homme qui dispose que "la mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement"*».

³⁸ V., *supra*, la nota n. 3.

³⁹ Richiamando la Raccomandazione 1418 (1999), la Risoluzione 1859 (2012) riafferma, tra l'altro, al punto 7.8 che «*il ne devrait pas être toléré que des décisions soient prises par une personne subrogée qui se fonde sur des jugements de valeur généraux; en cas de doute, la décision doit toujours se prendre en faveur de la vie et de la prolongation de la vie*».

⁴⁰ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Lambert et autres c. France*, cit., parr. 70-71.

«formale» dell'operato giurisprudenziale interno del Consiglio di Stato francese. Non vi è stata difesa alcuna dei diritti basilari della persona, bensì unicamente verifiche procedurali che la Francia avesse agito conformemente alle proprie leggi, con elevati margini di discrezionalità⁴¹.

C'è altresì un dettaglio tutt'altro che privo d'importanza, ossia che la Corte europea non ha giudicato all'unanimità, giacché «*dit, par douze voix contre cinq, qu'il n'y aurait pas violation de l'article 2 de la Convention en cas de mise en œuvre de la décision du Conseil d'Etat du 24 juin 2014*»⁴². Dei diciassette giudici strasburghesi, cinque (rispettivamente di Azerbaigian, Slovacchia, Georgia, Malta e Moldavia) si sono opposti al paradosso di un giudizio secondo il quale per rispettare e tutelare il suo diritto alla vita Vincent «doveva morire»⁴³, e hanno avuto grande cura di far sentire la propria voce

⁴¹ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Lambert et autres c. France*, cit., par. 144. Cfr. G. RAZZANO, *La sentenza CEDU sul caso Lambert: la Corte di Strasburgo merita ancora il titolo di The Conscience of Europe?*, in *Forum Quad. cost.*, 17 luglio 2015, pp. 1-4.

⁴² V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Lambert et autres c. France*, cit., par. 4 del dispositivo.

⁴³ Ad avviso dei giudici Hajiyev, Šikuta, Tsotsoria, De Gaetano e Gričco, la c.d. «*Loi Léonetti*» mancherebbe di chiarezza su ciò che è definibile come trattamento ordinario e trattamento straordinario, su ciò che rappresenta «ostinazione irragionevole», su ciò che prolunga o mantiene artificialmente la vita. Non solo: il Consiglio di Stato avrebbe affrontato superficialmente la questione della compatibilità del diritto interno con gli articoli 2 (Diritto alla vita) e 8 (Diritto al rispetto della vita privata e familiare) della Convenzione europea, attribuendo importanza unicamente al rispetto della procedura. Ancora: interpretare *ex post facto* ciò che le persone interessate possono aver detto o non detto in conversazioni informali anni prima e in perfetta salute, espone chiaramente il sistema a gravi abusi. Trattandosi di questioni di estrema gravità, occorre niente di meno della certezza assoluta. Anche se, per ipotesi, Vincent avesse effettivamente espresso il parere secondo il quale avrebbe rifiutato di restare in uno stato di grande dipendenza, una simile affermazione non avrebbe offerto conferma del suo desiderio di essere privato di acqua e cibo. Il Consiglio di Stato ha affermato che è necessario tenere conto di ogni desiderio espresso dal paziente attribuendovi particolare rilevanza, ma tali desideri non sono mai decisivi: qualora il medico responsabile abbia deciso, come nel caso di specie, che si applica il criterio del «*maintien artificiel de la vie*» (di cui all'art. L. 1110-5-1 CSP), «il dado è tratto» e la procedura collettiva è essenzialmente una mera formalità. Cfr. J.Y. NAU, *Affaire Vincent Lambert: la*

dissenziente denunciando «*une affaire d'euthanasie qui ne veut pas dire son nom*»⁴⁴.

Vi è anche un altro aspetto degno di nota, il quale concerne un grave e manifesto «errore di diritto» commesso dalla Corte europea che, nella sentenza di cui trattasi, ne ha citata a più riprese una di un decennio antecedente – *Glass c. Regno Unito* – con la quale aveva dichiarato all'unanimità la violazione del principio del rispetto della vita privata, ex art. 8 (Diritto al rispetto della vita privata e familiare) della Convenzione europea⁴⁵, a motivo del fatto che l'autorità ospedaliera aveva deciso, in assenza di un'autorizzazione rilasciata da un tribunale, di somministrare una forte dose di morfina a un paziente gravemente disabile fisicamente e mentalmente, con il rischio di provocarne il decesso e, in caso di una nuova crisi respiratoria, di non rianimarlo, un «trattamento» che la madre, nonché rappresentante legale dell'interessato, aveva rifiutato.

Questo precedente, in cui era stata, appunto, acclarata l'inosservanza della Convenzione europea, avrebbe dovuto porsi a sostegno dei genitori di Vincent. In realtà, nella sentenza sull'*affaire Lambert*, la Corte europea ha affermato «erroneamente» che, nella sentenza sull'*affaire Glass*, non vi era stata lesione dell'art. 8 (Diritto al rispetto della vita privata e familiare) della Convenzione europea,

dissonance éclairante de la Cour européenne des droits de l'homme, in *Rev. Méd. Suisse*, 2015, pp. 1362-1363.

⁴⁴ «*Cette affaire est une affaire d'euthanasie qui ne veut pas dire son nom. En principe, il n'est pas judicieux d'utiliser des adjectifs ou des adverbes forts dans des documents judiciaires, mais en l'espèce il est certainement extrêmement contradictoire pour le gouvernement défendeur de souligner que le droit français interdit l'euthanasie et que donc l'euthanasie n'entre pas en ligne de compte dans cette affaire. Nous ne pouvons être d'un autre avis dès lors que, manifestement, les critères de la loi Leonetti, tels qu'interprétés par la plus haute juridiction administrative, dans les cas où ils sont appliqués à une personne inconsciente et soumise à un "traitement" qui n'est pas réellement thérapeutique mais simplement une question de soins, ont en réalité pour résultat de précipiter un décès qui ne serait pas survenu autrement dans un avenir prévisible*» (Corte europea dei diritti dell'uomo, *Lambert et autres c. France*, cit., *Opinion en partie dissidente commune aux juges Hajiyev, Šikuta, Tsotsoria, De Gaetano et Grimco*, par. 9).

⁴⁵ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Glass c. Royaume-Uni*, sentenza del 9 marzo 2004, ricorso n. 61827/00, par. 1 del dispositivo.

ciò che ha consentito alla stessa di constatare, a supporto della propria conclusione, che, ad eccezione di un caso di violazione procedurale del predetto articolo, «*elle n'a conclu à la violation de la Convention dans aucune de ces affaires*»⁴⁶.

Difficile spiegare come, in un caso così delicato e lacerante⁴⁷, i giudici strasburghesi abbiano trascurato la propria giurisprudenza inserendo nel cuore stesso del proprio ragionamento un «errore» di tale portata⁴⁸, aggiuntosi al discredito di un giudizio che ha subito la critica devastante dei cinque giudici dissenzienti per aver segnato un arretramento nel grado di difesa della vita e nel rispetto della dignità umana⁴⁹, che dovrebbero essere garantiti alle persone vulnerabili dalla Corte europea e dalla Convenzione europea, proclamata nel 1950 proprio contro una simile ideologia individualistica e utilitaristica.

⁴⁶ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Lambert et autres c. France*, cit., par. 139.

⁴⁷ Cfr. T.M. FRAIX, *Reflexiones sobre el caso "Vincent Lambert" y las decisiones en el fin de la vida*, in *Rev. Méd. Rosario*, 2015, pp. 130-131.

⁴⁸ Presuntivamente, la *ratio* di siffatto errore può rinvenirsi nel metodo teleologico – consistente nella costruzione dell'argomentazione soltanto dopo aver deciso sul merito, per spiegare la decisione e sviluppare il proprio *corpus* dottrinale – perché esso conduce all'utilizzo della giurisprudenza al fine di sostenere una soluzione predeterminata. Interpretazione, questa, che confermerebbe l'opinione secondo la quale il ragionamento altro non sarebbe se non un «*habillage juridique*» della decisione finale. Cfr. G. PUPPINCK, *Affaire Lambert: la CEDH a commis une erreur de droit*, in *www.valeursactuelles.com*, 23 giugno 2015. La versione originale della sentenza – specificamente, i paragrafi 138-139 – è stata rettificata il 25 giugno 2015 sulla base dell'art. 81 (Rettifica di errori nelle decisioni e nelle sentenze) del Regolamento della Corte europea, il quale fa riferimento a «*les erreurs de plume ou de calcul et les inexactitudes évidentes*», che però non è applicabile a «*une erreur juridique*» come quello occorso nel caso di specie.

⁴⁹ «*[Q]u'est-ce qui peut justifier qu'un État autorise un médecin [...], en l'occurrence non pas à "débrancher" Vincent Lambert (celui-ci n'est pas branché à une machine qui le maintiendrait artificiellement en vie) mais plutôt à cesser ou à s'abstenir de le nourrir et de l'hydrater, de manière à, en fait, l'affamer jusqu'à la mort? Quelle est la raison impérieuse, dans les circonstances de l'espèce, qui empêche l'État d'intervenir pour protéger la vie? Des considérations financières? Aucune n'a été avancée en l'espèce. La douleur ressentie par Vincent Lambert? Rien ne prouve qu'il souffre. Ou est-ce parce qu'il n'a plus d'utilité ou d'importance pour la société, et qu'en réalité il n'est plus une personne mais seulement une "vie biologique"?*» (Opinion en partie dissidente, cit., par. 4).

4. (segue) c) *Successivi sviluppi dell'iter medico-giudiziario francese ai confini del diritto e dell'etica: l'«ostinazione irragionevole» a voler privare Vincent Lambert del «permesso di esistere».* – L'*affaire Vincent Lambert* non ha cessato di progredire nelle differenti dimensioni scientifiche, mediche, etiche, politiche nonché mediatiche, e ulteriori, plurime tappe dolorose hanno caratterizzato il lungo seriale giudiziario.

Il 23 luglio 2015, i medici dell'Ospedale universitario di Reims hanno deciso di non sospendere la somministrazione per via artificiale di acqua e cibo a Vincent, e si sono rivolti alla giustizia per nominare un rappresentante legale del paziente e per chiederne la messa sotto protezione. Il 10 marzo 2016, la giustizia ha affidato la tutela di Vincent a sua moglie, assegnazione che è stata contestata dalla madre dello stesso il 9 giugno 2016.

Frattanto, il 2 febbraio 2016, il Parlamento francese ha adottato la *Loi n° 2016-87 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie*, detta «*Loi Léonetti-Claeys*», di modifica della c.d. «*Loi Léonetti*»⁵⁰.

⁵⁰ Cfr. B. DEBRÉ, *Euthanasie: de l'inutilité de changer la loi*, Beziers, 2013. La c.d. «*Loi Léonetti-Claeys*» prevede che «*la nutrition et l'hydratation artificielles constituent des traitements qui peuvent être arrêtés*» (art. 2). In realtà, che siano fornite per vie naturali o tramite atti medici, idratazione e alimentazione sono «*soins humains premiers*» e non «*traitements*» come definiti dal predetto articolo. La confusione nella quale è manifestamente incorsa la legge porta all'assurdità per cui è vietato arrestare le «*soins de confort et de bien-être*» volte ad aiutare il paziente nei suoi bisogni corporei di base, ma è lecito procedere alla sospensione di acqua e cibo. Non solo: se non ha autorizzato formalmente né l'eutanasia né il suicidio assistito, la c.d. «*Loi Léonetti-Claeys*» li ha tuttavia introdotti surrettiziamente per mezzo della tutela accordata al nuovo «diritto» a una «*sédation profonde et continue*» (art. 3) – presentato come «*le droit de dormir pour ne pas souffrir avant de mourir*» o, altrimenti detto, «*faire dormir pour laisser mourir*» –, consistente nel praticare una sedazione profonda e continua dagli effetti irreversibili che provochi un'alterazione della coscienza mantenuta fino al decesso, associata a un'analgesia e all'arresto dei «trattamenti» (idratazione e alimentazione sono, appunto, così definite). Formulata nei suddetti termini, è palese come la sedazione esca dall'orizzonte palliativo – nell'ambito del quale il medico non impiega la sedazione al fine di procurare la morte, giacché opta per un bilanciamento fra l'ineluttabile abbreviamento della vita e il sollievo da sofferenze rivelatesi resistenti ad altre misure antalgiche – ed entri in quello eutanascico. Cfr. G. RAZZANO, *Sedazione palliativa profonda continua*

Il calvario di Vincent è stato segnato altresì dal rigetto da parte della Corte d'appello di Reims, in data 11 gennaio 2017, della richiesta dei genitori di trasferirlo in una struttura medica specializzata

nell'imminenza della morte o sedazione profonda e continua fino alla morte. *La differenza tra un trattamento sanitario e un reato. Il parere del CNB, la legge francese e le proposte di legge all'esame della Camera dei deputati*, in *BioLaw J.*, n. 3, 2016, pp. 141-165. È il paziente a decidere di intraprendere tale sedazione, la cui implementazione è attuata secondo la procedura collegiale. Nondimeno, essa è messa in atto, tra le ipotesi contemplate, anche quando il paziente non può esprimere la propria volontà e, a titolo di rifiuto dell'«ostinazione irragionevole», il medico gli interrompe un «trattamento» di mantenimento in vita (includere idratazione e alimentazione). Non solo: ai sensi dell'art. 3 del *Décret n° 2016-1066 du 3 août 2016 modifiant le code de déontologie médicale et relatif aux procédures collégiales et au recours à la sédation profonde et continue jusqu'au décès prévus par la loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie*, la sedazione profonda e continua è implementata dal medico responsabile del paziente anche se la sofferenza di quest'ultimo non può essere valutata a causa del suo stato cerebrale, «*excepté si le patient s'y était opposé dans ses directives anticipées*». Dunque, la c.d. «*Loi Léonetti-Claeys*» ha assegnato ai medici la facoltà di decidere, senza alcun tipo di consenso familiare, se interrompere o prolungare i «trattamenti» ai pazienti incapaci di esprimere la propria volontà, mentre non ha previsto la sospensione dell'arresto dei «trattamenti» nell'eventualità di un ricorso da parte dei familiari – tant'è che, qualora la famiglia interpellasse un tribunale per opporsi alla decisione medica di sospendere i «trattamenti», nulla impedisce all'ospedale di interromperli prima dell'esito del ricorso –, lasciando questa decisione alla discrezionalità dei medici ai quali è stato attribuito, in sostanza, un autentico potere di vita e di morte sui pazienti non vigili che non hanno lasciato direttive anticipate. Consentendo all'équipe medica di confiscare la decisione ai familiari e di imporre la propria, sussistono chiari rischi di autoritarismo e di decisioni arbitrarie insiti in simili procedure collegiali, allorché vi sia disaccordo all'interno della famiglia o tra i familiari e i medici. Se è evidente che la c.d. «*Loi Léonetti-Claeys*» ha introdotto il nuovo «diritto» a una sedazione profonda e continua fino al decesso (cfr. R. HORN, *The 'French Exception': The Right to Continuous Deep Sedation at the End of Life*, in *J. Med. Ethics*, 2018, pp. 204-205), tuttavia non è parimenti chiaro se si tratta di addormentare il paziente che sta per morire, oppure di addormentarlo per farlo morire (quindi, anche in assenza del presupposto dell'imminenza della morte). Cfr. K. RAUS - K. CHAMBAERE - S. STERCKX, *Controversies Surrounding Continuous Deep Sedation at the End of Life: The Parliamentary and Societal Debates in France*, in *BMC Med. Ethics*, 2016, pp. 1-10. V., *infra*, la nota n. 57. La riforma, inoltre, ha reso vincolanti le «*directives anticipées*» dettate dal paziente per rifiutare l'«accanimento terapeutico».

per pazienti con gravi handicap – così da ricevere le cure interdisciplinari che un approccio integrato alla sua condizione clinica avrebbe richiesto –, mantenendolo in una (non altrimenti identificabile) «incarcerazione medica e di Stato»⁵¹.

È stato questo il vero scandalo rimasto eclissato dal dibattito inerente alla pretesa urgenza di vederlo morire e al rifiuto di autorizzare soluzioni alternative, assolutamente ragionevoli e fattibili, all'«accanimento eutanascico»⁵²: il suo vivere come un «pericoloso prigioniero» in un «mondo carcerario», in uno stato di isolamento e di abbandono terapeutico nella propria stanza d'ospedale come un «condannato nel braccio della morte», segno di disprezzo del valore e della dignità della vita⁵³.

⁵¹ Decine di specialisti hanno affermato che Vincent avrebbe dovuto essere collocato in un servizio specializzato per persone cerebrolese, e poter beneficiare di una rieducazione all'alimentazione orale secondo protocolli specializzati, con un'équipe pluridisciplinare, in un'unità dinamica, nel quadro di «un progetto di assistenza» con inclusione dei suoi prossimi. Sebbene molte strutture che accolgono persone vittime di gravi incidenti stradali si fossero offerte di occuparsene anche sotto il profilo riabilitativo, Vincent è stato segregato nell'unità di cure palliative dell'Ospedale universitario di Reims.

⁵² Cfr. A. VITALE, *Il “diritto a morire”? Con l'eutanasia si trasformerà in “dovere di morire”*, in www.uccronline.it, 22 marzo 2017.

⁵³ La c.d. «*Loi Kouchner*» specifica, all'art. 3, che «*la personne malade a droit au respect de sa dignité*», e che «*les professionnels de santé mettent en œuvre tous les moyens à leur disposition pour assurer à chacun une vie digne jusqu'à la mort*». Inoltre, la *Circulaire DHOS/02/DGS/SD5D/DGAS n° 2002-288 du 3 mai 2002 relative à la création d'unités de soins dédiées aux personnes en état végétatif chronique ou en état pauci-relationnel* evoca, al par. 3.1, il concetto di «*soins prolongés*» per le persone «*atteintes de maladies chroniques invalidantes avec risque de défaillance des fonctions vitales, nécessitant une surveillance médicale constante et des soins continus à caractère technique*». È bene rimarcare come, benché disabile, Vincent non abbia tuttavia beneficiato delle cure adatte al benessere della vita di una persona con disabilità. Dal 17 gennaio 2014, la stanza di Vincent è stata messa sotto sorveglianza. L'Ospedale universitario di Reims ha installato una telecamera all'ingresso della sua stanza, ha messo alla porta una serratura in grado di tracciare gli ingressi e le uscite, e una finestra sulla porta in modo da poterlo osservare senza aprirla. Sono stati organizzati dei turni. I visitatori sono stati obbligati a passare dal personale sanitario così da verificare la loro identità e conservare la loro carta d'identità durante la visita. Vincent è stato recluso a chiave nella propria stanza, in situazione di allettamento permanente, con abbandono di

Il 31 gennaio 2018, il Consiglio di Stato ha rigettato l'appello dei coniugi Lambert, i quali hanno chiesto di sospendere urgentemente la quarta procedura collegiale lanciata dall'équipe medica il 22 settembre 2017, che avrebbe portato al decesso del figlio.

Che Vincent non versasse in una situazione di «*obstination déraisonnable*» e non rientrasse nel quadro di un «*acharnement thérapeutique*» è quanto attestato da ventiquattro primari e specialisti di pazienti in stato vegetativo e di coscienza minimale, i quali il 16 marzo 2018 hanno scritto una lettera, dai toni alquanto preoccupati, direttamente al medico responsabile del servizio di cure palliative all'Ospedale universitario di Reims per fornire la propria valutazione del quadro clinico generale di Vincent, opponendosi, dal punto di vista medico ed etico, all'interruzione dei supporti vitali di base⁵⁴.

ogni appropriato programma rieducativo di manutenzione, nell'assenza di uscite all'aria aperta o di momenti in sedia a rotelle adeguata, nell'isolamento sensoriale e relazionale della sua camera. Non ha beneficiato delle cure adeguate alla sua condizione, non ha ricevuto alcuna stimolazione fisica e cognitiva, e neppure cinesiterapia. Di fatto, per Vincent «*le droit fondamental à la protection de la santé*» non è stato «*mis en œuvre par tous moyens disponibles*» (art. 1110-1 CSP), e «*le droit au respect de sa dignité*» (art. L. 1110-2 CSP) non è stato garantito.

⁵⁴ Si legge, tra l'altro, nella lettera che «*[e]n pratique, envisager pour lui l'interruption de l'alimentation entérale, avec pour effet son décès, nous apparaît, d'un point de vue médical et éthique, en contradiction avec les recommandations de la circulaire du 3 mai 2002 préconisant aux unités dédiées d'inclure dans leur projet de service à la fois "un projet de soins et un projet de vie" et de "valoriser autant que possible les possibilités relationnelles de la personne en termes de communication et d'interaction avec l'environnement"*», precisando che Vincent avrebbe dovuto «*bénéficier d'une prise en charge incluant une rééducation à l'alimentation buccale, en prenant le temps nécessaire et en s'appuyant sur ses aidants familiaux auprès desquels il manifeste des relations effectives*». «*En conscience – hanno concluso i firmatari – nous ne pouvons pas rester silencieux*». Si segnala, inoltre, la dichiarazione – pubblicata su *L'EstRepublicain* il 14 aprile 2018 (M.H. VERNIER, *Affaire Vincent Lambert: 'Trop d'incertitudes', pour trancher*) – del Professor Xavier Ducrocq, primario del reparto di Neurologia dell'Ospedale di Metz-Thionville, in merito alla decisione di sospendere idratazione e alimentazione artificiali a Vincent: «*La marge d'incertitudes est telle que prendre une décision sans retour comme celle-là est gravissime. C'est un changement de paradigme médical. Est-ce que le doute ne doit pas bénéficier à la vie? C'est un très mauvais signal. Pour Vincent Lambert, pour les personnes gravement handicapées et les équipes qui s'occupent de ces patients, pour les proches [...] C'est grave parce*

Tuttavia, il 9 aprile 2018 l'équipe medica dell'Ospedale universitario di Reims ha confermato la decisione collegiale «*d'arrêt des traitements sous 10 jours*», sebbene il paziente si trovasse in una situazione di stabilità clinica.

Il 17 aprile 2018, i coniugi Lambert hanno depositato presso il Tribunale amministrativo di Châlons-en-Champagne un ricorso chiamato «*référé-liberté*»⁵⁵, chiedendo di sospendere l'esecuzione della suddetta decisione collegiale, di constatarne «*l'illégalité manifeste*», e di ordinare «*une expertise pluridisciplinaire*».

Nel frattempo, un autorevole e importante documento, un vibrante *J'accuse* di insolita forza e intensità, è stato sottoscritto da settanta membri del personale medico e paramedico francese afferenti a diverse specializzazioni nella cura di persone cerebrolese in stato vegetativo o ipo-relazionale, pubblicato su *Le Figaro* il 18 aprile 2018 con il titolo «*L'appel de 70 médecins: "Il est manifeste que Vincent Lambert n'est pas en fin de vie"*», per denunciare «un'eutanasia che non dice il proprio nome»⁵⁶.

qu'on entre dans un processus d'élimination des personnes handicapées. Démocratique. Et j'oserai prononcer le mot d'eugénisme».

⁵⁵ Trattasi di una procedura d'urgenza che consente al «*juge des référés*» di ordinare, entro un termine di quarantotto ore, «*toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale*» (art. L. 521-2 del *Code de Justice Administrative*).

⁵⁶ «*Laddove sentiamo dire "accanimento terapeutico", noi non vediamo che abbandono terapeutico e maltrattamento di persona vulnerabile; e chiediamo la ripresa delle cure fisiche e relazionali. Laddove sentiamo dire "volontà del paziente", apprendiamo che il nostro collega che ha preso tale drammatica decisione non formula altro che ipotesi. Laddove sentiamo dire "staccare la spina", noi non vediamo alcun filo, alcuna macchina da disconnettere all'infuori della flebo della nutrizione enterica per via di gastrostomia, che in simili pazienti costituisce una cura di base. Però vediamo capacità di deglutizione volontaria e domandiamo che venga intrapresa una rieducazione appropriata. Laddove sentiamo dire "sospensione dei trattamenti" noi non vediamo che deliberata provocazione della morte, un'eutanasia che non dice il proprio nome; e chiediamo invece un vero progetto di vita: ripresa della cinesiterapia dopo trattamento delle atrofie ai tendini che si sono necessariamente venute a trovare, in più di quattro anni di sospensione di tali cure, giro in carrozzina, uscita all'aria aperta. Laddove sentiamo "procedura*

Il 20 aprile 2018, il Tribunale amministrativo di Châlons-en-Champagne ha aperto uno spiraglio, seppur sottile, di speranza per i genitori e i sostenitori di Vincent, divenuto il *frontman* di oltre 1.700 persone portatrici di un handicap analogo al suo, un simbolo del diritto alla vita in un Paese in cui si fanno prepotentemente avanti le tentazioni di depenalizzazione dell'eutanasia⁵⁷. Pur senza esprimersi

collegiale” *noi non vediamo che una posa partigiana, ideologica, disconnessa dalla realtà di una situazione di handicap severa, stabile, che giustifica cure e trattamenti adatti in vista del benessere della persona; e noi chiediamo che il signor Vincent Lambert sia infine trasferito in un'unità EVC-EPR che pratichi cure attive e globali nel quadro di un progetto di vita e non di morte annunciata e programmata. Laddove sentiamo la voce di alcuni dei nostri colleghi rallegrarsi alla tesi dell'accanimento terapeutico, noi alziamo la nostra, forte di numerosi anni di esperienza, perché il nostro silenzio non diventi complice della morte provocata di uno dei nostri pazienti. Chi può osare di emettere un giudizio sul valore di una vita? Non è al contrario il dovere e l'onore di una società umana, quello di prendersi cura dei più vulnerabili tra i suoi?».* Cfr. J.Y. NAU, *De l'obstination et de la déraison (À propos de l'affaire Vincent Lambert)*, in *Rev. Méd. Suisse*, 2018, pp. 1004-1005.

⁵⁷Il 10 aprile 2018, il Conseil économique, social et environnemental ha adottato un *avis* che raccomanda al legislatore di istituire, per le persone colpite da una malattia «*incurable, en phase avancée voire terminale*», la cui sofferenza fisica o psichica sia «*inapaisable*», il «diritto» a una «*sédation profonde explicitement létale*» qualificabile come una «*dépénalisation conditionnelle de l'aide à mourir*», a completamento della c.d. «*Loi Léonetti-Claeys*», implicante «*une révision des règles éthiques définies par l'Ordre des médecins*» (CONSEIL ÉCONOMIQUE, SOCIAL ET ENVIRONNEMENTAL, *Fin de vie: la France à l'heure des choix. Avis du Conseil économique, social et environnemental présenté par M. Pierre-Antoine Gailly, rapporteur au nom de la commission temporaire «Fin de vie*», 10 avril 2018, pp. 47-48). Concedere la «*sédation pour tous*» è considerato più comodo e meno oneroso di quanto possano esserlo le cure palliative, la cui richiesta per le persone in stato vegetativo o di coscienza minima collide con l'obbligo (anche economico) di adesione a un modello di società che elimina i soggetti più deboli e svantaggiati, che versano in situazione di estrema dipendenza, nonostante i rispettivi parenti vogliano prendersene cura sino al sopraggiungere della morte naturale. Di fatto, l'offerta di cure palliative è distribuita in modo ineguale sul territorio francese, e insufficiente per soddisfare le esigenze attuali e prevedibili a medio termine, in particolare per quanto riguarda l'assistenza domiciliare. Decisiva è altresì la posizione dei medici e delle strutture sanitarie che non considerano opportuno continuare a investire risorse economiche, umane e infrastrutturali per proteggere vite reputate «indegne» di essere vissute, in assenza di prospettive di miglioramento e di concrete possibilità di

esplicitamente contro la legittimità del protocollo medico, i giudici amministrativi hanno confermato il carattere sospensivo del ricorso presentato dai genitori⁵⁸.

Il 2 maggio 2018, il Tribunale amministrativo di Châlons-en-Champagne ha nominato un collegio di tre medici, specializzati in neurologia o in medicina psichica e riabilitativa, per determinare se lo stato di salute di Vincent «*a évolué depuis la dernière expertise réalisée en 2014 par le Conseil d'Etat*» e, nel caso in cui ne avessero constatato un'evoluzione, se essa fosse positiva o negativa, e ha concesso un mese di tempo per una nuova «*expertise médicale*». Dopo la presentazione della propria relazione da parte degli esperti, in una seconda udienza avrebbe dovuto pronunciarsi, in via definitiva, sulla legittimità della decisione presa dal collegio dei medici dell'Ospedale universitario di Reims di sospendere i supporti fisiologici vitali.

Il 24 maggio 2018, i genitori di Vincent hanno presentato ricorso presso il medesimo Tribunale amministrativo per contestare la composizione di questa équipe di esperti, a motivo che «*aucun d'entre eux n'a de compétence en matière de patients EVC (état végétatif*

recupero. Il che si traduce nel reale rischio di aprire la strada all'«eutanasia economica» (eliminazione di malati inguaribili, invalidi, vecchi, considerati socialmente inadatti ed eccessivamente costosi per le finanze pubbliche), quale forma di eutanasia unicamente dettata da ragioni utilitaristiche: «*[o]n peut légitimement craindre une extension graduelle du recours à l'euthanasie pour des raisons économiques. En termes financiers, aucun système de soins ne peut rivaliser avec l'euthanasie. Cette extension pourrait constituer une justification dans l'esprit du législateur pour répondre au poids économique du vieillissement de la population et au fardeau social de la dépendance. Il y a un risque qu'elle se banalise et que l'on impose une pression sociale aux personnes les plus vulnérables. Les patients qui sont dans une situation économique précaire et mal assurés étant plus enclins à demander l'euthanasie*» (SOCIÉTÉ FRANÇAISE D'ANESTHÉSIE ET DE RÉANIMATION, *Fin de vie, euthanasie et suicide assisté: une mise au point de la Société française d'anesthésie et de réanimation (Sfar)*, 29 juin 2012, p. 12).

⁵⁸ V. TA Châlons-en-Champagne, *M. F...J...et autres*, 20 aprile 2018, ricorso n. 1800820. Interrompere i sostegni vitali nei confronti di un paziente comporta inevitabilmente il decesso dello stesso, non per la patologia di cui soffre ma per disidratazione e denutrizione. Si può anche non volere la morte del soggetto in questione, tuttavia volendo l'atto o l'omissione che porterà con ogni probabilità a quella morte, si intende in verità uccidere quel paziente. È evidente la corrispondenza con la nozione penalistica di «dolo indiretto».

chronique) et en EPR (état pauci-relationnel)». Detti esperti, inoltre, hanno rifiutato un approccio di metodo basato sulla discussione contraddittoria con altri medici specialisti, in particolare quelli che stavano supportando la famiglia Lambert, e con gli stessi familiari.

Il 6 giugno 2018, il Tribunale amministrativo di Châlons-en-Champagne ha respinto la richiesta di ricusazione stimando che nessuna delle ragioni addotte potesse mettere in dubbio l'imparzialità degli esperti e il metodo adottato dagli stessi, ossia un solo giorno di visita a Vincent e valutazioni condotte in due sole ore di osservazione⁵⁹.

Il 10 giugno 2018, i tre medici nominati dal Tribunale amministrativo di Châlons-en-Champagne hanno espressamente chiesto di essere sollevati dall'incarico che era stato loro affidato.

Il 3 luglio 2018, sono stati designati tre nuovi esperti per valutare l'evoluzione dello stato di salute di Vincent, i quali hanno presentato la propria relazione il 21 novembre 2018. Le considerazioni conclusive della perizia medica sarebbero state sufficienti a reputare chiuso l'*affaire Lambert* avendo riconosciuto, per la prima volta dopo anni, che consentire al paziente di vivere – corrispondendo ai bisogni fondamentali primari – non rientra nell'ambito di una «*obstination déraisonnable*» o di un «*acharnement thérapeutique*», che la sua situazione medica «*n'appelle aucune mesure d'urgence*», e avendo preconizzato il suo trasferimento a un'altra unità ospedaliera⁶⁰.

⁵⁹ V. TA Châlons-en-Champagne, *M. F...I...et autres*, 6 giugno 2018, ricorso n. 1800820. In realtà, la condizione effettiva di un paziente come Vincent può essere esaminata solo nella dinamica di diverse settimane, essendo necessario effettuare valutazioni ripetute nell'ambito di una presa a carico specializzata di lungo periodo.

⁶⁰ «*[L]a réponse aux besoins fondamentaux primaires (alimentation, hydratation, émonctoires, prévention cutanée, hygiène de base) ne relève pas pour certains patients en état végétatif avéré, tel que Vincent Lambert, de l'acharnement thérapeutique ou d'une obstination déraisonnable*». Ne consegue che la sua condizione medica «*n'est pas unique, ne pose pas de difficultés de prise en charge dans notre pays, n'appelle aucune mesure d'urgence. Il existe en France des structures pouvant accueillir jusqu'à sa disparition si le maintien au CHU de Reims s'avèrait impossible pour des raisons autres que relevant de la simple technique médicale*».

Ciononostante, il 31 gennaio 2019 il Tribunale amministrativo di Châlons-en-Champagne è pervenuto alla determinazione opposta, quale negazione della ragione medico-scientifica⁶¹: «[i]l résulte [...] que le maintien des soins et traitements constitue une obstination déraisonnable [...] et [...] que la volonté de [Vincent Lambert] de ne pas être maintenu en vie dans l'hypothèse où il se trouverait dans l'état qui est le sien depuis maintenant dix ans, est établie»⁶².

Il 24 aprile 2019, il Consiglio di Stato ha confermato la sentenza del Tribunale amministrativo di Châlons-en-Champagne – nessun ostacolo giuridico all'attuazione dell'arresto di idratazione e alimentazione assistite, accompagnato da sedazione profonda e continua fino alla morte –, puntando di tal fatta a smantellare qualsivoglia resistenza e limitazione alla pratica eutanasica, avendo condannato Vincent a morire «dignitosamente» per assetamento e affamamento⁶³.

Il 30 aprile 2019, un ulteriore nullaosta all'eutanasia coercitiva è giunto dalla Corte europea, la quale ha rigettato la richiesta di misure provvisorie presentata dai coniugi Lambert, ossia di sospendere l'esecuzione della sentenza del Consiglio di Stato disponente l'interruzione dei sostegni vitali nei confronti di Vincent, e di «prononcer une interdiction de sortie du territoire» dello stesso⁶⁴.

⁶¹ Giacché la preoccupazione procedurale ha avuto la primazia rispetto a quella sul merito, effetto alcuno ha sortito neppure la lettera del 20 gennaio 2019 inviata al Tribunale amministrativo di Châlons-en-Champagne da cinquantacinque medici specializzati nel supporto di pazienti in stato vegetativo cronico o iporelazionale, i quali hanno richiamato, tra l'altro, il principio fondamentale secondo cui «une absence de manifestation de conscience à un instant donné ne signifie pas l'absence de conscience», paventando che «ce qui s'appliquera à [Vincent] pourrait, par la suite, concerner aussi tous ceux qui partagent sa condition».

⁶² V. TA Châlons-en-Champagne, *M. G...K...et autres*, 31 gennaio 2019, ricorso n. 1800820, par. 24. Su questi due punti essenziali non può non appalesarsi l'irragionevole contraddizione – in ragione del totale capovolgimento della prospettiva valutativa, sebbene la situazione medica di Vincent non fosse sostanzialmente cambiata – rispetto a quanto asserito dallo stesso Tribunale amministrativo nella decisione del 16 gennaio 2014. V., *supra*, la nota n. 25.

⁶³ V. Consiglio di Stato, *Interruption des traitements de V. Lambert*, 24 aprile 2019, ricorso n. 428117.

⁶⁴ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Lambert et autres c. France*,

5. (segue) d) *L'ultimo capitolo: il ricorso al Comitato delle Nazioni Unite per i diritti delle persone con disabilità al fine di interrompere la «congiura di morte» contro Vincent Lambert.* – Che Vincent fosse un portatore di handicap, un disabile cerebroleso necessitante di cure corporee e nutrizionali di base, fisiologicamente essenziali per la vita, ma non un paziente nella fase terminale della propria patologia, oppure un morente in stato di agonia o pre-agonia⁶⁵

decisione del 30 aprile 2019, ricorso n. 21675/19. Trattandosi di una procedura di arresto della somministrazione di acqua e cibo portante al decesso del paziente, non sussiste dubbio alcuno sulla natura (mortale) e sulla realizzazione (certa) del rischio di subire un danno grave e irreversibile. Adita della suddetta richiesta, la Corte europea avrebbe dovuto sentirsi «costretta» a indicare una misura provvisoria sospensiva di una simile procedura. «*L'étape des mesures provisoires joue à sens unique, toutes les requêtes impliquant l'interruption de la vie ayant vocation à en bénéficier*» (X. DUPRÉ DE BOULOIS, *La Cour européenne des droits de l'homme et l'affaire Vincent Lambert: à la recherche du temps perdu...*, in *RDLF*, 2015, p. 3).

⁶⁵ Contrariamente a quanto si è appreso dalle plurime fonti mediatiche di costante e capillare disinformazione e/o totale deformazione informativa professionale dei tratti essenziali relativi a questa vicenda, che hanno persistito nel rappresentare la pseudo-realtà di Vincent ridotto a un «vegetale attaccato a una macchina» per veicolare la cultura/deriva eutanasica propositrice/giustificatrice della soppressione del vivere, giova ribadire ancora una volta – per il rispetto che si deve alla verità – che non vi è stata alcuna «spina da staccare» perché Vincent non è stato tenuto in vita da alcuna macchina. Ha avuto un battito cardiaco spontaneo e ha respirato senza assistenza ventilatoria: dunque, non avrebbe potuto essere dichiarato morto con il criterio cardiocircolatorio-respiratorio. Non si è trovato in stato di morte cerebrale: dunque, non avrebbe potuto essere dichiarato morto neppure con il criterio neurologico. Inoltre, è stata presente ogni altra funzione fisiologica essenziale per la vita, e non è stato oggetto di terapie intensive o sub-intensive configuranti una situazione clinica (ed etica) di «accanimento terapeutico», e non ha manifestato dolore incoercibile. È stato soltanto assistito clinicamente per l'assunzione di acqua, sali minerali, vitamine e sostanze alimentari metabolicamente utili, di cui ogni individuo ha bisogno per vivere. Vale la pena menzionare, in proposito, un recente studio condotto su centoquattro pazienti clinicamente non responsivi con danno cerebrale acuto dell'unità di terapia intensiva neurologica della Columbia University, il quale ha evidenziato, nel 15% di tali pazienti, una dissociazione tra l'assenza di risposte comportamentali ai comandi motori e l'evidenza di attivazione cerebrale in risposta a questi comandi nelle registrazioni dell'attività elettrica dell'encefalo (elettroencefalografia o EEG): questi pazienti hanno quattro volte più probabilità di ottenere una parziale indipendenza nel corso dell'anno successivo all'incidente attraverso una riabilitazione specifica, rispetto ai

è stato riconosciuto anche dal Comitato delle Nazioni Unite per i diritti delle persone con disabilità (di seguito il Comitato), organo preposto al monitoraggio dell'implementazione, negli ordinamenti nazionali degli Stati Parti, degli obblighi previsti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (di seguito CDPD)⁶⁶.

Il 3 maggio 2019, il Comitato, alla cui giurisdizione la Francia ha accettato di sottomettersi⁶⁷, ha accolto l'istanza dei coniugi Lambert a che non fosse provocata intenzionalmente la morte al loro

pazienti senza alcuna attività cerebrale. Cfr. J. CLAASSEN ET AL., *Detection of Brain Activation in Unresponsive Patients with Acute Brain Injury*, in *N. Engl. J. Med.*, n. 26, 2019, pp. 2497-2505. Cfr. anche A. OWEN, *Nella zona grigia. Un neuroscienziato esplora il confine tra la vita e la morte*, Segrate, 2019. Se fosse stato aiutato con terapie appropriate, invece di essere sottoposto a una vera e propria forma di abbandono terapeutico, la possibilità che Vincent si ristabilisse parzialmente non avrebbe potuto affatto escludersi. Si noti che la *Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées* (di seguito la *Loi n° 2005-102*) prevede, all'art. 8 di modifica dell'art. L. 1411-6 CSP, che «*[l]es personnes handicapées bénéficient de consultations médicales de prévention supplémentaires spécifiques. Elles y reçoivent une expertise médicale qui leur permet de s'assurer qu'elles bénéficient de l'évolution des innovations thérapeutiques et technologiques pour la réduction de leur incapacité*». A Vincent, però, ciò non è stato garantito.

⁶⁶ La CDPD, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 13 dicembre 2006 ed entrata in vigore il 3 maggio 2008, rappresenta il primo grande trattato del nuovo Millennio in materia di diritti umani, il quale non ha introdotto nuovi diritti per le persone con disabilità, ma ha concretizzato e specificato la portata dei diritti fondamentali enunciati nei vari strumenti di protezione dei diritti umani, rapportandoli alla peculiare situazione delle persone con disabilità (e delle loro famiglie). La CDPD contiene perlopiù disposizioni di carattere programmatico che lasciano agli Stati che l'hanno ratificata un ampio margine di manovra per ottemperare agli obblighi assunti in conformità alla stessa, integrandoli nelle legislazioni nazionali e impiegando le risorse a loro disposizione.

⁶⁷ Il 18 febbraio 2010, la Francia ha ratificato la CDPD e il Protocollo opzionale alla stessa (*Loi n° 2009-1791 du 31 décembre 2009 autorisant la ratification de la Convention relative aux droits des personnes handicapées*), e il 20 marzo 2010 sono entrati in vigore (*Décret n° 2010-356 du 1^{er} avril 2010 portant publication de la Convention relative aux droits des personnes handicapées (ensemble un Protocole facultatif), signée à New York le 30 mars 2007*).

figlio⁶⁸, chiedendo, secondo i termini del trattato⁶⁹, di sospendere frattanto l'esecuzione del protocollo eutanasico, di fermare l'«ostinazione irragionevole» anti-curativa nei confronti di Vincent⁷⁰

⁶⁸ Il Protocollo opzionale alla CDPD prevede, all'art. 1, par. 1, il ricorso individuale al Comitato: «*Uno Stato Parte del presente Protocollo riconosce la competenza del Comitato per i diritti delle persone con disabilità a ricevere e ad esaminare comunicazioni da o in rappresentanza di individui o gruppi di individui soggetti alla sua giurisdizione che facciano istanza in quanto vittime di violazioni delle disposizioni della Convenzione da parte di quello Stato Parte.*».

⁶⁹ Con la ratifica, la Francia si è impegnata, conformemente alle norme di diritto internazionale, a rispettare in buona fede la procedura di cui all'art. 4, par. 1, del Protocollo opzionale alla CDPD («*Dopo la ricezione di una comunicazione e prima di prendere una determinazione nel merito, il Comitato in qualsiasi momento sottopone all'urgente attenzione dello Stato Parte interessato ragionate domande perché lo Stato Parte prenda le misure conservative necessarie per evitare che possibili danni irreparabili siano causati alla vittima o alle vittime della presunta violazione*») e il suo esito.

⁷⁰ Ad avviso del Ministro della Solidarietà e della Salute, Agnès Buzyn, l'équipe medica, sotto il profilo giuridico, ha la facoltà e il diritto di interrompere la somministrazione di acqua e cibo nei confronti di un paziente come Vincent, sostenendo che il Comitato si occupa di persone con disabilità e che i pazienti in stato vegetativo non rientrano nella categoria. In verità, ai sensi dell'art. 2 della *Loi n° 2005-102*, di modifica dell'art. L. 114 del *Code de l'Action Sociale et des Familles* (di seguito CASF), «*[c]onstitue un handicap, au sens de la présente loi, toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant*». Dunque, Vincent avrebbe dovuto essere considerato «disabile» nel senso medico e nel senso giuridico del termine. Il suo stato di salute si è adattato perfettamente anche alla definizione di «disabilità» contenuta nell'art. 1 (Scopo), par. 2, CDPD: «*Le persone con disabilità includono quanti hanno minorazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali a lungo termine che in interazione con varie barriere possono impedire la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su una base di eguaglianza con gli altri*». Oltre che non veridiche, le esternazioni pubbliche del Ministro Agnès Buzyn si sono rivelate imbarazzanti e sconcertanti se si considera che le condizioni per la cura delle persone in stato vegetativo e ipo-relazionale sono definite dalla circolare ministeriale datata 3 maggio 2002 (v., *supra*, la nota n. 53) tuttora valida, e che il 3 ottobre 2018 lo stesso Ministero della Solidarietà e della Salute ha organizzato una conferenza in materia, con la presentazione del rapporto scientifico dell'Università di Rouen (*Rapport final «La vie au quotidien des personnes en état végétatif chronique ou en état pauci-relationnel dans les unités*

per evitare che fosse arrecato un danno irreparabile alla vittima della presunta violazione.

Significativa, nel contesto onusiano, la posta in gioco nell'*affaire Vincent Lambert*: la conformità al diritto internazionale della c.d. «*Loi Léonetti-Claeys*», una legge chiaramente iniqua laddove applicata alle persone con disabilità, la quale ne consente l'«eutanasia passiva» (o «indiretta») nella forma di «eutanasia larvata»⁷¹ – un soggetto portatore di handicap può essere privato della propria vita per la sola ragione di trovarsi in una condizione di disabilità –, ovvero l'«eutanasia mascherata» che si cela dietro il rivestimento giuridico della lotta contro l'«accanimento terapeutico», peraltro non configurabile nel presente caso.

La privazione di cure specifiche, la «detenzione» nell'unità di cure palliative dell'Ospedale universitario di Reims, il rifiuto di trasferimento a un'unità specializzata⁷², nonché la decisione di

dédiées) e di un Libro bianco (*Livre blanc. Etat végétatif chronique, états paucirelationnels. Regards croisés de familles et de professionnels sur la vie au quotidien dans les unités dédiées*), qualificando questi pazienti come «disabili».

⁷¹ Con l'espressione «eutanasia larvata» si intende la somministrazione di sostanze analgesico-anestetiche a dosi massive, di poco inferiori a quelle letali, che abbreviano la sopravvivenza.

⁷² Si consideri che, mentre la durata media della permanenza in un'unità di cure palliative in Francia è di sedici giorni, Vincent vi ha trascorso ben dieci anni. A questo proposito, vale la pena citare il recente Rapporto di Catalina Devandas-Aguilar, Relatrice Speciale ONU sui diritti delle persone con disabilità, secondo cui la definizione di disabilità contenuta nella *Loi n° 2005-102* (art 2, di modifica dell'art. L. 114 CASF), «*est axée sur la déficience et non sur l'interaction de la personne avec l'environnement et sur les obstacles existants, et elle devrait donc être revue*» (CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, *Visite en France. Rapport de la Rapporteuse spéciale sur les droits des personnes handicapées*, A/HRC/40/54/Add.1, 8 Janvier 2019, par. 18). Tale approccio riconosce la dimensione sociale della disabilità, che appare quale risultato dell'interazione tra fattori personali e fattori ambientali: «*l'environnement de la personne*» è identificato, così come «*les incapacités de la personne*», quale responsabile e coproduttore della situazione di disabilità in cui costei si trova. Nella fattispecie, Vincent non ha beneficiato «*de l'environnement justifié par son état de handicap*»: le condizioni «detentive» in cui si è concretizzata la sua permanenza nell'Ospedale universitario di Reims sono qualificabili come inammissibili e indegne del suo stato, della sua persona e dei suoi prossimi, ostantive al mantenimento di una vita sociale e

cagionare il decesso per sete e per fame al «detenuto» Vincent in assenza di una sua esplicita manifestazione di volontà pregressa in merito a una desistenza curativa mortale e nell'impossibilità di ricostruire il suo pensiero al riguardo, sono questioni che non hanno ricevuto risposta in ambito sovranazionale europeo e che, nello specifico, si sono poste in contrasto con varie disposizioni della CDPD⁷³.

Sugli Stati Parti – quindi anche sulla Francia – incombe l'obbligo di impegnarsi «*ad assicurare e promuovere la piena realizzazione di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali per tutte le persone con disabilità senza discriminazioni di alcun tipo basate sulla disabilità*», astenendosi «*dall'intraprendere ogni atto o pratica che sia in contrasto*» con il dettato convenzionale, e assicurando che «*le autorità pubbliche e le istituzioni agiscano in conformità*» alla CDPD, ai sensi dell'art. 4 (Obblighi generali), par. 1, della stessa.

Più in dettaglio, l'art. 10 (Diritto alla vita) CDPD dispone che «*il diritto alla vita è inerente ad ogni essere umano e [gli Stati Parti] prendono tutte le misure necessarie ad assicurare l'effettivo godimento di tale diritto da parte delle persone con disabilità su base di eguaglianza con gli altri*»⁷⁴. Valore corroborante ed esplicativo,

affettiva, nonché confliggenti con ogni etica e deontologia medica. V., *supra*, le note nn. 51 e 53.

⁷³ L'art. 2, lett. c), del Protocollo opzionale alla CDPD dispone che una comunicazione sia dichiarata irricevibile dal Comitato quando «*la stessa questione è stata già esaminata dal Comitato o è stata o è in corso di esame davanti ad istanza internazionale o di regolamento*». I sostenitori della rapida morte di Vincent si sono basati principalmente su una decisione di inammissibilità della domanda a motivo del fatto che i giudici strasburghesi erano già stati aditi del caso. In realtà, gli avvocati dei coniugi Lambert si sono assicurati che le medesime questioni giuridiche non fossero riferite al Comitato di Ginevra e alla Corte di Strasburgo.

⁷⁴ A tale riguardo, è emblematico segnalare come, pur accogliendo con favore il quadro normativo francese relativo ai diritti delle persone con disabilità, il Rapporto della Relatrice Speciale ONU sui diritti delle persone con disabilità abbia rilevato che la *Loi n° 2005-102* non è pienamente conforme alla CDPD, e ha una portata più limitata in quanto, tra l'altro, non presenta riferimento alcuno ai diritti fondamentali della persona quali, appunto, il diritto alla vita. Cfr. CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, *Visite en France. Rapport de la Rapporteuse spéciale sur*

rispetto a quanto testualmente sancito, assume l'affermazione del Comitato, secondo cui «*the right to life is absolute, and [...] substitute decision-making in regard to the termination or withdrawal of life-sustaining treatment is inconsistent with this right*»⁷⁵. Parole, queste, sulle quali avrebbe dovuto essere assolutamente impossibile equivocare, ai fini di un cambiamento positivo ispirato al principio del *favor vitae* nei confronti di Vincent.

Tra quelli violati dai medici dell'Ospedale universitario di Reims, con l'avallo delle istanze giurisdizionali nazionali e della Corte europea, figurano altresì l'art. 15 (Diritto di non essere sottoposto a torture, a pene o a trattamenti crudeli, inumani o degradanti)⁷⁶, e l'art. 17 (Protezione dell'integrità della persona)

les droits des personnes handicapées, cit., par. 18.

⁷⁵ Cfr. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES, *Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 35 of the Convention. Concluding Observations of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities*, CRPD/C/ESP/CO/1, 19 October 2011, par. 29. Si legge, inoltre, nel documento che «[t]he Committee requests the State party to ensure that the informed consent of all persons with disabilities is secured on all matters relating to medical treatment, especially the withdrawal of treatment, nutrition or other life support» (par. 30). Vincent, però, non ha espresso alcun consenso informato, e ciò cui le autorità mediche e giudiziarie francesi hanno inteso sottoporlo è qualificabile, pertanto, come eutanasia non consensuale. Cfr. anche COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES, *Concluding Observations on the Initial Report of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, CRPD/C/GBR/CO/1, 3 October 2017, par. 27: «[t]he Committee recommends that the State party adopt a plan of action aimed at eliminating perceptions towards persons with disabilities as not having “a good and decent life” and recognizing persons with disabilities as equal to others and part of the diversity of humankind. It also recommends that the State party ensure access to life-sustaining treatment and/or care».

⁷⁶ Cfr. CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, *Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, Juan E. Méndez, A/HRC/22/53, 1^{er} Février 2013, par. 89, lett. a): «Le Rapporteur spécial engage tous les États à: réexaminer le cadre de lutte contre la torture en tenant compte des personnes handicapées et conformément à la Convention relative aux droits des personnes handicapées, qui contient des orientations faisant autorité quant aux droits de ces personnes dans le contexte des soins de santé».

CDPD⁷⁷, così come l'art. 25 (Salute) della stessa, conformemente al quale gli «*Stati Parti devono prendere tutte le misure appropriate per assicurare alle persone con disabilità l'accesso ai servizi sanitari [...], inclusi i servizi di riabilitazione collegati alla sanità*»⁷⁸ e, in particolare, «*fornire specificamente servizi sanitari necessari alle persone con disabilità proprio a causa delle loro disabilità*», nonché «*prevenire il rifiuto discriminatorio di assistenza medica o di cure e servizi sanitari o di cibo e fluidi sulla base della disabilità*». Rifiuto che, invece, nel presente caso l'Ospedale universitario di Reims ha deciso, e il Consiglio di Stato francese ha autorizzato, nei riguardi di Vincent proprio a causa della sua disabilità. Ancora, è non meno evidente l'inosservanza dell'art. 26 (Abilitazione e riabilitazione) CDPD, il quale sancisce diritti anch'essi, appunto, negati a Vincent⁷⁹.

Il 7 maggio 2019, lo Stato francese ha esaminato la richiesta del Comitato e ha inviato le sue osservazioni, dichiarando di non essere «*en mesure de mettre en œuvre la mesure conservatoire qu'il lui a adressée*», adducendo quale giustificazione che «*la situation de M.*

⁷⁷ Secondo uno studio condotto sulle disposizioni della CDPD che potrebbero avere un effetto diretto – che, cioè, creerebbero direttamente diritti in capo ai singoli, così da poter essere da questi invocate dinanzi alle giurisdizioni nazionali –, possiederebbero tale capacità, tra gli altri, i succitati artt. 10 (Diritto alla vita), 15 (Diritto di non essere sottoposto a torture, a pene o a trattamenti crudeli, inumani o degradanti), e 17 (Protezione dell'integrità della persona) CDPD. Cfr. M. BLATMAN, *L'effet direct des stipulations de la Convention relative aux droits des personnes handicapées. Rapport au Défenseur des droits*, Décembre 2016.

⁷⁸ Cfr. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES, *Communication No. 8/2012*, CRPD/C/11/D/8/2012, 18 June 2014, par. 8.9: «*[t]he Committee recalls that, under article 25 of the Convention, persons with disabilities have the right to the enjoyment of the highest attainable standard of health without discrimination and that States parties shall take all appropriate measures to ensure access for persons with disabilities to health services, including rehabilitation*».

⁷⁹ Cfr. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES, *Communication No. 8/2012*, cit., par. 8.9: «*article 26 stipulates that States parties shall take effective and appropriate measures to enable persons with disabilities to attain and maintain maximum independence, full physical, mental, social and vocational ability, and full inclusion and participation in all aspects of life, through comprehensive habilitation and rehabilitation services and programmes in such a way that they begin at the earliest possible stage and are based on the multidisciplinary assessment of individual needs and strengths*».

Vincent Lambert a fait l'objet d'un examen particulièrement attentif des juridictions nationales, qui ont jugé, à plusieurs reprises, que la décision d'arrêt des traitements [...] était conforme à la loi [...] la [CEDH] a jugé que cet arrêt des traitements ne violait pas les obligations de la France au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales» e che «la remise en cause de la décision d'arrêt des traitements, par une nouvelle suspension qui priverait d'effectivité le droit du patient à ne pas subir d'obstination déraisonnable, n'est pas envisageable».

Il 15 maggio 2019, i coniugi Lambert hanno presentato un ricorso d'urgenza al Tribunale amministrativo di Châlons-en-Champagne, sostenendo che l'attuazione della decisione di arresto dei supporti vitali e il rifiuto del Governo francese di continuare a idratare e nutrire Vincent come chiesto dal Comitato «*constituent une atteinte grave et manifestement illégale au droit à la vie et aux soins et au droit au recours effectif*». Tuttavia, essi non hanno ottenuto altro che un rigetto: il diritto a un rimedio effettivo è stato ritenuto fuori luogo in quanto il Comitato «*ne constitue pas une juridiction, ni une instance nationale*» e, poiché le richieste avanzate dallo stesso «*ne revêtent pas de caractère contraignant [...] [p]ar ailleurs, aucun principe de droit international ou de droit interne n'oblige l'Etat français à se conformer à de telles demandes*»⁸⁰, decidendo di privare

⁸⁰ V. TA Châlons-en-Champagne, *M. P. L. et autres*, 15 maggio 2019, ricorso n. 1910066, par. 8-9. Vero è che non corrisponde a correttezza giuridica ritenere che il rispetto delle misure conservative non sia obbligatorio, tant'è che, quando sono violate da uno Stato, questo è condannato dalle istanze internazionali. Valga citare, in proposito, quanto asserito dal Comitato delle Nazioni Unite per i diritti umani: «*non-respect of interim measures constitutes a violation by States parties of their obligations to cooperate in good faith under the Optional Protocol to the Covenant*» (HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *Communication No. 1910/2009*, CCPR/C/109/D/1910/2009, 2 December 2013, par. 1.3). L'intero sistema internazionale per la protezione dei diritti umani si basa, secondo il noto adagio *pacta sunt servanda*, sul rispetto della «parola data» dagli Stati, sulla buona fede, sulla cooperazione, sulla volontà di dare esecuzione agli impegni internazionali che essi hanno liberamente sottoscritto. Nell'*affaire Vincent Lambert*, tuttavia, da parte dello Stato francese questa volontà è mancata. Soltanto qualora il Comitato avesse oltrepassato i suoi poteri – statuendo *ultra vires* – la Francia avrebbe potuto

Vincent del sostentamento ordinario di base il Governo francese «*ne porte pas une atteinte manifestement illégale au droit à la vie*»⁸¹.

Il 17 maggio 2019, il Comitato ha richiamato la Francia ai propri obblighi internazionali, reiterando la richiesta di non privare Vincent dei sostegni vitali – «*conformément à l'article 64 du règlement intérieur du Comité, il a été rappelé à l'État partie aujourd'hui de prendre les mesures nécessaires pour veiller à ce que l'alimentation et l'hydratation ne soient pas suspendues pendant le traitement de son dossier par le Comité*» –, ragionevolmente motivata dalla possibilità di disporre del tempo necessario per pronunciarsi sulla questione, evitando che fossero frattanto attuate azioni dalle conseguenze irreversibili.

In quello stesso giorno, il Difensore dei diritti⁸² ha precisato che «*selon la "jurisprudence" des Comités des Nations Unies, les mesures provisoires demandées par les comités doivent être*

legittimamente rifiutarsi di soddisfare le sue richieste. Tale, però, non è palesemente il caso di specie.

⁸¹ In pratica, la Francia ha ratificato la CDPD accettandone gli obblighi ma ritenendo di non esserne vincolata. Lo stesso Presidente della Repubblica, Emmanuel Macron, ha dichiarato non essere di sua pertinenza autorizzare la sospensione di una decisione spettante all'équipe medica e conforme alle leggi francesi, sottacendo completamente il dovere di prestare fede agli impegni assunti con la ratifica della CDPD – l'art. 55 della Costituzione francese stabilisce chiaramente che «*[l]es traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois*», – la quale è stata ratificata anche dall'Unione europea. Lo stato di attuazione in Francia delle disposizioni della CDPD non difetta di lacune interessanti molti settori, per cui il bilancio rimane ancora al di sotto degli obiettivi stabiliti da tale strumento giuridico. A fronte del Rapporto della Relatrice Speciale ONU sui diritti delle persone con disabilità, che ha posto la Francia dinanzi alle proprie responsabilità, il Comitato ha presentato numerose proposte al Governo francese per rimediare a un sistema che mette le persone con disabilità «*à l'écart de la société*».

⁸² In attuazione dell'art. 33 (Applicazione a livello nazionale e monitoraggio) CDPD, nel luglio 2011 il Governo francese ha deciso di affidare al Difensore dei diritti, autorità costituzionale indipendente, le funzioni di «*mécanisme indépendant*», incaricandolo di assicurare l'applicazione della CDPD in Francia. Cfr. DÉFENSEUR DES DROITS, *Guide «La Convention relative aux droits des personnes handicapées». Comprendre et mobiliser la Convention pour défendre les droits des personnes handicapées*, Décembre 2016.

respectées par l'État au risque d'entraver l'exercice effectif du droit de plainte prévu par le Protocole facultatif»⁸³.

Ciononostante, la mattina del 20 maggio 2019 nell'Ospedale universitario di Reims è stato dato avvio alla procedura di morte, realizzata tramite l'interruzione dei supporti fisiologici vitali e la sedazione eutanasi, per ridurre in fin di vita chi non lo era, in patente violazione del diritto internazionale – l'eutanasi imposta a una persona disabile per la sola ragione che è disabile –, con la complicità sia del Tribunale amministrativo di Châlons-en-Champagne allineatosi con la posizione governativa, sia del Difensore dei diritti dichiaratosi comunque «incompetente».

Affinché fosse ordinato allo Stato francese di rispettare le misure conservative, i coniugi Lambert hanno presentato ancora una volta un ricorso alla Corte europea, che però è stato nuovamente respinto nel pomeriggio dello stesso 20 maggio 2019, sulla base del fatto che una decisione in merito era già stata emessa dalla medesima Corte il 5 giugno 2015. Nonostante la natura delle rimostranze fosse radicalmente differente, essa ha ritenuto sufficiente riappellarsi alla propria precedente sentenza, senza prendere in considerazione quanto accaduto nei quattro anni susseguenti. L'applicazione immediata di misure provvisorie richiesta dal Comitato e l'inosservanza delle stesse da parte della Francia non sono state considerate come «elementi nuovi» ai sensi dell'art. 39 (Misure provvisorie) del Regolamento della Corte europea⁸⁴: «*la Cour indique qu'aucun élément nouveau de*

⁸³ Cfr. DÉFENSEUR DES DROITS, *Réponse à la réclamation présentée par les avocats des parents M. Vincent Lambert le 12 mai*, Paris, 17 mai 2019. «*L'État – ha puntualizzato ancora il Difensore dei diritti – ne pourrait donc y déroger qu'en justifiant de circonstances exceptionnelles, qu'il soumet au Comité*». Ne discende che all'asserita dichiarazione del Governo francese di contestare la richiesta del Comitato avrebbe dovuto fare seguito la dimostrazione, da parte dello stesso, dell'urgenza o dell'emergenza di «eutanasi» Vincent.

⁸⁴ Avendo competenza internazionale, i comitati onusiani si considerano «al di sopra» delle giurisdizioni regionali e, essendo specializzati nella protezione di determinati diritti o categorie di persone – mentre la Corte europea è «generalista» –, ritengono di poter stabilire *standards* internazionali nel proprio campo. Come a dire che, in simili fattispecie spetterebbe alla Corte europea «allinearsi» con il Comitato, e non viceversa. Cfr. G. PUPPINCK, *L'ONU demande à la France de ne pas euthanasier Vincent Lambert*, in <https://eclj.org>.

nature à lui faire adopter une position différente ne lui a été présenté par les requérants»⁸⁵.

Alle 22:30 sempre del medesimo giorno, la Corte d'Appello di Parigi – ravvisando l'esistenza di un atto illecito consistente nella lesione della libertà personale⁸⁶ e del diritto alla vita di Vincent – ha dichiarato che «*en se dispensant d'exécuter les mesures provisoires demandées par le Comité, l'État français a pris une décision insusceptible de se rattacher à ses prérogatives puisqu'elle porte atteinte à l'exercice d'un droit dont la privation a des conséquences irréversibles en ce qu'elle attrait au droit à la vie, consacré par l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui constitue un attribut inaliénable de la personne humaine et forme la valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme, et donc dans celle des libertés individuelles*», e ha ordinato *in extremis* alla Francia – tenuta a osservare gli obblighi internazionalmente assunti e, quindi, vincolata alla richiesta del Comitato di sospendere la anzidetta procedura di morte – «*de prendre toutes mesures aux fins de faire respecter les mesures provisoires demandées par le Comité international des droits des personnes handicapées le 3 mai 2019 tendant au maintien de l'alimentation et l'hydratation entérales de M. Vincent Lambert, jusqu'à la décision à intervenir*»⁸⁷.

⁸⁵ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Lambert et autres c. France*, decisione del 20 maggio 2019, ricorso n. 21675/19. I genitori di Vincent hanno chiesto alla Corte europea soltanto di appurare la sussistenza delle condizioni di violazione del diritto ad avere un processo equo, quale pilastro garantista dei cittadini che si trovano a dover sostenere un procedimento all'interno del sistema giurisprudenziale, in particolare qualora i tribunali siano chiamati a pronunciarsi su questioni concernenti la vita di una persona. Con tale decisione di diniego, i giudici di Strasburgo hanno confermato, in definitiva, che il procedimento processuale 2018-2019 è stato un semplice atto di forma. In verità, rispetto al 2015 si è trattato di un nuovo pronunciamento, con nuovi medici, riguardante una nuova situazione. Non solo: attraverso una simile negazione della realtà, la Corte europea ha nuovamente assunto una posizione pilatesca con la quale è stata sostanzialmente avallata la destituzione di Vincent dal diritto di vivere, ed è stata altresì indebolita l'autorità delle misure provvisorie.

⁸⁶ V., *supra*, le note nn. 51 e 53.

⁸⁷ V. Corte d'Appello di Parigi, sentenza del 20 maggio 2019, n. 239.

Il 31 maggio 2019, il Ministero degli Affari Esteri e il Ministero della Solidarietà e della Salute hanno presentato ricorso in Cassazione affinché fosse definitivamente invalidata la sentenza della Corte d'Appello di Parigi. Il Governo francese non ha, pertanto, manifestato intenzione alcuna di attendere il pronunciamento del Comitato⁸⁸.

Il 24 giugno 2019, la Corte di Cassazione si è riunita per esaminare il ricorso, chiamata a pronunciarsi non sulla continuazione o no delle cure (consistenti, essenzialmente, nell'assicurare a Vincent acqua e cibo), ma su una questione principalmente tecnica, decidendo se la Corte d'Appello di Parigi avesse o no la competenza per ordinare la ripresa di idratazione e nutrizione.

Il 28 giugno 2019, la Corte di Cassazione ha annullato la sentenza della Corte d'Appello di Parigi, legittimando l'Ospedale universitario di Reims a interrompere i sostegni vitali di Vincent, così da cagionarne il decesso. Il «caso» non è stato nuovamente rinviato alla giustizia amministrativa: quindi, sentenza definitiva e inappellabile. La più alta corte francese si è espressa, appunto, soltanto su una questione di (difetto di) giurisdizione – reputando la

⁸⁸ La Francia è tenuta, appunto, a rispettare le convenzioni internazionali che ha liberamente ratificato e, ai sensi dell'art. 31 della Convenzione sul diritto dei trattati, a interpretarle in buona fede alla luce del loro oggetto e del loro scopo. Nella fattispecie, decidere di non aspettare il pronunciamento del Comitato, rifiutandosi di rispettare le misure conservative richieste, ha significato privare la CDPD e il suo Protocollo opzionale del loro scopo, che è quello di offrire un'effettiva protezione giuridica internazionale alle persone con disabilità. È equivalso un atto di forza a livello internazionale da parte della Francia, a un ingiustificato rifiuto della prerogativa dei coniugi Lambert di adire un organo internazionale – non essendo riusciti a ottenere dalle autorità giudiziarie francesi il riconoscimento del diritto alla vita e alla cura del proprio figlio disabile – giacché il rispetto di dette misure è una condizione indispensabile perché sia garantita l'effettività del diritto di ricorso individuale dinanzi al Comitato. Eppure, con riferimento alle misure provvisorie della Corte europea, lo stesso Consiglio di Stato francese ha asserito che *«les mesures provisoires prescrites sur le fondement de l'article 39 du règlement de la Cour européenne des droits de l'homme ont pour objet de garantir l'effectivité du droit au recours individuel devant cette cour prévu à l'article 34 de la Convention; [...] leur inobservation constitue un manquement aux stipulations de ce dernier, qui stipule que les parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice du droit de recours individuel devant la cour»* (Ministre de l'Intérieur c. Djamel Beghal, ord. 30 juin 2009, n. 328879). Dunque, «due pesi e due misure».

Corte d'Appello di Parigi come giuridicamente non competente, poiché si sarebbe «intromessa» illegittimamente nella giustizia amministrativa⁸⁹ –, ma non si è pronunciata né sulla natura vincolante delle misure provvisorie prescritte dal Comitato, né sull'obbligo a carico della Francia di ottemperare ai propri impegni internazionali. Con un espediente formalistico, la Corte di Cassazione ha ribaltato la decisione presa dai giudici di appello forzando, con un atto giudiziario interno, quanto il Comitato ha richiesto di impedire: assetare e affamare a morte Vincent⁹⁰.

Il 2 luglio 2019, nell'Ospedale universitario di Reims è stata ripresa l'interruzione della somministrazione di acqua e cibo ed è stato dato avvio alla somministrazione della sedazione profonda e continua

⁸⁹ V. Corte di Cassazione, sentenza del 28 giugno 2019, n. 647. Contrariamente alla Corte d'Appello di Parigi, la quale ha collegato la libertà personale di Vincent al diritto alla vita dello stesso, la Corte di Cassazione ha argomentato che il diritto alla vita non rientra nel campo della libertà personale – sebbene sia il fondamento di tutti gli altri diritti, tant'è che senza vita non ha senso parlare di libertà –, sentenziando che soltanto la privazione della libertà (custodia della polizia, detenzione, ospedalizzazione senza consenso) può essere qualificata come un attacco alla libertà personale – sottacendo, peraltro, che questa sia stata negata a Vincent con il rifiuto espresso e sistematico di trasferimento in uno dei vari centri presenti sul territorio francese specializzati per pazienti che si trovano nelle sue condizioni, cerebrolesi post-traumatici – e che, pertanto, il diniego dello Stato di ordinare il mantenimento dei supporti fisiologici vitali non ha rappresentato una lesione della libertà personale. La Corte di Cassazione ha operato così un capovolgimento del binomio vita-libertà che è stato trasformato in libertà-vita, in cui la «vita» non rappresenta evidentemente il «bene fondativo», aprendo la porta a una rottura giuridica dell'ordine intrinseco tra vita e libertà. A questo punto, è legittimo domandarsi come possa sussistere ed essere garantita la libertà dell'individuo se costui è privato intenzionalmente della propria vita e se quest'ultima non è giuridicamente tutelata in ogni fase e circostanza dell'esistenza quale bene dell'individuo stesso, nonché della società.

⁹⁰ Considerare il diritto alla vita come valore supremo – ha asserito il Procuratore generale Francois Molins – avrebbe avuto come effetto quello di mettere in discussione le fondamenta della c.d. «*Loi Léonetti-Claeys*» e le fondamenta del sistema legislativo sull'aborto. Come a dire che l'impianto normativo in materia precede il diritto alla vita, il quale viene a essere scardinato dalla posizione di primo diritto condizionante tutti gli altri che sono a esso subordinati, per diventare esso stesso subordinato al «diritto di uccidere».

nei confronti di Vincent, in palese violazione della CDPD e del Protocollo opzionale alla stessa.

Nel medesimo giorno, il Comitato, per la terza volta, ha chiesto con procedura d'urgenza allo Stato francese di mantenere idratazione e nutrizione al paziente, rammentando la natura obbligatoria delle misure conservative, ma è stato nuovamente ignorato.

L'11 luglio 2019, alle ore 8:24, dopo nove giorni segnati dalla mancanza di sostentamento idrico e alimentare, nonché dalla sedazione profonda e continua, Vincent è giunto all'epilogo della terribile morte provocata e imposta: un «omicidio sotto mentite spoglie», un'«eutanasia di Stato»⁹¹.

6. *Epilogo: la dignità puramente ontologica della persona.* Desunto dalla *Fondazione della Metafisica dei costumi* del 1785, il celebre monito (o «imperativo categorico») kantiano – «*agisci in modo da trattare l'umanità, sia nella tua persona sia in quella di ogni altro, sempre anche come fine e mai semplicemente come mezzo*» (c.d. «formula dell'umanità») –, non solo è ancora valido ma altresì basilare per il rispetto della dignità che ogni uomo possiede dal momento in cui esiste, la quale è ineccepibile e inattaccabile, e per la quale costui non può essere né percepito né ridotto a semplice strumento o oggetto degli scopi, dell'egoismo, della volontà di altri uomini.

Sebbene concerna il piano strettamente morale, trovando codificazione giuridica soltanto nel XX secolo, nondimeno la massima kantiana succitata stabilisce la nascita del nuovo concetto di «uguale dignità», ossia di un unico e intangibile concetto di dignità, a significare che degni si è sempre e comunque, senza riguardo al proprio *status* sociale, al proprio agire sociale, alle proprie condizioni di vita, alle proprie qualità.

⁹¹ Cfr. E. HIRSCH, *Vincent Lambert, une dérouté éthique et politique*, in www.huffingtonpost.fr, 12 Juillet 2019; W.J. SMITH, *Of Vincent Lambert and Ethical Rubicons*, in www.firstthings.com, 12 July 2019. Cfr. anche S. ABAD GALLARDO, *Fin de vie. Le manœuvres maçonniques pour le «droit à mourir»*, Paris, 2018.

Ogni individuo è portatore di una dignità assoluta che mai può essere misconosciuta o cancellata nelle relazioni intra/extra-personali, che si riferisce a ogni stadio di sviluppo dell'esistenza umana, e che non dipende dalla capacità di esercitare azioni/funzioni/prestazioni perché è connaturata alla stessa natura ontologica della persona.

È su siffatta base concettuale che si fondano le grandi formulazioni giuridiche internazionali di protezione dei diritti dell'uomo⁹². Affermare che «*tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità*» (art. 1 DUDU) implica necessariamente collocare l'origine della dignità in ciò che è comune a tutti gli esseri umani, che tutti condividono allo stesso modo e che, come tale, non può essere materiale escludendo, quindi, di vedere nelle caratteristiche fisiche/intellettuali/materiali l'origine della dignità, in quanto varianti da individuo a individuo.

Ogni persona, qualunque ne sia la specificità, condivide questa dignità ontologica, sovente descritta come «trascendente» perché, appunto, va oltre la materia⁹³.

Riconoscendo la propria dignità, gli esseri umani si obbligano reciprocamente a rispettare, in se stessi e negli altri, la propria natura comune. Radicata nell'essenza umana, la dignità è qualificata come «intrinseca»⁹⁴, ciò che comporta che essa non è concessa dallo Stato ma preesiste al sistema giuridico, e che lo Stato è tenuto a rispettarla così da rispettare la persona.

⁹² V. il Preambolo e l'art. 1 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (DUDU) del 1948; l'unitario Preambolo del Patto internazionale sui diritti civili e politici (PIDCP) e del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (PIDESC) del 1966; il Preambolo e l'art. 1 (Dignità umana) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE); la Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti dell'applicazione della biologia e della medicina (Convenzione di Oviedo) del 1997; la Dichiarazione universale sulla bioetica e i diritti umani del 2005. Cfr. H.B. KENFACK, *L'impact de la dignité humaine sur la protection du droit à la vie en droit international des droits de l'homme*, 2017, in hdl.handle.net/1866/19279.

⁹³ Cfr. P. SUGY, *Droits de l'homme, que d'erreurs commet-on en votre nom!*, su www.lefigaro.fr, 16 novembre 2018.

⁹⁴ V. il Preambolo della DUDU; l'art. 3, lett. a), CDPD.

Il «non diritto di vivere» del paziente disabile: l'*affaire Vincent Lambert*

Il riconoscimento della dignità presuppone che, per l'intero arco naturale del proprio svolgimento, sia attribuito un valore assoluto – giacché la sua relativizzazione pregiudicherebbe l'intero edificio del Sapere dei diritti umani – alla vita individuale, quale fondamento principe della dignità stessa, quale premessa dei diritti (oltre che quale diritto essenziale) e, come tale, onticamente portatrice della valenza fondante, costitutiva dell'ordinamento giuridico⁹⁵.

Ciò stante, come possono non disvelarsi l'ambiguità e il paradosso di coloro i quali hanno preteso di tutelare la dignità della vita di Vincent Lambert considerandolo in «stato di sopprimibilità» a motivo della sua condizione di disabilità, così da eterodeterminarne la fine della vita, negandone il diritto di vivere e immolandolo come sacrificio umano all'altare dell'«ideologia di morte»?

«Una casta o un ordine professionale che cerca di governare gli uomini in una materia simile è... follia».

⁹⁵ Cfr. M. PALMARO, *Eutanasia: diritto o delitto? Il conflitto tra i principi di autonomia e di indisponibilità della vita umana*, Torino, 2015; A. PAPISCA, *Il Diritto della dignità umana. Riflessioni sulla globalizzazione dei diritti umani*, Venezia, 2011.

Laicità e libertà religiosa

MARCO CANONICO*

LA DISCIPLINA DEI RAPPORTI TRA LO STATO E
L'ISTITUTO BUDDISTA ITALIANO SOKA GAKKAI**

SOMMARIO: 1. Il significato della stipulazione dell'intesa. – 2. I contenuti e le peculiarità della normativa oggetto d'esame. – 3. Considerazioni conclusive.

1. *Il significato della stipulazione dell'intesa.* – Con legge 28 giugno 2016 n. 130, pubblicata nella Gazzetta ufficiale 17 luglio 2016 n. 164, è stata data attuazione all'intesa stipulata il 27 giugno 2015 tra lo Stato e l'Istituto Buddista Italiano Soka Gakkai (IBISG)¹.

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

** Il presente contributo è stato pubblicato nella Rivista *Il diritto di famiglia e delle persone* (anno XLVI, 2017, fasc. 4, pp. 1284-1307) e viene riproposto previo aggiornamento delle note. Si ringrazia la Direzione dell'indicata Rivista per la concessa cortese autorizzazione alla ripubblicazione dell'articolo.

¹ L'Istituto Buddista Italiano Soka Gakkai, secondo le indicazioni contenute nel sito internet dello stesso (www.sgi-italia.org), «riunisce coloro che in Italia seguono e praticano il Buddismo insegnato da Nichiren Daishonin», maestro buddista vissuto in Giappone nel XIII secolo, la cui filosofia si fonda sull'idea secondo cui «un cambiamento profondo e automotivato di un singolo individuo può condizionare positivamente la rete della vita intesa nel senso più vasto, e portare al rinnovamento della società intera». In base a tale insegnamento «ogni individuo, indipendentemente dal genere, etnia, capacità personali e status sociale, ha la capacità di superare le inevitabili sfide esistenziali, sviluppare una vita di grande valore e creatività e influenzare positivamente la comunità, la società e il mondo intero». Nel sito si precisa che il Buddismo in questione approda in Italia «intorno agli anni Settanta. La prima associazione, che riunisce poche centinaia di praticanti, si chiama INS (Nichiren Shoshu Italiana). Dopo alcuni anni (nel 1987) diventa ente morale con il nome di Associazione Italiana Nichiren Shoshu (AINS). In seguito alla separazione dal clero della Nichiren Shoshu, l'Associazione cambia il suo nome in Associazione Italiana Soka Gakkai (1990)... Il 27 marzo 1998 nasce l'Istituto Buddista Italiano Soka Gakkai, ente religioso riconosciuto con decreto del Presidente della Repubblica del 20 novembre 2000», che fa parte della Soka Gakkai

Per quanto la stipulazione di intese con lo Stato italiano da parte delle confessioni religiose non costituisca ormai una novità², il ricorso

Internazionale, organizzazione che «*promuove su scala mondiale i valori della pace, della cultura e dell'educazione*».

² Oltre a quella considerata in questa sede, sono state sinora stipulate intese, recepite dal legislatore, con le seguenti confessioni religiose: Chiese rappresentate dalla Tavola Valdese (stipulata il 21 febbraio 1984 ed approvata con l. 11 agosto 1984, n. 449; in data 25 gennaio 1993 e 4 aprile 2007 sono state stipulate intese integrative, recepite rispettivamente con l. 5 ottobre 1993, n. 409, e l. 8 giugno 2009, n. 68); Unione italiana delle Chiese cristiane avventiste del 7° giorno (stipulata il 29 dicembre 1983 ed approvata con l. 22 novembre 1988, n. 516; in data 6 novembre 1996 e 4 aprile 2007 sono state stipulate intese integrative, recepite rispettivamente con l. 20 dicembre 1996, n. 63, e l. 8 giugno 2009, n. 67); Assemblee di Dio in Italia (stipulata il 29 dicembre 1986 ed approvata con l. 22 novembre 1988, n. 517); Unione delle Comunità ebraiche italiane (stipulata il 27 febbraio 1987 ed approvata con l. 8 marzo 1989, n. 101; in data 6 novembre 1996 è stata stipulata un'intesa integrativa, recepita con l. 20 dicembre 1996, n. 638); Unione cristiana evangelica battista d'Italia (stipulata il 29 marzo 1993 ed approvata con l. 12 aprile 1995, n. 116; in data 16 luglio 2010 è stata stipulata un'intesa integrativa, recepita con l. 12 marzo 2012, n. 34); Chiesa evangelica luterana in Italia (stipulata il 20 aprile 1993 ed approvata con l. 29 novembre 1995, n. 520); Sacra Arcidiocesi ortodossa d'Italia ed Esarcato per l'Europa meridionale (stipulata il 4 aprile 2007 ed approvata con l. 30 luglio 2012, n. 126); Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli ultimi giorni (stipulata il 4 aprile 2007 ed approvata con l. 30 luglio 2012, n. 127); Chiesa apostolica in Italia (stipulata il 4 aprile 2007 ed approvata con l. 30 luglio 2012, n. 128); Unione Buddhista italiana (stipulata il 4 aprile 2007 ed approvata con l. 31 dicembre 2012, n. 245); Unione Induista italiana, Sanatana Dharma Samgha (stipulata il 4 aprile 2007 ed approvata con l. 31 dicembre 2012, n. 246). Va precisato che anche con la Congregazione cristiana dei Testimoni di Geova in data 4 aprile 2007 è stata stipulata un'intesa, che tuttavia non ha ancora ottenuto l'approvazione da parte del legislatore. In dottrina, sui contenuti delle intese sinora stipulate, A. ALBISETTI, *Il matrimonio delle confessioni religiose di minoranza*, Milano, 2013; ID., *Il matrimonio di Buddhisti e Testimoni di Geova*, in *Dir. eccl.*, I, 2000, pp. 1028-1042; ID., *Il matrimonio valdese oggi*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2004, n. 1, pp. 135-142; ID., *I matrimoni degli acattolici: Avventisti e Assemblee di Dio in Italia (ADI)*, *ivi*, 1998, pp. 83-92; ID., *I matrimoni degli acattolici: Battisti e Luterani*, in *Dir. eccl.*, I, 1993, pp. 772-781; ID., *La disciplina del matrimonio nell'intesa tra Repubblica italiana e Tavola valdese*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1984, pp. 1217-1223; ID., *Le intese fantasma*, in *www.statoechiese.it*, 5 marzo 2012, pp. 1-5; ID., *Le intese fantasma (a metà)*, *ivi*, n. 27, 2012, 24 settembre 2012, pp. 1-6; S. ANGELETTI, *Brevi note di commento all'intesa con l'Unione Buddhista Italiana*, in *Dir. eccl.*, n. 3, 2001, pp. 967-987; ID., *La nuova intesa con l'Unione Buddhista Italiana: una doppia*

conforme per il Sangha italiano, in www.statoechiiese.it, maggio 2008, pp. 1-9; R. BENIGNI, *L'Intesa con l'Unione Induista Italiana Sanatana Dharma Samgha*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 2, 2007, pp. 413-430; R. BOTTA, *L'intesa con gli israeliti*, Padova, 1988; ID., *L'intesa con gli israeliti*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1987, pp. 95-118; M. CANONICO, *Nuove leggi per vecchie intese*, in www.statoechiiese.it, n. 30, 15 ottobre 2012, pp. 1-7; C. CARDIA, *Intesa ebraica e pluralismo religioso in Italia*, ivi, dicembre 2009, pp. 1-5; ID., *Stato e confessioni religiose. Il regime pattizio*, Bologna, 1988; N. COLAIANNI, *Le intese con i Buddhisti e i Testimoni di Geova*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 2, 2000, pp. 475-494; S. COLOMBO, *I rapporti tra lo Stato e l'Unione Cristiana Evangelica Battista d'Italia*, in www.olir.it, dicembre 2003, pp. 1-46; R. COPPOLA, *Le intese con l'Unione Avventista e le Assemblee di Dio in Italia, con particolare riguardo ai contenuti normativi*, in V. PARLATO - G.B. VARNIER (a cura di), *Normativa ed organizzazione delle minoranze confessionali in Italia*, Torino, 1992, pp. 39-50; F. FINOCCHIARO, *Nuova disciplina del matrimonio concordatario e del matrimonio secondo le norme dell'ordinamento valdese*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1986, pp. 13-16; G. FUBINI, *Il diritto ebraico. Le problematiche del rapporto con lo Stato in Italia*, in PARLATO - VARNIER (a cura di), *Normativa ed organizzazione delle minoranze confessionali in Italia*, cit., pp. 111-121; ID., *Prime considerazioni sull'«intesa ebraica»*, in *Dir. eccl.*, I, 1988, pp. 127-138; L. GRAZIANO, *Andando oltre la standardizzazione delle intese: la Chiesa apostolica in Italia e l'art. 8,3 della Costituzione*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 2, 2007, pp. 353-370; G. LONG, *Le confessioni religiose «diverse dalla cattolica». Ordinamenti interni e rapporti con lo Stato*, Bologna, 1991; ID., *Le intese con l'Unione avventista e con le Assemblee di Dio in Italia*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1987, pp. 119-135; A. S. MANCUSO, *Il matrimonio celebrato secondo l'Intesa con l'Unione delle Comunità ebraiche*, in *Nuove autonomie*, n. 4-6, 2006, pp. 1-16; ID., *La rilevanza civile del matrimonio degli acattolici*, Roma, 2013; ID., *L'attuazione dell'art. 8.3 della Costituzione. Un bilancio dei risultati raggiunti e alcune osservazioni critiche*, in www.statoechiiese.it, febbraio 2010, pp. 24-36; G. MORI, *Ortodossia e intesa con lo Stato italiano: il caso della Sacra Arcidiocesi Ortodossa d'Italia ed Esarcato per l'Europa meridionale*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 2, 2007, pp. 399-412; L. MUSSELLI - A. FAVERGIOTTI - E. COMERIO, *Le intese con le Chiese avventiste e pentecostali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1990, pp. 444-493; V. PACILLO, *L'intesa con la Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli Ultimi Giorni: prime considerazioni*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 2, 2007, pp. 371-397; V. PARLATO, *La legge n. 126 del 2012 relativa ai rapporti tra Italia e Sacra Arcidiocesi Ortodossa d'Italia e Malta*, in www.statoechiiese.it, n. 36, 26 novembre 2012, pp. 1-19; ID., *Le intese con le confessioni acattoliche. I contenuti*, II ed., Torino, 1996; T. RIMOLDI, *L'intesa con la Chiesa avventista del 7° giorno*, in www.olir.it, febbraio 2004, pp. 1-56; G. SACERDOTI, *L'intesa del 1987-89: ebraismo italiano e ordinamento dello Stato*, in *Rass. mens. di Israel*, n. 3, 2009, pp. 29-50; V. TEDESCHI, *Il matrimonio secondo la «intesa con tra la Repubblica italiana e l'Unione delle comunità israelitiche»*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, pp. 263-279; E. ZICCARDI, *Il matrimonio nelle*

al metodo della bilateralità merita in questo caso di essere segnalato in quanto interviene in un momento in cui parte della dottrina ritiene ormai esaurita la cosiddetta ‘stagione delle intese’ e superato lo strumento previsto dall’art. 8, co. 3, Cost. per la realizzazione dell’uguale libertà dei gruppi religiosi³, e si reputa da più parti

confessioni religiose. Il matrimonio di culto cattolico, acattolico, islamico e il giudizio di nullità del matrimonio, Forlì, 2006, pp. 373-426.

³ Osserva N. COLAIANNI, *Le intese nella società multireligiosa: verso nuove disuguaglianze*, in www.statoechiese.it, n. 19, 28 maggio 2012, p. 7, che nella prassi «la standardizzazione del contenuto delle intese è andata in effetti nel senso di inserire tutte le regolamentazioni bilaterali in un quadro di principi comuni, che ben potrebbero essere destinati a fare corpo unico in una legge comune. Invero, s’è avuta un’eterogenesi dei fini: nate come intese speciali, sono diventate intese comuni, non servono a tutelare le specificità delle identità confessionali ma solo ad estendere la disciplina comune». D’altra parte, dal momento che non tutte le confessioni riescono ad ottenerne la stipula «le intese hanno, quindi, assunto un carattere “premiante” dei soggetti “forti” del pluralismo confessionale, di guisa che l’uguale libertà è appannaggio degli appartenenti alle confessioni con intesa, risolvendosi in una libertà diseguale. L’intesa raggiunta solo con alcune di esse si risolve in una negazione della libertà delle altre e quindi presenta una externalità negativa, una disutilità per i terzi» (ibidem, pp. 7-8). Più recentemente, traendo spunto dalla sentenza della Corte costituzionale n. 52 del 2016, ancora N. COLAIANNI, *La decadenza del “metodo della bilateralità” per mano (involontaria) degli infedeli*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, in www.statoechiese.it, n. 28, 19 settembre 2016, pp. 22-23, osserva che nell’ambito dei rapporti tra lo Stato e le confessioni religiose «la legislazione unilaterale... ha preso decisamente il sopravvento, come risulta sfogliando un qualsiasi codice delle leggi in materia ecclesiastica, e, anche grazie alla vivacità della giurisprudenza, nazionale ed europea, sulla questioni di diritto unilaterale (come l’esposizione del crocifisso e simboli religiosi in genere) le questioni teoriche e interpretative, relative al concordato e alla legislazione di derivazione bilaterale, sono ormai polverose. Non può essere diversamente in quanto i patti in senso lato concordatari sono l’eredità di altri tempi, di lunghi secoli in cui Stato e chiese lottavano per l’egemonia sulle “materie miste”, cioè su tutte quelle questioni portatrici di valori ritenuti propri esclusivi da ciascuna delle parti, e prediligevano le pattuizioni, la legge di derivazione bilaterale, piuttosto che le dichiarazioni di diritti, per quanto differenziati possano essere, che toccano tutti i cittadini... La novità costituzionale, a lungo negletta, è che necessaria, invero, è non la bilateralità (che è solo eventuale, nei casi in cui lo Stato ritenga trattarsi di effettivi “rapporti”), bensì la non bilateralità della legislazione, la sua unilaterale, in mancanza della quale si produrrebbe un’inammissibile discriminazione tra gruppi, confessionali e non, che un’immaginaria moltiplicazione delle intese, per limiti a queste strutturali come

necessaria l'introduzione di una normativa unilaterale a tutela della libertà religiosa, sostitutiva di quella rappresentata dall'anacronistica normativa sui culti ammessi (l. 24 giugno 1929, n. 1159, e r.d. 28 febbraio 1930, n. 289)⁴, sebbene la legittimità di un intervento unilaterale in materia non sia da tutti condivisa⁵.

*evidenziato dalla Corte, non varrebbe neppure a contenere...». In termini analoghi, V. TOZZI, Ripartizione delle competenze e limiti costituzionali della previsione delle intese fra confessioni religiose diverse dalla cattolica e Stato italiano, in www.statoechiese.it, n. 18, 21 maggio 2012, pp. 11-12, parla di «intese fotocopia» e sottolinea che «è vero che alcune esigenze specifiche di una confessione religiosa possono essere prese in considerazione dal legislatore statale nell'intesa, purché nei limiti dell'uguale libertà, del principio di uguaglianza e nella pari dignità delle confessioni, come dei rispettivi seguaci (laicità). Ma se le confessioni religiose riconosciute, cioè quelle che hanno ottenuto l'intesa approvata, chiedono tutte le stesse cose, allora lo strumento intesa ha perso la sua funzione specifica e diviene il mezzo di distribuzione di privilegi a pioggia, in favore di soggetti preferiti». Pure A. LICASTRO, *La Corte costituzionale torna protagonista dei processi di transizione della politica ecclesiastica italiana?*, in www.statoechiese.it, n. 26, 18 luglio 2016, p. 23, stigmatizza il «modo in cui si è concretamente sviluppata la prassi delle intese (su cui aveva posto l'accento la Cassazione), poco sensibile alle esigenze identitarie delle confessioni e "standardizzata" su contenuti in gran parte omogenei», con la conseguenza che «le intese sembrerebbero ormai rappresentare singoli episodi di una trama normativa già interamente svolta, e al cui completamento mancherebbe solo l'acquisizione del consenso di tutti i (rimanenti) gruppi religiosi interessati». In senso almeno in parte contrario sembra orientato G.B. VARNIER, *Concordati e intese, diritto pattizio e diritto comune: le diverse possibili declinazioni dinanzi alle trasformazioni delle confessioni religiose e della società civile*, in www.statoechiese.it, n. 16, 5 maggio 2014, pp. 18-19, il quale ritiene che nell'attuale realtà italiana delle relazioni tra Stato e confessioni religiose «i punti attorno ai quali muoversi consistono nella necessità ma anche nell'insufficienza dello strumento pattizio, in un riconoscimento delle differenze che non alteri il principio di uguaglianza e, da ultimo, nella inevitabile presa d'atto dell'interesse del fenomeno religioso per l'intervento in campo sociale. Da quanto sopra ricavo, per deduzione, l'inadeguatezza degli attuali sistemi di collegamento (siano essi concordato o intese) e nel contempo l'impossibilità di una loro revisione. Quindi, non resta che di necessità fare virtù e continuare a disciplinare problematiche nuove con norme antiche e costruire – a lato del sistema di rapporti di modello inter ordinamentale e proprio di una realtà sociale omogenea – un profilo di diritto comune che, con aggiustamenti, regoli il fenomeno religioso nella società plurale, anche andando oltre la realtà pattizia».*

⁴ La stipulazione dell'intesa ai sensi dell'art. 8, co. 3, Cost. e l'emanazione della relativa legge di approvazione costituiscono al momento l'unico modo

mediante il quale le confessioni acattoliche possono sottrarsi all'applicazione della legge sui culti ammessi, stante la mancata approvazione, nonostante vari tentativi, di una legge generale sulla libertà religiosa che avrebbe dovuto comportare l'abrogazione della legislazione d'ispirazione fascista. In dottrina auspicano l'emanazione di tale legge generale sulla libertà religiosa: S. BERLINGÒ, *L'affaire dell'U.A.A.R.: da mera querelle politica ad oggetto di tutela giudiziaria*, in *www.statoechiase.it*, n. 4, 3 febbraio 2014, p. 21; G. CASUSCELLI, *Una disciplina-quadro delle libertà di religione: perché, oggi più di prima, urge "provare e riprovare" a mettere al sicuro la pace religiosa*, in *www.statoechiase.it*, n. 26, 2017, pp. 1-26, ed in G. D'ANGELO (a cura di), *Rigore e curiosità. Scritti in memoria di Maria Cristina Folliero*, I, Torino, 2018, pp. 143-164; COLAIANNI, *Le intese nella società multireligiosa: verso nuove disuguaglianze*, cit., p. 13; G. MACRÌ, *Il futuro (ancora incerto) della libertà religiosa in Italia: alla ricerca di un nuovo bilanciamento tra interessi collettivi (frazionati) e bisogni (flessibili) delle persone*, in D'ANGELO (a cura di), *Rigore e curiosità*, cit., pp. 502-510; A.S. MANCUSO, *L'attuazione dell'art. 8.3 della Costituzione. Un bilancio dei risultati raggiunti e alcune osservazioni critiche*, in *www.statoechiase.it*, febbraio 2010, p. 42; M. PARISI, *Associazionismo ateista e accesso all'Intesa con lo Stato. Riflessioni a margine della sentenza n. 7068 del TAR Lazio*, *ivi*, n. 36, 2014, 17 novembre 2014, pp. 18-19 e 21-22; J. PASQUALI CERIOLI, *Il diritto all'avvio delle trattative per la stipulazione delle intese ex art. 8, 3° comma, Cost. (brevi note a Cons. Stato, sez. IV, sent. 18 novembre 2011, n. 6083)*, *ivi*, n. 12, 2012, 26 marzo 2012, pp. 16-17; ID., *Interpretazione assiologica, principio di bilateralità pattizia e (in)eguale libertà di accedere alle intese ex art. 8, terzo comma, Cost.*, *ivi*, n. 26, 2016, 18 luglio 2016, pp. 16-17; A. POGGI, *Una sentenza "preventiva" sulle prossime richieste di Intese da parte di confessioni religiose? (in margine alla sentenza n. 52 della Corte costituzionale)*, in *Federalismi.it*, n. 6, 23 marzo 2016, pp. 10-11; TOZZI, *Ripartizione delle competenze e limiti costituzionali della previsione delle intese fra confessioni religiose diverse dalla cattolica e Stato italiano*, cit., pp. 16-17; V. VITA, *Della non obbligatorietà dell'avvio delle trattative finalizzate alla conclusione di un'intesa. Riflessioni a margine della sentenza n. 52 del 2016*, in *www.osservatorioaic.it*, n. 2, 26 maggio 2016, pp. 10-11; R. ZACCARIA, *Libertà di coscienza e religione. Ragioni e proposte per un intervento legislativo*, in *www.statoechiase.it*, n. 12, 3 aprile 2017, pp. 1-3. In argomento, V. TOZZI - G. MACRÌ - M. PARISI (a cura di), *Proposta di riflessione per l'emanazione di una legge generale sulle libertà religiose*, Atti del Seminario di studio Napoli e Fisciano 15-17 ottobre 2009, Torino, 2010.

⁵ Pongono in discussione la legittimità e l'opportunità di un intervento unilaterale generale del legislatore in materia religiosa: A. ALBISETTI, *Le intese fantasma*, in *www.statoechiase.it*, 5 marzo 2012, pp. 6-8; L. BUSCEMA, *Atti politici e principio di giustiziabilità dei diritti e degli interessi*, in *www.rivistaaic.it*, n. 1, 21 febbraio 2014, pp. 44-46; M. CANONICO, *L'idea di una legge generale sulla libertà religiosa: prospettiva pericolosa e di dubbia utilità*, in *www.statoechiase.it*, gennaio

Per giunta la nuova intesa e la relativa legge sopraggiungono in un contesto in cui il dibattito sulla bilateralità dei rapporti tra Stato e confessioni religiose ha trovato ampio spazio in ragione della vicenda che ha visto come protagonista l'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti (UAAR)⁶, associazione ateistica che da oltre vent'anni chiede al Governo italiano di intavolare trattative finalizzate alla stipulazione di un accordo ai sensi dell'art. 8, co. 3, Cost. vedendosi frappare un costante diniego⁷, motivato dalla ritenuta mancanza della natura di confessione religiosa in capo all'entità richiedente⁸, che ha

2010, pp. 3-10, e in *Dir. famiglia*, 2010, pp. 1362-1369; P. CAVANA, *Libertà religiosa e proposte di riforma della legislazione ecclesiastica in Italia*, in *www.statoe.chiese.it*, n. 41, 2017, pp. 12-20; ID., *Libertà religiosa e proposte di riforma della legislazione ecclesiastica italiana*, in D'ANGELO (a cura di), *Rigore e curiosità*, cit., pp. 172-178; F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, IX ed., Bologna, 2003, p. 144.

⁶ L'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti è un'associazione non riconosciuta, iscritta all'albo nazionale delle associazioni di promozione sociale, che si propone di diffondere le concezioni ateistiche, tutelare i diritti delle persone non appartenenti ad alcuna religione, affermare e difendere la laicità dello Stato. Sulla natura e le finalità dell'UAAR, D. BILOTTI, *L'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti (UAAR), membro associato della International Humanist and Ethical Union, come soggetto stipulante un'intesa con lo Stato, ex art. 8, III Cost.*, in *www.statoe.chiese.it*, luglio 2011, pp. 4-6; S. LARICCIA, *Un passo indietro sul fronte dei diritti di libertà e di eguaglianza in materia religiosa [?]*, *ivi*, n. 20, 6 giugno 2016, pp. 5-6.

⁷ Per maggiori ragguagli sulle istanze inoltrate dall'UAAR per un negoziato in prospettiva di intesa e relativi sviluppi, V. COCOZZA, *Confessioni religiose e diritto all'intesa ex art. 8, comma 3, Cost.: alcune interessanti precisazioni giurisprudenziali*, in M. D'ARIENZO (a cura di), *Il diritto come "scienza di mezzo". Studi in onore di Mario Tedeschi*, I, Cosenza, 2017, pp. 577-584; LICASTRO, *La Corte costituzionale torna protagonista dei processi di transizione della politica ecclesiastica italiana?*, cit., p. 4, nota n. 11; PARISI, *Associazionismo ateista e accesso all'Intesa con lo Stato*, cit., pp. 5-12; PASQUALI CERIOLI, *Il diritto all'avvio delle trattative per la stipulazione delle intese ex art. 8, 3° comma, Cost.*, cit., pp. 1-2; S. PRISCO - F. ABBONDANTE, *Intendersi sulle intese*, in M. D'ARIENZO (a cura di), *Il diritto come "scienza di mezzo". Studi in onore di Mario Tedeschi*, IV, Cosenza, 2017, pp. 1967-1971.

⁸ In effetti, stanti le dichiarate finalità di promozione della visione ateistica, l'UAAR non sembra a rigore qualificabile come confessione religiosa. In tal senso, VITA, *Della non obbligatorietà dell'avvio delle trattative finalizzate alla conclusione di un'intesa*, cit., p. 5; E. ROSSI, *Le "confessioni religiose" possono essere atee?*

Alcune considerazioni su un tema antico alla luce di vicende nuove, in *www.statoe.chiese.it*, n. 27, 15 settembre 2014, p. 29, il quale esclude che l'UAAR possa essere considerata confessione religiosa «*poiché, malgrado la richiesta di intesa ai sensi dell'art. 8, comma 3, Cost., non si definisce come tale (bensì come "associazione di promozione sociale") ... è evidente che anziché come un'organizzazione religiosa essa si definisca piuttosto come un'organizzazione anti-religiosa ...*». POGGI, *Una sentenza "preventiva" sulle prossime richieste di Intese da parte di confessioni religiose?*, cit., p. 9, considera l'UAAR «*un'associazione che nel proprio statuto dichiara di non essere una confessione religiosa e dunque rispetto alla quale la stessa auto-qualificazione ne escluderebbe a priori la possibilità di pretesa di addivenire ad una Intesa, ove si facesse valere il solo requisito dell'auto-qualificazione*»; ritiene tuttavia che tale conclusione «*andrebbe confrontata con l'art. 17 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea che, ai fini del mantenimento di "un dialogo aperto, trasparente e regolare", equipara alle "chiese" le organizzazioni "filosofiche e non confessionali" ...*». In maniera analoga, anche J. PASQUALI CERIOLI, *Accesso alle intese e pluralismo religioso; convergenze apicali di giurisprudenza sulla "uguale libertà" di avviare trattative ex art. 8 Cost., terzo comma*, in *www.statoe.chiese.it*, n. 26, 15 luglio 2013, pp. 20-22, reputa che i gruppi di ispirazione ateistica non possano aspirare alla stipulazione di intese ai sensi dell'art. 8, co. 3, Cost. A. PIN, *L'inevitabile caratura politica dei negoziati tra il Governo e le confessioni e le implicazioni per la libertà religiosa: brevi osservazioni a proposito della sentenza n. 52 del 2016*, in *Federalismi.it*, n. 7, 6 aprile 2016, p. 6, puntualizza che «*se, comprensibilmente, l'UAAR si dichiara "l'unica associazione nazionale che rappresenta le ragioni dei cittadini atei e agnostici", sembra invece più intricato sostenere che l'UAAR rappresenti gli atei e gli agnostici, nel senso che ne esprima una dimensione di aggregazione comunitaria, e che dunque l'attribuzione all'UAAR e ai suoi aderenti di particolari trattamenti si tramuti in uno spazio di libertà per gli atei e per gli agnostici tout court; e questo dubbio non deriva solo dalla circostanza che l'ateismo e l'agnosticismo possono avere una declinazione comunitaria meno accentuata dei culti, ma dalla medesima problematica rappresentatività dell'UAAR nei confronti di queste opzioni areligiose*». Non manca tuttavia chi ritiene che non debba essere elemento discriminante la mancanza di un essere trascendente per l'ammissibilità alla stipulazione di intese. In simile prospettiva, ROSSI, *Le "confessioni religiose" possono essere atee?* cit., p. 6, rileva come in realtà lo Stato, avendo stipulato l'intesa con l'Unione Buddhista italiana, abbia in sostanza considerato confessione religiosa «*una fede che non riconosce l'esistenza di un essere soprannaturale (un "dio")... un "fenomeno religioso" che è (si ritiene) tale sebbene ateo: quello che sarebbe parso un ossimoro è una realtà con la quale dobbiamo confrontarci*». Il medesimo autore precisa tuttavia come l'Unione Buddhista sia comunque ascrivibile nel novero delle confessioni religiose «*ancorché non presupponga tra il proprio "credo" l'esistenza di un essere trascendente: giacché non vi è dubbio che essa percepisca se stessa come "religiosa" (nell'art. 2 dello statuto si definisce "ente di*

condotto ad una *querelle* giudiziaria trascinatasi con alterne affermazioni di principio dinanzi alla giustizia amministrativa, al giudice ordinario ed a quello costituzionale, con preannunciati possibili sviluppi anche di fronte alla Corte di Strasburgo⁹.

Il primo rifiuto del Governo alla richiesta dell'UAAR di intavolare trattative finalizzate ad eventuale intesa era stato impugnato con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ed annullato per incompetenza, in quanto contenuto in una nota del Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio, in contrasto con il dettato normativo che richiede in materia la deliberazione del Consiglio dei Ministri (art. 2, co. 3, lett. l), l. 23 agosto 1988, n. 400).

Le ulteriori istanze dell'associazione conducevano a nuovo diniego, contenuto nella nota della Presidenza del Consiglio dei Ministri 5 dicembre 2003 e motivato con l'assenza in capo all'entità interessata della natura di confessione religiosa richiesta dall'art. 8, co. 3, Cost. Il provvedimento governativo veniva impugnato dinanzi al T.A.R. del Lazio, che con sentenza 31 dicembre 2008, n. 12539, dichiarava il proprio difetto di giurisdizione ai sensi dell'art. 31, r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, ravvisando natura di atto politico, come tale non sindacabile in sede giurisdizionale, nella determinazione del Governo in risposta alla richiesta di trattative per eventuale intesa.

*religione e di culto") e che come tale sia percepita storicamente e culturalmente, oltre ovviamente al fatto che essa si autodefinisce così» (ibidem, p. 29). In maniera analoga PARISI, *Associazionismo ateista e accesso all'Intesa con lo Stato*, cit., p. 13, evidenzia che «appare essere non sempre dirimente (in termini relativi) l'esclusivo riferimento all'elemento del "divino" come parametro centrale per l'individuazione di una organizzazione confessionale, dal momento che l'esperienza contemporanea delle Intese ha consentito la conclusione di accordi con i buddisti (legge n. 245 del 2012) e gli induisti (legge n. 246 del 2012), caratterizzantesi come gruppi spirituali non individuanti un essere trascendente al centro della loro personale speculazione religiosa».*

⁹ Cfr. VITA, *Della non obbligatorietà dell'avvio delle trattative finalizzate alla conclusione di un'intesa*, cit., p. 1, nota n. 1, ricorda che dopo il pronunciamento della Consulta con la sentenza n. 52 del 2016, ultimo atto della ricordata vicenda giudiziaria, «è Raffaele Carcano, segretario dell'UAAR, che nel comunicato stampa dell'11 marzo 2016, giorno successivo alla pubblicazione della sentenza, ha preannunciato la possibilità di un ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo...».

Avverso detta decisione l'UAAR proponeva ricorso dinanzi al Consiglio di Stato, che con sentenza 18 novembre 2011, n. 6083, escludeva la natura di atto politico riguardo alla scelta del Governo sull'avvio o meno di trattative volte all'intesa, sulla base del rilievo che l'art. 8, co. 3, Cost. prevede la necessità dello strumento bilaterale nei rapporti tra Stato e confessioni religiose acattoliche, con conseguente limitazione dei contenuti dell'atto normativo che eventualmente recepisce l'intesa e dunque restrizione della sovranità legislativa del Parlamento. Tale restrizione veniva considerata «*difficilmente compatibile con la ritenuta afferenza delle relative scelte all'indirizzo politico generale dello Stato*», che costituisce requisito oggettivo per la qualifica di un provvedimento come atto politico. Veniva pertanto stabilito l'obbligo dell'Esecutivo di dare avvio alle trattative a seguito della richiesta in tal senso proveniente da soggetto legittimato, salva la facoltà del Governo di non pervenire alla stipula dell'intesa¹⁰. La sentenza impugnata veniva dunque annullata, con rinvio della causa al primo Giudice¹¹.

¹⁰ In realtà nella decisione in questione il Consiglio di Stato precisa che, oltre alla facoltà da parte statale di non addivenire all'intesa o di non tradurla in legge, residua comunque per il Governo «*la possibilità, nell'esercizio della discrezionalità tecnica... di escludere motivatamente che il soggetto interessante presenti le caratteristiche che le consentirebbero di rientrare fra le "confessioni religiose" (ciò che, del resto, è quanto avvenuto proprio nel caso di specie)*».

¹¹ In dottrina, sulla menzionata pronuncia del Consiglio di Stato, F. BERTOLINI, *Principio pattizio o obbligo del Governo di avviare le trattative per la stipula dell'intesa con la Confessione religiosa?*, in www.forumcostituzionale.it, 12 aprile 2012, pp. 1-9; BERLINGÒ, *L'affaire dell'U.A.A.R.*, cit., pp. 7-11; M. CANONICO, *La stipulazione di intese con lo Stato: diritto delle confessioni religiose o libera scelta del Governo*, in www.statoechiase.it, n. 15, 23 aprile 2012, pp. 1-12; L. FASCIO, *Le intese con le confessioni religiose diverse dalla cattolica tra atti politici e discrezionalità tecnica dell'amministrazione. Il caso dell'UAAR (Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti)*, in *Foro amm. - Cons. Stato*, n. 5, 2012, pp. 1204-1224; PASQUALI CERIOLI, *Il diritto all'avvio delle trattative per la stipulazione delle intese ex art. 8, 3° comma*, cit., pp. 1-17; F. PETRANGELI, *L'approvazione delle nuove intese con le confessioni religiose: un percorso accidentato forse prossimo a conclusione*, in www.rivistaaic.it, n. 1, 14 marzo 2012, pp. 5-8; TOZZI, *Ripartizione delle competenze e limiti costituzionali della previsione delle intese fra confessioni religiose diverse dalla cattolica e Stato italiano*, cit., pp. 1-17.

Avverso tale decisione il Presidente del Consiglio proponeva ricorso dinanzi alla Corte di cassazione invocando il difetto di giurisdizione sul rifiuto governativo di avviare trattative finalizzate all'intesa ex art. 8 Cost., in quanto atto politico e dunque insindacabile. Con sentenza 28 giugno 2013, n. 16305, le Sezioni Unite civili della Cassazione rigettavano l'impugnazione, qualificando come frutto di discrezionalità tecnica, dunque sindacabile, la determinazione governativa circa il rifiuto di avviare trattative con una confessione religiosa per eventuale intesa, non valendo a farla considerare atto politico né la provenienza di detta determinazione dal Governo, difettando al riguardo il requisito oggettivo costituito dall'insussistenza in capo al soggetto richiedente l'intesa di un interesse protetto giustiziabile, né le previsioni dell'art. 2, co. 3, lett. l), l. n. 400 del 1988, che rimettono alla deliberazione del Consiglio dei ministri le scelte in materia di rapporti previsti dall'art. 8 Cost. Secondo le Sezioni Unite la valutazione relativa alla qualificazione come confessione religiosa del soggetto che avanza richiesta di negoziato costituisce «*tutt'al più*» esercizio di discrezionalità tecnica da parte dell'amministrazione, soggetta in quanto tale a controllo in sede giurisdizionale. Inoltre per il Giudice di legittimità lo strumento delle intese vale ad assicurare una migliore realizzazione dell'uguale libertà di cui all'art. 8, co. 1, Cost., con la conseguenza che la possibilità per i culti di stipulare tali accordi non può dipendere dalle valutazioni assolutamente discrezionali dell'Esecutivo, le cui scelte finirebbero altrimenti per incidere sulla libertà cui le confessioni religiose hanno diritto¹².

A fronte di detta decisione, il Governo ha sollevato conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato dinanzi alla Corte costituzionale, che si è pronunciata con la sentenza 10 marzo 2016, n. 52, accogliendo il

¹² Sulla pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, BERLINGÒ, *L'affaire dell'U.A.A.R.*, cit., pp. 11-15; N. COLAIANNI, *Ateismo de combat e intesa con lo Stato*, in *www.rivistaaic.it*, n. 4, 6 dicembre 2013, pp. 1-18; G. DI MUCCIO, *Atti politici e intese tra lo Stato e le confessioni religiose non cattoliche: brevi note a Corte di cassazione, sez. unite civ., sentenza 28 giugno 2013, n. 16305*, in *Federalismi.it*, n. 20, 9 ottobre 2013, pp. 1-18; PASQUALI CERIOLI, *Accesso alle intese e pluralismo religioso*, cit., pp. 1-22; ROSSI, *Le "confessioni religiose" possono essere atee?*, cit., pp. 14-19.

ricorso. Il Giudice delle leggi ha motivato la propria decisione specificando che, *«a prescindere dalla stipulazione di intese, l'eguale libertà di organizzazione e di azione è garantita a tutte le confessioni dai primi due commi dell'art. 8 Cost. ... e dall'art. 19 Cost.»*, sicché la mancanza di disciplina concordata non vale a pregiudicare la libertà dei gruppi religiosi, che resta comunque assicurata. Sotto altro profilo, secondo la Consulta *«il riferimento al metodo della bilateralità, immanente alla ratio del 3° comma dell'art. 8 Cost. ... pretende una concorde volontà delle parti, non solo nel condurre e nel concludere una trattativa, ma anche, prima ancora, nell'iniziarla»*, e dunque la sindacabilità del diniego di avviare le trattative, con conseguente possibile imposizione al Governo dell'obbligo di intraprenderle, introdurrebbe *«un elemento dissonante rispetto al metodo della bilateralità»*. Si è inoltre affermato che *«un'autonoma pretesa giustiziabile all'avvio delle trattative non è configurabile proprio alla luce della non configurabilità di una pretesa soggettiva alla conclusione positiva di esse»*, nel senso che per la Corte il procedimento volto alla stipulazione dell'intesa ha uno scopo unitario e pertanto, non esistendo un obbligo al perfezionamento di esso con la sottoscrizione dell'accordo, parimenti non può sussistere un dovere di avviare il procedimento medesimo. A ciò viene aggiunto il rilievo delle valutazioni di natura politica insite nella scelta dell'Esecutivo di avviare o meno il negoziato con una confessione in prospettiva di intesa, in quanto si rileva che, *«per il Governo, l'individuazione dei soggetti che possono essere ammessi alle trattative, e il successivo effettivo avvio di queste, sono determinazioni importanti, nelle quali sono già impegnate la sua discrezionalità politica, e la responsabilità che normalmente deriva in una forma di governo parlamentare»*. In tale prospettiva, è stata dunque riconosciuta al Governo ampia discrezionalità *«il cui unico limite è rintracciabile nei principi costituzionali»*, con la precisazione che *«scelte del genere, per le ragioni che le motivano, non possono costituire oggetto di sindacato da parte del giudice»*, salva la responsabilità politica del potere esecutivo di fronte al Parlamento. Sulla base di tali assunti, diversamente dalle conclusioni cui erano pervenuti il Consiglio di Stato e le Sezioni Unite della Corte di cassazione, la Consulta ha

ritenuto che «non sia configurabile – in capo ad una associazione che ne faccia richiesta, allegando la propria natura di confessione religiosa – una pretesa giustiziabile all'avvio delle trattative ex art. 8, terzo comma, Cost.», mentre compete «al Consiglio dei ministri valutare l'opportunità di avviare trattative con una determinata associazione, al fine di addivenire, in esito ad esse, alla elaborazione bilaterale di una speciale disciplina dei reciproci rapporti»¹³.

¹³ Annotazioni riguardo alla sentenza costituzionale n. 52 del 2016 possono rinvenirsi in G. AMOROSO, *Le pronunce della Corte di cassazione oggetto di conflitto di attribuzione innanzi alla Corte costituzionale*, in *Foro it.*, I, 2016, pp. 1951-1957; M. CANONICO, *Libera scelta del Governo l'avvio di trattative finalizzate alla stipulazione di intesa con confessione religiosa ai sensi dell'art. 8, terzo comma, Cost.*, in www.statoechiese.it, n. 30, 7 ottobre 2016, pp. 1-18; V. COCOZZA, *La garanzia dell'«intesa» nell'art. 8 Cost., terzo comma*, *ivi*, n. 11, 27 marzo 2017, pp. 1-9; R. DICKMANN, *La delibera del Consiglio dei ministri di avviare o meno le trattative finalizzate ad una intesa di cui all'art. 8, terzo comma, Cost. è un atto politico insindacabile in sede giurisdizionale*, in www.forumcostituzionale.it, 21 marzo 2016, pp. 1-8; G. DI COSIMO, *Carta bianca al Governo sulle intese con le confessioni religiose (ma qualcosa non torna)*, in www.statoechiese.it, n. 2, 23 gennaio 2017, pp. 1-8; A. FERRARA, *Corte cost. n. 52 del 2016, ovvero dello svuotamento delle intese Stato-Confessioni religiose e dell'upgrading del giudizio concernente il diniego all'avvio delle trattative*, in *Federalismi.it*, n. 8, 20 aprile 2016, pp. 1-7; N. FIORITA - P. CONSORTI, *La libertà religiosa nell'era della sicurezza*, in www.rivistailmulino.it, 19 aprile 2016; P. FLORIS, *Le intese tra conferme e ritocchi della Consulta e prospettive per il futuro*, in www.statoechiese.it, n. 28, 19 settembre 2016, pp. 2-22; L. LACROCE, *Le relazioni tra Stato e confessioni religiose: il puntuale chiarimento della Corte costituzionale*, in M. D'ARIENZO (a cura di), *Il diritto come "scienza di mezzo". Studi in onore di Mario Tedeschi*, III, Cosenza, 2017, pp. 1345-1365; LARICCIA, *Un passo indietro sul fronte dei diritti di libertà e di eguaglianza in materia religiosa [?]*, *cit.*, pp. 1-33; ID., *Un passo indietro sul fronte dei diritti di libertà e di eguaglianza in materia religiosa [?]*, in D'ARIENZO (a cura di), *Il diritto come "scienza di mezzo"*, *cit.*, pp. 1367-1397; S. LEONE, *L'aspettativa di avviare con lo Stato una trattativa finalizzata alla stipula di un'intesa ex art. 8, comma terzo, Cost. non è assistita da enforcement giudiziario. Ma il diniego governativo non pregiudica, ad altri fini, la posizione giuridica dell'istante (Corte cost. n. 52/2016)*, in www.forumcostituzionale.it, 1° aprile 2016, pp. 1-5; LICASTRO, *La Corte costituzionale torna protagonista dei processi di transizione della politica ecclesiastica italiana?*, *cit.*, pp. 1-34; I. NICOTRA, *Le intese con le confessioni religiose: in attesa di una legge che razionalizzi la discrezionalità del Governo*, in *Federalismi.it*, n. 8, 20 aprile 2016, pp. 1-8; M. PAPPONE, *L'apertura delle trattative per la stipula di intese costituisce attività politica non*

Nel frattempo, con sentenza 3 luglio 2014, n. 7068, il T.A.R. del Lazio, prendendo in esame il merito della questione a seguito del rinvio disposto dal Consiglio di Stato aveva respinto il ricorso dell'UAAR escludendo l'illegittimità della valutazione governativa circa la mancata qualifica di confessione religiosa in capo alla predetta associazione¹⁴.

La vicenda dell'UAAR, a prescindere dalle peculiarità del caso e dalle variegate soluzioni adottate non solo dalla giurisprudenza ma

sindacabile in sede giurisdizionale, in *www.osservatorioaic.it*, n. 2, 9 maggio 2016, pp. 1-8; M. PARISI, *Principio pattizio e garanzia dell'eguaglianza tra le confessioni religiose: il punto di vista della Consulta nella sentenza n. 52 del 2016*, in *www.statoechiase.it*, n. 13, 10 aprile 2017, pp. 1-13; J. PASQUALI CERIOLI, *Interpretazione assiologica, principio di bilateralità pattizia e (in)eguale libertà di accedere alle intese ex art. 8, terzo comma, Cost.*, in *www.statoechiase.it*, n. 26, 18 luglio 2016, pp. 1-17; PIN, *L'inevitabile caratura politica dei negoziati tra il Governo e le confessioni e le implicazioni per la libertà religiosa*, cit., pp. 1-8; POGGI, *Una sentenza "preventiva" sulle prossime richieste di Intese da parte di confessioni religiose?*, cit., pp. 1-12; D. PORENA, *Atti politici e prerogative del Governo in materia di confessioni religiose: nota a prima lettura sulla sentenza della Corte costituzionale n. 52/2016*, in *Federalismi.it*, n. 7, 26 aprile 2016, pp. 1-14; A. RUGGERI, *Confessioni religiose e intese tra iurisdictio e gubernaculum, ovvero la abnorme dilatazione dell'area delle decisioni politiche (a prima lettura di Corte cost. n. 52 del 2016)*, in *Federalismi.it*, n. 7, 30 marzo 2016, pp. 1-10; C. TOMBA, *Il principio di laicità: mero strumento rafforzativo del principio di eguaglianza "senza distinzione di religione" ovvero obbligo positivo nei confronti dei pubblici poteri? Riflessioni a prima lettura delle sentenze n. 63 e n. 52 del 2016*, in *www.osservatorioaic.it*, n. 2, 26 maggio 2016, pp. 1-9; A. TRAVI, *Avvio della procedura per un'intesa con una confessione acattolica e tutela giurisdizionale*, in *Foro it.*, I, 2016, pp. 1957-1957; VITA, *Della non obbligatorietà dell'avvio delle trattative finalizzate alla conclusione di un'intesa*, cit., pp. 1-11.

¹⁴ Sulla sentenza del T.A.R. del Lazio n. 7068 del 2014, L. BARBIERI, *Una proposta a geometria variabile. Qualche riflessione sulla sentenza del TAR Lazio n. 7068 del 3 luglio 2014 e sul caso U.A.A.R.*, in *www.osservatorioaic.it*, settembre 2014, pp. 1-38; M. CROCE, *La nozione di confessione religiosa alla prova dell'ateismo organizzato nel contenzioso U.A.A.R.–Governo in merito alla richiesta di un'intesa ex art. 8, comma 3, Cost.*, in *www.academia.edu*, pp. 3-8; G. DI COSIMO, *Gli atei come i credenti? I giudici alle prese con un'atipica richiesta di intesa fra Stato e confessioni religiose*, in *www.rivistaaic.it*, n. 1, 20 gennaio 2015, pp. 5-12; PARISI, *Associazionismo ateista e accesso all'Intesa con lo Stato*, cit., pp. 1-22; D. PONTE, *Senza l'elemento della «confessione religiosa» l'Uaar non può chiedere di aprire le trattative*, in *Guida al diritto*, n. 31, 26 luglio 2014, pp. 75-79.

anche dalla dottrina in ordine alla configurabilità di un diritto delle confessioni all'avvio delle trattative¹⁵, ha il merito di avere risvegliato

¹⁵ In dottrina, propende per la libertà dell'Esecutivo nella scelta di avviare o meno trattative con la confessione cattolica C. CARDIA, *Manuale di Diritto ecclesiastico*, II ed., Bologna, 1996, p. 224, il quale osserva in proposito che «... l'Intesa ha un indubbio valore politico perché investe la responsabilità dell'Esecutivo sia all'atto della scelta di trattare con una determinata confessione, sia nel corso del negoziato e sino alla sua conclusione». Nello stesso senso, DICKMANN, *La delibera del Consiglio dei ministri di avviare o meno le trattative finalizzate ad una intesa di cui all'art. 8, terzo comma, Cost. è un atto politico insindacabile in sede giurisdizionale*, cit., pp. 6-8; LEONE, *L'aspettativa di avviare con lo Stato una trattativa finalizzata alla stipula di un'intesa ex art. 8, comma terzo, Cost. non è assistita da enforcement giudiziario*, cit., 2-4; NICOTRA, *Le intese con le confessioni religiose*, cit., 6-7; PAPPONE, *L'apertura delle trattative per la stipula di intese costituisce attività politica non sindacabile in sede giurisdizionale*, cit., p. 7; PIN, *L'inevitabile caratura politica dei negoziati tra il Governo e le confessioni e le implicazioni per la libertà religiosa*, cit., pp. 6-7; M. TEDESCHI, *Manuale di Diritto ecclesiastico*, V ed., Torino, 2010, p. 96; V. TOZZI, *Il progetto costituzionale di politica ecclesiastica*, in L. MUSSELLI - V. TOZZI, *Manuale di Diritto ecclesiastico. La disciplina del fenomeno religioso*, Bari, 2000, pp. 74-76; ID., *Ripartizione delle competenze e limiti costituzionali della previsione delle intese fra confessioni religiose diverse dalla cattolica e Stato italiano*, cit., pp. 8-9, 13-14; E. VITALI, *La Costituzione italiana e il fenomeno religioso*, in E. VITALI - A.G. CHIZZONITI, *Manuale breve di Diritto ecclesiastico*, II ed., Milano, 2007, p. 38. Ritengono al contrario che sussista un obbligo da parte statale di intraprendere il negoziato a fronte di richiesta in tal senso avanzata da soggetto legittimato in quanto avente natura di confessione religiosa F. ALICINO, *Le intese con le confessioni religiose alla prova delle organizzazioni ateistiche*, in *Dir. eccl.*, n. 1-2, 2013, pp. 69-71; BUSCEMA, *Atti politici e principio di giustiziabilità dei diritti e degli interessi*, cit., 31-46; F. CORVAJA, *Rimedi giuridici contro il diniego di intesa con le confessioni religiose*, in *Quad. cost.*, n. 2, 2002, pp. 234-237; PASQUALI CERIOLI, *Il diritto all'avvio delle trattative per la stipulazione delle intese ex art. 8, 3° comma, Cost.*, cit., p. 9; POGGI, *Una sentenza "preventiva" sulle prossime richieste di Intesa da parte di confessioni religiose?*, cit., pp. 8-10; PORENA, *Atti politici e prerogative del Governo in materia di confessioni religiose*, cit., pp. 6-14; RUGGERI, *Confessioni religiose e intese tra iurisdictione e gubernaculum*, cit., p. 8; TOMBA, *Il principio di laicità*, cit., p. 9; VITA, *Della non obbligatorietà dell'avvio delle trattative finalizzate alla conclusione di un'intesa*, cit., p. 8. Per alcuni la violazione dell'obbligo in questione resterebbe sindacabile, pur dopo la decisione della Consulta, in quanto il soggetto richiedente le trattative a fronte del diniego governativo sarebbe legittimato a sollevare conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato ai sensi dell'art. 134 Cost. In tal senso, FERRARA, *Corte cost. n. 52 del 2016*,

il confronto in ordine al ruolo delle intese ed all'importanza di tale strumento nella disciplina del fenomeno religioso secondo il modello previsto dalla Costituzione. Sulla base degli artt. 7 e 8 di tale fonte normativa la disciplina dei rapporti tra lo Stato e le confessioni religiose è improntata al principio di bilateralità, risultando in tale ambito preclusa al legislatore ordinario l'emanazione di una normativa in maniera unilaterale. La finalità perseguita dal costituente era quella di impedire la possibile imposizione da parte dello Stato di trattamenti legislativi in grado di pregiudicare, oltre alla libertà, la specificità e peculiarità di ciascuna comunità religiosa. Per salvaguardare il patrimonio culturale e le particolari esigenze di ogni singolo gruppo confessionale la Costituzione stabilisce dunque che ogni atto normativo riguardante la materia in questione debba trovare fondamento in un previo accordo con la comunità interessata. Tale accordo, che nel caso delle confessioni acattoliche prende il nome di intesa, viene in tal modo a rappresentare un presupposto di legittimità costituzionale di qualsiasi legge destinata a regolare la condizione giuridica delle confessioni religiose, altrimenti soggette alla normativa di diritto comune costituita dalla sopra richiamata legge sui culti ammessi e relativo regolamento di attuazione. E allora l'intesa si presenta come lo strumento che consente alla confessione acattolica di ottenere una disciplina calibrata sulle proprie specifiche esigenze, permettendo nel contempo alla comunità interessata di emanciparsi dall'applicazione dell'anacronistica legislazione del 1929-30¹⁶.

cit., pp. 5-7; A. GUAZZAROTTI, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato quale strumento di garanzia per le confessioni religiose non ammesse alle intese*, in *Giur. cost.*, n. 6, 1996, pp. 3920-3949; RUGGERI, *Confessioni religiose e intese tra iurisdictione e gubernaculum*, cit., p. 7. *Contra*, VITA, *Della non obbligatorietà dell'avvio delle trattative finalizzate alla conclusione di un'intesa*, cit., p. 10, secondo cui l'ipotesi del conflitto di attribuzione sollevato dalla confessione religiosa «*incontra un ostacolo nella legittimazione ad essere parte di un conflitto, attribuita dalla l. 87 del 1953 agli organi competenti a dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartengono, essendo la confessione religiosa un soggetto esterno allo Stato-apparato ed essendovi un precedente in tal senso solo nei confronti del comitato promotore del referendum*».

¹⁶ Parte della dottrina sostiene che, essendo le intese lo strumento per far valere le peculiarità di ciascuna confessione, la mancata stipulazione di tali accordi si risolve in pregiudizio dell'uguale libertà dei gruppi religiosi. In tal senso,

Il caso UAAR, per quanto incentrato sulla questione del diritto o meno all'avvio delle trattative finalizzate all'intesa, ha rimarcato e confermato il ruolo fondamentale di tale strumento per il pieno riconoscimento delle libertà in materia religiosa alle confessioni acattoliche e ai loro aderenti, al di là di quanto la normativa comune, costituzionale ed ordinaria, possa garantire con le sue previsioni generali, inevitabilmente deficitarie rispetto alle specifiche esigenze delle poliedriche e multiformi realtà ormai presenti sullo scenario dei fenomeni religiosi. Uno strumento che veniva ormai considerato per certi versi desueto e superato, comunque inidoneo a svolgere adeguatamente la funzione assegnatagli dalla Costituzione, con le discussioni scaturite nella vicenda sopra ricordata ha dimostrato la sua perdurante importanza ed efficacia nell'ottica di una regolamentazione del fenomeno religioso che voglia effettivamente rispettare peculiarità e specificità dei diversi gruppi confessionali¹⁷. In questa prospettiva va

PAPPONE, *L'apertura delle trattative per la stipula di intese costituisce attività politica non sindacabile in sede giurisdizionale*, cit., p. 7; POGGI, *Una sentenza "preventiva" sulle prossime richieste di Intese da parte di confessioni religiose?*, cit., p. 10; RUGGERI, *Confessioni religiose e intese tra iurisdictio e gubernaculum*, cit., p. 8; VITA, *Della non obbligatorietà dell'avvio delle trattative finalizzate alla conclusione di un'intesa*, cit., p. 12.

¹⁷ M.C. FOLLIERO, *Dialogo interreligioso e sistema italiano delle Intese: il principio di cooperazione al tempo della post-democrazia*, in www.statoechiese.it, giugno 2010, pp. 15-16, osserva in proposito che nel momento attuale la possibilità di stipulare un'intesa, almeno per i nuovi gruppi religiosi, è «*destinata ad aumentare, o diminuire, a seconda della affidabilità dei gruppi religiosi richiedenti e della loro adesione ai valori del nostro ordinamento. Con una limitata, ma significativa variante rispetto a quanto previsto già dall'art. 8, secondo comma, Cost. Il fatto nuovo è che la compatibilità tra i singoli credi, l'ordinamento costituzionale italiano e talune componenti culturali-identitarie del Paese come il cristianesimo, viene co-decisa dallo Stato assieme alle Chiese insediate. Forti di un ritrovato ruolo pubblico e sollecitate ogni giorno a promuovere sempre più larghe ed estese forme di cooperazione interna e internazionale. Le Intese eventuali e future, preimpostate a trattamenti giuridici differenzianti, più che uno strumento per rimarcare le identità, rappresentano il superamento di un test di affidabilità da parte delle neo-Chiese. Oltre questa soglia i "paradisi" dei ticket della sub-negoziazione con lo Stato su singole materie, larghe misure di favore fiscale e l'accesso alle risorse economico-finanziarie di provenienza pubblica (8xmille; 5xmille; discipline ONLUS e INLUS)*».

letta la stipulazione di ogni accordo con le comunità religiose diverse dalla cattolica¹⁸ e dunque anche l'intesa con l'Istituto Buddista Italiano Soka Gakkai, l'ultima in ordine di tempo ad essere stata recepita dal legislatore.

2. I contenuti e le peculiarità della normativa oggetto d'esame.

– Le materie oggetto di regolamentazione nell'intesa stipulata dallo Stato con l'IBISG, e nella legge che ne recepisce l'articolato, a parte le eccezioni di cui si dirà, non si presentano diverse in linea di massima da quelle considerate negli altri accordi sinora siglati con altre confessioni acattoliche. Ed anche i contenuti, negli ambiti effettivamente disciplinati, ricalcano per lo più quanto comunemente disposto nelle intese sinora stipulate, salve le particolarità di cui si dirà.

E infatti, analogamente a quanto avviene nella generalità degli accordi in essere con le confessioni acattoliche, nella normativa oggetto di considerazione in questa sede si proclama e si riconosce l'autonomia e la libertà organizzativa della comunità religiosa

¹⁸ Secondo V. PARLATO, *La legge n. 126 del 2012 relativa ai rapporti tra Italia e Sacra Arcidiocesi Ortodossa d'Italia e Malta*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, in www.statoechiese.it, n. 36, 26 novembre 2012, pp. 3-4, la stipulazione di accordi con le confessioni non contrasta con il principio di laicità, in quanto «lo Stato italiano non si presenta come agnostico, ma pluralista, pluri-confessionale e neutrale. Esso non mira alla laicizzazione integrale delle istituzioni pubbliche, ma persegue una neutralità nei confronti del pluralismo confessionale che gli permette di tutelare, come valore autonomo, il sentimento religioso; lo Stato tiene conto da un lato che i principî del cattolicesimo fanno parte del patrimonio storico del popolo italiano, che la Chiesa romano-cattolica, soprattutto nel suo aspetto istituzionale, ha una significativa presenza nella società italiana, ma è anche consapevole della crescente pluralità di realtà religiose presenti nella società italiana cui ritiene opportuno, se non doveroso, assicurare, entro certi limiti, specifici diritti di libertà religiosa individuale e collettiva, non solo sul piano formale, ma anche sostanziale, così da giustificare collaborazione per la realizzazione di tali diritti, come anche prevedere aiuti economici indiretti. Nel concetto di Stato laico da me utilizzato, i termini: pluralismo, pluri-confessionismo e neutralità ben si inquadrano nello Stato laico odierno, in linea con la Costituzione, anzi ne sono gli elementi caratterizzanti. Di qui le intese con alcune confessioni di minoranza trasformate in legge ai sensi dell'art. 8, 3 comma, della Costituzione».

interessata (art. 2, co. 1, della legge), con specifico riferimento alla nomina dei ministri di culto, all'organizzazione comunitaria ed agli atti in materia spirituale e disciplinare (art. 2, co. 2), oltre alla libera comunicazione dell'Istituto con la Soka Gakkai internazionale avente sede in Giappone (art. 2, co. 3); si prevede la libertà dell'IBISG di «*svolgere la sua missione religiosa, spirituale, educativa, culturale e umanitaria*» (art. 3, co. 1) e viene garantita all'Istituto, nonché agli organismi da esso rappresentati ed agli aderenti, «*la piena libertà religiosa, di riunione e di manifestazione del pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di comunicazione*» (art. 3, co. 2); viene assicurato ai ministri di culto il libero esercizio del loro ministero (art. 4, co. 1), con riconoscimento ai medesimi del «*segreto d'ufficio su quanto appreso nello svolgimento della propria funzione*» (art. 4, co. 3), del diritto di assegnazione a richiesta al servizio civile nell'ipotesi di ripristino dell'obbligo del servizio militare (art. 4, co. 4) e prioritaria destinazione a servizi civili o sanitari in caso di mobilitazione generale (art. 4, co. 5).

Ulteriori previsioni concernono il riconoscimento dell'assistenza spirituale a favore degli aderenti all'IBISG allorché «*siano impegnati nel servizio militare, oppure siano ricoverati in strutture sanitarie, socio-sanitarie e sociali*» (art. 5, co. 1), ovvero risultino «*detenuti in istituti penitenziari*» (art. 5, co. 3). Il servizio, svolto con oneri ad esclusivo carico della confessione interessata (art. 5, co. 5), deve essere prestato da ministri di culto iscritti in apposito elenco trasmesso dall'IBISG alle competenti autorità civili (art. 5, co. 4). A tali ministri è riconosciuto il libero accesso alle strutture interessate per lo svolgimento del proprio ministero. Si contempla altresì, per gli appartenenti alla confessione di cui trattasi che prestino servizio militare, la possibilità di «*ottenere, compatibilmente con le esigenze di servizio, opportuni permessi al fine di partecipare alle attività religiose della Soka Gakkai nella sede dell'Istituto geograficamente più vicina*» (art. 5, co. 6) e, nel caso di decesso in servizio, viene assicurato che «*le esequie siano celebrate nel rispetto della volontà del defunto e della sua famiglia*» (art. 5, co. 7).

In tema di istruzione l'art. 6, co. 1, della legge, ribadendo quanto già stabilito in generale dalla normativa che prevede l'insegnamento

della religione cattolica nella scuola pubblica¹⁹, riconosce agli alunni delle scuole pubbliche il diritto di non avvalersi di insegnamenti religiosi, precisando che *«tale diritto è esercitato ai sensi delle leggi dello Stato dagli alunni e da coloro cui compete la responsabilità su di essi»*. La previsione va dunque coordinata con la disciplina comune, secondo cui l'esercizio della scelta in questione è attribuito ai genitori o quanti abbiano la potestà sugli alunni per quanti frequentano scuole sino alla media inferiore, mentre compete direttamente agli interessati, quand'anche minorenni, nella scuola media superiore²⁰.

A proposito di insegnamento si registra la prima peculiarità della disciplina pattizia in esame, che consente all'IBISG di fruire *«delle possibilità offerte dalla legislazione italiana vigente per rispondere alle richieste provenienti dagli alunni e dalle loro famiglie in ordine alla conoscenza e allo studio della dottrina religiosa della Soka Gakkai»* (art. 6, co. 2). Nella generalità delle intese sinora stipulate si prevede più genericamente il diritto della confessione interessata a *«rispondere alle eventuali richieste provenienti dagli alunni, dalle loro famiglie o dagli organi scolastici in ordine allo studio del fatto religioso e delle sue implicazioni»*²¹, con riferimento dunque alla

¹⁹ L'art. 9, co. 2, dell'Accordo di Villa Madama, reso esecutivo con l. 25 marzo 1985, n. 121, dopo aver stabilito che *«la Repubblica italiana, riconoscendo il valore della cultura religiosa e tenendo conto che i principi del cattolicesimo fanno parte del patrimonio storico del popolo italiano, continuerà ad assicurare, nel quadro delle finalità della scuola, l'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche non universitarie di ogni ordine e grado»*, aggiunge che *«nel rispetto della libertà di coscienza e della responsabilità educativa dei genitori, è garantito a ciascuno il diritto a scegliere se avvalersi o non avvalersi di tale insegnamento...»*.

²⁰ L'art. 1, co. 1, l. 18 giugno 1986, n. 281, dispone che *«gli studenti della scuola secondaria superiore esercitano personalmente all'atto dell'iscrizione, a richiesta dell'autorità scolastica, il diritto di scegliere se avvalersi o non avvalersi dell'insegnamento della religione cattolica»*. Il comma successivo precisa che *«viene altresì esercitato personalmente dallo studente il diritto di scelta in materia di insegnamento religioso in relazione o quanto previsto da eventuali intese con altre confessioni»*.

²¹ Il testo riportato è tratto dall'art. 10, l. 11 agosto 1984, n. 449, che disciplina il rapporto dello Stato con le chiese rappresentate dalla Tavola valdese. Disposizioni analoghe, con espresso riferimento allo *«studio del fatto religioso e delle sue implicazioni»*, si rinvencono nell'art. 12, co. 1, l. 22 novembre 1988, n.

possibilità di un insegnamento non di carattere confessionale e catechetico ma piuttosto incentrato sul valore e l'importanza del sentimento religioso senza specifico orientamento dottrinale. Solo nella disciplina relativa alle Comunità ebraiche si dispone, analogamente a quanto considerato nell'intesa in esame, che oggetto dell'insegnamento erogato su richiesta sia proprio lo «*studio dell'ebraismo*» (art. 11, co. 4, l. 8 marzo 1989, n. 101), ovvero debba trattarsi di insegnamento di tipo catechetico sulla dottrina ebraica anziché di un'educazione genericamente intesa e qualificabile come cultura religiosa, secondo le previsioni contenute in tutte le altre intese. In tutte le ipotesi, peraltro, gli oneri economici relativi all'insegnamento facoltativo restano a carico della confessione religiosa interessata, restando l'impegno dello Stato limitato al dovere di mettere a disposizione le strutture, senza gravami per quanto concerne il pagamento degli insegnanti incaricati in tal senso.

Sempre in tema di educazione, viene affermato a favore dell'IBSG il diritto, già previsto in generale dall'art. 33, co. 3, Cost., di istituire scuole ed istituti di educazione, con possibile parificazione rispetto alla scuola pubblica e trattamento equipollente degli alunni (art. 7).

L'art. 8 della legge tratta degli edifici di culto, che in quanto aperti al culto pubblico «*non possono essere requisiti, occupati,*

516 (*Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione italiana delle Chiese cristiane avventiste del 7° giorno*); nell'art. 9, co. 1, l. 22 novembre 1988, n. 517 (*Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e le Assemblee di Dio in Italia*); nell'art. 9, co. 1, l. 12 aprile 1995, n. 116 (*Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione Cristiana Evangelica Battista d'Italia*); nell'art. 11, co. 1, l. 29 novembre 1995, n. 520 (*Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e la Chiesa Evangelica Luterana in Italia*); nell'art. 7, co. 4, l. 30 luglio 2012, n. 126 (*Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e la Sacra arcidiocesi ortodossa d'Italia ed Esarcato per l'Europa Meridionale*); nell'art. 12, co. 3, l. 30 luglio 2012, n. 127 (*Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e la Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli ultimi giorni*); nell'art. 10, co. 1, l. 30 luglio 2012, n. 128 (*Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e la Chiesa apostolica in Italia*); nell'art. 6, co. 2, l. 31 dicembre 2012, n. 245 (*Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione Buddista Italiana*); nell'art. 6, co. 4, l. 31 dicembre 2012, n. 246 (*Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione Induista Italiana, Sanatana Dharma Samgha*).

espropriati o demoliti se non per gravi ragioni e previo accordo con l'Istituto» (co. 1), né può entrarvi la forza pubblica se non previo avviso ed accordi con il ministro responsabile dell'edificio interessato (co. 2). Ulteriori disposizioni concernono la libertà di affissione e distribuzione di pubblicazioni ad oggetto religioso all'interno di detti edifici e relative pertinenze, nonché l'esenzione da autorizzazioni, ingerenze e tributi per le raccolte di denaro effettuate nei medesimi luoghi (co. 3). Ma soprattutto si prevede che per un verso le competenti autorità confessionali informino la Prefettura – Ufficio territoriale del Governo circa gli edifici di culto già esistenti nella realtà territoriale provinciale (co. 4), e d'altra parte l'autorità civile tenga conto *«delle esigenze religiose delle popolazioni fatte presenti dall'IBISG per quanto concerne la costruzione di nuovi edifici di culto dell'Istituto»* (co. 5).

Altra particolarità della normativa di cui trattasi si rinviene nella disciplina sul trattamento delle salme. L'art. 9 della legge stabilisce che *«agli appartenenti all'IBISG è assicurato il rispetto delle regole della propria tradizione per quanto riguarda il trattamento delle salme, in conformità alle norme vigenti in materia»* (co. 1) e che a favore della confessione di cui trattasi *«possono essere previste nei cimiteri aree riservate ai sensi della normativa vigente»* (co. 2). Si prevede altresì che *«la dichiarazione individuale rilasciata all'IBISG dai suoi appartenenti di voler essere cremato è equiparata alle dichiarazioni ritenute valide, dalle leggi vigenti, ai fini delle autorizzazioni alla cremazione»* (co. 3). Solo nelle intese relative alle Comunità ebraiche (art. 16, l. 8 marzo 1989, n. 101), alla Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli ultimi giorni (art. 25, l. 30 luglio 2012, n. 127), all'Unione Buddhista (art. 9, l. 31 dicembre 2012, n. 245) ed all'Unione Induista (art. 10, l. 31 dicembre 2012, n. 246) la materia risulta contemplata, non trovando previsioni di sorta per le altre confessioni religiose.

Disposizioni meritevoli di considerazione si hanno ancora in materia di enti. In tale ambito, ferma restando la personalità giuridica della confessione unitariamente considerata, si consente dietro apposita domanda il riconoscimento di enti costituiti dall'IBISG ed aventi sede in Italia, a condizione che gli stessi abbiano finalità di

religione o di culto (art. 11, co. 1), finalità che viene poi definita, agli effetti civili, con riferimento alle attività «*dirette al rito del Gongyo e al culto del Gohonzon, alle cerimonie religiose, allo studio dei testi buddisti e in particolare di quelli di Nichiren Daishonin, all'assistenza spirituale, alla formazione dei ministri di culto, alla diffusione dei principi buddisti di nonviolenza e di rispetto e compassione per tutte le forme di vita esistenti*» (art. 12, co. 1, lett. a)). Il requisito del fine di religione o di culto si ritrova anche nell'intesa con le Chiese avventiste²² e con le Comunità ebraiche²³, mentre in altri accordi si parla del medesimo fine, solo o congiunto con altre finalità²⁴.

A destare particolare interesse è tuttavia l'ulteriore requisito, previsto dall'art. 11, co. 4, della legge di approvazione dell'intesa, in cui si dispone che «*l'ente non può essere riconosciuto se non è rappresentato giuridicamente e di fatto da un cittadino italiano o cittadino di uno Stato membro dell'Unione europea avente domicilio*

²² L'art. 21, co. 1, l. 22 novembre 1988, n. 516, postula tra l'altro, per il riconoscimento degli enti, il «*fine di religione o di culto*», e il successivo articolo specifica che agli effetti civili si considerano «*attività di religione o di culto quelle dirette all'esercizio del culto e alla cura delle anime, alla formazione dei ministri di culto, a scopi missionari e di evangelizzazione, all'educazione cristiana*».

²³ Per gli enti delle Assemblee di Dio si considera la «*finalità di culto*» (art. 14, co. 1, l. 22 novembre 1988, n. 517).

²⁴ Per gli enti delle Assemblee di Dio vale la «*finalità di culto*» (art. 14, co. 1, l. 22 novembre 1988, n. 517). Per l'Unione Cristiana Evangelica Battista l'art. 11, co. 2, l. 12 aprile 1995, n. 116, richiede il «*fine di culto, solo o congiunto con quelli di istruzione o assistenza*». Fa riferimento a «*fine di culto, solo o congiunto con quelli di istruzione o beneficenza*» l'art. 19, co. 1, l. 29 novembre 1995, n. 520, per la Chiesa Evangelica Luterana, ed in maniera analoga dispone l'art. 12, co. 1, l. 31 dicembre 2012, n. 245, per l'Unione Buddhista, che postula il «*fine di religione o culto, solo o congiunto con quelli di istruzione o beneficenza*». In altri casi si postula un fine di culto, solo o congiunto con quelli di istruzione, assistenza e/o beneficenza (art. 14, co. 1, l. 30 luglio 2012, n. 126, per la Chiesa ortodossa; art. 17, co. 1, l. 30 luglio 2012, n. 127, per la Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli ultimi giorni; art. 15, co. 1, l. 30 luglio 2012, n. 128, per la Chiesa apostolica; art. 13, co. 1, l. 31 dicembre 2012, n. 246, per l'Unione Induista). Nella disciplina per la Tavola valdese per il riconoscimento degli enti si richiede la presenza congiunta dei fini di culto, istruzione e beneficenza (art. 12, co. 1, l. 11 agosto 1984, n. 449).

*in Italia»*²⁵. Al riguardo va precisato che risulta quanto meno discutibile distinguere in un testo normativo fra rappresentanza giuridica e di fatto, anche in ragione delle difficoltà che si possono presentare per stabilire in concreto se il soggetto interessato operi effettivamente in nome e per conto della compagine che risulta rappresentare o sia un semplice prestanome. Se poi la previsione del requisito del domicilio in Italia non sembra porre difficoltà sotto il profilo giuridico e può anzi apparire opportuna al fine di assicurare la reperibilità, almeno sotto il profilo formale, del soggetto che rappresenta l'ente, valutazione di opposto tenore sembra doversi operare per la prerogativa della cittadinanza. Va infatti sottolineato come, postulando simile requisito, ovvero imponendo che il legale rappresentante sia cittadino italiano o di uno Stato membro dell'Unione europea, la menzionata disposizione vada a stabilire una specifica limitazione alla possibilità di riconoscimento in sede civile degli enti appartenenti alla confessione di cui trattasi, ostacolando dunque l'attribuzione della personalità giuridica agli enti dell'IBISG, in contrasto quanto meno con lo spirito, se non con il dettato, dell'art. 20 della Costituzione volto a impedire la previsione di speciali limitazioni legislative per il riconoscimento degli enti ecclesiastici. È pur vero del resto che la disposizione in questione è frutto di

²⁵ Norma di analogo tenore si rinviene nell'art. 14, co. 4, l. 30 luglio 2012, n. 126, relativa alla Chiesa ortodossa, secondo cui ai fini del riconoscimento è necessario che l'ente sia «*rappresentato giuridicamente e di fatto da un cittadino italiano o di un Paese dell'Unione europea avente domicilio in Italia*». Ancor più limitativo risulta il disposto dell'art. 24, co. 2, l. 22 novembre 1988, n. 516, e dell'art. 15, co. 4, l. 30 luglio 2012, n. 128, che, con identico tenore letterale, impediscono rispettivamente il riconoscimento di un ente delle Chiese avventiste e della Chiesa apostolica se questo «*non è rappresentato giuridicamente e di fatto da un cittadino italiano avente domicilio in Italia*». Una previsione simile, sebbene non riferita alla generalità degli enti, è contenuta nell'art. 3, co. 3, dell'Accordo di Villa Madama del 18 febbraio 1984 tra la Repubblica italiana e la Santa Sede, reso esecutivo con l. 25 marzo 1985, n. 121, in cui con riferimento alla nomina di parroci, vescovi diocesani, coadiutori, abati e prelati con giurisdizione territoriale e comunque dei titolari di uffici ecclesiastici rilevanti per l'ordinamento dello Stato, si dispone che «*salvo che per la diocesi di Roma e per quelle suburbicarie, non saranno nominati agli uffici, di cui al presente articolo, ecclesiastici che non siano cittadini italiani*».

concertazione con la confessione interessata e l'art. 8, co. 3, Cost., prevedendo la possibilità di discipline specifiche per i singoli gruppi religiosi, legittima previsioni differenziate nei contenuti concreti, senza che ciò debba dar luogo a discriminazioni sotto il profilo formale. Resta tuttavia il fatto che il requisito della cittadinanza per la rappresentanza legale dell'ente ecclesiastico non risulta previsto neppure dalla legge sui culti ammessi, emanata in regime dittatoriale, ispirata a principi non certo liberali e diretta piuttosto a contenere e controllare esistenza ed attività dei culti acattolici, a fronte del regime di favore all'epoca attribuito alla religione qualificata ufficiale.

Gli enti di cui si discute che ottengano la personalità giuridica nell'ordinamento dello Stato assumono la qualifica di enti dell'IBISG civilmente riconosciuti (art. 11, co. 5), con conseguente obbligo di iscrizione nel registro delle persone giuridiche (art. 15, co. 1)²⁶ e gestione scevra da ingerenze da parte dello Stato (art. 14).

Il regime tributario, analogamente a quanto previsto per le altre confessioni, prevede l'equiparazione delle attività di religione e di culto a quelle di beneficenza o istruzione, mentre le attività diverse eventualmente svolte dagli enti dell'IBISG civilmente riconosciuti *«sono soggette, nel rispetto della struttura e delle finalità di tali enti, alla normativa europea e alle leggi dello Stato concernenti tali attività e al regime tributario previsto per le medesime»* (art. 13).

In caso di mutamento che determini nell'ente la perdita di uno dei requisiti necessari per il riconoscimento, si procederà da parte statale alla revoca del riconoscimento medesimo *«con decreto del Ministro dell'interno, sentito l'IBISG»* (art. 16, co. 2)²⁷.

²⁶ L'art. 15, co. 2, specifica al riguardo che *«nel registro delle persone giuridiche, oltre alle indicazioni prescritte dalle norme vigenti in materia, devono risultare le norme di funzionamento e i poteri degli organi di rappresentanza dell'ente»*.

²⁷ La normativa dispone altresì che *«la soppressione di un ente aderente all'IBISG, civilmente riconosciuto, o la sua estinzione per altra causa hanno efficacia civile mediante l'iscrizione nel registro delle persone giuridiche del provvedimento del competente organo dell'IBISG che sopprime l'ente o ne dichiara l'avvenuta estinzione. L'iscrizione è disposta con decreto del Ministro dell'interno»* (art. 16, co. 3) e che *«la devoluzione dei beni dell'ente soppresso o estinto avviene secondo quanto prevede il provvedimento dell'IBISG, salvi comunque la volontà dei*

Gli artt. 17-20 della legge trattano del sistema di finanziamento della confessione contemplando, dopo la presa d'atto «*che l'IBISG si sostiene finanziariamente con i contributi volontari dei suoi fedeli*» (art. 17, co. 1), la deducibilità dal reddito imponibile nella misura di euro 1.032,91 delle erogazioni liberali in denaro effettuate dalle persone fisiche a favore del medesimo soggetto (art. 17), nonché la partecipazione dell'IBISG alla ripartizione della quota dell'otto per mille del gettito IRPEF effettuata sulla base delle scelte dei contribuenti (art. 18), con somme destinate nel primo caso alla realizzazione delle finalità istituzionali della confessione e alle attività di religione e di culto e nel secondo caso, oltre agli scopi anzidetti, «*anche ad interventi sociali e umanitari in Italia e all'estero, nonché ad iniziative per la promozione della pace, del rispetto e difesa della vita in tutte le forme esistenti, nonché per la difesa dell'ambiente*»²⁸.

In materia di beni culturali, oltre al generale impegno delle parti a collaborare per la tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale di proprietà dell'Istituto e dei suoi enti, sancito in tutti gli accordi sinora intercorsi con le confessioni religiose, si prevede anche la possibile istituzione a tal fine di apposita Commissione mista (art. 21), in maniera analoga a quanto contenuto in altre intese²⁹.

Altro capitolo oggetto di disciplina è costituito dalle festività religiose, argomento tipico della normativa ecclesiastica di origine pattizia³⁰. Nel caso di specie si riconosce agli appartenenti all'IBISG,

disponenti, i diritti dei terzi e le disposizioni statutarie» (art. 16, co. 4).

²⁸ In proposito si stabilisce che l'IBISG trasmetta annualmente al Ministero dell'interno la rendicontazione relativa all'effettiva utilizzazione delle somme ricevute dallo Stato (art. 20) e si prevede la possibile revisione, su richiesta di una delle parti, dell'importo deducibile e della quota IRPEF «*ad opera di un'apposita Commissione paritetica nominata dall'autorità governativa e dall'IBISG*» (art. 19).

²⁹ L'istituzione di apposita commissione bilaterale per armonizzare la tutela dei beni culturali è espressamente prevista, per quanto concerne le confessioni acattoliche, dall'art. 17, l. 11 agosto 1984, n. 449, relativa alla Tavola valdese, dall'art. 17, l. 8 marzo 1989, n. 101, per le Comunità ebraiche, e dall'art. 16, l. 29 novembre 1995, n. 520, per la Chiesa Evangelica Luterana.

³⁰ La materia delle festività religiose, oltre che nell'art. 6 dell'Accordo di Villa Madama relativo alla Chiesa cattolica, è oggetto di regolamentazione nella disciplina relativa alle Chiese avventiste (art. 17), alle Comunità ebraiche (artt. 4-5),

a loro richiesta, nel quadro della flessibilità dell'organizzazione lavorativa e salve le imprescindibili esigenze dei servizi essenziali, «*il diritto di osservare le festività del 16 febbraio, che celebra la nascita del Buddha Nichiren Daishonin, e del 12 ottobre, che celebra l'iscrizione del Dai Gohonzon, vero oggetto di culto per gli appartenenti all'IBISG, da parte dello stesso Nichiren Daishonin*» (art. 22).

L'articolato si chiude con le previsioni concernenti l'impegno statale, nell'emanazione delle norme di attuazione dell'intesa, di tenere conto delle esigenze rappresentate dall'IBISG ed avviare, ove richieste, opportune consultazioni (art. 23); la prevista cessazione di efficacia, nei confronti dell'Istituto, suoi enti e suoi appartenenti, della normativa sui culti ammessi e delle norme contrastanti con le disposizioni pattizie (art. 24); la necessità del ricorso a nuove intese per eventuali modifiche dell'accordo intercorso, con obbligo da parte italiana di promuovere previamente le pattuizioni del caso «*in occasione di disegni di legge relativi a materie che coinvolgano rapporti dell'IBISG con lo Stato*» (art. 25); la copertura finanziaria, relativa all'impegno economico assunto dallo Stato in virtù della ripartizione della quota del gettito IRPEF (art. 26).

3. *Considerazioni conclusive.* – Alla luce del quadro sopra delineato, si può rilevare come le materie trattate all'interno dell'accordo intervenuto con l'IBISG non si discostino da quelle comuni alle altre intese sinora siglate, se si eccettua il fatto che nella disciplina oggetto d'esame mancano previsioni in tema di matrimonio, analogamente a quanto del resto avviene anche nell'accordo con l'Unione Buddhista Italiana³¹.

alla Chiesa ortodossa (art. 10), all'Unione Buddhista (art. 24) ed all'Unione Induista (art. 25).

³¹ Rileva in proposito ALBISETTI, *Le intese fantasma*, cit., p. 4, che, a differenza di quanto avviene in altre intese, «nessun tipo di celebrazione nuziale è invece previsto nell'Intesa con l'Unione Buddhista Italiana, in encomiabile sintonia col fatto che nella cultura buddhista è del tutto assente una struttura istituzionale o sacrale del matrimonio stesso».

Anche in ordine ai contenuti si ravvisa una sostanziale omogeneità rispetto alle normative derivanti dalle pattuizioni intercorse con le altre confessioni religiose, salvi i rilievi sopra esposti in merito al possibile insegnamento religioso facoltativo di impronta catechetica; alla presenza, non comune a tutte le intese, di previsioni sul trattamento delle salme; alla specifica natura delle finalità richieste ai fini del riconoscimento degli enti; al peculiare, per quanto non esclusivo della disciplina in questione, requisito della cittadinanza italiana o europea in capo al legale rappresentante degli enti; alla mancanza di disposizioni in tema di matrimonio, a differenza di quanto disciplinato nella generalità delle normative di derivazione pattizia.

In definitiva, dunque, accanto ad una tendenziale uniformità di materie e contenuti nell'intesa con l'IBISG, al pari di quanto avviene negli altri accordi di analoga natura si riscontra l'esistenza di disposizioni peculiari, diverse da quelle comunemente presenti, le quali per un verso valgono a confermare la specificità della confessione di cui trattasi, al pari di qualsiasi altra entità religiosa, e dall'altro lato servono a soddisfarne in maniera adeguata le proprie particolari esigenze. Viene in tal modo a rivelarsi ancora giustificato ed opportuno l'uso dello strumento pattizio previsto dall'art. 8, co. 3, Cost. Infatti, per quanto possa apparire obsoleta, l'intesa rappresenta ancora l'unico mezzo che le confessioni acattoliche hanno a loro disposizione per sottrarsi all'applicazione dell'anacronistica ed illiberale normativa sui culti ammessi ed ottenere una disciplina rispettosa della specificità e delle particolari esigenze di ciascun gruppo religioso, altrimenti soggetto ad un diritto comune che, proprio perché generico ed indifferenziato, rischia inevitabilmente di non risultare adeguato alle peculiarità di ogni realtà confessionale.

Insomma lo strumento pattizio delineato dalla Costituzione, benché da più parti vituperato, dimostra invece la sua perdurante validità: prova ne è il fatto che non solo i soggetti legittimati continuano a stipulare intese per disciplinare i loro rapporti con lo Stato, ma anche entità neppure qualificabili come confessioni religiose, quale l'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti,

La disciplina dei rapporti tra lo Stato e l'Istituto Buddista Italiano Soka Gakkai

aspirano a giungere a simile obiettivo, che evidentemente è ancor oggi considerato importante ed utile dai diretti interessati.

MARÍA HELENA SÁNCHEZ GÓMEZ*

CRITERIA FOR LIMITING THE USE OF RELIGIOUS
SYMBOLS IN COURT APPEARANCES
IN STRASBOURG CASE LAW**

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The limitation on the use of religious garments and symbols in court in the recent Strasbourg jurisprudence: new jurisprudential developments in the case *Hamidović v. Bosnia and Herzegovina*. a) Background. b) Arguments of the parties and assessment of the European Court of Human Rights. – 3. A comparative perspective: solutions to analogous assumptions in Canadian and United Kingdom case law. – 4. Conclusions.

1. *Introduction*. – The approaches of the Court of Strasbourg on the limitation in the use of religious garments and symbols

The manifestation of religious beliefs in official institutions and public places by individuals through the wearing of religious clothing and symbols is a sensitive issue that has led the European Court of Human Rights (ECtHR) to establish a set of guidelines to provide an appropriate solution to each situation in which conflicts have arisen, by weighing the interests at stake.

There are many approaches from which the Court of Strasbourg has tackled the issue that, far from being exhausted in the public

* Researcher on law and religion, Universidad Complutense de Madrid.

** A Spanish version of the paper was presented at the International Congress «Libertad religiosa, neutralidad del Estado y educación: Una perspectiva europea y latinoamericana», held on 8 and 9 March 2018 at the Complutense University of Madrid and it will be published in the Congress Acts. I sincerely thank Professor Silvia Angeletti for inviting me to share the results of this research.

¹ A volume that deals in depth with the question of religious symbols in this area can be consulted in: A. MOTILLA, (Coord.), *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al Derecho de libertad religiosa en el ámbito laboral*, Comares, 2016.

sphere, has also been projected on relations in the private sphere, with special incidence in the working environment¹. Some of the most important Strasbourg judgments and decisions can be consulted in this context: *Dahlab v. Switzerland*², on the Prohibition of the Wearing of the Headscarf by a Public Primary School Teacher; *Eweida and others v. the United Kingdom*³, which ruled in four cases: the most prominent concerned Mrs Eweida, a British Airways worker who was refused the right to wear a chain with a crucifix, and Mrs Chaplin, a nurse who during her work wore a necklace with a cross and who, having refused to take it off, was transferred to another job with different functions, or *Ebrahimian v. France*⁴, on the dismissal of a hospital worker for wearing an Islamic veil.

Regarding conflicts concerning religious symbols in the public space, an area that we are now dealing with, the Court of Strasbourg has laid down a series of guidelines in order to establish criteria for solutions, without neglecting the uniqueness of each controversy. Among the most recent pronouncements on the matter, the repercussion of the well-known *S.A.S. v. France*, ruling on the integral veil in public space⁵, as well as sentences referring to more limited areas, significantly those related to the institutional educational space⁶, among which *Leyla Şahin v. Turkey*⁷, judgment of the Grand Chamber on the use of the Islamic headscarf in university educational institutions⁸. Other pronouncements also of great relevance in the

² See ECtHR, n. 42393/98, 15 February 2001.

³ See ECtHR, n. 48420/10, 15 January 2013.

⁴ See ECtHR, n. 64846/11, 26 November 2015.

⁵ See ECtHR, [GS], n. 43835/11, 1 July 2014.

⁶ An exhaustive analysis of the Judgment can be consulted in S. CAÑAMARES ARRIBAS - S. ANGELETTI, *Legal regulations of the full-face veil in public spaces in Spain and Italy: some critical reflections on the applicability of the ECtHR doctrine in SAS v. France*, in *Religion Hum. Rights*, n. 13, 2018, pp.146-147.

⁷ A work that analyzes in a global way the use of the veil in the institutional educational environment can be seen in M. ALENDA SALINAS, *La presencia de símbolos religiosos en las aulas públicas, con especial referencia a la cuestión del velo islámico*, in *Rev. Gen. Der. Can. Ecl. Estado*, n. 9, 2005.

⁸ See ECtHR, [GS], n. 44774/98, 10 November 2005. On the repercussion of the *Leyla Şahin* judgment see S. CAÑAMARES ARRIBAS, *Libertad Religiosa, Simbología y Laicidad del Estado*, Aranzadi, 2005, pp. 179-180; J. MARTÍNEZ-

educational field are: *Karaduman v. Turkey*, and *Köse and others 93 v. Turkey*⁹. In *Leyla Şahin* case, the Court has stressed the need to take into consideration the diversity of approaches taken by State authorities when integrating the religious phenomenon into their respective systems, in view of which it has observed that it is not possible to discern across Europe a uniform conception of the meaning of religion in society, and that the meaning or impact of the public expression of a religious belief differs according to time and context¹⁰.

In short, it has appreciated that standards in this area may vary from one country to another according to national traditions and requirements arising from the need to protect the rights and freedoms of other citizens and to maintain public order, concluding that the choice of the scope and form of such standards should inevitably be left to the State concerned, as it will depend on the specific national context¹¹.

In *S.A.S. v. France*, this position was reinforced by stressing, in relation to Article 9 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR), that the State should in principle enjoy a wide margin of appreciation when deciding whether a limitation on the right to manifest religion or belief is necessary and to what extent¹². It has also considered that the Tribunal may consider any consensus and common values arising from the practices of States parties to the ECHR¹³. In any case, the Court warns

TORRÓN, *La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo*, in *Der. Religión*, IV, 2009, p. 95 ss.

⁹ Other pronouncements also of great relevance in the educational field are: ECtHR, *Karaduman v. Turkey*, dec. n. 16278/90, 3 May 1993; *Köse and others 93 v. Turkey*, dec. n. 36716/02, 4 November 2006.

¹⁰ See *Leyla Şahin*, para. 109.

¹¹ *Ibidem*.

¹² A detailed analysis of the margin of appreciation in relation to art. 9 ECHR can be seen in I. MARTÍN SÁNCHEZ, *Uso de símbolos religiosos y margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in *Rev. Gen. Der. Can. Ecl. Estado*, n. 35, 2014.

¹³ See, among others, ECtHR, [GS], *Bayatyan v. Armenia*, n. 23459/03, 7 July 2011, para. 122.

that the margin of appreciation of the States must go hand in hand with a European supervision covering both the law and the decisions implementing it, to determine whether the measures taken at national level are justified and proportionate¹⁴.

As indicated by the general standards applied by the Strasbourg Court, each case must be nuanced according to its specific context. The most recent pronouncement on the use of religious clothing and symbols in public space is presented in a context in which the Court has so far had no opportunity to pronounce. This is a case related to the use of religious clothing in the forum by a private individual, which gave rise to the Judgment *Hamidović v. Bosnia and Herzegovina* of 5 December 2017.

There, the Court decides an application concerning a witness who was summoned to testify in criminal proceedings, appearing in the courtroom with his head covered by a taqiyah (skullcap), a garment that some Muslims customarily wear in public as a religious duty. The President of the State Court of Bosnia and Herzegovina ordered him to have his head uncovered on the grounds that such a religious demonstration before a Court violated the principles and values of secularity of the State. Faced with the witness's repeated refusal to remove his garment, the President of the Court imposed a sanction on him that resulted in a sentence of one month in prison, which the plaintiff served.

Given the implications that this may entail for an individual who comes to a court of law to defend his own interests or those of a third party and taking into account the mandatory nature of the court appearance in certain proceedings, the solution applied to this case differs substantially from conflicts that arise in other contexts.

In the case *Hamidović*, once the ECtHR found that there had been interference in the right to religious freedom, it applied to the case the general principles for determining its legitimacy, namely: whether the limitation was provided for by state law, whether it pursued one or more of the legitimate objectives set out in Article 9(2)

¹⁴ See, among others, ECtHR, *Manoussakis and others v. Greece*, n. 18748/91, 26 September 1996, para. 44, and *Leyla Şahin*, para. 110.

ECHR, and whether it was necessary in a democratic society. In this regard, the Court of Strasbourg noted in a preliminary remark:

«It must be indicated from the beginning that the present case does not refer to the use of religious symbols and clothing in the workplace. [...] In fact, it is about a witness in a criminal trial, which is a completely different subject. The public debate on the use of religious symbols and clothing by judicial officials in Bosnia and Herzegovina [...] is, therefore, relevant to the present case»¹⁵.

Even though the favourable to the plaintiff, some of the conclusions reached by the Court were criticised by some of the judges, who considered that some points of the ruling were insufficiently motivated.

In relation to the use of religious garments and symbols in the forum, prior to this case the action of *Barik Edidi v. Spain*¹⁶ had reached the ECtHR. The situation originated in a trial before the Supreme Court, during which Judge Gómez Bermúdez asked a lawyer, who was acting in the trial wearing a hijab, to sit in the area reserved for the public because lawyers appearing on the stand cannot remain with their heads covered in the courtroom. The lawyer filed a complaint since the applicable regulations only required the toga to be worn, an obligation that she had fulfilled. Her complaint went through the Supreme Court, which dismissed the appeal as untimely, reaching the Constitutional Court, which considered the appeal inadmissible on the grounds that no fundamental right had been violated

In its complaint to the ECtHR, the applicant alleged infringement of Articles 6(1), 8 and 9 of the ECHR. Finally, the Court dismissed the application claiming it had not exhausted the internal remedies without assessing the merits of the case¹⁷.

¹⁵ See *Hamidović*, para. 26.

¹⁶ See ECtHR, dec. n. 21780/13, 19 May 2016.

¹⁷ A detailed commentary on this case can be found in A. LÓPEZ-SIDRO, *El velo islámico en el foro: una cuestión aún no resuelta para España*, in *Rev. Gen. Der. Can. Ecl. Estado*, n. 41, 2016.

2. The limitation on the use of religious garments and symbols in court in the recent Strasbourg jurisprudence: new jurisprudential developments in the case Hamidović v. Bosnia and Herzegovina.

a) *Background.* – The judgement at issue originates from a complaint filed with the ECtHR in November 2015 against Bosnia and Herzegovina by Mr. Husmet Hamidović, a Bosnian citizen born in 1976.

The case stems from Mr. Hamidović's conviction for his refusal to withdraw his taqiyah (skullcap) when he was called to testify before a criminal court, which was examining a case related to the attack on the U.S. embassy in Sarajevo in 2011.

In the proceedings, a member of a local group defending the Wahhabi/Salafist¹⁸ branch of Islam was convicted of a terrorist offence and two other defendants were acquitted. The accused belonged to a religious community that opposes the concept of secular state, democracy, free elections and any law that is not based on Sharia law. When called by the court official they refused to stand, and the president of the court ordered their expulsion from the courtroom¹⁹. At subsequent hearings they expressed no intention of showing respect for the Court, to which they did not recognize any authority, which led to their final expulsion from the process²⁰.

In the context of that trial, Mr. Hamidović, belonging to the same religious community as the accused, was summoned to appear as a witness. He appeared before the court which had summoned him and when he was about to testify, the president ordered him to remove the garment covering his head, Mr. Hamidović refused to comply with the order on the grounds that wearing his head covered in all

¹⁸ Regarding this group, see ECtHR, *Al Husin v. Bosnia and Herzegovina*, n. 3727/08, 7 February 2012, para. 20.

¹⁹ In accordance with art. 256 of the Code of Criminal Procedure, all those present in the Court must face the call of a judicial officer. The Court warned the defendants that standing up was a legal obligation of the accused and that according to art. 242(2), of the Code of Criminal Procedure, the disruptive behavior constituted contempt of court, which the Court would sanction by expelling them from the courtroom.

²⁰ See *Hamidović*, para. 6.

circumstances constituted a religious obligation for him. As a result, the judge had him removed from the courtroom, convicted him of contempt of court pursuant to article 242(2) of the Code of Criminal Procedure²¹ and sentenced him to a fine of 10,000 Convertible Marks (BAM)²².

The Court of Appeal upheld the first instance decision, holding that the obligation to uncover the head in the premises of a judicial institution was a fundamental rule of life in society and that in the secular State of Bosnia and Herzegovina any religious manifestation in a court is prohibited, however, the Court reduced the fine to 3,000 Convertible Marks (BAM). As Mr. Hamidović did not pay the fine, the sanction automatically became a one-month prison sentence, which the plaintiff served²³.

In July 2015, the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina confirmed the decisions of the national courts and considered that Mr. Hamidović's conviction to pay a fine for contempt

²¹ The relevant part of art. 242(3), of the Code of Criminal Procedure provides: «Should [...] a witness [...] cause a disturbance in the courtroom or fail to comply with an order of [...] the presiding judge, [...] the presiding judge shall warn him or her. If the warning is unsuccessful [...] the presiding judge may order that the person be expelled from the courtroom and be fined in an amount of up to BAM 10,000».

²² The decision, which was communicated in writing to the claimant, was based on the fact that Rule 20 of the Rules of the Judicial Institutions of Bosnia and Herzegovina establishes that in the facilities of judicial institutions at the state level, including the State Court, all must respect the «dress code applicable to judicial institutions», the judge also indicated the serious consequences that such conduct could have on the reputation of the judiciary and social stability in Bosnia and Herzegovina.

²³ The relevant part of art. 47 of the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina provides: «(1) Fines shall not be collected by force; (2) If a fine is not paid within the period determined in the judgment, the court shall, without delay, convert the fine into imprisonment; (3) The fine shall be converted into imprisonment in such a way that [...] each BAM 100 is converted into one day of imprisonment, provided that the term of imprisonment does not exceed the prescribed amount for that particular offence; (4) If the convicted person has only paid a portion of the fine, the remaining amount shall be proportionally converted into imprisonment and if then the remaining amount, the execution of the prison sentence shall cease».

of the Court was well founded and did not imply a violation of his right to manifest his religion. However, he noted that the automatic conversion of fines into prison sentences violated Article 6 ECHR and ordered an amendment to Article 47 of the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina. However, in this case, it decided not to annul the decision to convert the fine into prison, based on the principle of legal certainty²⁴.

The plaintiff filed his application with the ECtHR based on Articles 9 and 14 ECHR, arguing in particular that the prohibition of the use of the garment covering his head constituted a limitation on his freedom to manifest his religion which was not in accordance with the law, and that he had been discriminated against on the basis of his religious beliefs, arguing further that the sentence imposed on him was disproportionate.

b) *Arguments of the parties and assessment of the European Court of Human Rights.* – The parties agreed that the sanction imposed on the plaintiff had constituted a limitation on the right to manifest his own religion²⁵. This is in line with the official position of the Islamic Community in Bosnia and Herzegovina, according to which, covering the top of the skull does not represent a strong religious duty, but has such strong traditional roots that it is considered by many as a religious duty. Their views differed as to whether the contested measure was «provided for by law».

The plaintiff pointed out that there was no legal provision expressly prohibiting him from remaining in the room with his head covered. In this regard, he claimed that Rule 20 of the House Rules of the Judicial Institutions of Bosnia and Herzegovina only indicated that

²⁴ Two of the eight judges of the Constitutional Court attached dissenting opinions. In his view, the punishment of the plaintiff for refusing to remove a religious symbol in a court constituted a disproportionate interference with his right to freedom of religion. See *Hamidović*, para. 11.

²⁵ This is in line with the official position of the Islamic Community in Bosnia and Herzegovina, according to which, covering the top of the skull does not represent a strong religious duty, but has such strong traditional roots that it is considered by many as a religious duty. See *Hamidović* paras. 10, 24.

everyone must respect the dress code applicable to judicial institutions²⁶.

The State argued that the plaintiff had not been punished in accordance with this general prohibition, but on the basis of the inherent power of the trial judge who applied article 242(3) of the Code of Criminal Procedure²⁷, to regulate the conduct of the judicial procedure in order to ensure that there were no abuses in the courtroom and that the procedure was fair to all parties. The relevant part of the article states:

«Should [...] a witness [...] cause a disturbance in the courtroom or fail to comply with an order of [...] the presiding judge, [...] the presiding judge shall warn him or her. If the warning is unsuccessful [...] the presiding judge may order that the person be expelled from the courtroom and be fined in an amount of up to BAM 10,000».

The ECtHR considered that it had no strong reason to depart from the conclusion reached by the state courts and that there was a legal basis for restricting the use of the religious garment in the courtroom²⁸.

The Court's position on this point is open to criticism. The Court itself has on other occasions pointed out that the expression «provided for by law» in Article 9(2) ECHR not only requires the contested measure to have a legal basis in domestic law, but also refers to the quality of the law in question, which must be accessible to the person concerned, and foreseeable as to its effects²⁹. Judge Gaetano indicated in a separate opinion that at this point of the sentence the Court lost

²⁶ The rule provides: «Visitors must respect the applicable dress code to judicial institutions. Visitors shall not wear miniskirts, shorts, t-shirts with thin straps, open heel shoes and other garments that do not correspond to the dress code applicable to judicial institutions».

²⁷ The relevant part of the art. states: «Should [...] a witness [...] cause a disturbance in the courtroom or fail to comply with an order of [...] the presiding judge, [...] the presiding judge shall warn him or her. If the warning is unsuccessful [...] the presiding judge may order that the person be expelled from the courtroom and be fined in an amount of up to BAM 10,00».

²⁸ See *Hamidović*, paras. 32-33.

²⁹ See ECtHR, [GS], *Izzettin Dogan and others v. Turkey*, n. 62649/10, 26 April 2016, para. 99.

sight of the fact that Article 242(3) of the Code of Criminal Procedure was not designed to authorize a judge to issue any type of order, which would be purely arbitrary, but only those that might be necessary for the maintenance of order in the courtroom and proper knowledge of the case. Furthermore, it noted that the rule concerning dress in the courtroom was totally vague, and that the inherent power of a trial judge to regulate the process cannot be extended to the point of provoking a situation of unnecessary conflict, particularly when it comes to limiting a fundamental right such as that of religious freedom³⁰.

As to the existence of a «legitimate objective», the ECtHR had already indicated in *S.A.S. v. France* that the enumeration of exceptions to the freedom to manifest religion or personal belief, as indicated in Article 9(2) ECHR, must be exhaustive and its interpretation must be restrictive. The complainant considered that interference with the freedom to manifest one's religion did not correspond to any of the objectives listed in Article 9(2) ECHR. The State, for its part, held that the contested measure pursued two legitimate objectives: that of «protecting the rights and freedoms of others» (referring to the principle of secularity and the need to promote tolerance in post-conflict society), and that of «maintaining the authority and impartiality of the judiciary».

The Court noted that Article 9(2) ECHR does not expressly refer to the second of the objectives. As for the first of them, «to ensure the protection of the rights and freedoms of others», it considered that there was no reason to decide otherwise in the present case. As he had indicated in *Lautsi and others v. Italy*³¹, he recalled that the concept of secularity can be protected by Article 9 ECHR and that the objective of defending democratic and secular values can be linked to the legitimate objective of the «protection of the rights and freedoms of others» within the meaning of Article 9(2) ECHR³².

³⁰ See *Hamidović*, concurring opinion of Judge Gaetano, para. 3.

³¹ See ECtHR, [GS], *Lautsi and others v. Italy* n. 30814/06, 18 March 2011, para. 58.

³² See *Leyla Şahin*, para. 99, and ECtHR, *Ahmet Arslan and others v. Turkey*, n. 41135/98, 23 February 2010, para. 43.

The position held by the Court is questionable in two respects that judges Gaetano and Bosnjak expressed in individual votes³³. Judge Gaetano pointed out that only in exceptional cases, such as when the principle of secularity is included in a country's Constitution or where there is a long historical tradition of secularism, can secularism be said to fall, in principle, within the scope of the expression «for the protection of the rights and freedoms of others» for the purposes of Article 9(2) ECHR. In a case like the present, the argument of separation of Church and State is no longer an excuse for an aggressive form of secularism to promote secularism at the expense of religious freedom. As Judge Bonello put it in his concurring opinion in *Lautsi and Others*: «Freedom of religion, in essence, consists of the right to freely profess any religion of the individual's choice, the right to change one's religion freely, the right not to embrace any religious belief, and the right to manifest one's religion through belief, worship, teaching and observance. Here, the catalogue of the Convention stops, far below the promotion of any state secularism»³⁴.

For his part, Judge Bosnjak added as a criticism to this section of the Judgment that, although it is true that the plaintiff disobeyed the order to uncover his head, this disobedience can be considered similar to conduct motivated by conscientious objection and cannot in itself be considered as a sign of contempt of the Court. On the other hand, it added that the president of the State Court did not explain how the use of religious clothing could undermine order in the courtroom, impede the proper conduct of the proceedings or pose an imminent danger to another value worthy of protection³⁵.

The Strasbourg Court concluded the decision by examining whether the restriction was «necessary in the democratic society of Bosnia and Herzegovina». First, the general context in which the trial took place was taken into consideration. It was appreciated that the presiding judge had the difficult task of maintaining order and

³³ See *Hamidović*, concurring opinion of Judge Gaetano, para. 4, and concurring opinion of Judge Bosnjak, paras. 3, 5.

³⁴ See para. 2.6 of the vote.

³⁵ See *Hamidović*, concurring opinion of Judge Bosnjak, para. 6.

guaranteeing the integrity of the process in a trial for a terrorist offence in which several participants belonged to a religious group that opposed the concept of a secular State and manifested a disrespectful attitude maintaining that they only recognized «the Law and the Court of God» Notwithstanding the foregoing, the Court saw no reason to doubt that Mr. Hamiović's act was inspired by the sincere religious belief that it was his religious duty to keep his head covered at all times, without it being possible to deduce from his behaviour any kind of plan to mock the trial or the members of the Court, to incite others to reject the democratic and secular values of the State or to cause disruption arising from his behaviour. Unlike other members of his religious group, the plaintiff appeared before the Court when summoned and rose when asked, thus clearly submitting to the laws and courts of the country. There was no evidence that he was unwilling to testify or that he was disrespectful to the Court. In these circumstances, the ECtHR concluded that punishment for contempt of the Court (on the sole basis of his refusal to remove his religious garment) was not necessary in a democratic society and the national authorities had exceeded their margin of appreciation by punishing the witness.

The ruling found by six votes to one that there had been a violation of Article 9 ECHR, considering that it was not necessary to go into the assessment of the complaint under Article 14 ECHR. In addition, Mr. Hamidović was awarded 4,500 euros in compensation for non-pecuniary damage.

3. *A comparative perspective: solutions to analogous assumptions in Canadian and United Kingdom case law.* – The jurisprudence of other Western States has been pronounced in similar cases regarding the use of religious garments in the courts³⁶. While it

³⁶ A study that covers the courts of Germany, Spain, Holland, Italy, United Kingdom, Turkey, India, New York, Tennessee and Canada in which the religious clothing raised several problems in judicial headquarters referred to both judges and parts can be consulted in R. PALOMINO LOZANO, *La religión en el espacio público: los símbolos religiosos ante el derecho*, Madrid, 2016, pp. 120-125.

is true that decisions cannot be equated on the merits, since the main controversies were based on the difficulty of facial recognition of persons wearing clothing (niqab), the proportionality test applied by the courts examining the issue is of interest. In this regard, we refer to the weighting trial of the Supreme Court of Canada in the case of *R. v. NS* in 2012³⁷ and that of the Court Crown of the United Kingdom in the case of *The Queen v. D (R)* in 2013³⁸.

In *R. v. NS*, the Supreme Court of Canada came to assess whether a Muslim woman who was the complainant of a sexual assault should be allowed to testify wearing a niqab.

The Court found it untenable to interpret the case by applying an absolute rule that implied withdrawing the niqab in all circumstances, as well as applying the opposite rule. The response to the case required finding a fair and proportionate balance for the situation, balancing competing rights: religious freedom and the right to a fair trial for both parties. The problem was complex since, in the judicial practice of this country, the technique of cross-examination is applied, in which the credibility of the cross-examination is based, at least in part, on the examination of the behaviour of the individual (gesticulation, tone of voice, etc.), for which it was necessary, according to the defendant, to be able to carry out the open face-to-face interrogation.

The Court, which finally dismissed the applicant's appeal, applied the following reasoning: a witness who wishes to use the niqab for religious reasons based on sincere beliefs while testifying in criminal proceedings should have it removed if the following circumstances arise: (a) If it is necessary to avoid a serious risk to the fairness of the proceedings, because the reasonably available alternative measures would not avoid the risk; and (b) If the positive effects of requiring the niqab to be withdrawn outweigh the negative effects.

The application of this framework involved answering four questions, the first: Would requiring the witness to withdraw her niqab while testifying interfere with her right to religious freedom? Second,

³⁷ See *R. v. N.S.*, 2012 SCC 72, [2012] 3 SCR 726.

³⁸ See *The Queen v. D (R)*, EW Misc 13 (CC).

would allowing the witness to wear the niqab during the examination of the witness pose a serious risk to the fairness of the proceedings?

If these questions lead to the conclusion that the situation poses a risk both to religious freedom and to the fairness of the process, a third question should be answered: is there any way to accommodate the two rights and avoid conflict between them? If accommodation is not possible, then the question should be answered as to whether the beneficial effects of requiring the witness to withdraw the niqab would outweigh the negative effects.

The final decision in the case considered that the plaintiff's statement was the only evidence against the defendant, so to safeguard the fairness of the proceedings it was decided that it was necessary for the questioning to take place with an uncovered face.

Judge Abella drafted a dissenting opinion focusing on the impact of the negative effects of requiring the witness to testify without the niqab³⁹. In her argument, she argues that asking a Muslim woman to withdraw her niqab to appear in court will likely result in her not wanting to testify, filing charges as affected, or, if accused, not being able to testify on her own behalf. This latter consequence would be far more serious than the fact that the opposing party cannot see the face of the witness unless this was a relevant necessity for the trial. If in the case it is not a problem to establish the identity of the woman, she should not be forced to withdraw the niqab.

It further noted that courts regularly admit witnesses who cannot testify in ideal circumstances due to visual, oral or hearing impairments, adding that a witness may also have physical or medical limitations that affect the ability of the lawyer's judge to assess aspects arising from his or her conduct and behaviour in the courtroom.

The case of the United Kingdom, *The Queen v. D (R)*, was raised in relation to another Muslim woman accused of witness intimidation who wished to wear a niqab during the hearing. The judge, relying heavily on the ECHR, had to decide whether the accused could remain with her face covered during the trial in accordance with her religious beliefs. It considered that in this case

³⁹ See *R. v. N.S.* Dissenting opinion of Judge Abella, paras. 80-110.

some special rules could be applied to the clothing covering the face, which are reproduced below:

« (1) The defendant must comply with all directions given by the Court to enable her to be properly identified at any stage of the proceedings.

(2) The defendant is free to wear the niqab during trial, except while giving evidence.

(3) The defendant may not give evidence wearing the niqab.

(4) The defendant may give evidence from behind a screen shielding her from public view, but not from the view of the judge, the jury, and counsel; or by means of a live TV link.

(5) Photographs and filming are never permitted in court. But in this case, I also order that no drawing, sketch or other image of any kind of the defendant while her face is uncovered be made in court, or disseminated, or published outside court.

(6) I reserve the case to myself until further order»⁴⁰.

In order to prevent discrimination in the forum, the Judicial College of the United Kingdom published an updated, expanded and improved version of the Equal Treatment Bench Book on 28 February 2018⁴¹. The guide, which takes into account the most recent cases, includes guidance on religious dress and the use of the veil (including the niqab and burka) in the Court which seeks to inform, assist and guide equitable treatment that takes into account an understanding of different personal circumstances, so that there can be effective communication and that steps can be taken, where appropriate, to redress any inequality arising from religious motives.

4. *Conclusions.* – From what was examined in the *Hamidović* case, it can be inferred that the proportionality trial applied by the

⁴⁰ See *Q v. D (R)*, para. 86.

⁴¹ The text devotes a chapter to the prevention of racism, cultural and ethnic differences, anti-Semitism and Islamophobia (pp. 181-218) and another to religion (pp. 219-229). It can be consulted at: www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2018/02/equal-treatment-bench-book-february2018-v5-02mar18.pdf (last request, 15 September 2018).

courts will attempt to accommodate the right to religious freedom, especially when this does not pose a threat to the normal conduct of the hearings, bearing in mind that these sometimes constitute an imperative duty and that the prohibition of manifesting religion, with the consequent expulsion from the trial, may alter the right to a defence.

On the other hand, the excessively wide interpretation that the Court of Strasbourg has been applying in relation to the margin of appreciation of state courts, especially since the judgments *Leyla Şahin* and *S.A.S.*, when it comes to cases in which the freedom to manifest religious beliefs by means of garments or symbols conflicts with the secularity of the State, is to be criticized. It should be remembered that among the criticisms that the ruling *Leyla Şahin* has received is included, «the excessive amplitude of the margin of appreciation of the Turkish authorities, without it being based on a decisive proof of the danger of the Islamic headscarf for the legitimate purposes pursued»⁴². (Martín Sánchez, I.)

This affects the risk that Western states will use the context of Church-State separation to promote an aggressive form of secularism at the expense of religious freedom, and there is a growing trend in some of them to confine the right to manifest religion exclusively to the private sphere.

Assumptions such as those raised continue to reach the courts frequently, this is the case in Italy, where in a hearing for terrorism offenses before the Criminal Court of Cremona⁴³ (*Corte d'Assise*, 27 November 2008, 3 *Corriere del merito*, 2009), the wife of the

⁴² See MARTÍN SÁNCHEZ, *Uso de símbolos religiosos y margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, cit., p. 29.

⁴³ This is the case in Italy, where in a hearing for terrorism offenses before the Criminal Court of Cremona (*Corte d'Assise*, 27 November 2008, 3 *Corriere del merito*, 2009), the wife of the defendant entered the court with a burqa. When the security agents asked her to uncover her face to be identified, the woman agreed. The Court examined this fact in a subsequent consultation considering that there had been no violation of fundamental rights. A more detailed analysis of the matter can be found in CAÑAMARES ARRIBAS - ANGELETTI, *Legal regulations of the full-face veil in public spaces in Spain and Italy*, cit., pp.146-147.

defendant entered the court with a burqa. When the security agents asked her to uncover her face to be identified, the woman agreed. The Court examined this fact in a subsequent consultation considering that no violation of fundamental rights had occurred. At the same time as this work was being completed, the European Court of Human Rights has ruled on another case involving the wearing of religious garments in court. This is the *Lachiri v. Belgium*⁴⁴, judgment of 18 September 2018, in which the Court ruled in favour of a Muslim woman, Ms. Hagar Lachiri, who was barred from entering the Brussels Court of Appeal, before which she was to testify in a criminal trial, since, according to the Court, remaining in the courtroom with her head covered contravened the dress code provided for in 759 of the Belgian Judicial Code⁴⁵.

The different solutions proposed in the cases examined may shed light on the difficult task faced by State court judges in making an assessment of whether religious manifestations by those appearing may pose a threat by undermining order in the courtroom, impeding the smooth conduct of proceedings or posing an imminent danger to other values worthy of protection in democratic societies, with reasonable accommodation of rights where possible.

In any case, challenges continue to be posed that will involve resolving questions that have not yet been resolved, such as whether the same level of demand should be applied in the use of religious clothing and symbols to individuals as to the professionals who intervene in the forum, such as the judges themselves, the lawyers, the prosecutors, or judicial experts, or the difficulty in examining the «sincerity» of religious beliefs, which so far is based eminently on the assertions of the person involved, but which can entail serious risks for democratic states when the use of the garment pursues a purpose other than religious. The latter is the case of Soukaina Abouddrar, an activist of the Islamic state sentenced to three years in prison for a

⁴⁴ See ECtHR, n. 3413/09, 18 September 2018. The text of the judgment is available – version in French – on the website of the Court: www.hudoc.echr.coe.int.

⁴⁵ The relevant part of the article states: «Celui qui assiste aux audiences se tient découvert, dans le respect et le silence; tout ce le juge ordonne pour le maintien de l'ordre est exécuté ponctuellement et à l'instant».

crime of integration into the terrorist organisation Daesh, whose trial before the National High Court was reported in the national press when, after being banned from using the hijab in prison, she testified in the trial before the National High Court without the religious garment⁴⁶. In an Order of the Criminal Chamber of the National High Court of 2017⁴⁷ (Orden of 17 July 2017, n. 530/2017), the inmate was prohibited from remaining with the niqab in prison because she considered that she used the garment «as a jihadist vindication in the work of radicalization towards other inmates of her same religion», warning that the use that the inmate intended to make of the garment «undermines the security and good order of the centre and affects the purpose of her stay in prison».

In view of the diversity of circumstances, the key lies in applying a careful review to each case, formulating solutions that respect the standards proposed by the Court of Strasbourg and aspiring to apply a reasonable accommodation, which guarantees the fundamental rights of all parties involved in the process.

⁴⁶ The press release can be found in Diario El Mundo (21 July 2018). *La yihadista a la que se le prohibió usar el velo acepta tres años de prisión*, in www.elmundo.es/espana/2017/07/21/59722547268e3e9e498b4801.html (last consultation, 15 September 2018).

⁴⁷ Auto of 17 July 2017, n. 530/2017.

SILVIA ANGELETTI*

DIRITTI EDUCATIVI DEL MINORE E LIBERTÀ RELIGIOSA
DELLA FAMIGLIA: RILEGGENDO LA SENTENZA
OSMANOĞLU AND KOCABAŞ V. SWITZERLAND
ALLA LUCE DEL *BEST INTERESTS OF THE CHILD*

SOMMARIO: 1. La scuola tra integrazione sociale e rispetto delle minoranze religiose.
– 2. Il giudizio di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo: il progetto educativo della scuola vs. le convinzioni religiose dei genitori. – 3. Tra diritti della famiglia e autonomia delle istituzioni scolastiche, quale spazio per il *best interests of the child*?

1. *La scuola tra integrazione sociale e rispetto delle minoranze religiose.* – Con la sentenza *Osmanoğlu and Kocabaş v. Switzerland*¹, la Corte europea dei diritti dell'uomo segna un ulteriore passo nella direzione del riconoscimento della centralità dei diritti dei minori nelle questioni educative. Il tema interseca la libertà di educazione religiosa dei genitori e l'autonomia dell'istruzione scolastica, generando non di rado situazioni di conflitto, e richiede quindi una doverosa ponderazione di tutti gli interessi in discussione².

L'educazione scolastica si trova poi al centro, negli ultimi anni, di un ampio dibattito maturato nei Paesi europei, investiti da un crescente pluralismo etnico, culturale e religioso³; in tali contesti, le

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

¹ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Osmanoğlu and Kocabaş v. Switzerland*, sentenza del 10 gennaio 2017, ricorso n. 29086/12.

² Cfr. R. JACKSON - S. MIEDEMA - W. WEISSE - J.P. WILLAIME (eds.), *Religion and Education in Europe. Developments, Contexts and Debates*, Münster, 2007; C. CARDIA, *Il problema della scuola*, in *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, in www.statoechiese.it, novembre 2010; D. DURISOTTO, *Educazione e libertà religiosa del minore*, Napoli, 2011; P. ALSTON - S. PARKER - J. SEYMOUR (eds.), *Children, Rights and the Law*, Oxford, 1992.

³ Cfr. P. SHAH - M.C. FOGLETS - M. ROHE (eds.), *Family, Religion and Law. Cultural Encounters in Europe*, London-New York, 2016; P. SCHREINER - F.

politiche di governo sono chiamate a gestire complicati processi di inclusione sociale, rispetto ai quali la scuola può rivelarsi un prezioso vettore di integrazione sociale ma anche uno strumento per cancellare le differenze e rafforzare un progetto di assimilazione culturale ai valori della maggioranza. Non è un caso che sia stato proprio il tema delle politiche di integrazione delle minoranze – dei metodi e dei limiti di tali *policies* – ad aver attratto l’attenzione di buona parte dei commentatori del caso *Osmanoğlu*, in cui la vicenda processuale vede protagonisti due genitori immigrati di religione musulmana. Come si vedrà più in dettaglio tra poco, questi ultimi lamentano una violazione del proprio diritto di libertà religiosa da parte delle autorità scolastiche del Cantone di Basilea, dalle quali si sono visti negare, per le figlie minorenni, una dispensa totale dai corsi di nuoto previsti nelle ore di lezione dedicate alle attività sportive.

I giudici europei non accolgono il ricorso, ritenendo che la scuola abbia agito entro i limiti consentiti dall’autonomia che le è propria e a beneficio dell’integrazione degli alunni.

Per molti, la decisione della Corte presta il fianco alla critica di aver offerto un sostegno a politiche di tipo assimilazionista, non rispettose delle differenze religiose e culturali espresse dalla famiglia⁴. Le autorità scolastiche, negando la dispensa dai corsi di nuoto per ragioni religiose, non hanno tenuto nel dovuto conto i diritti dei genitori, seguaci di un gruppo di minoranza portatore di un proprio stile di vita e di gestione dei rapporti sociali, a beneficio, invece, di una pretesa integrazione sociale delle due bambine, realizzata attraverso l’adesione passiva a quanto previsto dal curriculum scolastico.

Stando a queste ricostruzioni, il comportamento delle istituzioni nazionali e l’avallo della Corte – che a sua volta non avrebbe operato un’attenta valutazione dei requisiti di proporzionalità e necessità della

KRAFT - A. WRIGHT (eds.), *Good Practice in Religious Education in Europe: Examples and Perspectives of Primary Schools*, Münster, 2007.

⁴ Cfr. S.E. BERRY, *Aligning Interculturalism with International Human Rights Law: ‘Living Together’ without Assimilation*, in *Hum. Rights Law Rev.*, n. 3, 2018, pp. 441-471; C. FOLTZENLOGEL, *Integration and Parental Rights: Comment on Osmanoğlu v. Switzerland Judgment*, in <https://eclj.org>, 28 aprile 2017.

misura – si inquadrano entro la crescente tendenza europea verso un modello di assimilazione culturale delle minoranze, compendiabile nel vago principio del *living together*⁵, più volte richiamato in alcune recenti pronunce dei giudici di Strasburgo con riguardo al porto del velo integrale⁶. Non è mancato chi ha sottolineato come tale tensione verso un'uniformazione dei comportamenti e degli stili di vita sia nutrito principalmente dalla diffidenza verso la presenza delle comunità islamiche e in realtà riveli un chiaro intento discriminatorio nei confronti dei musulmani⁷.

Che il problema dell'integrazione delle minoranze e delle politiche di inclusione delle differenze sia un aspetto centrale nella riflessione intorno al tema educativo⁸, è innegabile; nondimeno, non si può fare a meno di notare come, dalle ricostruzioni appena descritte, sembri emergere unicamente il ruolo assunto dal rapporto conflittuale tra i poteri pubblici e i soggetti che rivestono autorità genitoriale, mentre resta sullo sfondo la situazione dei minori, il cui interesse appare implicitamente e totalmente ricompreso in quello della famiglia a conservare il proprio patrimonio di convinzioni e di pratiche religiose e culturali.

⁵ Cfr. S. TROTTER, 'Living Together', 'Learning Together', and 'Swimming Together': *Osmanoğlu and Kocabaş v. Switzerland (2017) and the Construction of Collective Life*, in *Hum. Rights Law Rev.*, n. 1, 2018, pp. 157-169.

⁶ Per un approfondimento sulla problematica del velo integrale e gli opportuni riferimenti bibliografici, sia permesso rinviare a S. ANGELETTI, *Il divieto francese al velo integrale, tra valori, diritti, laïcité e fraternité*, in *Federalismi.it*, Focus Human Rights n. 1, 2016; S. CAÑAMARES - S. ANGELETTI, *Legal Regulation of the Full-Face Veil in Public Spaces in Spain and Italy: Some Critical Reflections on the Applicability of the ECtHR Doctrine in S.A.S. v. France*, in *Religion Hum. Rights*, n. 2, 2018, pp. 117-152; S. ANGELETTI, *La questione del burqa/niqab in Italia, tra divieti amministrativi e aperture giurisprudenziali*, in *Rev. Gen. Der. Can. Ecl. Estado*, n. 42, 2016, p. 20 ss.; ID., *La questione del velo integrale torna a Strasburgo. Brevi considerazioni intorno a Dakir c. Belgique e Belcacemi et Oussar c. Belgique*, in *diritti-cedu.unipg.it*, 2017.

⁷ Cfr. F. BRETSCHER, *Osmanoğlu and Kocabaş v. Switzerland: A Swiss Perspective*, in *strasbourgobservers.com*, 30 marzo 2017.

⁸ Cfr. JACKSON - MIEDEMA - WEISSE - WILLAIME (eds.), *Religion and Education in Europe*, cit.; N. FIORITA, *Scuola pubblica e religioni*, Tricase, 2012.

Su questo aspetto vale dunque la pena di soffermarsi, muovendo dal presupposto per cui il minore di età è un soggetto autonomo, portatore di un ventaglio di interessi e di diritti propri che non si esauriscono in quelli della famiglia⁹ e che, nell'ambito educativo come in altri che lo riguardano, devono (o dovrebbero) risultare sempre preminenti.

Il criterio della prevalenza è ormai acquisito da tempo nella legislazione e nella prassi internazionale, da quando il principio del *best interests of the child* è divenuto uno dei «pilastri» della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 1989¹⁰ e ha assunto la funzione di parametro interpretativo e applicativo nella legislazione e nella prassi dei Paesi aderenti e anche delle istituzioni europee. Pur in assenza di una sua esplicita affermazione nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950, infatti, tale criterio ha trovato spazio anche nella giurisprudenza di Strasburgo.

Provando a rileggere la sentenza *Osmanoğlu* entro l'orizzonte indicato dalla Convenzione del 1989, ad avviso di chi scrive emergono almeno alcuni aspetti che si pongono in linea con i parametri convenzionali richiamati, nella misura in cui la decisione antepone l'interesse delle figlie all'integrazione, all'eguaglianza e alla non discriminazione per ragioni di sesso, alla libertà religiosa dei genitori, in un processo di bilanciamento orientato a garantire che

⁹ Cfr. U. KILKELLY, *The Child and the European Convention on Human Rights*, Aldershot, 1999; S. LANGLAUDE, *The Right of the Child to Religious Freedom in International Law*, Leiden, 2007; E. BREMS, *Article 14: The Right to Freedom of Thought, Conscience and Religion. A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden, 2006; R. SANTORO, *Diritti ed educazione religiosa del minore*, Napoli, 2004.

¹⁰ Cfr. A. GLENN MOWER Jr, *The Convention on the Rights of the Child. International Law Support for Children*, Westport, 1997; M. D.A. FREEMAN, *Taking Children's Rights More Seriously*, in *Int. J. Law Fam.*, n. 6, 1992, pp. 52-71. G. VAN BUEREN, *The International Law on the Rights of the Child*, The Hague-Boston, 1998; M. FREEMAN - P. VEERMAN (eds.), *The Ideologies of Children's Rights*, The Netherlands, 1992; M. FREEMAN (ed), *Children's Rights: Progress and Perspectives*, Leiden-Boston, 2011; A. HOLZSCHEITER, *Children's Rights in International Politics. The Transformative Power of Discourse*, Basingstoke, 2010.

l'esercizio del diritto dei secondi non si risolva in una *deminutio* per la tutela delle prime.

Il superiore interesse del minore, seppure mai esplicitamente nominato, permea gli argomenti accolti dalla Corte e trova espressione concreta nell'affermazione della possibilità per le bambine di prendere parte a pieno titolo alle attività scolastiche, muovendo i primi passi in una vita sociale di relazione che rispetti le condizioni di uguaglianza con i coetanei maschi.

A questo fine, la garanzia dell'autonomia del progetto educativo della scuola pubblica – che i giudici europei difendono – può essere interpretata non quale obiettivo a se stante o come veicolo di assimilazione culturale delle minoranze, quanto piuttosto come strumento attraverso il quale rendere effettivo il diritto dei minori a un'istruzione e un'educazione che permetta loro di costruirsi un «futuro aperto»¹¹.

2. *Il giudizio di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo: il progetto educativo della scuola vs. le convinzioni religiose dei genitori.* – Come detto in apertura, la vicenda vede protagonisti due coniugi di religione islamica aventi doppia nazionalità, svizzera e turca, genitori di tre bambine, due delle quali (di sette e nove anni) sono iscritte alla scuola primaria.

In base ai programmi scolastici vigenti nel Cantone di Basilea, almeno tre ore alla settimana sono dedicate alle attività sportive, tra le quali figurano corsi di nuoto obbligatori, misti fino al sesto anno di scuola (corrispondente all'incirca ai 12 anni degli alunni) e successivamente impartiti in gruppi separati. Una direttiva scolastica (*Note sul trattamento delle questioni religiose nella scuola*) precisa che, per venire incontro alle esigenze religiose delle famiglie, è prevista una dispensa dai corsi di ginnastica e di nuoto per le alunne, ma solo dopo il raggiungimento dell'età della pubertà.

¹¹ Cfr. J. FEINBERG, *The Child's Right to an Open Future*, in W. AIKEN - H. LAFOLLETTE (eds), *Whose Child?*, Totowa, 1980, pp. 124-53.

I due ricorrenti, descritti nella sentenza come «ferventi praticanti della religione musulmana», chiedono una dispensa per le loro figlie dai corsi di nuoto misti, facendo valere un motivo di ordine religioso. In realtà, essi ammettono che non vi sia alcuna prescrizione coranica che imponga di coprire il corpo femminile prima del raggiungimento della pubertà, tuttavia è loro convinzione che le due bambine debbano essere presto abituate ai precetti che saranno loro applicati nel volgere di pochi anni.

La scuola non ritiene vi siano i presupposti per la dispensa (accordata solo per motivi di salute), ma i coniugi, sostenendo la prevalenza dei propri diritti educativi, si rifiutano di far partecipare le figlie ai corsi di nuoto, nonostante vengano ripetutamente invitati dalla direttrice dell'Istituto e dal capo Dipartimento dell'Istruzione pubblica a tornare sulle proprie posizioni e a tentare di trovare un compromesso sulla base delle aperture concesse dalla scuola (tra queste, il fatto che sono garantiti spogliatoi separati e che sarebbe permesso alle bambine di seguire i corsi di nuoto indossando il burkini). In seguito al fallimento di questi tentativi, alla famiglia viene comminata una sanzione pecuniaria, come previsto in caso di mancato adempimento degli obblighi genitoriali e, al termine di una *querelle* giudiziaria, è il Tribunale Federale a porre fine alla vicenda, rigettando le pretese dei ricorrenti.

Ad avviso dei giudici svizzeri, il rifiuto delle autorità scolastiche di dispensare le due minorenni dai corsi di nuoto misti non viola la libertà di coscienza e di religione dei genitori.

Attesa, infatti, la presenza di correttivi appositamente individuati per venire incontro alle esigenze religiose delle famiglie e la facoltà di dispensa per le alunne più grandi, non si può per il resto accettare che l'adempimento degli obblighi scolastici sia disatteso dai genitori adducendo motivazioni di ordine religioso.

Il Tribunale rileva che sono proprio le finalità che quell'obbligo è diretto a conseguire a determinarne la necessaria prevalenza. La partecipazione dei bambini e delle bambine in età scolare ai corsi di nuoto non ha, infatti, l'unico intento di insegnare loro una pratica sportiva, quanto piuttosto quello di aiutare i minori a sviluppare le proprie capacità di relazione, con l'obiettivo di conseguire – nel

complesso più ampio di un curriculum scolastico disegnato a questi fini – l'effettiva integrazione sociale degli alunni, indipendentemente dalle loro origini, cultura o religione di appartenenza.

Alla formulazione di questo criterio il Tribunale federale svizzero è giunto in realtà in tempi recenti, sotto l'influenza di un consistente aumento della popolazione immigrata di religione musulmana (i dati citati nella sentenza indicano in circa 150.000 gli immigrati musulmani in Svizzera nel 1990 e in 800.000 quelli presenti nel 2008).

In proposito, la Corte europea ricorda che nel 1993 i giudici federali, in un analogo caso riguardante il rifiuto di partecipare ai corsi di nuoto misti, avevano riconosciuto la prevalenza delle convinzioni religiose dei genitori sul rispetto degli obblighi scolastici e persino sugli interessi del minore stesso, a patto che non fossero in gioco diritti superiori, come quello alla salute o all'uguaglianza tra uomini e donne.

Quindici anni più tardi, il Tribunale svizzero ribalta l'argomento, enfatizzando le finalità di socializzazione, di sicurezza e di uguaglianza legate alle pratiche sportive e affermando la necessità di insegnare ai minori (soprattutto stranieri) il rispetto per le tradizioni e i costumi locali, al fine di raggiungere un'effettiva integrazione sociale.

Di fronte a Strasburgo, i ricorrenti lamentano la violazione dell'art. 9 CEDU, considerando la libertà in materia educativa uno dei profili qualificanti del diritto alla libertà di pensiero, coscienza e religione. La cornice giuridica avrebbe richiesto un riferimento all'art. 2 del Primo Protocollo, che sancisce il dovere dello Stato di rispettare le convinzioni religiose delle famiglie in ambito educativo; un parametro che invece non può essere invocato, data la mancata adesione della Svizzera al Primo Protocollo.

A una prima lettura non sfugge la circostanza, qui già richiamata, per la quale la volontà dei due coniugi non poggia sul dettato coranico (che non prescriverebbe un divieto di questa natura a bambine ancora lontane dalla pubertà) quanto, piuttosto, su convinzioni personali, dando luogo ad un comportamento che esprime una visione individuale del credo religioso, indipendente dai dettami

posti dalla comunità di appartenenza. Ciononostante, la natura religiosa della domanda dei ricorrenti non è posta in dubbio dalla Corte, secondo un approccio in parte innovativo rispetto alla giurisprudenza più risalente ma che sembra ormai essersi consolidato. Un primo esempio di questa tendenza si rinviene nel celebre caso *Eweida and Others v. The United Kingdom*¹², nel quale veniva contestato il diritto di una dipendente della *British Airways* di mostrare una catenina con una croce cristiana sopra la divisa. Accogliendo nel merito il ricorso della signora, i giudici europei avevano sostenuto che fosse irrilevante il fatto che indossare un crocifisso non risponde ad una prescrizione obbligatoria per la fede cristiana; ciò che conta, invece, è il valore religioso soggettivo che il fedele attribuisce a quella data manifestazione del proprio credo.

In passato, la Corte di Strasburgo non aveva mostrato altrettanta attenzione a cogliere e valorizzare la natura intima e personale delle scelte religiose individuali, cosicché, ad esempio, aveva confermato la legittimità della decisione delle autorità giurisdizionali macedoni di rivolgersi ai leader religiosi locali per accertare se il comportamento contestato al ricorrente (un'assenza dal lavoro per motivi di culto) fosse imposto dalla comunità di appartenenza e rientrasse quindi nella protezione offerta dall'art. 9¹³.

L'orientamento espresso nel caso *Eweida* trova conferma nella sentenza *Osmanoğlu*, inaugurando un *pattern* che conduce i giudici di Strasburgo verso un *individual approach*¹⁴ attento alla dimensione soggettiva della religione, vissuta sempre più frequentemente come

¹² V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Eweida and Others v. The United Kingdom*, sentenza del 15 gennaio 2013, ricorso n. 48420/10 *et alii*.

¹³ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Kosteski v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, sentenza del 13 aprile 2006, ricorso n. 55170/0013. Per un commento alla decisione si rinvia a S. ANGELETTI, *Kosteski c. Ex Repubblica Yugoslava di Macedonia: spunti di riflessione sulla religiosità individuale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in R. COPPOLA - C. VENTRELLA (a cura di), *Laicità e dimensione pubblica del fattore religioso. Stato attuale e prospettive*, Bari, 2012, pp. 495-503.

¹⁴ Cfr. M.D. EVANS, *Freedom of Religion and the European Convention on Human Rights: Approaches, Trends and Tensions*, in P. CANE - C. EVANS - Z. ROBINSON (eds.), *Law and Religion in Theoretical and Historical Context*, Cambridge, 2008, pp. 291-315.

elemento di scelta identitaria, che contribuisce al pari di altri a costruire la personalità individuale. Un processo, questo, che si articola secondo percorsi mutevoli, in un continuo riorientarsi tra diverse credenze e forme di spiritualità, che meritano di essere valutate al pari di convinzioni tradizionali e comunitarie.

Riconoscendo quindi la sussistenza di un'ingerenza nell'esercizio delle libertà convenzionali dei ricorrenti, i giudici evidenziano nondimeno che le autorità scolastiche hanno agito allo scopo di proteggere i diritti, le libertà altrui e l'ordine pubblico, rispettando i criteri di proporzionalità e di necessità della misura intrapresa. L'autonomia delle istituzioni scolastiche, afferma la Corte, atteso il carattere necessario per la formazione delle giovani generazioni, non può essere intesa unicamente sul piano organizzativo ma deve estendersi agli aspetti pedagogici e dunque ai programmi scolastici. La libertà dei genitori di educare i figli secondo le proprie convinzioni non contempla un diritto «a non essere esposti a convinzioni contrarie alle proprie»¹⁵ e non può risolversi nella pretesa che la scuola elabori un programma educativo «ritagliato» intorno alle esigenze delle singole famiglie, con l'effetto di vanificare, di fatto, l'offerta formativa e di frammentare l'esperienza scolastica degli alunni.

Aderendo alla posizione del governo, i giudici europei sostengono che la tutela del progetto educativo scolastico appare tanto più necessaria quando si considera che l'obiettivo perseguito dalla scuola, anche attraverso le attività sportive, è quello di rafforzare l'integrazione degli alunni (soprattutto di quelli stranieri), il rispetto degli obblighi scolastici e la parità tra i sessi, con l'intento di evitare ogni forma di esclusione sociale.

Infine, la messa in atto di alcuni accorgimenti (l'uso del burkini e gli spogliatoi separati) e l'esiguità della sanzione pecuniaria confermano, ad avviso della Corte, che il margine di apprezzamento non è stato superato e che l'obiettivo dell'integrazione delle bambine deve prevalere in questo caso sulle ragioni religiose dei loro genitori.

¹⁵ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Appel - Irrgang v. Germany*, decisione del 6 ottobre 2009, ricorso n. 45216/076.

3. *Tra diritti della famiglia e autonomia delle istituzioni scolastiche, quale spazio per il best interests of the child?* – Ogni *policy* in materia di istruzione e di educazione delle giovani generazioni richiede un necessario bilanciamento tra gli interessi coinvolti e la ponderazione delle responsabilità della famiglia e delle istituzioni pubbliche. Non di rado, il conflitto tra questi soggetti pone in secondo piano gli interessi del minore – principale destinatario di ogni politica educativa – marginalizzandoli a fronte di una competizione di obiettivi e valori non strettamente attinenti agli scopi che l'istruzione è chiamata ad assicurare¹⁶.

Occorre dunque ripartire proprio dal minore, ricordando come sia portatore di autonomi diritti di educazione e di libertà religiosa, che esercita in armonia con il naturale processo evolutivo e per i quali il diritto internazionale ha approntato un insieme di idonee garanzie.

Il valore di questo articolato sistema risiede proprio nel suo farsi carico dell'intreccio di relazioni che caratterizzano la vita del fanciullo, individuando nel *best interests of the child* (art. 3 CRC) il punto di riferimento valoriale e il parametro interpretativo di un complesso normativo che mira a risolvere le possibili tensioni tra i soggetti coinvolti, pur senza nascondere i limiti e le ambiguità che circondano tale concetto¹⁷.

Porre l'accento sull'autonomia di scelta del minore non significa, certamente, sottovalutare l'importanza del contesto familiare né sottacere come, nel suo essere un soggetto in formazione, il bambino non possa dirsi pienamente autonomo; al contrario, si tratta di accogliere una prospettiva capace di valorizzare la relazione aperta

¹⁶ Cfr. M. ALBERTSON FINEMAN, *Taking Children's Interests Seriously*, in M. ALBERTSON FINEMAN – K. WORTHINGTON, *What is Right for Children?*, London-New York, 2009, pp. 229-237.

¹⁷ Sul principio del *best interests of the child, ex multis*, M. FREEMAN, *Art. 3 The Best Interests of the Child. A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Boston, 2007; C. FOCARELLI, *La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di best interests of the child*, in *Riv. dir. int.*, n. 4, 2010, pp. 981-991; M. FREEMAN, *Is the best interests of the child in the best interests of children?*, in *Int. J. Law, Pol. Fam.*, n. 11, 1997, pp. 360-388; L. LENTI, *Best interests of the child o best interests of children?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 3, 2010, pp. 157-165.

e dinamica che si instaura tra genitori-figli, in cui ai primi è riconosciuto un ruolo di primo piano nella trasmissione di un modello educativo conforme ai convincimenti morali e religiosi della famiglia.

È questo, del resto, il significato delle numerose disposizioni che richiedono agli Stati di rispettare le prerogative genitoriali, a partire dal già richiamato art. 2 del Primo Protocollo CEDU, che costituisce *lex specialis* rispetto all'art. 9 della Convenzione e che nasce con l'intento precipuo di impedire il ritorno a quelle forme di indottrinamento di Stato che tanto pesantemente avevano inciso sulla formazione degli alunni durante il periodo prebellico dei regimi autoritari.

Sancendo che lo Stato, nell'esercizio delle funzioni che assume nel campo dell'insegnamento, deve rispettare il diritto dei genitori a che l'educazione sia conforme alle proprie convinzioni religiose e filosofiche, la Convenzione europea mira ad affermare il principio della priorità della famiglia nel campo dei diritti educativi¹⁸.

Priorità, d'altro canto, non equivale ad isolamento o assenza di controlli e di coinvolgimento delle pubbliche istituzioni, chiamate, al contrario, a collaborare con le famiglie nell'interesse dei minori, come sancisce la Carta sociale europea, il cui art. 17 indica, nell'«effettivo esercizio del diritto di crescere in un ambiente favorevole» allo sviluppo della personalità e delle attitudini fisiche e mentali dei bambini e degli adolescenti, l'obiettivo per il quale gli Stati si impegnano, anche in collaborazione con altri soggetti pubblici e privati, a garantire le cure, l'assistenza, l'istruzione e la formazione di cui i minori hanno bisogno, «in considerazione dei diritti e dei doveri dei genitori»¹⁹.

È quindi la finalità del migliore interesse del minore a giustificare il fatto che le prerogative genitoriali siano affiancate e, in

¹⁸ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea recepisce questo principio ancorandolo però alle «leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio» (art. 14, par. 3). Attraverso due disposizioni di analogo contenuto, anche il Patto internazionale ONU sui diritti civili e politici (art. 18) e il Patto internazionale ONU sui diritti economici, sociali e culturali (art. 13), impegnano gli Stati contraenti a rispettare il diritto dei genitori di provvedere all'educazione religiosa e morale dei figli in conformità alle proprie convinzioni

¹⁹ V. Carta sociale europea, Strasburgo, 1996, www.rm.coe.int.

una certa misura, bilanciate da altrettante garanzie di autonomia delle politiche educative scolastiche.

Che le istituzioni pubbliche nutrano un proprio interesse a conservare e a far valere (anche in competizione con la famiglia) un ruolo di supervisione nel settore educativo è un ulteriore aspetto che merita attenzione. L'istruzione pubblica obbligatoria tende a rispondere ad alcuni obiettivi di carattere sociale, tra i quali figura quello di far crescere cittadini adeguatamente formati e istruiti al senso civico per mandare avanti la società e il lavoro, capaci di vivere relazioni sociali e familiari sane ed equilibrate come anche, non da ultimo, quello di permettere ai bambini e ai ragazzi di sviluppare senso critico e capacità di giudizio²⁰.

Queste finalità trovano conferma nelle parole dei giudici europei nella sentenza in esame, laddove affermano che lo Stato gode di un legittimo interesse a promuovere, attraverso i progetti educativi scolastici, quell'insieme di principi e valori che informano di sé le regole basilari della convivenza sociale, sanciti nel dettato costituzionale e negli impegni assunti in ambito internazionale a tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali.

In linea con quanto affermato dal governo svizzero e avvalorato dalla Corte, infatti, entro la cornice giuridica internazionale istruzione ed educazione sono concepite come strumenti per orientare i giovani al rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali, nonché alla scoperta e valorizzazione delle proprie radici e dei valori nazionali, intendendo per tali sia quelli del luogo in cui essi risiedono sia quelli dei Paesi di provenienza o di altre civiltà²¹, evitando che la conoscenza del Paese ospite si traduca in un sottile processo di assimilazione culturale.

I valori della mutua comprensione e del rispetto dei diritti fondamentali come fini dell'educazione sono ben compendati nella formula dell'art. 13 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali: «[...] education shall enable all persons to

²⁰ Cfr. M. ALBERTSON FINEMAN, *Taking Children's Interests Seriously*, in ALBERTSON FINEMAN - WORTHINGTON, *What is Right for Children?*, cit., pp. 229-237.

²¹ V. Convenzione sui diritti del fanciullo, art. 29, par. 1.

participate effectively in a free society, promote understanding, tolerance and friendship among all nations and all racial, ethnic or religious groups, and further the activities of the United Nations for the maintenance of peace» (par. 1)²².

L'educazione delle nuove generazioni al pluralismo riveste un'importanza centrale ai fini della costruzione di una società aperta e tollerante, obiettivo intorno al quale è incentrata gran parte dell'azione europea in materia di libertà fondamentali²³. La Corte di Strasburgo ha affermato in più di un'occasione come l'apertura al pluralismo permetta al minore di sviluppare tutte le sue potenzialità e costruirsi un futuro aperto. In assenza di una specifica disposizione a tutela del superiore interesse del minore nella CEDU, i giudici europei hanno interpretato il rispetto della vita privata e familiare (art. 8) nel senso di ritenere che dalla sua tutela derivino obblighi positivi che incombono sullo Stato a favore del minore²⁴, situando così la propria giurisprudenza nell'alveo degli standard internazionali²⁵.

Il riferimento diretto alla Convenzione ONU del 1989 ha consentito, da un lato, di superare le debolezze derivanti dalla mancanza nella Convenzione di disposizioni specifiche, dall'altro di fare di quest'ultima uno strumento «vivente»²⁶, offrendone un'interpretazione evolutiva pur mantenendo il consueto approccio,

²² V. Convenzione sui diritti del fanciullo, art. 29, par. 1; Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, art. 26, par. 2.

²³ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Handyside v. The United Kingdom*, sentenza del 7 dicembre 1976, ricorso n. 5493/727.

²⁴ Cfr. U. KILKELLY, *Effective Protection of Children's Rights in Family Cases: An International Approach*, in *Transnat. Law Contemp. Probl.*, n. 12, 2002, pp. 335-354; E. LAMARQUE, *I diritti dei figli*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007, pp. 283-317. V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Marckx v. Belgium*, sentenza del 13 giugno 1979, ricorso n. 6833/1974.

²⁵ Cfr. U. KILKELLY, *The Best of Both Worlds for Children's Rights? Interpreting the European Convention on Human Rights in the Light of the UN Convention on the Rights of the Child*, in *Hum. Rights Quart.*, n. 23, 2001, pp. 308-326; ID., *The impact of the Convention on the case-law of the European Court of Human Rights*, in D. FOTTRELL (ed), *Revisiting Children's Rights*, The Hague-Boston, pp. 87-100.

²⁶ In questo senso, KILKELLY, *The Best of Both Worlds for Children's Rights?*, cit., pp. 308-326.

che cerca – attraverso il ricorso al principio di proporzionalità – di bilanciare gli interessi della collettività con la protezione dei diritti umani fondamentali²⁷.

La priorità assegnata alla qualità dell'istruzione e all'importanza dell'interazione con i coetanei è al centro degli argomenti con i quali i giudici di Strasburgo hanno ritenuto lesivo per i minori il ricorso all'*homeschooling*²⁸ mentre in altri casi è l'interesse della scuola ad essere recessivo di fronte alle scelte educative della famiglia. Questo accade, ad esempio, quando sia impartito un insegnamento religioso modellato sulla confessione prevalente, tale da non risultare imparziale né neutrale e dunque non rispettoso delle convinzioni dei genitori e delle minoranze religiose²⁹.

In tali casi, ritenendo l'interesse del minore implicitamente compendiato in quello della famiglia a portare avanti il proprio progetto educativo, i giudici europei invitano le istituzioni scolastiche a consentire forme di dispensa dall'insegnamento per motivi di coscienza o a rivedere in modo sostanziale i programmi di insegnamento³⁰.

²⁷ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Soering v. The United Kingdom*, sentenza del 7 luglio 1989, ricorso n. 14038/88.

²⁸ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Konrad and Others v. Germany*, decisione dell'11 settembre 2006, ricorso n. 35504/0311. V. Commissione europea dei diritti dell'uomo, *B.N. and S. N. v. Sweden*, decisione del 30 giugno 1993, ricorso n. 17678/91; *Leuffen v. Germany*, decisione del 9 luglio 1992, ricorso n. 19844/92.

²⁹ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Folgerø and Others v. Norway*, sentenza del 29 giugno 2007, ricorso n. 15472/02. Cfr. C. EVANS, *Religious Education in Public Schools: an International Human Rights Perspective*, in *Hum. Rights Law Rev.*, n. 8, 2008, pp. 449-473; S. FERRARI, *L'enseignement des religions en Europe. Un aperçu juridique*, in J.P. WILLAIME (ed.), *Des Maitres et des Dieux. Ecoles et Religions en Europe*, Berlin-Paris, 2005, pp. 31-39.

³⁰ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Folgerø and Others v. Norway*, cit.; *Zengin v. Turkey*, sentenza del 9 ottobre 2007, ricorso n. 15472/02. Più ampie considerazioni sul punto sono già state svolte in S. ANGELETTI, *Autonomia dell'istruzione pubblica, insegnamenti religiosi non confessionali e libertà educativa 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.

Al contrario, una volta accertato che gli insegnamenti sono svolti con metodo critico, imparziale e obiettivo, i giudici non hanno ravvisato la necessità di prevedere un esonero totale, pur se motivato dalle convinzioni religiose e morali dei genitori³¹, a riprova del fatto che le autorità scolastiche hanno, in linea di principio, il diritto di formulare ed applicare i propri progetti educativi in base a criteri pedagogici e scientifici³².

Si conferma, potremmo dire, un'idea sostanziale di educazione, ovvero, come suggerisce il Comitato per i diritti del fanciullo, in grado di andare oltre la semplice scolarizzazione per abbracciare processi di apprendimento che rendano capaci i giovani di sviluppare le proprie personalità, abilità e talenti per vivere un'esistenza soddisfacente all'interno della società³³.

In questa direzione può essere valutata positivamente la sentenza *Osmanoğlu*, nella misura in cui fa emergere la centralità dell'educazione per lo sviluppo della persona e come strumento per costruire una società rispettosa dei diritti umani e dell'inclusione sociale³⁴, e nei limiti in cui queste siano le finalità cui tende la partecipazione delle bambine a tutte le attività della scuola e non quella, non altrettanto condivisibile, di provare a cancellare le tracce

³¹ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, sentenza del 7 dicembre 1976, ricorsi nn. 5095/71, 5920/72, 5926/72; *Jimenez Alonso and Jimenez Merino v. Spain*, decisione del 25 maggio 2000, ricorso n. 51188/99; *Dojan v. Germany*, decisione del 13 settembre 2011, ricorso n. 319/08.

³² V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Lautsi v. Italy*, sentenza del 18 marzo 2011, ricorso n. 30814/06.

³³ «[...] far beyond formal schooling to embrace the broad range of life experiences and learning processes which enable children, individually and collectively, to develop their personalities, talents and abilities and to live a full and satisfying life within society» (COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, General Comment No. 1 (2001), *Article 29(1): The Aims of Education*, CRC/GC/2001/1, 17 April 2001).

³⁴Cfr. L.A. BASSER - M. JONES, *Fostering Inclusive Societal Values through Law*, in FREEMAN (ed), *Children's Rights: Progress and Perspectives*, cit., pp. 218-252.

di un diverso modello educativo, religiosamente orientato³⁵. La partecipazione, nei limiti del possibile, a tutte le attività formative offerte dalla scuola, in un clima di apertura e di condivisione, deve mirare a realizzare l'obiettivo di preparare il bambino «for responsible life in a free society, in the spirit of understanding, peace, tolerance, equality of sexes, and friendship among all peoples, ethnic, national and religious groups and persons of indigenous origin»³⁶.

Ancora, un'effettiva integrazione non può prescindere dall'ascolto diretto del minore, anche questo «pilastro» che sostiene tutto l'impianto convenzionale del 1989. Nel caso di specie, ad esempio, sembra sia mancata la fase dell'ascolto, laddove è molto probabile invece che bambine di sette e nove anni sarebbero state in grado di esprimere le proprie preferenze e indicare il desiderio di prendere parte o meno ai corsi di nuoto con i loro coetanei.

Rendere il momento educativo quanto più possibile partecipato e condiviso con i ragazzi (ovviamente con il dovuto riguardo per l'età e la maturità raggiunte), significa per le istituzioni prevedere l'ascolto dei minori e delle loro famiglie nelle fasi di elaborazione dei curricula scolastici e delle politiche di istituto, in modo da dare il giusto peso alle opinioni degli studenti, come ricorda il Comitato³⁷.

Infine, dalla sentenza in esame ci sembra si possa trarre qualche utile considerazione intorno ad un altro aspetto fondamentale, che potremmo definire con l'espressione di *equal life chances*.

È essenziale, infatti, che l'accesso all'educazione avvenga in condizioni di eguaglianza: non a caso la Dichiarazione di Punta del Este *On Human Dignity for Everyone Everywhere*, siglata nel dicembre 2018, a settanta anni dalla Dichiarazione universale dei diritti umani, collega l'eguaglianza di accesso all'educazione addirittura al principio fondamentale del rispetto della dignità umana³⁸. Avendo presenti gli obiettivi dell'eguaglianza,

³⁵ Cfr. G. PUPPINCK, *The Rights of Parents against the State*. Speech at the ECHR, 28 aprile 2017, in <https://eclj.org>.

³⁶ V. Convenzione sui diritti del fanciullo, art. 29, par. 1, lett. d).

³⁷ V. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, General Comment No. 12 (2009), *The Right of the Child to be Heard*, CRC/C/GC/12, 20 July 2009.

³⁸ V. *Punta del Este Declaration on Human Dignity for Everyone Everywhere*, 2018, www.dignityforeveryone.org.

dell'integrazione e dell'inclusione sociale, ogni situazione di discriminazione all'interno della scuola deve essere accuratamente evitata e combattuta³⁹.

Adottare misure contro le disuguaglianze può significare, ove necessario, accettare il corrispondente sacrificio di un diritto fondamentale come quello dei genitori alla libertà religiosa. È indubbio che le famiglie abbiano il diritto di trasmettere ai propri figli, con l'esempio e con le parole, i valori in cui credono, ma le loro scelte non dovrebbero potersi tradurre in una perdita di chances per i figli, il cui (superiore) interesse deve tenere insieme l'educazione familiare e la garanzia di un futuro aperto: «it is the principle of equal life chances that has real weight»⁴⁰.

L'uguaglianza è forse il valore ultimo che è in gioco nel caso *Osmanoğlu*.

Un eventuale accoglimento della richiesta di dispensa dal nuoto avrebbe comportato una penalizzazione per le bambine rispetto ai loro coetanei maschi. Certamente non siamo in presenza di un insegnamento fondamentale e la cui mancanza sia in grado, da sola, di determinare le sorti dell'educazione delle minori coinvolte. Cionondimeno, la scarsa incidenza del corso in questione sul progetto educativo complessivo non esclude che la questione meriti di essere osservata in via di principio e per il carattere di precedente che può assumere.

Ben oltre, infatti, la questione dell'attività fisica prescelta (che ovviamente, come assicurano i genitori, potrebbe essere svolta anche in corsi privati per sole donne), ciò che viene in rilievo è la possibilità di sviluppare le capacità di interazione in ambiente misto e soprattutto di garantire quell'uniformità di condizioni di partenza che può dirsi concretamente negata quando un curriculum scolastico non sia in linea con il principio dell'uguaglianza di genere o allorché vengano

³⁹ V. Convenzione sui diritti del fanciullo, art. 2; Patto internazionale sui diritti civili e politici, art. 26.

⁴⁰ Cfr. D. W. ARCHARD, *Children, Family and the State*, Aldershot, 2003, p. 113.

Silvia Angeletti

proposte soluzioni che nella sostanza limitano la possibilità per le bambine di beneficiare di tutte le opportunità offerte dalla scuola⁴¹.

Quando queste situazioni si verificano, infatti, si vanifica l'opera di inclusione sociale che le istituzioni scolastiche sono chiamate a edificare, non da ultimo, sull'uguaglianza e la pari dignità di uomini e donne.

⁴¹ V. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, General Comment No. 1 (2001), *Article 29(1): The Aims of Education*, cit., par. 10.

Famiglie, filiazione e diritti

ANDREA SASSI*

PARENTELA E DEVOLUZIONI EREDITARIE NEL NUOVO DIRITTO FILIALE

SOMMARIO: 1. Genitorialità, parentela e «individualismo dello *status*». – 2. *Status* e diritti fondamentali. – 3. Successione *mortis causa* e rapporto filiale. – 4. Successione legale e principio di equiparazione dei figli. – 5. Parentela e tipologie di filiazione. – 6. Parentela collaterale e consanguineità. – 7. Accertamento indiretto e assegno di mantenimento. – 8. Azione per il mantenimento.

1. *Genitorialità, parentela e «individualismo dello status»*. – Il concetto di rapporto filiale e, di conseguenza, quella di titolo costitutivo di esso hanno subito in questi ultimi decenni significativi cambiamenti, che incidono fortemente sulla nozione stessa di stato giuridico di figlio¹. Questo, infatti, non si fonda più sull'appartenenza a un gruppo sociale in quanto tale, ma è conseguenza dell'accertamento del legame (di regola di natura biologica) che unisce il nato ad uno o più soggetti.

Detto legame può essere immediato o mediato: il primo si instaura verso il genitore a seguito dell'accertamento della discendenza diretta o del riconoscimento della genitorialità affettiva nei casi previsti dalla legge; il secondo è conseguenza di quello accertato verso il genitore e, quindi, del legame giuridicamente rilevante già esistente tra il genitore stesso e altro soggetto, che a sua volta diviene titolare del rapporto con il nato, rapporto che si qualifica come parentela derivante da ascendenza o collateralità. In nessuno dei due casi la titolarità discende dall'appartenenza a un gruppo e anzi prescinde da questa, che è conseguenza dell'accertamento e non viceversa.

* Professore ordinario di Istituzioni di diritto privato, Università di Perugia.

¹ Si rinvia a A. SASSI - F. SCAGLIONE - S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, 2^a ed., Torino, 2018, spec. pp. 3 ss., 67 ss. e 701 ss.

La prospettiva, quindi, si è completamente rovesciata rispetto a quella che per secoli ha costituito il fondamento dei rapporti familiari, in cui era proprio l'appartenenza al gruppo ad attribuire legittimazione al singolo individuo². Essa derivava dall'applicazione dei principi del diritto romano, che aveva conservato l'idea precivica di *familia* come microrganismo dotato di proprie regole e soggetto al potere assoluto del capostipite (*pater familias*): in quest'ottica la legittimazione avveniva proprio per la partecipazione alla *familia*, che poteva derivare da legami di sangue (*cognatio*) ovvero dall'accrescersi alla comunità di altri membri liberi (*agnatio*)³. E, certamente, anche il

² Cfr. F.D. BUSNELLI, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2009, spec. p. 288; V. RIZZO, *La famiglia nella Costituzione e nel codice civile italiano*, in R. HERRERA CAMPOS - M.A. BARRIENTOS RUIZ (a cura di), *Familia y Derecho en el Siglo XXI*, Almería, I, 2011, p. 397 ss. Tanto che la dottrina parla assai efficacemente di «famiglia dei figli»: L. ROSSI CARLEO, *La famiglia dei figli*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1262 ss.; cfr. altresì A. BERNARDINI DE PACE, *La navigazione della legge 219/2012 tra scogli e nuovi orizzonti*, in R. CIPPITANI - S. STEFANELLI (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione*, Roma-Perugia-México, 2013, p. 37, che parla di «ridefinizione» della famiglia a seguito delle modifiche introdotte, con riferimento alla parentela.

³ Sul punto cfr. G. FRANCIOSI, *Clan gentilizio e strutture monogamiche. Contributo alla storia della famiglia romana*, 6^a ed., Napoli, 1999, su cui l'analisi di A. TRISCIUOGGIO, *Recensione a G. Franciosi, Clan gentilizio e strutture monogamiche*, *Jovene, Napoli, 1999* (6^a ed.), in *Arch. giur. Serafini*, 2000, p. 651 ss.; più di recente e in maniera specifica, C.F. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, *Origen de los poderes del paterfamilias. El paterfamilias y la patria potestas*, Madrid, 2009, p. 25 ss., spec. pp. 36 ss. e 43 ss.; e, anche con riferimento alla posizione dell'*uxor in manu*, C. FAYER, *La familia romana. Aspetti giuridici e antiquari*, I, Roma, 1994, pp. 201 ss. e 413 ss. La *potestas* del *paterfamilias* arrivava sino allo *ius vitae ac necis* e al potere di compravendita dei figli (tramite *mancipatio*), che, sebbene considerato a partire dal diritto classico inefficace (in quanto avente ad «oggetto» uomini liberi) continuava ad essere utilizzata nella prassi: C. LORENZI, *Si quis a sanguine infantem... comparaverit. Sul commercio di figli nel tardo impero*, Roma-Perugia, 2003, p. 13 ss.; sui contenuti della *potestas*, con una sintesi assai efficace, A. GUARINO, *Diritto privato romano*, 2^a ed., Napoli, 1963, p. 302 s.; più specificamente, J.P. NÉRAUDAU, *Il bambino nella cultura romana*, in E. BECCHI - D. JULIA (a cura di), *Storia dell'infanzia*, I, Roma-Bari, 1996, p. 30 ss. Un'approfondita analisi ricostruttiva si rinviene in A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, 2^a ed., Milano, 2013, p. 511 ss.

modello preso a riferimento dal legislatore costituente negli artt. 29 e 30 risente di questa impostazione, che si traduce nella legittimazione attribuita dall'appartenenza alla famiglia, quale società naturale (cioè costituita sull'unione affettivo-procreativa di persone di sesso diverso⁴) fondata sul matrimonio: famiglia, appunto, legittima.

Tuttavia, l'evoluzione della normativa civilistica ha portato al superamento di un tale modello, volgendo sempre di più verso quello che abbiamo definito come «individualismo dello *status*»⁵.

⁴ Per un ampio quadro del dibattito in seno alla costituente, visto in chiave critica con riferimento al pensiero storico-filosofico sulla comunità familiare, A. PALAZZO, *Omoaffettività e jus in Italia e in Europa*, in *Diritto e processo. Annuario giuridico dell'Università degli Studi di Perugia*, 2014, p. 51 ss. (consultabile anche in *rivistadirittoeprocesso.eu*). Sull'evoluzione della cultura giuridica sul concetto di «famiglia» cfr. anche ID., *Famiglia e paidocentrismo tra carta dei diritti fondamentali e ordinamenti civili*, in A. PALAZZO - A. PIERETTI (a cura di), *Incontri assisani nell'attesa di Benedetto XVI*, Roma-Perugia, 2011, p. 73 s.; A. PALAZZO, *Eros e Jus*, Milano-Udine, 2015, spec. p. 12 ss.

⁵ Cfr. SASSI - SCAGLIONE - STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. p. 41 ss. Cfr., di recente, F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2002, p. 509 ss.; G. DALLA TORRE, *Famiglia senza identità?*, in *Iustitia*, I, 2012, p. 129, secondo il quale «sembra esservi una tendenza sempre più forte al superamento del matrimonio come luogo costitutivo degli *status*»; cfr. anche M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 233; F. RUSCELLO, *La famiglia nella società contemporanea*, in *Vita notarile*, 2015, p. 95 ss.; e con uno sguardo anche ad altre realtà, C. CLERC, *Los nuevos vínculos familiares y su codificación jurídica. Las nuevas maternidades y paternidades*, in *Jus civile*, 2015, p. 368 s. In chiave storica, ma con uno sguardo anche ai rapporti familiari, G. ALESSI, *Il soggetto e l'ordine. Percorsi dell'individualismo nell'Europa moderna*, Torino, 2006, pp. 31 ss. e 85 ss. La dottrina più avveduta ha da ultimo evidenziato i rischi della tendenza a individualizzare lo *status* e la necessità di uscire da una logica di contrapposizione degli interessi familiari per accedere a un «equilibrio delle libertà», dove il concetto di *status* va inteso quale formula comprensiva di diritti e doveri reciproci e coesenziali (C. MAZZÙ, *La logica inclusiva dell'interesse legittimo nel rapporto tra autonomia e sussidiarietà*, Torino, 2014, p. 248). Ma la strada è tracciata: reciprocità e coesenzialità sussistono nei rapporti interpersonali tra i componenti della famiglia e non verso il gruppo sociale di appartenenza; cfr. già PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 257, che parla di astrattezza del rapporto organico tra il membro e il gruppo, se non si ha riguardo ai rapporti organici tra i membri; e P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3^a ed., Napoli, 2006, pp. 669 e 919 ss., secondo il quale è la famiglia ad essere funzionale

Nel suo impianto originario, la legislazione civilistica era infatti volta quasi esclusivamente alla salvaguardia dell'unità della famiglia legittima⁶, ed orientata, in ultima analisi, alla tutela del patrimonio

alla realizzazione delle esigenze individuali e non viceversa. Per una rimeditazione del concetto di *status* anche nell'ambito delle relazioni familiari, C. MAZZÙ, *Riflessioni sullo status tra passato e futuro*, in *Riv. notariato*, 2009, p. 1135 ss.; S. STEFANELLI, *Status e modelli procreativi nel sistema attuale*, in CIPPITANI - STEFANELLI (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione*, cit., p. 51 ss.; in prospettiva europea, R. CIPPITANI, *Riforma dello status e fonti comunitarie*, *ivi*, p. 119 ss.; V. COLCELLI, *Status di minore e status individuali nell'Unione Europea*, *ivi*, p. 153 ss.; più in generale, sul concetto di *status* in chiave attuale, di recente, G. ALPA, *Status*, in M. ÁLVAREZ LEDESMA - R. CIPPITANI (coords.), *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*, Roma-Perugia-México, 2013, p. 649 ss.; V. COLCELLI, *Relevance of individual status on the European process of integration*, in R. ARNOLD - V. COLCELLI (eds.), *Europeanization through Private Law Instruments*, Regensburg, 2015, p. 53 ss.

⁶ Su cui P. PERLINGIERI, *Riflessioni sull'«unità della famiglia»*, in ID. (a cura di), *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982, p. 7 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 929 ss. La preminenza dell'interesse dei figli, anche se nati fuori del matrimonio, sulle esigenze della famiglia legittima era già sottolineata da Gioacchino Scaduto ancor prima dell'emanazione della Carta costituzionale: cfr. G. SCADUTO, *Note sul regolamento della filiazione naturale secondo il progetto del Libro I del cod. civ.*, in *Annali dell'Istituto di scienze giuridiche, economiche e sociali della Regia Università di Messina*, V, A.A. 1930-1931, p. 5 ss., ora in ID., *Diritto civile* a cura di A. PALAZZO, Roma-Perugia, 2002, p. 759 ss.; e, successivamente, ID., *Filiazione naturale, famiglia legittima e adozione*, in *Iustitia*, 1965, p. 43 ss., ora in ID., *Diritto civile*, cit., p. 777 ss. La crisi dell'unità familiare è da tempo sottolineata dalla dottrina che si occupa di pedagogia dell'educazione, che parla di «famiglia frammentata» o di «famiglia segmentata», significando la tendenza ad armonizzare sempre meno ciò che rappresenta il bene personale di ciascun individuo con il bene comune: cfr. G. MOLLO, *L'etica nella famiglia*, in *La famiglia. Bimestrale di problemi familiari*, n. 186, 1997, p. 7 ss. Del resto, anche il legislatore è sempre più orientato a considerare il nucleo familiare come insieme di interessi interpersonali, indice del rilievo giusprivatistico della famiglia. Ciò è testimoniato anche dagli ultimi interventi in tema di scioglimento volontario del vincolo e/o del rapporto matrimoniale, sempre più orientati ad attribuire rilievo eminentemente privatistico alla dissolubilità, precedentemente sottoposta esclusivamente al controllo giurisdizionale: cfr. i recenti interventi in tema di degiurisdizionalizzazione e di c.d. divorzio breve, di cui ai d.l. 12 settembre 2014, n. 132, conv. con mod. in l. 10 novembre 2014, n. 162 (su cui, anche con uno sguardo alle situazioni familiari, G. FREZZA, «Degiurisdizionalizzazione», *negoiazione assistita e trascrizione*, in

familiare: in tale contesto trovavano giustificazione, ad esempio, i divieti e le limitazioni al disconoscimento di paternità (v. l'abrogato art. 235 c.c.) o al riconoscimento della prole (v. l'art. 274 c.c., dichiarato incostituzionale e il divieto assoluto di riconoscimento del figlio incestuoso di cui all'art. 251 c.c., testo previgente⁷), o ancora, sotto il profilo squisitamente patrimoniale, la disciplina limitativa della successione per i figli nati fuori del matrimonio (v. nel c.c. artt.

Nuove leggi civ. comm., 2015, p. 18 ss.; più in generale, sulle questioni da essa derivanti, S. DELLE MONACHE, *Profili civilistici della «negoziante assistita»*, in *Giust. civ.*, II, 2015, p. 105 ss.), e l. 6 maggio 2015, n. 55 (per un approfondimento sistematico, S. STEFANELLI, *Profili civilistici del divorzio breve*, in A. DIDONE (a cura di), *Le riforme del processo civile*, Milano, 2015, p. 1299 ss.).

⁷ Riguardo all'art. 274 c.c., v. Corte cost., 10 febbraio 2006, n. 50, in *Giur. it.*, 2006, p. 2242; in *Foro it.*, I, 2006, p. 966; in *Notariato*, 2006, p. 250; in *Fam. e dir.*, 2006, p. 237, con nota di M. SESTA, *L'incostituzionalità dell'art. 274 c.c.: è ancora possibile la delibazione dell'interesse del minore*; in *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 403, con nota di G.F. BASINI, *La morte del Minotauro: la Consulta dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 274 c.c.*; in *Corr. giur.*, 2006, p. 497, con nota di V. CARBONE, *Paternità naturale: incostituzionale la fase preliminare del giudizio*; in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 503, con nota di A. D'ALESSIO, *Quali prospettive per il giudizio di riconoscimento della paternità e maternità dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 50/2006?*; in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2007, p. 172, con nota di A. ASTONE, *La declaratoria di incostituzionalità dell'art. 274 c.c.: solo l'interesse del minore può impedire la ricerca della paternità biologica*. In merito al novellato art. 251 c.c., la possibilità per il figlio parentale di essere destinatario di riconoscimento diretto della filiazione o di accedere allo stesso nel suo interesse rappresenta la prova assoluta del superamento dello *status* come appartenenza al gruppo e dell'accoglimento di una concezione individualistica: con la costituzione in maniera diretta dello stato verso i genitori biologici, uniti da vincolo di parentela o affinità, l'interesse della famiglia o delle famiglie originarie alla loro unità soccombe totalmente, essendo considerato giustamente preminente quello individuale del figlio alla genitorialità o bigenitorialità, rovesciando la prospettiva che per secoli ha costituito il fondamento del divieto di riconoscimento, prospettiva accolta anche dal legislatore del 1942: cfr. F. TREGGIARI, «Ex nefario coitu natus»: *breve retrospettiva della condizione giuridica del figlio incestuoso*, in CIPPITANI - STEFANELLI (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione*, cit., p. 205 ss., spec. p. 215 ss.; sugli aspetti medici, F. SANTEUSANIO, *Incesto e malattie ereditarie: è possibile individuarle e gestirle?*, *ivi*, p. 197 ss.

537, co. 3, ora abrogato, 566, precedente formulazione, 578 e 579, ora abrogati, 592, dichiarato costituzionalmente illegittimo⁸).

Viceversa, oggi si è passati ad attribuire valenza allo stato di figlio in quanto tale, sia verso il genitore che verso i parenti⁹. In altri termini, il vincolo da uno stesso stipite di cui all'art. 74 c.c. deriva soltanto dal compiuto accertamento della discendenza dei singoli individui, senza che assuma rilevanza l'esistenza del matrimonio e, quindi, la presenza di una famiglia legittima. È, dunque, soltanto l'accertamento di *status* ad attribuire la titolarità del rapporto e, in quest'ottica, è pienamente coerente l'attuazione del principio di parificazione dei figli e l'abrogazione dell'istituto della legittimazione, operate con l'ultima riforma¹⁰.

Tuttavia, l'«individualismo dello *status*», almeno di regola, non modifica i caratteri di esso come elemento identificativo di appartenenza ad un gruppo. Infatti – salve le ipotesi di adozione, che abbiamo definito genitoriali (adozione di minori in casi particolari e adozione di maggiorenne), in cui il rapporto filiale produce effetti

⁸ Da Corte cost., 28 dicembre 1970, n. 205, in *Giur. it.*, I, 1971, p. 476; in *Giust. civ.*, I, 1971, p. 81.

⁹ Cfr., di recente, M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 18 s., p. 7 ss., il quale avanza dubbi sulla compatibilità del modello unificato di filiazione con l'art. 29 Cost., dubbi che possono a nostro avviso essere superati soltanto in considerazione dei caratteri attuali dello stato di figlio, costruito come relazione intersoggettiva, che prescinde, quindi, dal modello di famiglia fondata sul matrimonio e, come tale, non la influenza, tanto più che la tutela della famiglia legittima va sempre vista in relazione alla rilevanza dell'affettività (PALAZZO, *La filiazione*, cit., spec. p. 584) e che l'interesse del minore è sempre preminente (art. 24, co. 2, CDFUE). Infatti, l'esistenza del rapporto genitoriale (e parentale), costruito come del tutto svincolato dalla presenza di legami tra gli autori della procreazione, non incide in nessun caso sulla situazione familiare eventualmente presente, non ricevendo da essa alcuna legittimazione: è soltanto l'accertamento della genitorialità biologica (o affettiva nei casi previsti dalla legge) a determinare la costituzione dello stato di filiazione. Le considerazioni che precedono valgono anche nel caso di filiazione parentale, ove la costituzione è subordinata all'autorizzazione del giudice (artt. 251 e 278 c.c.), dovendo esso valutare soltanto l'interesse del figlio, prescindendo dai valori di unità della famiglia legittima e di tutela dell'affettività dei suoi membri.

¹⁰ Più ampiamente, SASSI - SCAGLIONE - STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 3 ss.

limitati ad adottante e adottato¹¹ – a seguito dell'accertamento della filiazione il figlio viene inserito nel gruppo familiare che discende dallo stesso stipite, con ogni conseguenza sul piano giuridico¹². Ciò che muta è lo strumento legittimante, poiché oggi la predetta appartenenza costituisce la conseguenza e non il presupposto dell'accertamento della filiazione.

Pertanto, lo stato di filiazione si identifica non più tanto nel rapporto organico tra il membro e la famiglia, ma essenzialmente nel rapporto che lega il figlio al genitore e, conseguentemente, ai parenti. In questo senso, esso può definirsi come la posizione giuridica assunta dal nato all'interno del sistema a seguito dell'accertamento della filiazione, posizione derivante dall'instaurazione di un rapporto tra il predetto soggetto e altro soggetto in virtù della trasmissione genetica o di una volontaria assunzione di responsabilità; da detto rapporto traggono origine singole situazioni giuridiche, tutelate dall'ordinamento come diritti della persona e/o come diritti di natura patrimoniale.

Questo modello di filiazione ha trovato attuazione anche nelle fonti dell'Unione europea, in cui, del resto, è ancora più sentita l'esigenza di non aderire ad una tipologia predeterminata di famiglia, diversa nei vari Stati e nelle varie culture¹³. Così, ad esempio, il reg. n. 2201/2003, si occupa di disciplinare i rapporti interpersonali tra il figlio, i genitori e i parenti a prescindere dall'esistenza e dalle vicende della comunità familiare.

L'«individualismo dello *status*» ha come conseguenza la coesistenza reciproca di più situazioni giuridiche fondamentali¹⁴,

¹¹ Cfr. SASSI - SCAGLIONE - STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., pp. 39, 279 e 303 s.

¹² Cfr. V. CAREDDA, *Spunti evolutivi sull'art. 258 c.c.: il riconoscimento, la parentela, la famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 392 ss.

¹³ Sul punto, A. PALAZZO, *Familia (en la jurisprudencia del Tribunal de justicia de la Unión Europea)*, in ÁLVAREZ LEDESMA - CIPPITANI (coords.), *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*, cit., p. 259 ss.

¹⁴ In argomento risulta essenziale l'approfondimento compiuto dalla dottrina più autorevole sul diverso atteggiarsi delle situazioni giuridiche soggettive, ove si sottolinea che, rispetto allo schema del diritto soggettivo patrimoniale (es. diritto di proprietà), la protezione della qualità della persona (che si esplica nel diritto civile in

aventi caratteristiche peculiari poiché inerenti alle qualità della persona e allo sviluppo di essa, sebbene con implicazioni anche di natura patrimoniale (diritti patrimonialmente neutri). Esse assumono rilevanza per il diritto in quanto inserite in un rapporto interpersonale, da cui quasi sempre deriva l'appartenenza ad un gruppo familiare. E proprio detta coesistenza reciproca tra diritti fondamentali dell'individuo – che sono sempre prevalenti rispetto a quelli eventuali del gruppo in quanto tale, giuridicamente tutelati solo se coincidenti o conseguenti a quelli dei singoli – impone al sistema di operare un bilanciamento tra gli stessi, attribuendo preminenza all'uno o all'altro, e agli interpreti di orientare la propria attività in questo senso, avendo riguardo essenzialmente all'interesse del minore, soggetto debole.

2. *Status e diritti fondamentali.* – Il rapporto di filiazione è connotato da taluni diritti fondamentali, che nella prospettiva filiale possono ricondursi essenzialmente a due situazioni giuridiche soggettive: il diritto alla genitorialità e quello alla parentela.

Il diritto alla genitorialità è un diritto della personalità: esso trova fondamento diretto e tutela costituzionale negli artt. 2 e 30 Cost.,

quelli che abbiamo definito «diritti patrimonialmente neutri»: A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Roma-Perugia, rist. 2011, spec. pp. 17 s. e 93 ss.; A. PALAZZO - A. SASSI - F. SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, Roma-Perugia, 2008, pp. 39 ss. e 377 ss.; A. SASSI, *Diritti patrimonialmente neutri*, in *Diritto e processo. Annuario giuridico dell'Università degli Studi di Perugia*, 2006-2009, p. 455 ss. (consultabile anche in rivistadirittoeprocesso.eu); di recente, ID., *Derechos patrimonialmente neutros (en el ordenamiento civil)*, in ÁLVAREZ LEDESMA - CIPPITANI (coords.), *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*, cit., p. 213 ss.) segue uno schema affatto differente; ciò è dovuto al fatto che la legge non protegge solo le qualità di determinate persone, ma protegge tutte le qualità di tutti i soggetti giuridici; la tutela, pertanto, è condizionata ad una valutazione comparativa concernente la prevalenza, in una fattispecie data, di un determinato interesse, rispetto agli interessi di altri soggetti; detta valutazione, che si concreta nella soluzione di un conflitto di interessi, è immanente nella tematica della protezione della qualità della persona: E. RUSSO, *Il concetto di diritto soggettivo*, in Alb. DONATI - A. GARILLI - S. MAZZARESE - A. SASSI (a cura di), *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo*, Torino, 1, 2009, p. 656 ss.

che possiedono contenuto precettivo laddove impongono ad entrambi gli autori della procreazione l'attuazione del diritto fondamentale del «nato» ad essere «figlio». Questo, infatti, ha interesse a crescere con i genitori – secondo quanto dispone il citato art. 30 – preferibilmente biologici, ovviamente in un ambiente sano, che consenta uno sviluppo pieno della sua personalità e inclinazioni, come, del resto enunciato anche nel Titolo I della l. adozione. In particolare, ai sensi del citato art. 30, co. 1, che lo qualifica come «dovere e diritto dei genitori», esso può configurarsi come diritto del figlio, per il suo pieno sviluppo, a instaurare relazioni affettive durature con un genitore (diritto alla genitorialità), o meglio ancora con entrambi i genitori (diritto alla bigenitorialità), che debbono assicurargli mantenimento, istruzione ed educazione adeguati.

Qualora lo stato giuridico non corrisponda per qualsivoglia ragione a quello biologico, il figlio (se minore di età, rappresentato nelle forme previste dalla legge) è arbitro del proprio destino, compiendo un personale bilanciamento tra più interessi fondamentali tutelati dal sistema, quali quello alla verità biologica, ma anche l'altro a mantenere lo stato inveridico e, dunque, rapporti sociali e affettività consolidati. Le azioni di stato, siano esse volte all'accertamento diretto della filiazione o a quello indiretto, sono tutte imprescrittibili riguardo al figlio, che può decidere in qualsiasi momento di mutare il proprio stato giuridico verso l'adulto¹⁵, o di acquisirlo se questo manca (accertamento diretto), ma anche legittimamente di conservarlo, obbligando il genitore biologico soltanto al mantenimento (accertamento indiretto).

Tuttavia, il diritto alla genitorialità assume connotati differenti in presenza della minore età del figlio, poiché esso rileva non soltanto nella fase costitutiva del rapporto, ma soprattutto in quella esecutiva, con particolare riferimento all'esercizio della responsabilità

¹⁵ In questo caso lo stato inveridico verso il genitore affettivo dev'essere rimosso, salvo il reclamo nelle ipotesi di cui all'art. 239, commi 1 e 3, c.c., tramite le azioni di disconoscimento *ex art. 243 bis c.c.*, o di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità ai sensi dell'art. 263 c.c., a seconda che la nascita sia avvenuta o meno in matrimonio: sulle azioni di stato si rinvia a SASSI - SCAGLIONE - STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 351 ss.

genitoriale e all'affidamento, che può essere condiviso, o attribuito alternativamente all'uno o all'altro dei genitori se ciò risponde all'interesse del minore, e viene mantenuto anche in caso di affidamento *ex art. 5, l. adozione*. Ed è importante che il rapporto permanga verso entrambi i genitori, attuando così pienamente il diritto alla bigenitorialità¹⁶.

Ancora una volta è il diritto dell'Unione Europea a costituire il fondamento di questa situazione soggettiva patrimonialmente neutra. Il co. 3 dell'art. 24 CDFUE sancisce il diritto del minore ad intrattenere relazioni personali e contatti diretti con entrambi i genitori e il citato reg. n. 2201/2003 si preoccupa di assicurare il rispetto di tale diritto nella crisi dei rapporti familiari. E anche l'ordinamento italiano tende ad assicurare il diritto alla bigenitorialità sia nella fase fisiologica di attuazione del rapporto filiale, attribuendo la responsabilità ad entrambi i genitori (art. 316 ss. c.c.), sia in quella

¹⁶ Gli studi di psicologia infantile hanno dimostrato l'importanza di quello che i ricercatori del c.d. «Gruppo di Losanna», a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, definiscono «triangolo primario». Secondo questa concezione, la funzione paterna trova piena espressione e attuazione soltanto se la cornice di riferimento è triadica, con la conseguenza che essa non è meramente secondaria e di supporto alla relazione tra madre e bambino, ma è significativa in quanto tale, essenziale e preziosa, pregna di valore in quanto partecipa direttamente alla determinazione di un campo relazionale unico, che sussiste anche grazie alla sua presenza; in altri termini, una figura materna con date caratteristiche non può esistere verso il bambino senza una specifica figura paterna e, allo stesso modo, la relazione tra madre e bambino, non solo risulta influenzata dalla figura del padre, ma è da questa fortemente arricchita; ciò è espressione di quella che viene definita «*Gestalt* relazionale complessa», cui partecipano padre, madre e bambino: cfr., in particolare, G. SALONIA, *Dal noi all'io-tu. Contributo per una teoria evolutiva del contatto*, in *Quaderni Gestalt*, n. 8-9, 1989, p. 45 ss.; ID., *Tempo e relazione. L'intenzionalità relazionale come orizzonte ermeneutica della Gestalt Terapia*, *ivi*, n. 14, 1992, p. 7 ss.; D.N. STERN, *One way to build a clinically relevant baby*, in *IMHJ*, n. 1, 1994, pp. 9-25; E. FIVAZ DEPEURSINGE - A. CORBOZ WARNERY, *Il triangolo primario. Le prime relazioni triadiche tra padre, madre e bambino*, ed. italiana con prefazione di D.N. Stern e introduzione di G.C. Zavattini, Milano, 2000; M. SPAGNOLO LOBB (a cura di), *Psicoterapia della Gestalt*, 2^a ed., Milano, rist. 2010.

patologica dei rapporti tra gli stessi, con la regola dell'affidamento condiviso (art. 337 *bis* ss. c.c.)¹⁷.

Il limite alla bigenitorialità è dato soltanto dall'interesse preminente del figlio, che può portare a una pronuncia di decadenza dalla responsabilità nei confronti di colui che abbia gravemente mancato ai propri doveri (art. 330 c.c.), ovvero all'affidamento esclusivo ad uno solo dei genitori (art. 337 *quater* c.c.), affidamento, tuttavia, inidoneo a recidere i legami con l'altro, che mantiene il diritto a partecipare allo sviluppo del minore, ivi compreso anche il c.d. diritto di visita¹⁸.

Il diritto alla genitorialità va in ogni caso guardato anche in relazione a quello degli altri figli, dovendosi contemperare le esigenze e dare protezione agli interessi di quei soggetti che abbiano la titolarità del rapporto verso il medesimo o i medesimi genitori. In questo senso, il rapporto di parentela, che si instaura per la discendenza da uno stesso stipite, costituisce un limite al diritto alla genitorialità del singolo e realizza nei rapporti interpersonali quel bilanciamento delle situazioni giuridiche fondamentali relative alla qualità delle persone.

Ciò posto, l'interesse del figlio a stabilire relazioni interpersonali giuridicamente rilevanti con i consanguinei non si esaurisce con la piena attuazione del diritto alla genitorialità, ma trova il suo naturale completamento nel diritto a intrattenere rapporti con gli altri parenti, anch'esso fondamentale.

Quest'ultimo è stato oggetto di particolari attenzioni da parte del legislatore dell'ultima riforma, che ha sancito legalmente, in particolare attraverso le modifiche agli artt. 74 e 258 c.c., la rilevanza del rapporto a prescindere dall'esistenza o meno di una famiglia legittima, a ulteriore conferma di quel processo di individualizzazione dello *status* cui in precedenza s'è fatto cenno¹⁹. Il compilatore attuale, infatti, ha recepito integralmente le osservazioni compiute in

¹⁷ Cfr. SASSI - SCAGLIONE - STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 619 ss.

¹⁸ V. il più volte richiamato reg. n. 2201/2003, che, all'art. 2, n. 10, lo definisce come «il diritto di condurre il minore in un luogo diverso dalla sua residenza per un limitato periodo di tempo».

¹⁹ *Retro*, paragrafo 1.

dottrina²⁰, così definitivamente superando l'orientamento teso a distinguere la parentela dalla consanguineità, che riteneva la prima legata esclusivamente alla costituzione dello *status* di figlio matrimoniale²¹. Oltre alle modifiche agli artt. 74 e 258 c.c., con cui si è opportunamente precisato l'ambito della parentela e gli effetti del riconoscimento, si è eliminato ogni riferimento alla natura matrimoniale della filiazione contenuto nei successivi artt. 565 ss., riconoscendo così espressamente il reciproco diritto del figlio e dei parenti del genitore, che ha effettuato il riconoscimento o che è stato dichiarato come tale, a partecipare *ab intestato* alle rispettive successioni.

Si tratta di orientamento che privilegia la persona rispetto alla famiglia e che si giustifica nei limiti in cui la tutela di quest'ultima non è strumento di tutela della prima: di conseguenza, si è interpretato restrittivamente il limite dei diritti dei membri della famiglia legittima, posto dall'art. 30 Cost., in relazione alla parificazione dei figli non matrimoniali²², tanto più che, come correttamente sottolineato, la tutela costituzionale della famiglia legittima ha un senso soltanto se riferita all'unità affettiva tra i membri che la compongono²³.

Le considerazioni che precedono valgono anche nell'adozione parentale, poiché, in base agli artt. 6 ss., l. adozione, il minore acquista

²⁰ Cfr., in particolare, PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 578 ss.

²¹ Orientamento di recente ribadito da Corte cost., 23 novembre 2000, n. 532, in *Giust. civ.*, I, 2001, p. 591, con nota di C.M. BIANCA, *I parenti naturali non sono parenti? La Corte costituzionale ha risposto: la discriminazione continua*; in *Fam. e dir.*, 2001, p. 361, con nota di G. FERRANDO, *Principio di eguaglianza, parentela naturale e successione*; in *Corr. giur.*, 2001, p. 1034, con nota di E. GUERINONI, *La Corte costituzionale ancora sulla successione legittima dei parenti naturali*; in *Familia*, 2001, p. 498, con nota di M. DELLA CASA, *La vocazione a succedere dei parenti naturali tra garanzie costituzionali e normativa codicistica*.

²² In questi termini, A. PALAZZO - A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, Torino, 2012, p. 454 s.; e cfr. prima E. DEL PRATO, *Matrimonio, famiglia, parentela: prospettive di inizio secolo*, in DONATI - GARILLI - MAZZARESE - SASSI (a cura di), *Diritto privato*, cit., 2, spec. p. 235, che prospetta l'astratta possibilità di una parentela senza legami familiari, superando il sistema in cui essa è un riflesso del matrimonio e, appunto, della famiglia.

²³ Cfr. ancora PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 584.

lo stato di figlio matrimoniale degli adottanti, e la rilevanza dello *status* si estende, oltre che ai parenti in linea retta dei genitori adottivi, anche a quelli in linea collaterale. Tuttavia, come accennato²⁴, rimangono esclusi dalla nuove tutele coloro che accedono all'adozione di minori in casi particolari, prevista dagli artt. 44 ss., l. adozione, e a quella di persone maggiori di età *ex* artt. 291 ss. c.c. Ma, anche alla luce dell'ultima riforma che ha operato un'estensione *ex lege* dei vincoli di parentela alla filiazione non matrimoniale, il richiamo all'art. 300 c.c. compiuto dall'art. 55, l. adozione, appare quanto mai anacronistico, e il legislatore ha perso un'altra occasione per attuare effettivamente quella parificazione dei figli tanto solennemente enunciata nel nuovo art. 315 c.c. In relazione all'adozione di maggiorenni, poi, la dottrina ha ampiamente dimostrato l'inopportunità di escludere l'adottato dai rapporti con i parenti dell'adottante ed evidenziato i profili di incostituzionalità che una tale scelta comporta²⁵.

3. *Successione mortis causa e rapporto filiale.* – Poste queste premesse di carattere generale, occorre ora passare all'analisi dei diritti successori conseguenti alla costituzione del rapporto filiale.

L'accertamento dello *status* è nel nostro ordinamento requisito essenziale per la titolarità e l'esercizio di situazioni giuridiche soggettive derivanti dal rapporto filiale. E a questa regola, ovviamente, non si sottraggono i diritti successori²⁶. Infatti, in assenza di un atto che accerta o dichiara il fatto procreativo in via principale o

²⁴ *Retro*, paragrafo 1.

²⁵ Cfr., ampiamente, PALAZZO, *La riforma dello status di filiazione*, cit., p. 258 ss.

²⁶ Per un loro esame analitico, si rinvia a PALAZZO - SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, cit., spec. pp. 47 ss., 422 ss. e 518 ss.; e, dopo la riforma, con specifico riferimento alla capacità e all'assegno di cui agli artt. 580 e 594 c.c., A. SASSI - S. STEFANELLI, *Incapacità testamentarie*, in *Comm. cod. civ. Schlesinger*, Milano, 2014, spec. pp. 58 ss. e 83 ss.

incidentale e lo riferisce a quel dato soggetto, il rapporto giuridico non si costituisce e, di conseguenza, non v'è titolarità dei relativi diritti²⁷.

La riforma della filiazione, operata e attuata nel 2012-2013, risulta avere inciso fortemente anche verso tali situazioni giuridiche, che l'impianto originario del codice civile riconduceva all'appartenenza ad una famiglia legittima, tra l'altro disponendo che le nuove disposizioni si applicano anche alle eredità apertesi anteriormente all'entrata in vigore della l. n. 219/2012 (art. 104, commi 1-6, d.lgs. n. 154/2013)²⁸. In realtà, come adesso vedremo, la titolarità delle situazioni giuridiche non discende più da detta appartenenza ed anzi prescinde da questa. Essa deriva dall'accertamento della discendenza e, quindi, dal riconoscimento del rapporto filiale che, divenuto intersoggettivo, determina anche l'esistenza di quello di parentela, rilevante ai fini successori.

Ciò posto, la successione *mortis causa* può avvenire nei casi di accertamento diretto o indiretto della filiazione, che si verifica: a) in presenza di dichiarazione di nascita o riconoscimento del figlio operati

²⁷ Sugli effetti della riforma del 2012 sui diritti successori, M. PARADISO, *Status di filiazione e diritti successori nella riforma*, in CIPPITANI - STEFANELLI (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione*, cit., p. 239 ss.; SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, cit., p. 13 ss.; cfr. inoltre M. CINQUE, *Profili successori della riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2013, p. 657 ss.; A. MAGNANI, *Il principio di unicità dello stato giuridico di figlio. Il nuovo concetto di parentela. Riflessi successori*, in *Riv. notariato*, 2013, p. 629 ss.; A. ARCERI, *I diritti dei legittimari alla luce delle recenti riforme*, Milano, 2014; ma cfr. già V. BARBA, *La successione mortis causa dei figli naturali dal 1942 al disegno di legge recante «Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali»*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, p. 645 ss.; A.P. DI FLUMERI, *Nuovi scenari e prospettive del diritto successorio alla luce della riforma della filiazione*, in R. PANE (a cura di), *Nuove frontiere della famiglia*, Napoli, 2014, p. 159 ss.; G. SCHIAVONE, *Status di filiazione, nuovo concetto di parentela ed effetti successori: gli strumenti di protezione*, in *Jus*, 2014, p. 511 ss.; per uno sguardo anche ad altre realtà europee, G. SPELTA, *La parificazione dello status giuridico dei figli: una valutazione dei diritti successori alla luce delle esperienze europee. Le disposizioni transitorie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2014, p. 445 ss.; sulle differenze con il diritto successorio tedesco, P. KINDLER, *Le successioni a causa di morte nel diritto tedesco: profili generali e successione nei beni produttivi*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2015, p. 362 ss., spec. p. 366 ss.

²⁸ Sul punto, *infra*, paragrafo 4.

dal genitore; *b*) in virtù dell'estensione degli effetti della dichiarazione compiuta dal coniuge riguardo al figlio matrimoniale, per l'operare del sistema di matrimonialità di cui agli artt. 231 ss. c.c.; *c*) sulla base di un provvedimento del giudice che dichiara l'adozione o che accerta la filiazione: nell'ipotesi di accertamento giudiziale, a seconda del *petitum*, questo può avvenire: *c1*) in via principale, attraverso le azioni di matrimonialità del figlio o di dichiarazione giudiziale della genitorialità; *c2*) in via incidentale, con la dichiarazione di responsabilità per il mantenimento e la condanna alla corresponsione dell'assegno a carico di eredi, legatari e donatari *ex* artt. 580 e 594 c.c.²⁹.

Nelle fattispecie indicate, con esclusione di quella *sub c2*), si produce la costituzione dello *status* di filiazione (*ex novo*, ovvero uno

²⁹ Cfr. PARADISO, *Status di filiazione e diritti successori nella riforma*, cit., p. 242. Come abbiamo rilevato (SASSI - SCAGLIONE - STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 15 ss. e, più specificamente, p. 397 ss.), analogo risultato, proprio perché manca l'attribuzione formale dello *status* e per la natura meramente patrimoniale del diritto azionato (il che esclude la rilevanza dell'autorizzazione *ex* art. 279, co. 2, c.c., poiché la corresponsione dell'assegno con il conseguente vantaggio economico corrisponde sempre all'interesse del figlio), può raggiungersi anche attraverso atti di autonomia privata: così, potrebbe accadere che, per evitare un contenzioso a seguito del quale magari il fatto procreativo diviene di dominio pubblico, gli eredi, legatari e/o donatari del genitore, che siano certi della discendenza biologica, potrebbero volontariamente riconoscere e soddisfare il diritto patrimoniale all'assegno senza aspettare il provvedimento del giudice. Per l'ipotesi di contratto di mantenimento stipulato dal genitore, Cass., 9 giugno 1990, n. 5633, in *Giust. civ.*, I, 1991, p. 75 (ivi erroneamente indicata come 19 giugno 1990, n. 5833), che, nonostante qualche imprecisione terminologica, esprime in modo chiaro concetti del tutto condivisibili, secondo cui nel quadro normativo delineato dall'art. 30 Cost., dall'art. 279 c.c. e dalle Convenzioni internazionali ratificate e rese esecutive in Italia, l'obbligo di concorrere al mantenimento del figlio trova la sua fonte immediata nel fatto della procreazione, anche se accertato *incidenter tantum* e non nello *status* formale del figlio; pertanto non ha causa illecita per contrarietà a norme imperative o all'ordine pubblico, bensì è pienamente valido, in quanto informato alla detta normativa, il contratto con il quale il genitore naturale, ammettendo che un soggetto è stato da lui procreato, si obblighi a mantenerlo, in misura convenzionalmente determinata, indipendentemente da suo riconoscimento formale. Ovviamente, in questo caso, la natura e gli effetti dell'atto sono diversi da quelli di un provvedimento giudiziale, che per sua natura costituisce un accertamento di grado superiore.

diverso se già uno *status* preesisteva). La dichiarazione di nascita o il provvedimento giudiziale, in quanto atti di accertamento con effetti costitutivi *erga omnes* risultanti dagli atti dello stato civile, attribuiscono giuridica rilevanza al rapporto tra genitore e figlio e danno attuazione ai diritti fondamentali facenti capo a ciascun individuo per effetto della nascita.

Sul piano successorio deriva la regola della reciprocità, avvenendo la delazione a favore del figlio o, se questi premuore, del genitore.

Viceversa, *sub c2*) l'accertamento della filiazione produce effetti limitati e prodromici al riconoscimento di situazioni giuridiche a carattere patrimoniale, ma è in sé inidoneo ad attribuire giuridicità al rapporto filiale in quanto tale e, quindi, a determinare la titolarità dello *status*. Certamente, anche a seguito dell'accertamento indiretto si instaura tra genitore biologico e figlio un rapporto giuridico, ma questo, sebbene derivi sempre dal fatto procreativo, ha natura squisitamente economica, essendo conseguenza del riconoscimento – da parte del giudice o dei soggetti interessati mediante l'atto di autonomia – di una situazione soggettiva di tale natura e della titolarità attiva e passiva della stessa.

Questi figli, come è stato rilevato³⁰, titolari soltanto di limitati diritti (artt. 580 e 594 c.c.), sono di regola: *a*) il figlio parentale per cui, in relazione al riconoscimento o alla dichiarazione giudiziale, è mancata la relativa autorizzazione del giudice (artt. 251 e 278 c.c.); *b*) il figlio ultra quattordicenne che non ha consentito al riconoscimento (art. 250, co. 2, c.c.); *c*) il figlio infra quattordicenne riguardo al quale manca l'assenso dell'altro genitore che lo ha riconosciuto per primo o l'autorizzazione del giudice (art. 250, co. 4, c.c.); *d*) il figlio di

³⁰ Cfr. A. PALAZZO, *Lacune della novella n. 219/2012 sugli effetti dell'accertamento dello status di figlio*, in AA.VV., *Le «nuove famiglie» e la parificazione dello status di filiazione ad opera della L. 219/2012. Gli atti dei Convegni*, con prefazione di L. Bullo, Milano, 2015, p. 84; e M. SESTA, *La filiazione*, in T. AULETTA (a cura di), *Filiazione. Adozione. Alimenti*, in *Tratt. dir. priv. Bessone*, IV, Torino, 2011, p. 310 s.; ID., *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, cit., p. 20; S. TROIANO, *Diritto allo stato e figli «senza stato», ovvero i figli non riconoscibili dopo la riforma della filiazione*, in *Jus civile*, 2015, p. 229 ss.; cfr. inoltre SASSI - STEFANELLI, *Incapacità testamentarie*, cit., p. 112 s.

genitore infra sedicenne quando manchi l'autorizzazione del giudice al riconoscimento (art. 250, ult. co., c.c.); e) il figlio minore soggetto alle procedure di adozione ai sensi della l. n. 184/1983.

Queste caratteristiche rendono l'accertamento compiuto inidoneo ad attribuire reciproci diritti successori, producendosi limitati effetti soltanto a favore del figlio.

Comunque, al di fuori delle ipotesi sopra richiamate, il figlio o il genitore, che non siano stati dichiarati o accertati come tali, succedono soltanto per volontà dell'eredando se contemplati nel testamento, come eredi o legatari, ovvero se destinatari di attribuzioni liberali attraverso negozi successori anticipatori (donazioni pure e motivate o negozi trans morte, quali l'assicurazione sulla vita, la rendita vitalizia e il mandato *post mortem*³¹). Ma in questo caso, la predetta volontà trova sempre un limite nei diritti che la legge – essenzialmente attraverso la successione necessaria³² – attribuisce a coloro il cui rapporto con il *de cuius* sia stato accertato in via diretta e che, quindi, possiedono lo *status* di figlio risultante dagli atti di stato civile: questi ultimi, infatti, in caso di incapacità del patrimonio ereditario, prevalgono sempre sul destinatario della devoluzione liberale.

4. *Successione legale e principio di equiparazione dei figli.* – La costituzione del rapporto filiale, avvenga essa attraverso un atto di autoresponsabilità o un provvedimento giudiziale, rileva in materia successoria essenzialmente riguardo ai diritti che la legge riconosce al figlio in quanto tale nella successione legale, sia essa legittima o necessaria. Rimangono comunque fuori dall'applicazione delle regole successorie generali quei figli in relazione ai quali manca un accertamento diretto del relativo *status* verso il genitore biologico, o perché ciò non è possibile per difetto della necessaria autorizzazione (ad esempio, artt. 250, ult. co., e 251 c.c.) ovvero per la particolare

³¹ Su questi strumenti A. PALAZZO, A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 2, *Negozi successori anticipatori*, Torino, 2012, spec. pp. 98 ss., 160 ss. e 535 ss.

³² Su cui PALAZZO - SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, cit., pp. 481-568.

situazione giuridica in cui il minore viene a trovarsi (ad esempio, art. 11, ult. co., l. adozione), o per loro scelta.

In particolare, la necessità dell'esistenza di uno *status* costituito è ribadita esplicitamente dal disposto dell'art. 573 c.c., secondo cui la successione legittima dei figli non matrimoniali può avvenire soltanto in presenza di riconoscimento o di dichiarazione giudiziale della genitorialità³³.

Il riconoscimento può essere compiuto con testamento, e ha effetto dal giorno della morte del testatore, anche in caso di revoca (art. 256 c.c.)³⁴, ad ulteriore riprova che in mancanza di un atto di accertamento non esiste il rapporto filiale. Qui dall'attività del soggetto non derivano immediatamente effetti costitutivi di una situazione giuridica che vengono proiettati nel futuro, ma si accerta un evento già avvenuto perfezionando e non costituendo la fattispecie. Gli effetti, che sono di natura preclusiva e si producono all'apertura della successione, sono, pertanto, da ricollegarsi al fatto perfezionato e comprensivo dell'accertamento³⁵.

Questi concetti sono chiari nella giurisprudenza della Cassazione, secondo cui il riconoscimento operato nel testamento può, quando il testatore è ancora in vita, costituire un elemento sui cui il giudice fonda il proprio convincimento nell'accertamento giudiziale della genitorialità, ma non è idoneo, di per se stesso, a costituire il relativo *status*³⁶.

³³ Cfr. almeno PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 432 ss.

³⁴ Cfr. L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione legittima*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, 6^a ed., Milano, 1999, p. 63; A. PALAZZO, *Le successioni*, in *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, 2^a ed., Milano, 2000, p. 476; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, 3^a ed. agg. a cura di A. Ferrucci e C. Ferrentino, Milano, 2009, p. 639.

³⁵ Cfr. PALAZZO - SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, cit., p. 457 s.; su questi problemi cfr. inoltre PALAZZO, *La filiazione*, cit., spec. p. 396 ss.

³⁶ V. Cass., 30 maggio 1989, n. 2646, in *Mass. Giur. it.*, p. 1989, che, nel rigettare il ricorso, conferma il principio di diritto secondo cui il riconoscimento della paternità naturale, contenuto in un testamento, ancorché inidoneo a costituire lo *status* di figlio nato fuori del matrimonio, per inefficacia derivante dalla circostanza che il testatore sia ancora in vita (v. art. 256 c.c.), esprime un'ammissione del fatto procreativo e, come tale, può essere utilizzato, quale

Quanto alla dichiarazione giudiziale, il figlio ha diritto all'eredità, se la successione si apre durante il giudizio per l'accertamento della filiazione o se la sentenza è pronunciata in accoglimento di una domanda proposta, dopo la morte del genitore, contro i suoi eredi³⁷.

elemento di convincimento, nella causa promossa per la dichiarazione giudiziale di detta paternità naturale.

³⁷ È stato superato l'orientamento secondo il quale il figlio non matrimoniale, riconosciuto per dichiarazione giudiziale di paternità dopo l'entrata in vigore della riforma del diritto di famiglia del 1975, non aveva diritto di partecipare alla successione del genitore naturale, apertasi prima di tale data (Cass., 18 marzo 1981, n. 1584, in *Giust. civ.*, I, 1981, p. 2307; in *Dir. fam. pers.*, 1981, p. 994). Infatti, si ammette che, in questo caso, il figlio nato fuori del matrimonio abbia diritto a succedere: v. Cass., S.U., 16 luglio 1985, n. 4173, in *Arch. civ.*, 1985, p. 1233; in *Foro it.*, I, 1985, p. 2578; in *Giur. it.*, I, 1986, p. 1515, con nota di C. MAGGIO, *Dichiarazione giudiziale posteriore all'entrata in vigore della legge n. 151 del 1975 e diritto alla successione del genitore naturale*, secondo cui «il figlio adulterino che abbia ottenuto lo *status* di figlio naturale per effetto della dichiarazione giudiziale di paternità resa posteriormente alla entrata in vigore della riforma del diritto di famiglia, ha diritto di partecipare alla successione del genitore naturale apertasi prima di quella data». Né il suo diritto è precluso dal precedente conseguimento, con sentenza passata in giudicato o con transazione, dell'assegno *ex art.* 580 c.c. (Cass., 25 giugno 1984, n. 3709, in *Arch. civ.*, 1984, p. 1007; in *Foro it.*, I, 1984, p. 2160; in *Giust. civ.*, I, 1984, p. 2058, secondo cui «il diritto del figlio adulterino, che abbia ottenuto dichiarazione giudiziale di paternità, di partecipare alla successione del genitore naturale apertasi prima della riforma del diritto di famiglia non è precluso dal previo conseguimento, con sentenza passata in giudicato o con transazione, dell'assegno vitalizio di cui agli artt. 580 e 594 c.c.»). La validità di tale diritto è, invece, subordinata al fatto che i diritti successori non siano stati esclusi, con sentenza passata in giudicato, o definiti con una convenzione, o che siano decorsi tre anni dall'apertura della successione, senza che il figlio abbia fatto valere alcuna ragione ereditaria sui beni (App. Napoli, 30 aprile 1976, in *Foro nap.*, 1976, p. 59). Inoltre, il principio di imprescrittibilità dell'azione giudiziale di paternità o maternità naturale è applicabile anche ai figli nati e concepiti prima dell'entrata in vigore di tale legge (Cass., 1° dicembre 1997, n. 12187, in *Vita notarile*, 1998, p. 915; in *Fam. e dir.*, 1998, p. 274; Cass., 25 febbraio 1987, n. 1980, in *Mass. Giur. it.*, p. 1987; Cass., 10 dicembre 1984, n. 6488, *ivi*, p. 1984). Infine, nel caso in cui, al momento dell'entrata in vigore della novella del 1975, sia ancora aperta la controversia inerente i diritti successori del figlio naturale, il giudice non può negare efficacia al riconoscimento dello stesso, se esistevano, al tempo in cui è stato compiuto, le condizioni richieste dalle nuove disposizioni di legge: v. Cass., 3 giugno 1978, n. 2782, in *Foro it.*, I, 1978, p. 1893, con nota di A.C. JEMOLO, *Azione di*

Secondo l'art. 567 c.c., ai figli biologici sono equiparati gli adottivi. Il co. 2 della disposizione aggiunge che i figli adottivi sono estranei alla successione dei parenti dell'adottante. Tuttavia, la regola non si applica all'adozione che abbiamo definito parentale (c.d. piena o legittimante) disciplinata dalla l. n. 184/1983, per la piena equiparazione ai figli matrimoniali ivi operata dal legislatore (v., in particolare, l'art. 27). Essa rimane applicabile all'adozione dei maggiori di età, disciplinata dagli artt. 291 ss. c.c., e, quindi, per l'ipotesi in esame, dall'art. 300, co. 2, c.c., e all'adozione di minori in casi particolari, in virtù dell'espresso richiamo compiuto dall'art. 55, l. adozione, all'art. 300 c.c., tipologie che, per questo, abbiamo definito genitoriali³⁸.

Comunque, sul piano successorio, dato che si ammettono a succedere i figli matrimoniali e non, e tenuto conto che i figli adottivi sono ammessi in qualità di matrimoniali, non vi è un interesse particolare a sapere in quale qualità il discendente viene alla successione del genitore. Tanto più che l'unico aspetto rilevante a tali

disconoscimento di paternità, efficacia retroattiva della sentenza e precedente riconoscimento di filiazione naturale (in tema di enunciazione del principio di diritto); in Giust. civ., I, 1979, p. 153, con nota di A. FINOCCHIARO, Effetti sul riconoscimento inammissibile ex art. 253 c.c. dell'azione di disconoscimento di paternità, che, decidendo un caso in cui il riconoscimento del figlio non matrimoniale era contenuto in un testamento e l'azione di disconoscimento era stata esperita dopo l'apertura della successione, afferma: «la sentenza che accoglie la domanda di disconoscimento di paternità ha efficacia dalla nascita del disconosciuto e, come tale, rimuove l'ostacolo all'ammissibilità del riconoscimento di paternità naturale anteriormente compiuto nei confronti del figlio, che, all'epoca, aveva lo stato apparente di figlio legittimo». Attraverso la distinzione operata tra effetti della sentenza di disconoscimento ed effetti del riconoscimento operato nel testamento, si ribadisce così il principio appena ricordato, secondo cui l'art. 256 c.c. rappresenta un'eccezione al principio della retroattività al momento della nascita dell'attribuzione dello status di figlio non matrimoniale. Su questi problemi, PALAZZO - SASSI, Trattato della successione e dei negozi successori, 1, Categorie e specie della successione, cit., p. 454 ss.

³⁸ Cfr. CAPOZZI, Successioni e donazioni, Successioni e donazioni, cit., pp. 641 s. e 649 s.; L. GENGHINI - C. CARBONE, Le successioni per causa di morte, Padova, 2012, p. 526 s.

fini, derivante dalla possibilità della commutazione, è venuta meno con l'ultima riforma³⁹.

Ciò detto, il sistema della successione legittima, cioè il modo di regolamentazione del diritto a succedere, è disciplinato dall'art. 565 c.c., secondo cui l'eredità si devolve al coniuge, ai discendenti, agli ascendenti, ai collaterali, agli altri parenti e allo Stato, nell'ordine e secondo le regole stabilite nel titolo secondo.

Le categorie di successibili sono state modificate sia dal legislatore del 1975 che da quello del 2012-2013. La prima riforma del diritto di famiglia aveva così emendato: il coniuge, erede, non più al penultimo posto, ma al primo; ai discendenti legittimi erano stati affiancati i naturali, ed ai parenti naturali erano stati sostituiti gli altri parenti. La riforma più recente⁴⁰, nell'ottica della equiparazione degli *status*, ha eliminato ogni riferimento alla natura matrimoniale o meno della filiazione, ma ha mantenuto le differenze riguardo alla filiazione adottiva riguardo alla successione dei parenti dell'adottante (art. 567, co. 2, c.c.). Peraltro, le nuove regole risultano applicabili anche ai figli nati prima dell'entrata in vigore della l. n. 219/2012, fermi restando gli effetti del giudicato formatosi anteriormente: la disciplina transitoria di cui all'art. 104, d.lgs. n. 154/2013 (commi 2, 3 e 4), espressamente riconosce i diritti successori derivanti dall'estensione del vincolo di parentela di cui all'art. 74 c.c. novellato al figlio o, se premorto, ai suoi discendenti, anche relativamente alle eredità aperte prima dell'entrata in vigore della citata l. n. 219, data dalla quale decorrono i termini di prescrizione⁴¹.

³⁹ V. *infra*, paragrafo 5.

⁴⁰ Su cui, da ultimo, SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, cit., p. 13 ss.; M. DOSSETTI, *Le categorie di successibili nella successione legittima*, in G. BONILINI - M. CONFORTINI - G. MARICONDA (a cura di), *Codice delle successioni e donazioni*, Torino, 2015, p. 574 s.; A. TODESCHINI PREMUDA, *Diritto ereditario e casistica notarile prima e dopo la L. 219/2012 e il D.Lgs. 154/2013*, in AA.VV., *Le «nuove famiglie» e la parificazione dello status di filiazione ad opera della L. 219/2012*, cit., p. 104 ss., spec. p. 111 ss.; A. DE RIENZI, *Le categorie di successibili*, in C.M. BIANCA (a cura di), *La riforma della filiazione. Commentario sistematico*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 907 ss.

⁴¹ Su tali questioni, V. BARBA, *Principi successori del figlio nato fuori del matrimonio e problemi di diritto transitorio*, in BONILINI - CONFORTINI - MARICONDA (a cura di), *Codice delle successioni e donazioni*, cit., p. 2506 ss.; M.

Tutti i successibili sono divisi in tre classi: *a)* coniuge; *b)* parenti; *c)* Stato⁴². La distinzione non è basata su un criterio di preferenza nella vocazione, ma sulla natura del titolo a succedere, con la conseguenza che le due classi relative ai congiunti si differenziano secondo che si tratti di rapporto di coniugio o di parentela⁴³.

Nell'ambito di quest'ultima, che ci occupa direttamente, si distinguono diversi ordini di successibili, che indicano un rigoroso criterio di preferenza, nel senso che i successibili di un dato ordine escludono quelli degli ordini successivi e sono esclusi dagli altri degli ordini anteriori. Il concorso è, dunque, possibile solo tra i membri dello stesso ordine e, all'interno di ciascuno, il grado (che ha a riferimento al numero delle generazioni) più prossimo esclude il più remoto.

La parentela va distinta nei seguenti ordini: *a)* figli; *b)* genitori e ascendenti, fratelli e sorelle; *c)* parenti in linea collaterale, dal terzo al sesto grado. L'attuale assetto è stato determinato dall'ultima riforma, che ha fortemente innovato, eliminando in maniera esplicita le differenze tra parentela matrimoniale e non matrimoniale, così determinando un ampliamento dei chiamati *ab intestato* in linea collaterale⁴⁴.

DOSSETTI, *I nuovi successibili e il diritto intertemporale nella riforma della filiazione*, in AA.VV., *Le «nuove famiglie» e la parificazione dello status di filiazione ad opera della L. 219/2012*, cit., p. 97 ss.; M. SARACENO, *La retroattività delle norme transitorie di diritto successorio*, in BIANCA (a cura di), *La riforma della filiazione*, cit., p. 1177 ss.; esclude che dalla retroattività possano derivare profili di incostituzionalità, C.M. BIANCA, *Note introduttive*, ivi, p. XXVII ss.

⁴² Cfr., di recente, CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, *Successioni e donazioni*, cit., p. 623 ss.; R. DI CRISTO, *Le categorie di successibili*, in *Tratt. succ. don. Bonilini*, III, Milano, 2009, p. 779 ss.; GENGHINI - CARBONE, *Le successioni per causa di morte*, cit., p. 801 ss.; PALAZZO - SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, cit., p. 424 ss.; C. ROMANO, *Le successioni legittime*, in R. CALVO - G. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle successioni e delle donazioni*, 2^a ed., Napoli, 2015, p. 623 ss.

⁴³ Cfr. G. CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, 5, 2^a ed., Torino, 1997, p. 491.

⁴⁴ Per una elencazione, MAGNANI, *Il principio di unicità dello stato giuridico di figlio*, cit., p. 639; v., più approfonditamente, *infra*, paragrafo 6.

Ciò posto, al padre e alla madre succedono i figli in parti uguali (art. 566, co. 1, c.c.).

Rispetto al genitore, quindi, già a partire dalla riforma del 1975 i figli matrimoniali e quelli nati fuori del matrimonio, riconosciuti o dichiarati giudizialmente, hanno i medesimi diritti successori, sebbene essi abbiano diverso l'altro genitore⁴⁵. Al contrario, nei confronti di quest'ultimo succedono solamente i propri figli, senza che concorrano quelli dell'altro, perché nei riguardi di un genitore sono tutti figli e, nei confronti dell'altro, i figli non propri non sono parenti, ma affini⁴⁶. Conseguente a tale equiparazione è l'applicazione delle norme sulla rappresentazione, ex art. 467 c.c., ai figli non matrimoniali di figli a loro volta matrimoniali o meno del *de cuius*⁴⁷.

5. *Parentela e tipologie di filiazione*. – L'equiparazione dei figli ai fini successori, che secondo l'opinione dominante veniva limitata ai soli rapporti tra genitore e figlio, è stata completata con l'ultima riforma che ha espressamente esteso gli effetti del rapporto filiale anche ai parenti del genitore, sebbene escludendo talune tipologie di filiazione, ed inoltre ha eliminato la facoltà di commutazione dei figli matrimoniali presente nel precedente art. 537, co. 3, c.c.

In relazione al primo profilo, come accennato, il legislatore attuale ha recepito integralmente l'orientamento della dottrina⁴⁸, così definitivamente superando la distinzione tra parentela e consanguineità⁴⁹. In particolare, riguardo all'argomento che ci occupa,

⁴⁵ Cfr., di recente, G. PALAZZOLO, *I diritti successori dei figli non matrimoniali*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 1116 ss.

⁴⁶ Cfr. C.R. CALDERONE, *Della successione legittima e dei legittimari*, in *Comm. cod. civ.*, Novara, 1976, p. 312.

⁴⁷ Cfr. L. CARRARO, *La vocazione legittima alla successione*, Padova, 1979, p. 125; cfr. anche, recentemente, PALAZZO - SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, cit., spec. p. 655 ss.; TODESCHINI PREMUDA, *Diritto ereditario e casistica notarile prima e dopo la L. 219/2012 e il D.Lgs. 154/2013*, cit., p. 118 ss.

⁴⁸ V. anche *retro*, paragrafo 2. Sul punto, per tutti, PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 578 ss.; e, dopo la riforma, CARUSI, *La filiazione fuori dal matrimonio nel diritto italiano*, cit., p. 385 ss.

⁴⁹ V., di recente, Corte cost., 23 novembre 2000, n. 532, cit.

si è eliminato ogni riferimento alla natura matrimoniale della filiazione contenuto nei precedenti artt. 565 ss. c.c., riconoscendo così espressamente il reciproco diritto del figlio e dei parenti del genitore, che ha effettuato il riconoscimento o che è stato dichiarato come tale, a partecipare *ab intestato* alle rispettive successioni⁵⁰.

Si tratta di un orientamento che privilegia la persona rispetto alla famiglia e che si giustifica nei limiti in cui la tutela di quest'ultima non è strumento di tutela della prima. Di conseguenza, si è interpretato restrittivamente il limite dei diritti dei membri della famiglia legittima, posto dall'art. 30 Cost., in relazione alla parificazione dei figli non matrimoniali. Del resto, come abbiamo avuto modo di rilevare⁵¹, la legislazione attuale, anche a livello europeo, è fortemente orientata verso ciò che abbiamo definito come «individualismo dello *status*», cioè a dire quel fenomeno che privilegia, nell'ambito del gruppo, i rapporti tra i singoli e le situazioni giuridiche a loro facenti capo, e come tali le tutela: così, ad esempio, si parla di diritto alla genitorialità del genitore, o di diritto alla bigenitorialità del figlio, di diritto di quest'ultimo ad intrattenere rapporti con gli ascendenti e viceversa, ecc., e tutto ciò a prescindere dall'appartenenza o meno dei titolari di dette situazioni giuridiche soggettive ad un dato nucleo familiare.

Per di più, si è correttamente sottolineato che la tutela costituzionale della famiglia legittima ha un senso soltanto se riferita all'unità affettiva tra i membri che la compongono⁵². E detto profilo non può essere confuso con quello squisitamente patrimoniale-successorio, in merito al quale non si giustifica alcuna discriminazione tra parenti.

Riguardo ai figli adottivi, in base agli artt. 5 ss., l. adozione, questi acquistano lo stato di figli matrimoniali degli adottanti, e la rilevanza dello *status* si estende, oltre che ai parenti in linea retta dei genitori adottivi, anche a quelli in linea collaterale. Agli effetti

⁵⁰ Sul punto, BARBA, *Principi successori del figlio nato fuori del matrimonio e problemi di diritto transitorio*, cit., p. 2506; A. ARDIZZONE, *Rapporto di parentela e profili successori alla luce della riforma sulla filiazione*, in *Jus civile*, 2014, p. 513 ss., spec. p. 518 ss.

⁵¹ *Retro*, paragrafo 2.

⁵² Cfr. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 584; v. anche *retro*, paragrafo 2 e *infra*, paragrafo 6.

successori, di conseguenza, essi partecipano alla successione di tutti i parenti, non essendo applicabile nella fattispecie, come detto, il co. 2 dell'art. 567 c.c. Inoltre, l'adottato acquista il diritto a succedere all'adottante premorto, quando l'adozione sia disposta su istanza dell'altro coniuge nei confronti di entrambi, con effetto, per il coniuge deceduto, dalla data della morte.

Pertanto, il co. 2 dell'art. 567 c.c., che esclude l'adottato dalla successione dei parenti dell'adottante, va applicato soltanto all'adozione di persone maggiori di età e a quella di minori in casi particolari, prevista dagli artt. 44 ss., l. adozione⁵³. Infatti, in questo caso, il rapporto civile tra adottato e adottante non è equiparato allo *status* di filiazione matrimoniale.

Infine, va sottolineato che l'adozione produce i suoi effetti dalla data del provvedimento del Tribunale che la dispone e, nell'ipotesi in cui l'adottante muoia dopo la prestazione del consenso e prima dell'emanazione del predetto provvedimento, si ammette la retroattività degli effetti al momento della morte.

In ogni caso, la vocazione dei figli, siano essi matrimoniali, nati fuori del matrimonio o adottivi, non è esclusa da quella di alcun altro successibile. Essi eliminano quella di tutti gli altri successibili e concorrono solamente con il coniuge. In quest'ultimo caso, se vi è un solo figlio, questi ha diritto alla metà; se sono di più, ai due terzi dell'eredità. In mancanza del coniuge, invece, l'eredità va devoluta per l'intero all'unico figlio matrimoniale o non, e se vi sono più figli questi succedono in parti uguali⁵⁴.

Ma il legislatore del 2012-2013 ha fortemente inciso anche nei rapporti del figlio con gli ascendenti.

Infatti, anteriormente, la successione dei genitori legittimi era disciplinata dall'art. 568 c.c., mentre quella dei genitori naturali dai successivi artt. 578 e 579 c.c., che tenevano conto dell'avvenuto

⁵³ Cfr. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione legittima*, cit., p. 69; più di recente, SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, cit., spec. pp. 14 e 16 s.

⁵⁴ Cfr. CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, cit., p. 492 s.; e, più di recente, PALAZZO - SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, cit., spec. p. 451 ss.

accertamento della genitorialità e dell'eventuale legittimazione del figlio.

Ancora più complessa era la situazione riguardo agli altri ascendenti diversi dai genitori, poiché si discuteva sull'applicabilità dell'art. 569 c.c. ai figli nati fuori del matrimonio.

Secondo taluni⁵⁵ essa era compresa nella vocazione prevista dalla citata norma, dato che quest'ultimo non specificava a quali ascendenti si riferisse, e che il riconoscimento o la dichiarazione giudiziale del figlio naturale istituiva un rapporto di parentela tra costui e gli ascendenti. Sempre secondo questa teoria, la norma andava letta in base a quanto disponeva l'art. 578 c.c., nel senso che non si potesse avere vocazione senza parentela naturale, instaurata dal riconoscimento o dalla dichiarazione giudiziale, oppure senza che vi fosse stata legittimazione.

Viceversa, altra parte della dottrina⁵⁶ riteneva questa tesi non persuasiva, sulla base dell'art. 258 c.c., il quale limitava gli effetti del riconoscimento al genitore che l'aveva compiuto, e in relazione alla mancata menzione degli ascendenti ulteriori negli artt. 578 e 579 c.c., che prevedevano il caso di morte di un figlio naturale.

Tutti questi problemi risultano superati dall'attuale disciplina normativa, che ha uniformato la regolamentazione riguardo ai genitori, abrogando gli artt. 578 e 579 c.c. Inoltre, attraverso l'eliminazione di ogni riferimento alla matrimonialità del figlio compiuto dal precedente art. 565 e l'estensione *ex lege* del rapporto di parentela ai figli non matrimoniali *ex artt. 74 e 258 c.c.*, ha consentito di superare le incertezze della dottrina in merito all'applicabilità o meno del citato art. 569 anche alla filiazione non matrimoniale⁵⁷.

Per quanto concerne il secondo profilo, concernente l'abrogazione della commutazione, con l'ultima riforma si è provveduto all'eliminazione di detta facoltà, che spettava sia nella successione dei legittimari che in quella intestata, atteso il rinvio operato dal precedente art. 566, co. 2, c.c., all'art. 537, co. 3, c.c.,

⁵⁵ Cfr. CARRARO, *La vocazione legittima alla successione*, cit., p. 168.

⁵⁶ Cfr. CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, cit., p. 497.

⁵⁷ Cfr. DE RIENZI, *Le categorie di successibili*, cit., p. 917 s.

abrogato dal d.lgs. n. 154/2013⁵⁸. Con essa si attribuiva ai figli matrimoniali la possibilità di liquidare in danaro o in beni immobili ereditari la porzione spettante ai figli nati fuori del matrimonio, estromettendoli in questo modo dalla comunione ereditaria⁵⁹.

Il carattere anacronistico della disposizione – sulla cui legittimità costituzionale la Consulta si è sempre pronunciata favorevolmente⁶⁰, argomentando essenzialmente sull'appartenenza al legislatore ordinario del vaglio di «compatibilità» della tutela dei figli nati fuori dal matrimonio rispetto ai diritti dei membri della famiglia legittima (art. 30, co. 3, Cost.) – è stato più volte sottolineato in dottrina⁶¹, per cui, opportunamente, essa è stata abrogata.

⁵⁸ Per un primo commento, anteriore all'emanazione del citato d.lgs., R.D. COGLIANDRO, *Diritti successori e commutazione*, in CIPPITANI - STEFANELLI (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione*, cit., p. 261 ss.; ora, più ampiamente, G. GIACOBBE, *Il diritto di commutazione della quota ereditaria dei figli naturali*, in BIANCA (a cura di), *La riforma della filiazione*, cit., p. 895 ss.

⁵⁹ Il principio non era prerogativa del solo ordinamento italiano: così la legislazione tedesca, prevedeva che un figlio nato fuori del matrimonio dopo il 1° luglio 1949 aveva diritto al versamento di una somma compensativa della sua quota di successione (*Erbersatzanspruch*) da parte degli eredi, con eccezione dei figli nati prima di detta data i quali, ai sensi dell'art. 12, par. 10, al. 2, prima frase, della legge fondamentale, erano totalmente esclusi dalla successione legale e non disponevano di alcun diritto al versamento di una somma compensativa.

⁶⁰ Da ultimo, Corte cost., 18 dicembre 2009, n. 335, in *Giur. it.*, 2010, p. 784, con nota di C. SGOBBO, *Il diritto di commutazione nel rispetto del principio di eguaglianza e del divieto di differenziazioni basate su condizioni personali e sociali*; in *Foro it.*, I, 2010, p. 2983; in *Corr. giur.*, 2010, p. 899, con nota di M.R. SAN GIORGIO, *Il criterio della «compatibilità» della tutela dei figli naturali con i diritti della famiglia legittima nelle successioni ereditarie*; commentata da C. MAZZÙ, *Il diritto civile all'alba del terzo millennio*, Torino, 2011, p. 76 ss.

⁶¹ Cfr. almeno PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 604; MAZZÙ, *Il diritto civile all'alba del terzo millennio*, cit., p. 76 ss., osserva che «la sentenza in esame (Corte cost., 18 dicembre 2009, n. 335, cit.) rappresenta un esempio di scuola della capacità di resistenza di regole contenenti forme di diritto diseguale grazie al rinvio a principi generali o concetti-valvola, che ne consentono l'attualizzazione nell'ordinamento e la sincronia col mutato assetto dei rapporti e con l'evoluzione delle concezioni sociali»; cfr. altresì, BERNARDINI DE PACE, *La navigazione della legge 219/2012 tra scogli e nuovi orizzonti*, cit., p. 37 s., che parla di istituto «altamente discriminatorio». Sul punto, ampiamente, S. STEFANELLI, in PALAZZO - SASSI,

L'opzione è stata criticata sul presupposto dell'opportunità di mantenere l'istituto della commutazione, proprio in virtù di quanto dispone il citato art. 30, co. 3, e, quindi, della compatibilità della tutela del figlio non matrimoniale con i diritti degli appartenenti alla famiglia legittima⁶². Ci sembra però che la scelta operata dal legislatore della riforma sia corretta e pienamente coerente con il dettato costituzionale nell'interpretazione indicata dalla dottrina più moderna, che – come si è ricordato all'inizio del presente paragrafo – ha giustamente riferito la tutela della famiglia all'unità affettiva tra i membri che la compongono, evitando così di creare disparità sul piano economico-patrimoniale, viceversa non giustificabili⁶³. Difatti, si è legittimamente optato per l'abrogazione di un istituto che, sebbene considerato compatibile con i dettami costituzionali, si sarebbe posto in contrasto: *a)* con i principi ispiratori della riforma, tesa all'equiparazione dei figli; *b)* con la tendenza all'individualizzazione dello *status* presente a livello nazionale ed europeo, cui in precedenza s'è fatto cenno, che realizza appieno la tutela delle situazioni intersoggettive indipendentemente dall'appartenenza ad un gruppo familiare, consentendo così di superare quella contrapposizione tra *status* e contratto, attraverso l'attuazione da parte del sistema dei diritti fondamentali della persona in via obbligatoria e vincolante, a prescindere dal ricorso ad atti di autonomia privata, per loro natura deputati alla produzione di effetti patrimoniali⁶⁴.

Diversamente, altri hanno disapprovato la scelta legislativa di cancellare la commutazione, sostenendo che essa: *a)* non incideva sull'aspetto quantitativo della legittima ma soltanto su quello qualitativo, in linea con i poteri attribuiti al *de cuius* attraverso la divisione del testatore o le norme da questi dettate per la divisione *ex*

Trattato della successione e dei negozi successori, 1, *Categorie e specie della successione*, cit., p. 47 ss.

⁶² Cfr. G. BONILINI, *L'abrogazione della norma concernente il diritto di commutazione*, in *Fam. e dir.*, 2014, p. 517 ss.; ma cfr., in contrario, i rilievi di SCHIAVONE, *Status di filiazione, nuovo concetto di parentela ed effetti successori*, cit., spec. p. 524 s.; e di GIACOBBE, *Il diritto di commutazione della quota ereditaria dei figli naturali*, cit., p. 900 s.

⁶³ Cfr. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 584.

⁶⁴ V. *retro*, paragrafo 2.

artt. 733 e 734 c.c.; *b*) costituiva uno strumento per preservare l'unità del patrimonio familiare, particolarmente utile in presenza di attività imprenditoriale⁶⁵. Tuttavia, *sub a*) si è ampiamente dimostrato che il potere per l'ereditando di incidere sulla qualità delle devoluzioni deriva dall'attuazione del proprio interesse di natura liberale alla prosecuzione dei rapporti a lui facenti capo, interesse che gli consente di vincolare non solo i destinatari delle devoluzioni, ma anche altri soggetti (financo il giudice investito della controversia divisoria), e che non può essere certo riferito dalla legge ad alcuni soltanto dei predetti destinatari, creandosi altrimenti una evidente e non giustificata disparità di trattamento tra gli stessi, titolari di analoghi interessi⁶⁶. *Sub b*) l'ereditando per soddisfare il proprio interesse non patrimoniale alla preservazione dell'unità aziendale o delle partecipazioni sociali, può utilizzare gli strumenti *mortis causa* di cui ai citati artt. 733 o 734 c.c. o quelli più propriamente attributivi (*institutio ex re certa* o fascio di legati)⁶⁷, ovvero negozi successori anticipatori, tra i quali il patto di famiglia consente la stabilità delle attribuzioni⁶⁸, mentre analogo potere in tal senso non può essere attribuito ad alcuni soltanto dei successibili in virtù delle caratteristiche dello *status* che li lega al *de cuius*, senza creare, anche in questo caso, una evidente e non giustificata disparità di trattamento tra gli stessi.

⁶⁵ Cfr. MAGNANI, *Il principio di unicità dello stato giuridico di figlio*, cit., pp. 649 s. e 653 ss.

⁶⁶ Cfr. A. SASSI, *Divisione del testatore e stabilità delle assegnazioni*, in *Vita notarile*, 2012, p. 699 ss.; PALAZZO - SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, cit., spec. pp. 4 ss., 294 ss. e 518 ss.

⁶⁷ Cfr. ancora SASSI, *Divisione del testatore e stabilità delle assegnazioni*, cit., spec. 702 ss.; PALAZZO - SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, cit., p. 154 ss.

⁶⁸ Sui predetti strumenti cfr., di recente, la pregevole analisi di S.P. CERRI, *Negozi successori e trasmissione dell'impresa*, Padova, 2014, spec. pp. 41 ss. e 113 ss.; in precedenza, F. SCAGLIONE - S.P. CERRI, in PALAZZO - SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 2, *Negozi successori anticipatori*, cit., p. 649 ss.

6. *Parentela collaterale e consanguineità*. – Come si è accennato⁶⁹, con l'ultima riforma il legislatore ha espressamente riconosciuto la rilevanza giuridica del vincolo tra il figlio non matrimoniale e i parenti (e quindi anche gli eventuali affini) del genitore, determinando così una modifica delle categorie di successibili e dei relativi ordini. La modifica è stata recepita e attuata nel decreto delegato (d.lgs. n. 154/2013), che ha eliminato ogni riferimento alla «legittimità» della parentela, contenuto, in particolare, nel testo previgente degli artt. 565 e 582 c.c.

Il riconoscimento esplicito della parentela non matrimoniale ha esteso l'ambito di applicazione della successione legittima a categorie che prima, almeno secondo l'orientamento maggioritario, ne erano escluse, con conseguente ridefinizione dei rapporti successori parentali con specifico riferimento alla linea collaterale.

In particolare, partecipano alla successione i seguenti soggetti: 1) parenti di 2° grado: fratelli e sorelle; 2) parenti di 3° grado: *a*) figli di fratelli e sorelle (nipoti); *b*) zii (fratelli e sorelle del genitore); 3) parenti di 4° grado: *a*) figli di nipoti; *b*) cugini primi (figli di zii); *c*) prozii (fratelli e sorelle dei nonni); parenti di 5° grado: *a*) cugini secondi (figli di cugini primi); *b*) figli di prozii; parenti di 6° grado: pronipoti (figli dei figli dei prozii)⁷⁰.

Viceversa, il precedente assetto, che vedeva chiamati alla successione i parenti legittimi oltre ai fratelli e le sorelle naturali, ma soltanto immediatamente prima dello Stato, era stato determinato dagli interventi del giudice delle leggi⁷¹, che, tuttavia, continuava a distinguere tra parentela e consanguineità, creando così un'ulteriore classe di chiamati e determinando, come ricordato, una disparità di trattamento non giustificata, né sulla base del dettato costituzionale

⁶⁹ *Retro*, paragrafo 4.

⁷⁰ Cfr. MAGNANI, *Il principio di unicità dello stato giuridico di figlio*, cit., p. 659; esempi pratici, rappresentati prima e dopo la novella, si rinvengono in TODESCHINI PREMUDA, *Diritto ereditario e casistica notarile prima e dopo la L. 219/2012 e il D.Lgs. 154/2013*, cit., p. 114 ss.

⁷¹ V., in particolare, Corte cost., 12 aprile 1990, n. 184, in *Rass. dir. civ.*, 1991, p. 422, con nota di F. PROSPERI, *L'incerto incedere della Corte costituzionale nei confronti della parentela naturale*; Corte cost., 23 novembre 2000, n. 532, cit.

(art. 30), né con riferimento alla disciplina del codice civile (spec. artt. 74 e 258, anche nella loro precedente formulazione)⁷².

Soltanto la Cassazione, in recenti provvedimenti, aveva compreso l'infondatezza di tale distinzione, dando ingresso alla possibilità di riconoscere gli effetti giuridici della parentela naturale pur nel vigore della precedente normativa, in riferimento al combinato disposto degli artt. 74 e 258 c.c.⁷³.

Al contrario, la giurisprudenza costituzionale ha sempre mostrato chiusura sul piano dei rapporti tra il figlio e i parenti del genitore naturale, che venivano tradizionalmente esclusi sul presupposto che l'art. 30 Cost. tutela in via diretta il figlio nei confronti del genitore, mentre riguardo a rapporti con i parenti di questo si pone come «norma ispiratrice» di un orientamento

⁷² Sul punto, ampiamente, PALAZZO - SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, cit., spec. pp. 55 ss. e 425 ss.; con riferimento anche alla novità introdotte con l. n. 219/2012, PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 578 ss.

⁷³ V. Cass., 6 ottobre 2006, n. 21628, in *leggiditalia.it*, che osserva, in particolare, come il giudice di legittimità che la Consulta, nel respingere l'eccezione d'incostituzionalità dell'art. 565 c.c., ha ritenuto legittima l'interpretazione della norma, secondo cui nella previsione dei parenti dovrebbero ritenersi esclusi quelli naturali, ma non ha in alcun modo valutato l'alternativa interpretazione della stessa norma fondata sull'inequivoco disposto dell'art. 74 c.c. – in base al quale sono parenti coloro che discendono dallo stesso stipite – non limitato dal dettato dell'art. 258 c.c., che mira a escludere non il rapporto parentale con la famiglia del genitore, ma solo che gli effetti del riconoscimento si estendano da un genitore a un altro, mentre le singole disposizioni, secondo cui i figli nati fuori del matrimonio sono equiparati ai matrimoniali, vanno considerate come la conferma del suddetto principio, che è del resto rispondente a quelli costituzionali di uguaglianza e di difesa della filiazione non matrimoniale. Ma v., in precedenza, Cass., 9 settembre 1997, n. 8746, in *Vita notarile*, 1998, p. 243, secondo cui se il figlio non matrimoniale muore senza lasciare prole né coniuge e senza aver redatto testamento, il genitore che ha effettuato il riconoscimento è l'unico erede, restando escluso il concorso degli altri parenti, senza che detta esclusione si ponga in contrasto con i parametri offerti dagli artt. 3, 29 e 30 Cost., siccome non determinata da un irrazionale trattamento peggiore fatto alla famiglia naturale bensì dalla discrezionale scelta legislativa di accordare nell'ambito di questa un privilegio al genitore, in relazione al riconoscimento del vincolo di sangue.

legislativo a favore del figlio stesso⁷⁴. E ciò nonostante il rapporto di filiazione non matrimoniale rilevasse (a fini patrimoniali) anche nei confronti di soggetti terzi, in virtù della trascrivibilità e conseguente opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare *ex art. 155 quater c.c.* (il cui contenuto corrisponde all'attuale art. 337 *sexies*).

Le differenze in relazione alla filiazione fuori del matrimonio – che a tutt'oggi in parte permangono soprattutto in relazione ai titoli costitutivi e alle azioni di stato⁷⁵ – sono conseguenza, oltre che nel tradizionale disfavore verso la prole naturale che pervadeva l'impianto originario del codice civile del 1942 e che ha pesato, pur se in misura minore, sulla formulazione della Costituzione⁷⁶, anche dalle circostanze della costituzione del rapporto di filiazione che possono determinare effetti differenti, non operando il sistema di matrimonialità che estende le conseguenze della dichiarazione di nascita al coniuge⁷⁷.

In realtà, come la dottrina ha ampiamente dimostrato⁷⁸, anche prima dell'ultima riforma, l'impianto normativo non consentiva di pervenire ad una negazione dell'esistenza di un rapporto giuridico tra il figlio e i parenti del genitore naturale. Anzi, un'interpretazione adeguatrice alla costituzione (artt. 3 e 30) delle norme del codice civile imponeva di giungere a un risultato opposto.

Infatti, nessuna delle norme sulla parentela (artt. 74-76 c.c.) presupponeva un modello di famiglia in seno alla quale ricondurre le due linee, né il matrimonio veniva individuato come momento determinante per l'origine della discendenza; al contrario, era soltanto

⁷⁴ Così Corte cost., 12 aprile 1990, n. 184, cit.; v., tra le altre, Corte cost., 7 novembre 1994, n. 377, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 84; Corte cost., 23 novembre 2000, n. 532, cit.

⁷⁵ Sul profilo, SASSI - SCAGLIONE - STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. pp. 29 ss., 221 ss. e 351 ss.

⁷⁶ Così Corte cost., 3 luglio 2000, n. 250, in *Foro it.*, I, 2000, p. 1099.

⁷⁷ Cfr. SASSI - SCAGLIONE - STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. pp. 32 ss. e 341 ss.

⁷⁸ Cfr. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 578 ss.; e sotto il profilo successorio PALAZZO - SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, I, *Categorie e specie della successione*, cit., pp. 55 ss. e 425 ss.

lo stipite comune l'origine della discendenza e del collegamento tra le diverse discendenze da esso, che costituisce la collateralità.

Allo stesso modo, la precedente formulazione dell'art. 258 c.c. non autorizzava a pervenire a conclusioni difformi. La prima parte del primo comma della norma affermava la regola secondo cui «il riconoscimento non produce effetti che riguardo al genitore da cui fu fatto». La seconda parte recitava «salvo i casi previsti dalla legge». È quest'ultimo inciso («salvo i casi previsti dalla legge») che si riferiva anche alla rilevanza giuridica della parentela naturale: si trattava dell'impedimento a contrarre matrimonio (art. 87, commi 1 e 3, c.c.), dell'obbligo alimentare (art. 433 c.c.), del diritto di rappresentazione (art. 467 c.c.), della successione legittima degli ascendenti (art. 569 c.c.) e dei fratelli e delle sorelle (art. 570 c.c.), dell'obbligo di collazione (art. 737 c.c.)⁷⁹.

La Corte costituzionale aveva seguito una diversa interpretazione, secondo la quale l'art. 258 c.c. nel testo previgente avrebbe prescritto l'irrilevanza della parentela naturale, per «la differenza che c'è tra la situazione delle persone tra le quali esiste un rapporto di consanguineità e quella in cui i soggetti sono legati anche dal vincolo di una vera e propria parentela»⁸⁰. Ma questa interpretazione si basava sull'equivoco della distinzione tra semplice consanguineità e non parentela tra il figlio riconosciuto e i parenti del genitore, con la conseguenza che i parenti naturali non andavano

⁷⁹ Sul punto, PALAZZO - SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, I, *Categorie e specie della successione*, cit., p. 431.

⁸⁰ V. Corte cost., 23 novembre 2000, n. 532, cit.; v. anche Corte cost., 12 maggio 1977, n. 76, in *Foro it.*, I, 1977, p. 1346; Corte cost., 2 giugno 1977, n. 99, in *leggiditalia.it*; Corte cost., 4 luglio 1979, n. 55, in *Giur. it.*, I, 1979, p. 1579 e *ivi*, I, 1980, p. 1222, con nota di G. FERRANDO, *La successione tra fratelli naturali nuovamente all'esame della Corte costituzionale*; in *Vita notarile*, 1979, p. 576; in *Foro it.*, I, 1979, p. 1941 e *ivi*, I, 1980, p. 908, con nota di M. DOGLIOTTI, *La Corte costituzionale estende il rapporto di parentela naturale*; in *Dir. fam. pers.*, 1979, p. 1043, con nota di A. SCALISI, «Principio e parità» e *successione tra collaterali*; in *Nuove leggi civ. comm.*, 1980, p. 184, con nota di L. MENGONI, *Successione legittima dei fratelli naturali*; Corte cost., 24 marzo 1988, n. 363, in *Giur. cost.*, 1988, p. 1500; in *Dir. fam. pers.*, 1988, p. 1201.

considerati parenti, sebbene l'art. 74 c.c. definiva la parentela come discendenza dallo stipite⁸¹.

È opportuno brevemente ricordare i vari interventi della Corte che si sono succeduti e hanno dichiarato incostituzionale l'art. 565 c.c. nel testo previgente.

In pratica, il primo intervento del giudice delle leggi⁸² ha avuto come conseguenza quella di introdurre una nuova categoria di successibili, quelli dei fratelli e delle sorelle naturali, dopo i parenti e prima dello Stato. Così, però, si era esclusa la successione legittima tra figli nati fuori del matrimonio e figli matrimoniali, che sono pur sempre, tra di loro, fratelli naturali⁸³.

D'altra parte, anche in relazione all'art. 565 c.c. novellato dal legislatore del 1975, che pure era nella sostanza rimasto invariato rispetto al testo originario, ma, in quanto «norma nuova», non toccato dal precedente giudicato, la Corte⁸⁴ ha reiterato la dichiarazione di

⁸¹ Cfr. BIANCA, *I parenti naturali non sono parenti?*, cit., p. 591 ss.; DELLA CASA, *La vocazione a succedere dei parenti naturali tra garanzie costituzionali e normativa codicistica*, cit., p. 502.

⁸² V. Corte cost., 4 luglio 1979, n. 55, cit.

⁸³ Cfr. L. MENGONI, *Sentenze d'un anno. Successioni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, p. 1308 s. Una dottrina aveva censurato l'applicazione dell'art. 30 Cost., giacché questa norma si riferisce ai figli in quanto tali e non in quanto parenti di persone diverse dai genitori (CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, cit., p. 500 s.); altra, pur approvando i principi ispiratori della decisione, non si spiegava perché fratelli e sorelle naturali dovrebbero essere confinati in un ultimo, non previsto, ordine successorio (C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2, *La famiglia. Le successioni*, 1^a ed., Milano, 1981, p. 22); altra ancora aveva ritenuto che la Corte avesse oltrepassato il limite della propria competenza istituzionale, avendo violato la riserva di legge per la disciplina della successione legittima sancita dall'art. 42, co. 4, Cost. (A. TRABUCCHI, C. CARRERI, *Successione legittima*, in *Noviss. Dig. it., App.*, VII, Torino, 1979, p. 625); infine, prendendo le mosse dal diritto di rappresentazione, altro autore aveva evidenziato che, se si dà rilevanza a un rapporto di parentela naturale in linea collaterale di terzo grado (figlio non matrimoniale del fratello legittimo), non è giustificata l'esclusione dello stesso rapporto di secondo grado (E. PEREGO, *La rappresentazione*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, 5, 1^a ed., Torino, 1982, p. 104).

⁸⁴ V. Corte cost., 12 aprile 1990, n. 184, cit. Secondo BIANCA, *I parenti naturali non sono parenti?*, loc. cit., l'arbitrio è evidente: «Se vi sono ragioni che attestano l'incostituzionalità della esclusione di alcuni parenti (i fratelli) dalla successione, le stesse ragioni devono attestare l'incostituzionalità della esclusione

illegittimità, modificando la formula del dispositivo in modo tale da comprendere anche il diritto di successione tra figli non matrimoniali e figli matrimoniali di una stessa persona⁸⁵: quindi, per quanto la sentenza si fosse mossa nella traccia inaugurata dalla decisione precedente, vi si poteva scorgere un contenuto innovativo nella parte in cui si riconosceva che anche i figli matrimoniali del genitore, che aveva riconosciuto il figlio nato fuori del matrimonio, potevano pretendere l'eredità lasciata da quest'ultimo, in mancanza di successibili di cui agli artt. 578 e 579 c.c. Viceversa, la Corte confermava nella motivazione che il titolo a succedere dei fratelli e delle sorelle naturali era fondato sul vincolo di consanguineità, e non su un rapporto di parentela che li avrebbe inseriti nel sistema della successione legittima familiare.

Da tale impostazione conseguiva che i fratelli e le sorelle naturali costituivano una ulteriore classe di chiamati, distinta da tutte le altre⁸⁶.

La situazione non risultava mutata nemmeno a seguito della proposizione della questione di legittimità costituzionale dell'art. 565 c.c. in relazione alla parte in cui anteponeva ai fratelli e sorelle naturali del *de cuius* tutti i membri della famiglia legittima, per contrasto con gli artt. 3 e 30, co. 3, Cost.⁸⁷. La Corte, infatti, riteneva inammissibile la questione, che mirava a ottenere l'inserimento dei fratelli e sorelle naturali negli ordini successivi dei parenti, e motivava la sua decisione affermando come la modifica del sistema della

degli altri parenti naturali. La sentenza qui esaminata tenta di superare questa difficoltà affermando sbrigativamente che la "remota consanguineità" degli altri parenti non può essere posta sullo stesso piano dei fratelli naturali, "soggetti che rientrano in una ristretta comunità nucleare socialmente rilevante". Dunque: vi sono parenti (*recte*: consanguinei) più stretti e parenti (*recte*: consanguinei) meno stretti, e la Corte decide che quelli più stretti devono essere ammessi alla successione e quelli meno stretti, no».

⁸⁵ Cfr. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione legittima*, cit., p. 121.

⁸⁶ Cfr. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione legittima*, cit., p. 46 ss.

⁸⁷ V. App. Genova, 28 settembre 1993, in *Fam. e dir.*, 1994, p. 44, con nota di M. CASTELLO, *Sulla successione legittima tra fratelli e sorelle naturali*.

vocazione legittima coinvolgesse una valutazione complessa degli interessi in giuoco, appartenente alla discrezionalità legislativa⁸⁸.

Le difficoltà incontrate dalla giurisprudenza costituzionale nel contemperare la tutela del figlio naturale e quella della famiglia legittima, derivavano come si è visto da una interpretazione errata dell'art. 258 c.c. e da una visione ristretta dei limiti segnati dall'interesse della famiglia legittima, con specifico riferimento a quello dei figli, di cui all'art. 30, co. 3, Cost.

Come si è accennato⁸⁹, la tutela costituzionale della famiglia fondata sul matrimonio viene in considerazione tutte le volte che deve essere conservata l'unità affettiva tra i membri che la compongono, con particolare riguardo alla tutela dei figli matrimoniali. L'errore di fondo della Consulta è consistito nel confondere gli interessi affettivi (patrimonialmente neutri) con quelli di ordine patrimoniale. Infatti, la dottrina ha dimostrato che, mentre i primi vengono in considerazione quando sussiste la famiglia mononucleare, viceversa la mancanza di questa, con l'unità spirituale che la caratterizza, non giustifica la discriminazione a fini patrimoniali tra i parenti, il cui rapporto deriva anche in linea collaterale dal medesimo stipite (art. 74 ss. c.c.)⁹⁰.

Nella materia che ci occupa, pertanto, non aveva e non ha senso – come ritenuto dalla Corte costituzionale anche nell'ultima sentenza⁹¹ – distinguere tra parentela e consanguineità, isolando il rapporto che si instaura tra il genitore che ha provveduto al riconoscimento del figlio e il figlio stesso. Così lo si discrimina nei confronti dei figli concepiti in matrimonio proprio in quei casi di successione *mortis causa*, cioè a dire in rapporti patrimoniali, ove la sua tutela giuridica e sociale è assolutamente compatibile con gli interessi dei membri della famiglia legittima.

7. *Accertamento indiretto e assegno di mantenimento.* – Mentre l'accertamento diretto dello *status* di figlio, idoneo a costituire la

⁸⁸ V. Corte cost., 7 novembre 1994, n. 377, cit.

⁸⁹ *Retro*, paragrafi 2 e 5.

⁹⁰ Cfr. PALAZZO, *La filiazione*, cit., 584.

⁹¹ V. Corte cost., 23 novembre 2000, n. 532, cit.

titolarità formale secondo gli atti dello stato civile, attribuisce ai soggetti del rapporto e ai loro parenti reciproci diritti successori su di esso fondati, a prescindere dal compimento di atti liberali (*inter vivos* o *mortis causa*) da parte dell'ereditando, ciò non avviene nei casi di accertamento indiretto in cui, mancando il rapporto giuridico di filiazione, in difetto di attribuzioni liberali la successione avviene soltanto a favore del figlio biologico a seguito del riconoscimento del diritto all'assegno di cui agli artt. 580 e 594 c.c.⁹². Le due norme, pur riferendosi la prima alla successione intestata e la seconda a quella testamentaria, hanno ad oggetto il medesimo interesse e, quindi, la medesima situazione giuridica e, pertanto, vanno trattate unitariamente.

Le azioni *ex artt.* 580 e 594 c.c., al pari di quella prevista dall'art. 279 c.c., vanno qualificate come azioni di stato. Anch'esse, infatti, presuppongono comunque l'accertamento della genitorialità – sebbene compiuto in via incidentale – e attribuiscono al nato diritti sempre fondati sul fatto procreativo⁹³.

Questo è a nostro avviso un punto essenziale per attribuire corretto significato all'affermazione ricorrente in dottrina secondo cui il diritto all'assegno non è fondato sul rapporto giuridico di parentela ma sul fatto naturale della procreazione⁹⁴. Infatti, se è vero che

⁹² Sul tema, da ultimo, specificamente, TROIANO, *Diritto allo stato e figli «senza stato», ovvero i figli non riconoscibili dopo la riforma della filiazione*, cit., p. 223 ss.; A. SASSI, *Accertamento indiretto di stato e diritti successori nella riforma della filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, spec. p. 620 ss.

⁹³ Cfr., di recente, S. STEFANELLI, *Attribuzione di status e diritti del figlio incestuoso nell'ordinamento italiano*, in *Diritto e processo. Annuario giuridico dell'Università degli Studi di Perugia*, 2013, p. 337 ss., spec. p. 342 ss. (consultabile anche in *rivistadirittoeprocesso.eu*); SASSI - STEFANELLI, *Incapacità testamentarie*, cit., p. 89 ss.; TROIANO, *Diritto allo stato e figli «senza stato», ovvero i figli non riconoscibili dopo la riforma della filiazione*, cit., p. 225, nota n. 9. In giurisprudenza, Cass., 10 settembre 1990, n. 9308, in *Mass. Giur. it.*, 1990; Cass., 24 gennaio 1986, n. 467, in *Dir. fam. pers.*, 1986, p. 499; in *Foro it.*, I, 1987, p. 542. Sull'art. 279, si rinvia a SASSI - SCAGLIONE - STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 397 ss.

⁹⁴ Cfr. almeno MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione legittima*, cit., p. 135 ss.; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 435 s.; M. RONCHI, *I discendenti*, in *Tratt. succ. don. Bonilini*, III, Milano, 2009, p. 826; M.

l'accertamento indiretto della filiazione non è idoneo ad attribuire la titolarità dello stato e, quindi, a costituire rapporti giuridici di parentela, è pur vero che il fatto naturale della procreazione (seguito dalla nascita) costituisce – al pari delle altre fattispecie in cui l'accertamento avviene in maniera diretta e ha effetto costitutivo – un mero presupposto per l'azione di stato: in sostanza, non basta il fatto naturale della procreazione a costituire il rapporto giuridico e la titolarità della situazione soggettiva, ma è sempre necessario un atto di accertamento, sia pure con efficacia preclusiva di minimo grado, idoneo a costituire un peculiare *status* familiare⁹⁵. La qualificazione dell'accertamento incidentale della discendenza biologica come azione di stato deriva, quindi, non già dagli effetti che esso produce o dai caratteri processuali dell'azione, ma esclusivamente dai presupposti, che risultano analoghi a quelli dell'accertamento diretto.

Da tale inquadramento consegue che l'accertamento, compiuto *incidenter tantum* verso il genitore biologico ai soli fini della corresponsione dell'assegno a carico dei successori di questo, è pienamente compatibile con l'esistenza di un diverso *status* di filiazione, attributivo di diritti successori secondo le regole generali previste dal II Libro del codice civile⁹⁶.

Chiarito tale essenziale aspetto, si comprende in maniera più immediata la natura giuridica di diritto di legittima dell'assegno di cui agli artt. 580 e 594 c.c.

In proposito, la dottrina più moderna ha dimostrato che la posizione del titolare è assimilabile a quella degli altri legittimari, sottolineando che, nonostante la collocazione sistematica dell'art. 594 c.c. sia rimasta quella originaria del codice del 1942, cioè al di fuori

DOSSETTI, *Art. 580*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli, Delle successioni. 2. Artt. 565-712*, Torino, 2010, p. 77; R. GIAMPIETRAGLIA, *Art. 594*, *ivi*, p. 240.

⁹⁵ A queste conclusioni la migliore dottrina è arrivata da cinquant'anni: A. PALAZZO, *La filiazione fuori del matrimonio*, Milano, 1965, spec. p. 349; più di recente, ID., *La filiazione*, cit., p. 496 ss.; cfr. anche SASSI - STEFANELLI, *Incapacità testamentarie*, cit., spec. pp. 96 e 106 s.

⁹⁶ Concetti questi espressi da tempo in giurisprudenza: v. Cass., 28 agosto 1999, n. 9065, in *Vita notarile*, 1999, p. 1424.

delle norme sulla successione necessaria⁹⁷, la natura di diritto di legittima è dimostrata dalle sue caratteristiche: «si tratta, infatti, di un diritto che prevale sulla contraria volontà del defunto e trova, in ogni caso, fondamento sulla inderogabile solidarietà che, alla stregua della coscienza sociale, s'impone tra i più stretti congiunti»⁹⁸.

Detta impostazione è diretta conseguenza della qualificazione della tutela prevista dalle norme in esame in termini di azione di stato, sia pure con contenuto minimo. Essa è l'unica in grado di superare dubbi di costituzionalità in ordine alla disparità di trattamento dei figli e di dare attuazione al principio di equiparazione cui tende l'ultima riforma, pur non realizzandolo appieno.

Del resto, la tesi che negava la posizione di legittimario in capo al figlio sul presupposto che l'onere gravasse soltanto su eredi e legatari e non sui donatari⁹⁹, è stata superata, non soltanto sul piano sistematico, ma anche su quello letterale, visto che, già dalla riforma del 1975, l'art. 594 c.c. contempla espressamente quali obbligati i destinatari di liberalità.

Ciò posto, si tratta di stabilire la natura di tale diritto, anche in relazione alla situazione dei figli il cui stato risulti accertato in modo diretto.

⁹⁷ Sull'inopportunità e atecnicità di tale scelta, vieppiù dopo l'abrogazione dell'art. 593 c.c. ad opera della l. n. 151/1975, scelta peraltro confermata anche dal recente d.lgs. n. 154/2013, si rinvia a SASSI - STEFANELLI, *Incapacità testamentarie*, cit., pp. 57 e 85 ss.

⁹⁸ Così CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 436 s.; nello stesso senso, A. FINOCCHIARO - M. FINOCCHIARO, *Riforma del diritto di famiglia*, II, 2, Milano, 1976, p. 40; L. CARRARO, *Delle successioni testamentarie*, in *Comm. rif. dir. fam. Cian-Oppo-Trabucchi*, V, Padova, 1992, p. 182; PARADISO, *Status di filiazione e diritti successori nella riforma*, cit., p. 245 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.2, *Le successioni*, 5^a ed., Milano, 2015, p. 189; SASSI - STEFANELLI, *Incapacità testamentarie*, cit., p. 100 ss., spec. p. 102 ss.

⁹⁹ Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dei legittimari*, in *Comm. cod. civ. d'Amelio*, II, Firenze, 1941, p. 278; A. CICU, *Le successioni*, Milano, 1947, p. 187; C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, I, 2^a ed., Milano, rist. 1964, p. 337; così, successivamente alla riforma del 1975, anche Giu. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, p. 242; e, recentemente, A.A. CARRABBA, *Le vocazioni anomale nel codice civile*, in *Riv. notariato*, 2007, p. 1045 ss., in considerazione delle modalità previste per la determinazione dell'assegno.

La dottrina dominante e la giurisprudenza riconducono la fattispecie in esame alla figura del legato *ex lege*, in analogia con i diritti spettanti al coniuge di uso e abitazione *ex artt. 540 c.c.* e con l'assegno al coniuge separato con addebito di cui al successivo art. 548¹⁰⁰.

In realtà, tale costruzione non è convincente per più ordini di motivi¹⁰¹.

A) Anzitutto, i legati *ex lege* a favore del coniuge presuppongono l'esistenza dello *status* costituito con l'atto di

¹⁰⁰ Per la dottrina cfr. almeno, riguardo al testo previgente alla riforma del 1975, SANTORO-PASSARELLI, *Dei legittimari*, cit., p. 278 ss.; più di recente, CALDERONE, *Della successione legittima e dei legittimari*, cit., p. 362; AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 76 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Delle successioni testamentarie*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, p. 184; ID., *La capacità di ricevere per testamento*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, 6, 2^a ed., Torino, 1997, p. 68 s.; CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, cit., p. 507 s.; MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione legittima*, cit., pp. 134 e 172; A. ALBANESE, *Art. 580*, in M. SESTA, *Codice della famiglia*, 1, Milano, 2007, p. 1702; ID., *Art. 594*, in M. SESTA, *Codice delle successioni e delle donazioni*, Milano, 2011, p. 1089; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 437; A. CHECCHINI, *Spunti critici in tema di devoluzione della chiamata*, in DONATI - GARILLI - MAZZARESE - SASSI (a cura di), *Diritto privato*, cit., 2, p. 190 s.; DOSSETTI, *Art. 580*, cit., p. 79; ID., *I diritti successori dei figli nati fuori del matrimonio privi di status di filiazione*, in BONILINI - CONFORTINI - MARICONDA (a cura di), *Codice delle successioni e donazioni*, cit., p. 605 s.; GIAMPIETRAGLIA, *Art. 594*, cit., p. 240; M. DI NARDO, *La filiazione non riconoscibile*, in G. COLLURA - L. LENTI - Man. MANTOVANI (a cura di), *Filiazione*, in *Tratt. Zatti*, II, 2^a ed., Milano, 2012, p. 605 ss.; SCHIAVONE, *Status di filiazione, nuovo concetto di parentela ed effetti successori*, cit., p. 530. La giurisprudenza ha qualificato la fattispecie essenzialmente in relazione all'applicabilità della rappresentazione al figlio non riconoscibile, ritenendo che la vocazione di costui sia esclusa dal fenomeno della rappresentazione testamentaria (ma non di quella operante nella successione legale) in forza del dettato dell'art. 467, co. 2, c.c.: v. Cass., 20 novembre 1952, n. 3073, in *Giur. it.*, I, 1953, p. 340; in *Foro it.*, I, 1953, p. 6; Cass., 2 agosto 1957, n. 3281, in *Mass. Giur. it.*, 1957; Cass., 25 ottobre 1969, n. 3498, in *Giust. civ.*, I, 1970, p. 1082; in *Foro it.*, I, 1970, p. 1991; Cass., 29 gennaio 1970, n. 187, in *Giust. civ.*, I, 1970, p. 703; Cass., 3 marzo 1975, n. 622, in *Mass. Giur. it.*, 1975.

¹⁰¹ Cfr. già PALAZZO, *La filiazione fuori del matrimonio*, cit., p. 349; e, da ultimo, SASSI, *Accertamento indiretto di stato e diritti successori nella riforma della filiazione*, cit., p. 629 ss.; per un quadro, SASSI - STEFANELLI, *Incapacità testamentarie*, cit., p. 106 ss.

matrimonio e risultante dai registri di stato civile, mentre nell'ipotesi in esame ciò manca e gli effetti costitutivi non si producono nemmeno in esito all'accoglimento dell'azione, avvenendo l'accertamento di *status* soltanto in via incidentale, al fine del riconoscimento dei diritti successori¹⁰².

B) Inoltre, la parificazione degli *status* cui tende il sistema attuale, con conseguente qualificazione dei diritti ereditari dei figli come diritti di legittima, comporta che alcuno tra essi non possa essere discriminato sotto il profilo della chiamata rispetto agli altri. Del resto, ai legittimari la legge riserva sempre una quota di eredità e il legato *ex lege* a favore del coniuge ai sensi dell'art. 540 c.c. costituisce aggiunta qualitativa (e quantitativa nella successione necessaria) ai diritti ad esso spettanti in qualità di erede legittimo o necessario¹⁰³. Fa eccezione l'assegno spettante al coniuge separato con addebito, per questo fatto escluso dal sistema dalla successione a titolo di eredità (artt. 548 e 585 c.c.), il cui diritto è peraltro legato al suo stato di bisogno (così come quello del divorziato *ex art. 9 bis*, l. n. 898/1970)¹⁰⁴.

C) Ancora, l'acquisto dei diritti successori di cui agli artt. 580 e 594 c.c. non si verifica automaticamente con l'apertura della successione (o a seguito di un fatto giuridico successivo: individuazione del bene, ecc.), come dovrebbe avvenire in caso di legato. Viceversa, esso presuppone un atto, giudiziale o negoziale, che accerta incidentalmente lo *status* e costituisce il diritto patrimoniale,

¹⁰² Cfr. già M. ALLARA, *La successione familiare suppletiva*, Torino, 1954, p. 173; PALAZZO, *La filiazione fuori del matrimonio*, cit., p. 349; più di recente, ID., *La filiazione*, cit., p. 496 ss.; cfr. inoltre G. TAMBURRINO, *Successione legittima*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1375 ss.; G. LISELLA, «I diritti dei figli privi di stato»: a proposito di un recente contributo, in *Rass. dir. civ.*, 1993, p. 368 ss., spec. p. 375 ss.; SASSI - STEFANELLI, *Incapacità testamentarie*, cit., p. 106.

¹⁰³ Sul punto, ampiamente PALAZZO - SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, cit., spec. pp. 41 ss. e 447 ss.

¹⁰⁴ Si rinvia a PALAZZO - SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, cit., spec. p. 440 ss., ove riguardo al coniuge separato si sottolinea che la funzione delle norme citate è quella di realizzare l'interesse del sistema all'esclusione del coniuge colpevole dal novero degli eredi.

poiché, in difetto, non esiste alcun diritto di credito a favore del figlio, mancando il rapporto giuridico su cui esso si fonda. In sostanza, la posizione del figlio biologico si presenta deteriore anche rispetto al legittimario pretermesso, il cui rapporto coniugale o parentale con il *de cuius* è già costituito, e che, pur non essendo titolare di diritti sui beni ereditari né rivestendo la qualità di erede, è legittimato ad esperire l'azione di riduzione proprio in virtù del costituito rapporto¹⁰⁵.

D) A ciò si aggiunga che, nel caso in cui il *de cuius* abbia disposto una liberalità a favore del figlio biologico, questi per ottenere l'assegno deve «rinunciare alla disposizione», conferendo il bene alla massa ereditaria secondo le regole della imputazione *ex se*¹⁰⁶. Ciò in quanto, al contrario dell'ipotesi di legato, ivi compreso quello in sostituzione di legittima¹⁰⁷, non v'è e non vi può essere rinuncia in

¹⁰⁵ Su tali problemi, PALAZZO - SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, cit., p. 518 ss.

¹⁰⁶ Cfr. SASSI - STEFANELLI, *Incapacità testamentarie*, cit., p. 108; in precedenza, L. CARRARO, *Assegno ai figli naturali non riconoscibili*, in *Comm. rif. dir. fam. Cian-Oppo-Trabucchi*, V, Padova, 1992, p. 186; C. SCOGNAMIGLIO, *La capacità di ricevere per testamento*, in *Tratt. succ. don. Bonilini*, II, Milano, 2009, p. 138.

¹⁰⁷ Anche nell'ipotesi di cui all'art. 551 c.c., infatti, la rinuncia dev'essere effettuata esplicitamente e preventivamente, poiché la legge esige «un atto autonomo di rinuncia al legato come condizione dell'azione di riduzione»: L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, 4^a ed., Milano, 2000, p. 119; PALAZZO - SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, cit., p. 553 s. In giurisprudenza, v. Cass., 15 luglio 1966, n. 1910, in *Foro pad.*, I, 1968, p. 27; Cass., 13 novembre 1979, n. 5893, in *Riv. notariato*, 1980, p. 570; Cass., 24 febbraio 1984, n. 1311, in *Mass. Giur. it.*, 1984; più di recente, Cass., 26 giugno 1990, n. 459, in *Giur. it.*, I, 1990, p. 1252, con nota di P. RAPONE, *In tema di legato in sostituzione di legittima*; in *Giust. civ.*, I, 1990, p. 1241; in *Vita notarile*, 1990, p. 167; in *Riv. notariato*, 1990, p. 1121; in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 1990, 667, con nota di F. ANSALONE, *Il legato in sostituzione di legittima: struttura e individuazione*; Cass., 14 aprile 1992, n. 4527, in *Riv. notariato*, 1992, p. 909.

senso tecnico, dato che il meccanismo si risolverebbe nella risoluzione del contratto di donazione per volontà di uno solo dei contraenti¹⁰⁸.

E) Infine, considerare legatario *ex lege* il figlio accertato incidentalmente come tale, non rispondendo egli dei debiti ereditari, significherebbe porlo in posizione peggiore rispetto agli altri legittimari e, in particolare, ai figli il cui *status* verso il genitore sia stato costituito e risulti dagli atti di stato civile, con evidente disparità di trattamento. L'attribuzione a titolo di legato *ex lege* in favore del coniuge si fonda sull'intento del legislatore di preservarlo nella situazione preesistente all'apertura della successione nell'ipotesi di cui all'art. 540 c.c. e di escluderlo dal novero degli eredi legittimi e necessari in quelle contemplate nei successivi artt. 548 e 585 c.c.¹⁰⁹, ma non trova giustificazione alcuna riguardo al figlio il cui *status* non sia stato costituito. Ciò è dimostrato dal tenore dell'art. 580 c.c., ove si prende a parametro, per il calcolo dell'assegno o la sua capitalizzazione, la quota alla quale il figlio avrebbe diritto se la filiazione fosse stata dichiarata o riconosciuta¹¹⁰.

Consegue che anche il figlio biologico partecipa all'eredità del genitore, ma la sua quota sul patrimonio ereditario è rappresentata dall'assegno in esame, calcolato secondo i criteri di cui al citato art. 580.

Dal mancato inquadramento della fattispecie in esame nella figura del legato *ex lege* deriva l'applicazione dell'istituto della rappresentazione, non configurandosi l'ipotesi di cui al co. 2 dell'art. 467 c.c.¹¹¹. Si è visto, infatti, che tale interpretazione è l'unica che

¹⁰⁸ Cfr. SASSI - STEFANELLI, *Incapacità testamentarie*, cit., spec. p. 108; in precedenza, cfr. almeno L. MENGONI, *Delle successioni legittime*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1985, p. 83.

¹⁰⁹ Su questi profili, PALAZZO - SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, cit., pp. 440 ss. e 446 ss.

¹¹⁰ Cfr., in particolare, A. CHECCHINI, *Diritti dei figli naturali non riconoscibili*, in *Comm. rif. dir. fam. Cian-Oppo-Trabucchi*, V, Padova, 1992, p. 139, secondo cui debbono calcolarsi anche debiti e legati, rispondendo il figlio anche di essi con la quota che gli spetterebbe se fosse riconosciuto.

¹¹¹ Cfr. già CHECCHINI, *Spunti critici in tema di devoluzione della chiamata*, cit., p. 189 ss., che, pur aderendo alla tesi del legato *ex lege*, ritiene che la norma in questione riguardi solo la successione testamentaria.

consente di superare dubbi di legittimità costituzionale, attraverso l'attribuzione del diritto all'assegno ai discendenti del figlio premorto al genitore biologico della cui successione si tratta, qualora essi non intendano promuovere azione *ex art. 269 c.c.* e, in questo modo, ottenere il titolo per la successione ai sensi del successivo art. 573¹¹².

La natura successoria dell'assegno comporta, in ogni caso, l'inapplicabilità della disciplina sugli alimenti. Pertanto, esso ha decorrenza dal giorno di apertura della successione, costituisce debito di valuta e può formare oggetto di rinuncia o transazione, di compensazione e di cessione¹¹³.

8. *Azione per il mantenimento.* – In relazione all'azione volta ad ottenere l'assegno di mantenimento a carico dei successori del genitore biologico, si pongono essenzialmente due questioni, relative: *a)* ai caratteri dell'azione; e *b)* alla legittimazione attiva e passiva, cioè a dire se possano agire tutti i figli che non abbiano la titolarità del rapporto, ovvero soltanto alcuni di essi e i soggetti obbligati alla corresponsione.

Per quanto concerne la prima questione, relativa ai caratteri dell'azione, va osservato che anch'essa presenta problemi di inquadramento sistematico, oltre che di carattere applicativo. Problemi non risolti, e anzi aggravati, dall'ultima riforma della filiazione, che ha lasciato sostanzialmente immutate le norme successorie di cui agli artt. 580 e 594 c.c., ma ha modificato il precedente art. 279, inserendo al co. 2 il riferimento all'autorizzazione *ex art. 251 c.c.* in luogo di quella originariamente prevista dell'art. 274, già dichiarato incostituzionale¹¹⁴.

¹¹² Cfr. SASSI - STEFANELLI, *Incapacità testamentarie*, cit., spec. pp. 93 ss. e 105 ss.

¹¹³ In questo senso cfr. almeno SANTORO-PASSARELLI, *Dei legittimari*, cit., p. 279; MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione legittima*, cit., p. 134 ss.; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 437.

¹¹⁴ Da Corte cost., 10 febbraio 2006, n. 50, cit.

In particolare, ci si domanda se essa sia tecnicamente inquadrabile nella riduzione ovvero sia un'azione differente, peculiare e specifica per l'attuazione dei diritti successori del figlio biologico.

Ci sembra che essa non possa essere qualificata come azione di riduzione per almeno tre ordini di motivi: *a)* la riduzione presuppone uno *status* costituito e quindi la titolarità di esso, trovando fondamento nel rapporto coniugale o parentale che lega il *de cuius* al successore, rapporto da cui deriva la sua posizione di legittimario; *b)* non è configurabile una lesione in senso tecnico «in quanto il concetto di lesione di legittima presuppone il diritto ad una porzione di beni o al valore corrispondente»¹¹⁵, mentre l'azione in esame, previo accertamento incidentale della discendenza biologica, è finalizzata unicamente alla costituzione di un rapporto di obbligazione, avente ad oggetto la prestazione di una somma di danaro, sebbene capitalizzabile, attraverso commutazione, anche in beni ereditari; *c)* la riduzione è volta all'inopponibilità delle disposizioni liberali verso il legittimario pretermesso o leso in vista dell'esperimento delle azioni di restituzione contro i beneficiari delle stesse o i loro aventi causa (artt. 561 ss. c.c.)¹¹⁶, finalità del tutto estranea al risultato che si consegue nella fattispecie in esame e, quindi, all'interesse da essa tutelato, rappresentato dall'ottenimento della mera rendita finanziaria o dalla sua capitalizzazione e non dalla partecipazione alla successione del genitore quale destinatario di beni ereditari.

È, quindi, preferibile ritenere che si tratti di un'azione obbligatoria peculiare, recuperatoria del diritto di credito rappresentato dall'assegno vitalizio, diritto fondato sull'accertamento incidentale della filiazione biologica e che attribuisce al titolare la qualità di erede.

Essa va considerata imprescrittibile riguardo al figlio per due ordini di ragioni: *a)* è diretta a far accertare la sua qualità di erede, in

¹¹⁵ Cfr. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*, cit., p. 173 ss.

¹¹⁶ Cfr. almeno SANTORO-PASSARELLI, *Dei legittimari*, cit., p. 310; MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*, cit., p. 232; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 517 ss.; BIANCA, *Diritto civile, 2.2, Le successioni*, cit., p. 190.

analogia a quanto dispone la prima parte dell'art. 533 c.c.; *b*) è azione di stato, poiché, sebbene il *petitum* abbia carattere patrimoniale (come, del resto, avviene in tutte le controversie successorie), il suo accoglimento presuppone l'accertamento della filiazione, e tali azioni sono nel sistema novellato tutte imprescrittibili riguardo al figlio.

Detti principi risultano a nostro avviso applicabili sia che si apra la successione legittima, sia che vi siano attribuzioni liberali, sia, infine, in presenza di concorso tra successione legittima e testamentaria. Ciò consente di trattare in unità una fattispecie che tutela sempre il medesimo interesse del figlio, evitando di introdurre elementi di distinzione tra l'ipotesi di cui all'art. 580 c.c. e quella contemplata nel successivo art. 594, elementi che non possono evidentemente fondarsi sul titolo con cui gli obbligati vengono alla successione senza creare un'indebita disparità di trattamento.

Consegue che, anche nel caso di disposizioni successorie attributive (*inter vivos* o *mortis causa*), non può ritenersi operante il termine di prescrizione decennale della riduzione¹¹⁷. Né può obiettarsi che in caso di disposizioni lesive la prescrizione vale per gli altri legittimari, poiché questi si trovano in una posizione differente e sono portatori di interessi affatto diversi. Come appena ricordato, la loro azione (di riduzione) si fonda su uno *status* già costituito, che li legittima a richiedere la quota loro riservata dei beni ereditari. Viceversa, nella fattispecie in esame l'accertamento dello *status* è coevo all'accoglimento delle istanze successorie del figlio biologico, rappresentandone il presupposto sostanziale e processuale nel medesimo giudizio. In altre parole, anteriormente non esiste alcun accertamento di stato e, quindi, non può decorrere alcun termine di prescrizione ad esso legato.

Queste considerazioni valgono anche nel caso in cui il figlio abbia ottenuto verso il genitore biologico il riconoscimento del diritto

¹¹⁷ Termine che secondo il recente orientamento della giurisprudenza decorre dall'accettazione dell'eredità da parte del destinatario delle disposizioni lesive: Cass., S.U., 25 ottobre 2004, n. 20644, in *Giur. it.*, 2005, p. 1605, con nota di A. BUCELLI, *Azione di riduzione e decorrenza della prescrizione: l'ultima parola delle Sezioni unite della Cassazione*; in *Giust. civ.*, I, 2005, p. 351, con nota di G. TEDESCO, *In tema di azione di riduzione e divisione fatta dal testatore*; in *Foro it.*, I, 2005, p. 1782.

di cui all'art. 279 c.c., in quanto si tratta di azione diversa, sebbene sempre fondata sull'accertamento della filiazione, avente oggetto e parti differenti, in cui detto accertamento, proprio perché incidentale, non è opponibile a soggetti che non hanno partecipato al giudizio¹¹⁸. Le attività compiute in detto processo, se dedotte e allegare nel rispetto del codice di rito, costituiscono un elemento di prova valutabile dal giudice del giudizio successorio, ma non lo vincolano, né sono opponibili *tout court* ai successori del genitore biologico. Così come l'accertamento incidentale compiuto in precedenza potrà costituire il fondamento dell'atto di autonomia privata con cui i successori stessi potrebbero riconoscere al figlio in via transattiva il diritto all'assegno, atto che, come si è visto, la giurisprudenza correttamente ritiene pienamente valido ed efficace¹¹⁹. Nell'uno e nell'altro caso, il titolo a partecipare alla successione è dato o dalla sentenza ottenuta *ex artt.* 580 e/o 594 c.c. verso i successori del padre biologico, o dall'atto di autonomia privata con cui il diritto all'assegno viene da questi spontaneamente riconosciuto, ma mai dal precedente accertamento compiuto ai sensi dell'art. 279 c.c.

Dalla piena autonomia delle due azioni deriva che il figlio biologico può agire per ottenere l'assegno a carico dei successori indipendentemente dalla titolarità del diritto *ex art.* 279 c.c. verso il defunto autore della procreazione. Infatti, il riferimento a tale disposizione contenuto negli artt. 580 e 594 c.c. concerne soltanto i presupposti per l'ottenimento dell'assegno, e non può certo costituire una condizione dell'azione verso i successori¹²⁰.

¹¹⁸ V., di recente, nell'ipotesi opposta di accertamento diretto, Cass., 16 gennaio 2012, n. 430, in *Fam. e dir.*, 2012, p. 304, che qualifica la sentenza di disconoscimento di paternità come sentenza costitutiva, opponibile con forza di giudicato *erga omnes*. Tanto più che, come si è visto (*retro*, paragrafo 4), anche a seguito di dichiarazione giudiziale, il figlio ha diritto all'eredità soltanto se la successione si apre durante il giudizio per l'accertamento della filiazione o se la sentenza è pronunciata in accoglimento di una domanda proposta, dopo la morte del genitore, contro i suoi eredi.

¹¹⁹ V. Cass., 9 giugno 1990, n. 5633, cit.; v. anche *retro*, paragrafo 3.

¹²⁰ Diversamente, A. DE RIENZI, *La nuova posizione dei legittimari nelle successioni legittime e testamentarie*, in BIANCA (a cura di), *La riforma della filiazione*, cit., p. 884, secondo il quale: «Da tale correlazione [tra le norme richiamate] si desume che, quale titolo di legittimazione per il diritto all'assegno

Ciò detto, restano da vedere gli effetti dell'accertamento incidentale della genitura biologica sulla divisione fatta dal testatore *ex art. 734 c.c.* e sul patto di famiglia stipulato dall'imprenditore e i potenziali legittimari ai sensi dei successivi artt. 768 *bis ss.*

In relazione alla prima, l'art. 735 c.c. ne dispone la nullità per il caso di preterizione di legittimario, con la conseguenza che ci si deve domandare se la sanzione sia operante anche a seguito dell'accoglimento dell'azione proposta dal figlio biologico.

La risposta dev'essere a nostro avviso negativa. Infatti, si è già avuto modo di osservare che, se è vero che il legittimario preterito consegue la quota di riserva e la stessa qualità di erede con l'azione di riduzione, deriva che la divisione testamentaria in cui egli è stato pretermesso è nulla soltanto se egli abbia agito in riduzione¹²¹. Ora, se per le conseguenze di cui all'art. 735 c.c. è necessario il vittorioso esperimento della riduzione, con conseguente partecipazione del legittimario alla comunione ereditaria¹²², è evidente che nella fattispecie in esame manca in radice il presupposto per l'applicazione della norma. Come più volte sottolineato, l'accoglimento dell'azione del figlio biologico ha come unico risultato l'attribuzione di una rendita finanziaria. Esso non produce né riduzione di disposizioni lesive, né acquisto di beni ereditari o di quota di essi, né, quindi, il

vitalizio, sia necessario aver ottenuto il diritto pieno di mantenimento, istruzione ed educazione».

¹²¹ Cfr. PALAZZO - SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, cit., spec. p. 521; in precedenza, MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*, cit., p. 74 s. E detta impostazione è pienamente condivisa dalla giurisprudenza, con orientamento costante, confermato anche recentemente, dalla fine degli anni Cinquanta: v. Cass., 15 marzo 1958, n. 867, in *Giust. civ.*, I, 1958, p. 1952; Cass., 6 ottobre 1972, n. 2780, *ivi*, I, 1973, p. 78; in *Giur. it.*, I, 1974, p. 826; Cass., 5 aprile 1990, n. 2809, in *Giust. civ.*, I, 1991, p. 2787, con nota di N. DI MAURO, *Legato in sostituzione di legittima e legato in conto di legittima*; Cass., 3 dicembre 1996, n. 10775, in *Riv. notariato*, 1997, p. 1302; Cass., 12 gennaio 1999, n. 251, in *Mass. Giur. it.*, 1999.

¹²² Sull'oggetto della comunione ereditaria cfr. l'ampia e puntuale analisi di L. BULLO, *Nomina et debita hereditaria ipso iure non dividuntur. Per una teoria della comunione ereditaria come comunione a mani riunite*, Padova, 2005, spec. p. 205 ss.; e G. AMADIO, *La divisione – Disposizioni generali*, in *Tratt. dir. civ. Lipari-Rescigno-Zoppini*, Milano, 2009, p. 258 s.

diritto a partecipare alla divisione dell'asse. Di conseguenza, la divisione fatta dal testatore rimane valida ed efficace, ma gli assegnatari saranno tenuti, in proporzione a quanto ricevuto (eventualmente insieme ad altri destinatari di attribuzioni liberali *inter vivos* o *mortis causa*), alla corresponsione dell'assegno in favore del figlio biologico.

Del pari e per le stesse ragioni va esclusa ogni incidenza dell'accertamento indiretto della filiazione sul patto di famiglia stipulato dall'imprenditore e i potenziali legittimari *ex art. 768 bis ss. c.c.* Infatti, dall'accertamento successivo della genitura biologica, proprio perché non si verifica devoluzione di quote o beni ereditari, non può in nessun caso derivare l'applicazione del rimedio di cui all'art. 768 *sexies c.c.*, che presuppone la salvaguardia di un diritto di legittima sull'asse ereditario¹²³.

Compite queste osservazioni di carattere preliminare sulle caratteristiche e sulla funzione dell'azione *ex artt. 580 e 594 c.c.*, occorre procedere all'individuazione dei soggetti legittimati, cominciando dalla legittimazione attiva che risulta essere il problema più spinoso.

Il legislatore, con d.lgs. n. 154/2013, è intervenuto riformulando l'art. 279 c.c. In particolare, al co. 2 è stato sostituito il richiamo ivi contenuto all'autorizzazione di cui al precedente art. 274, dichiarato incostituzionale, con il riferimento a quella prevista dall'art. 251 novellato, concernente la posizione del figlio parentale.

Secondo parte della dottrina¹²⁴, il legislatore ha inteso in questo modo ribadire la rilevanza nel sistema attuale dei diritti patrimoniali di cui agli artt. 279, 580 e 594 c.c. riguardo ai figli nati da parenti a cui è stata negata la costituzione dello *status* e, dunque, la titolarità di esso. Di conseguenza, le disposizioni citate riguarderebbero soltanto i predetti figli, i quali sarebbero sempre soggetti ad autorizzazione del giudice, non solo per accedere all'accertamento diretto della

¹²³ Cfr. S.P. CERRI, in PALAZZO - SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 2, *Negozi successori anticipatori*, cit., p. 775 s.

¹²⁴ Cfr. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, cit., p. 395 s.; seguito da BALESTRA, *La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità alla luce della riforma della filiazione*, cit., p. 1231.

filiazione, ma anche per promuovere l'azione di natura patrimoniale, volta – previo accertamento incidentale della genitorialità – a ottenere il diritto all'assegno, sia nei confronti del genitore, sia verso i suoi successori.

In questo modo, si crea un'unica categoria di soggetti, i figli parentali, penalizzati sul piano personale e, soprattutto, su quello patrimoniale, unicamente per effetto dei rapporti intercorrenti tra i genitori biologici e indipendentemente dalla loro volontà e dalle loro scelte affettive, in contrasto con l'art. 30 Cost. e con la finalità stessa che la riforma ha inteso perseguire, rappresentata dall'equiparazione dei figli¹²⁵.

Inoltre, riguardo ai figli parentali non ha senso ritenere l'operatività dell'autorizzazione *ex art. 251 c.c.* ai fini dell'ottenimento dell'assegno a carico dei successori¹²⁶. Infatti, il contenuto del diritto azionato dal figlio biologico è puramente patrimoniale e il genitore non è più in vita, al punto che nessun

¹²⁵ Infatti, già prima dell'ultima riforma, la dottrina più moderna dava ingresso alla tutela prevista dall'art. 279 c.c. a favore di tutti i figli riconoscibili ma, in concreto, non riconosciuti, i quali potevano agire *ex art. 269 c.c.* per ottenere l'accertamento diretto e la costituzione dello *status*, nonché di quei figli che avevano lo *status* di figlio anche matrimoniale altrui, sempre che il genitore sociale non fosse in grado di provvedere: sotto il profilo che occupa, PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 500 ss.; P. BOERO, *Il testamento*, in CALVO - PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle successioni e delle donazioni*, cit., p. 762 ss. In giurisprudenza, v. almeno Cass., 1° aprile 2004, n. 6365, in *Arch. civ.*, 2004, p. 1408; in *Gius.*, 2004, p. 3267; in *Corr. giur.*, 2004, p. 718, con nota di V. CARBONE, *La responsabilità del padre naturale sussiste anche se non è stato chiesto il disconoscimento di paternità*; in *Giur. it.*, 2005, p. 484, e *ivi* p. 1830, con nota di F. PROSPERI, *Paternità naturale, stato di figlio legittimo altrui, efficacia preclusiva degli atti di stato civile e dubbi sulla perdurante operatività dell'art. 279 c.c.*; in *Fam. e dir.*, 2005, p. 27, con nota di M. SESTA, *Un ulteriore passo avanti della S.C. nel consentire la richiesta di alimenti al preteso padre naturale da colui che ha lo stato di figlio legittimo altrui*; e Cass., 5 giugno 1990, n. 5633, cit., che avevano ammesso all'azione il figlio biologico anche quando l'impossibilità di proporre l'azione giudiziale della paternità fosse sopravvenuta, perché derivante dall'omesso esperimento dell'azione di disconoscimento nel termine di decadenza fissato.

¹²⁶ Cfr. G.F. BASINI, «*Braut und Schwester bist du dem Bruder – so blühe denn, Wälsungen-Blut*». Considerazioni critiche riguardo alla rinnovata disciplina sul riconoscimento dei figli, così detti, «incestuosi», in *Fam. e dir.*, 2015, p. 68 s.

giudice potrebbe correttamente sostenere che la corresponsione della rendita sia contraria all'interesse del figlio stesso.

Pertanto, la tutela prevista dagli artt. 580 e 594 c.c., secondo una lettura che sia sistematicamente e costituzionalmente corretta, si riferisce a tutti i figli che non abbiano per qualsivoglia ragione lo *status* costituito nei confronti del genitore biologico. La tutela in esse prevista, infatti, non può limitarsi a singole e specifiche ipotesi marginali, oltretutto subordinate ad autorizzazione giudiziale, fattispecie che il giudice delle leggi ha già sanzionato con riferimento a quella situazione che l'art. 274 c.c. riferiva al riconoscimento del figlio non matrimoniale¹²⁷.

Ciò posto, come abbiamo avuto modo di rilevare¹²⁸, questi figli, titolari di limitati diritti patrimoniali verso il genitore biologico, si trovano essenzialmente nelle seguenti situazioni: *a*) figlio parentale per cui, in relazione al riconoscimento o alla dichiarazione giudiziale, è mancata la relativa autorizzazione del giudice (artt. 251 e 278 c.c.); *b*) figlio ultra quattordicenne che non ha consentito al riconoscimento (art. 250, co. 2, c.c.); *c*) figlio infra quattordicenne riguardo al quale manca l'assenso dell'altro genitore che lo ha riconosciuto per primo o l'autorizzazione del giudice (art. 250, co. 4, c.c.); *d*) figlio di genitore infra sedicenne quando manchi l'autorizzazione del giudice al riconoscimento (art. 250, ult. co., c.c.); *e*) figlio minore soggetto alle procedure di adozione ai sensi della l. n. 184/1983).

Ora, non si vede la ragione per cui essi non possano vedere tutelati i propri diritti patrimoniali di ordine successorio verso il genitore biologico e i suoi aventi causa, tanto più che il loro riconoscimento, proprio perché diritti di natura patrimoniale, non può mai essere contrario all'interesse dell'istante, in linea con quanto previsto dall'art. 251 c.c.

In conclusione, occorre affrontare la questione della legittimazione passiva. La soluzione di essa risulta strettamente legata alla qualificazione dell'azione volta all'ottenimento dell'assegno a carico dei successori.

¹²⁷ V. Corte cost., 10 febbraio 2006, n. 50, cit.

¹²⁸ *Retro*, paragrafo 3.

Si è visto che essa costituisce un'azione obbligatoria peculiare, fondata sull'accertamento incidentale della filiazione, non inquadrabile nella riduzione, mancando le disposizioni da ridurre ed essendo inidonea a produrre la partecipazione del legittimario alla successione sui beni ereditari. E l'impossibilità di configurare una riduzione in senso tecnico esclude l'applicabilità delle norme sulle relative modalità, previste dagli artt. 553 ss. c.c. Gli artt. 580 e 594 c.c., infatti, obbligano eredi legittimi e testamentari, legatari e donatari in proporzione a quanto ricevuto¹²⁹.

Il problema si pone, secondo l'interpretazione dottrinale più diffusa¹³⁰, nell'ipotesi di concorso tra successione legittima (art. 580 c.c.) e testamentaria (art. 594 c.c.), in cui, in applicazione delle regole in tema di riduzione (con specifico riferimento ai principi contenuti nell'art. 553 c.c.), si ritiene che l'obbligo di corresponsione dell'assegno debba gravare in primo luogo sugli eredi legittimi e soltanto quando i beni trasmessi *ab intestato* non siano sufficienti a coprire la rendita, entra in giuoco la regola del contributo proporzionale di cui all'art. 594 c.c.

Ci sembra, tuttavia, che tale soluzione non trovi riscontro né giustificazione all'interno dell'ordinamento attuale. Certo il legislatore dell'ultima riforma ha perso un'altra occasione per semplificare ed uniformare una disciplina pensata e sorta in un sistema teso a penalizzare i figli nati fuori del matrimonio con particolare riferimento a quelli non riconoscibili, ma che oggi, alla luce di una corretta interpretazione dei principi costituzionali e dell'intento di parificazione degli *status* di filiazione (art. 315 c.c.), merita di essere disposta in maniera differente.

Abbiamo più volte osservato che le norme degli artt. 580 e 594 c.c. hanno ad oggetto il medesimo interesse (economico) del figlio cui manchi la titolarità dello *status*, con la conseguenza che esse vanno

¹²⁹ Cfr. CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, cit., p. 508.

¹³⁰ Cfr. almeno CHECCHINI, *Diritti dei figli naturali non riconoscibili*, cit., p. 141; CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, loc. cit.; MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione legittima*, cit., p. 141 s.; DOSSETTI, *Art. 580*, cit., p. 81 s.

trattate in unità. E si è anche visto che la tutela offerta dal sistema si attua mediante un'azione diversa dalla riduzione, di cui mancano presupposti (costituzione di *status*) e finalità (acquisizione di beni ereditari).

Se così è, nel caso di concorso tra successione legittima e testamentaria si applica sempre la regola proporzionale enunciata dall'art. 594 c.c. e tutti coloro che partecipano alla successione ereditaria in qualità di destinatari di attribuzioni anche attraverso negozi successori anticipatori, risultano obbligati in proporzione a quanto ricevuto, indipendentemente dal titolo della chiamata o della devoluzione che, in questo caso, non può mai costituire elemento di discriminazione tra obbligati.

Infatti, al contrario della riduzione, nella fattispecie che ci occupa non può mai configurarsi una restituzione di beni ereditari al legittimario e, dunque, non v'è da dare attuazione alcuna alla volontà dell'ereditando in ordine alla distribuzione di beni o al rispetto di porzioni, attuazione che è alla base dell'ordine in cui si procede alla riduzione¹³¹, laddove al primo posto si contemplano i successori *ab intestato*, i cui diritti derivano dalla legge, e, soltanto ove occorra, entrano in giuoco i destinatari di attribuzioni liberali *mortis causa* e *inter vivos*, che il *de cuius* ha inteso premiare, gli ultimi addirittura attraverso negozi successori anticipatori, che gli consentono di controllare il proprio progetto attributivo quando è ancora in vita¹³².

¹³¹ Cfr., per tutti, A. PALAZZO, *Riduzione (azione di)*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, agg. 1997, p. 5; ID., *Le successioni*, cit., p. 578.

¹³² Sulla funzione dei negozi successori anticipatori all'interno del sistema, si rinvia a PALAZZO - SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 2, *Negozi successori anticipatori*, cit., spec. pp. 4 s., 47 ss. e 447 ss.

ANDREA SASSI - STEFANIA STEFANELLI*

IL TITOLO DI FILIAZIONE NEL SISTEMA DELL'ORDINE PUBBLICO INTERNAZIONALE**

SOMMARIO: 1. Quadro generale. – 2. Titolo estero e ordine pubblico differenziato. – 3. Gestazione per altri e diritti fondamentali del nato. – 4. *Status* e tutele crescenti della persona. – 5. La prevalenza dell'ordine pubblico discrezionale nell'orientamento delle Sezioni Unite. – 6. La posizione del minore nella giurisprudenza costituzionale.

1. *Quadro generale*. – Il tema dell'attribuzione del titolo dello stato di figlio ha conosciuto negli ultimi lustri un notevole approfondimento, essenzialmente dovuto all'evoluzione del costume sociale, diretta conseguenza dei mutamenti che percorrono la società in merito ai concetti di famiglia e genitorialità. Oggi, infatti, il diritto alla discendenza prescinde, non solo dalla formazione di una famiglia, ma anche dall'instaurazione di legami con chicchessia, essendo il genitore tale a prescindere dai rapporti praticati, dal suo orientamento sessuale, dal fatto che (giuridicamente) esista un altro genitore di sesso diverso o dello stesso sesso.

Come si è osservato, l'adesione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (artt. 8 e 14), alla Convenzione ONU sui diritti del fanciullo (art. 2, co. 2), ed infine l'entrata in vigore della CDFUE (art. 21), hanno spostato il baricentro verso il precetto di eguaglianza, senza distinzione per nascita, consacrato nell'art. 3 Cost.¹.

* Andrea Sassi è Professore ordinario di Istituzioni di diritto privato, Università di Perugia. Stefania Stefanelli è Professore associato di Istituzioni di diritto privato, Università di Perugia.

** Andrea Sassi è autore dei paragrafi 1-3; Stefania Stefanelli è autrice dei paragrafi 4-6.

¹ Cfr. A. SASSI - F. SCAGLIONE - S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, 2^a ed., Torino, 2018, spec. p. 84 ss. Cfr. anche A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, 2^a ed., Milano, 2013, spec. p. 525 ss. La S.C. (Cass., 11 gennaio 2013, n. 601, in *Giur. it.*, 2013, p. 1036, con nota di richiami di B. PAPARO e nota di M.M. WINKLER, *La Cassazione e le famiglie*

*ricomposte: il caso del genitore convivente con persona dello stesso sesso; in Foro it., 2013, I, p. 1193; in Fam. e dir., 2013, p. 570, con nota di F. RUSCELLO, Quando il pregiudizio ... è nella valutazione del pregiudizio! A proposito dell'affidamento della prole alla madre omosessuale; in Nuova giur. civ. comm., 2013, I, p. 432, con nota di C. MURGO, Affidamento del figlio naturale e convivenza omosessuale dell'affidatario: l'interesse del minore come criterio esclusivo) ha ritenuto solo un «pregiudizio» l'opinione che vede un potenziale danno per il minore nella convivenza con una coppia omosessuale. E Cass., 15 marzo 2012, n. 4184 (in Giur. it., 2012, p. 1767, con nota di E. CALEVI, Unioni same-sex: dall'inesistenza all'idoneità a produrre effetti giuridici, e ivi, 2013, p. 329, con nota di L. MARIOTTI, La tutela delle unioni omosessuali nel dialogo tra corti interne e Corte europea diritti umani; in Giust. civ., 2012, p. 1691 ss., con nota di F. CHIOVINI - M.M. WINKLER, Dopo la Consulta e la Corte di Strasburgo, anche la Cassazione riconosce i diritti delle coppie omosessuali; in Fam. e dir., 2012, p. 665, con nota di M. GATTUSO, «Matrimonio», «famiglia» e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la «doppia svolta» della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo; in Notariato, 2012, p. 504, con nota di E. CALÒ, Sul matrimonio omosessuale un grand arret della Cassazione: come dovrà comportarsi il notaio?; in Riv. dir. int. priv. proc., 2012, p. 747), pur negando il diritto al matrimonio omosessuale, come già Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138 (in Foro it., 2010, I, p. 1361, con note di R. ROMBOLI, Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio, e ivi, p. 1701, con nota di M. COSTANTINO, Individui, gruppi e coppie (libertà illusioni passatempi); in Riv. dir. int. priv. proc., 2010, p. 979; in Fam. e dir., 2010, p. 653, con nota di M. GATTUSO, La Corte costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso; in Giur. it., 2011, p. 537, con nota di P. BIANCHI, La Corte chiude le porte al matrimonio tra persone dello stesso sesso; in Fam. pers. succ., 2011, p. 179, con nota di F.R. FANTETTI, Il principio di non discriminazione ed il riconoscimento giuridico del matrimonio tra persone dello stesso sesso), in ossequio a Corte europea dei diritti dell'uomo, *Schalk e Kopf c. Austria*, sentenza del 24 giugno 2010, (su cui G. REPETTO, *La Corte di Strasburgo si confronta per la prima volta con il matrimonio omosessuale*, in L. CASSETTI (coord.), *L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo*, in *diritti-cedu.unipg.it*), ha sancito il diritto dei componenti la coppia omosessuale alla «tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, segnatamente alla tutela di altri diritti fondamentali», per cui «possono adire i giudici comuni per valere, in presenza appunto di “specifiche situazioni”, il diritto a un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tale sede, eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni di legge vigenti, applicabili nelle singole fattispecie, in quanto ovvero nella parte in cui non assicurino detto trattamento, per assunta violazione delle pertinenti norme costituzionali e/o del principio di ragionevolezza».*

In altri termini, la nozione di relazione di coppia è profondamente mutata sia sul piano sociale che su quello giuridico. Il mutamento è avvenuto in almeno due direzioni fondamentali strettamente interrelate: *a)* l'indebolimento della eterosessualità come fondamento di una relazione; *b)* la non necessità di prole ai fini della serietà del vincolo coniugale, essendo il legame non più fondato sul progetto procreativo ma sull'affettività e non essendo più sentito il primo come il fine ultimo dello stare insieme².

² Cfr. A. PALAZZO, *Eros e Jus*, Milano-Udine, 2015, *passim*; sugli aspetti di carattere sociologico, C. SARACENO, *Coppie e famiglie. Non è questione di natura*, Milano, 2016, spec. p. 60 ss., la quale sottolinea, tra l'altro, come nell'odierna realtà la mancanza di figli non toglie valore alla coppia. Viceversa, nell'evoluzione della nostra cultura, l'esigenza di assicurare una discendenza è preminente, consentendo la perpetuazione della specie, quindi, della comunità familiare e, in prospettiva più ampia, della società civile. È quanto si ricava dall'analisi del pensiero su cui fondano le radici della civiltà giuridica che ci appartiene: Aristotele (*Etica Nicomachea*, VIII, 14, 1162a, 15, trad. italiana con introduzione e note di C. Natali, 3^a ed., Roma-Bari, 2003, p. 347), a proposito del concetto di «amicizia», considera la comunità familiare, fondata sulla naturale inclinazione del genere umano all'accoppiamento ai fini della perpetuazione della specie, come presupposto necessario per la nascita e lo sviluppo della città e, quindi, dello Stato. Ma tali concetti si rinvergono in generale in tutto il panorama dell'analisi dell'esistenza umana, da Platone (nelle opere della maturità) a Kelsen: entrambi, infatti, considerano la relazione omosessuale come «asociale», e il secondo, studiando le teorie di Freud, giunge ad affermare che detta relazione, se recepita in una norma positiva, finirebbe con l'impedire la sopravvivenza della società (cfr., sul punto, le importanti analisi di A. PALAZZO, *Omoaffettività e jus in Italia e in Europa*, in *Diritto e processo. Annuario giuridico dell'Università degli Studi di Perugia*, 2014, p. 45 ss. (consultabile anche in rivistadirittoeprocesso.eu); ID., *Eros e Jus*, cit., p. 12 s.). Del resto, il matrimonio cristiano, «che non senza difficoltà comincia ad entrare nell'uso del Duecento», è visto come il tentativo di porre rimedio alla concupiscenza e la copula tra uomo e donna è accettata al fine della procreazione (così J. LE GOFF, *Il corpo nel Medioevo*, trad. italiana di F. Cataldi Villari, 2^a ed., Roma-Bari, 2008, p. 27; preziosi spunti di riflessione si rinvergono negli studi di altri storici, soprattutto francesi, che si sono occupati della questione: G. DUBY, *I peccati delle donne nel Medioevo*, trad. italiana di G. Viano Marogna, 5^a ed., Roma-Bari, 2008, p. 105 ss.; ID., *Medioevo maschio. Amore e matrimonio*, trad. italiana di M. Garin, Roma-Bari, p. 1988; cfr. anche G. DUBY - M. PERROT (a cura di), *Storia delle donne*, II, *Il Medioevo* a cura di C. Klapisch-Zuber, trad. italiana, 8^a ed., Roma-Bari, 2009, ove, in particolare, i contributi di C. CASAGRANDE, *La donna custodita*, p. 98 ss.; P. L'HERMITE-LECLERCQ, *Le donne nell'ordine feudale*, p. 265 ss.; C. FRUGONI, *La*

donna nelle immagini, la donna immaginata, p. 424 ss.). In effetti, sino al secolo XI la Chiesa si era adeguata all'assunto secondo cui «*consensus fecit nuptias, non concubitus*», ma in seguito – con la riforma gregoriana (operata da Papa Gregorio VII (1073-1083)) e della conseguente netta distinzione della comunità in chierici e laici, ribadita e approfondita nel I Concilio Lateranense del 1123, nonché del recepimento del modello di matrimonio in uso presso i popoli germanici (longobardi *in primis*), pervaso dall'idea di sottomissione della donna, il cui consenso non aveva valore – si fa strada una diversa concezione, secondo la quale, oltre alla manifestazione del consenso, è necessaria la *copula carnalis* (cfr. ancora LE GOFF, *Il corpo nel Medioevo*, cit., p. 28 ss.). Il principio, del resto, è affermato esplicitamente da Graziano nella *quaestio* II della *Causa XXVII* del Decreto, che distingue tra *matrimonio iniziato* (che sorge col consenso) e *matrimonio rato* (che si stabilisce, invece, col successivo intervento della copula, portando così a completamento la fattispecie sul piano giuridico): cfr. M. MECONCELLI, *La posizione di Graziano sul matrimonio*, in F. REALI (a cura di), *Graziano da Chiusi e la sua opera. Alle origini del diritto comune europeo*, Chiusi, 2009, p. 223 ss., spec. p. 226 ss. La costruzione sopra richiamata è stata integralmente recepita dall'ordinamento canonico nel *codex* del 1917, che collocava il fine della procreazione al centro del sistema matrimoniale (can. 1013); costruzione in parte superata dal nuovo *codex* del 1983, che pone sullo stesso piano il *bonum coniugum* e la *generatio atque educatio proles* (can. 1055): cfr. ancora PALAZZO, *Eros e Jus*, cit., p. 29 ss. E un tale modello di matrimonio è alla base della cultura giuridica europea, come si ricava anche dalla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana (sentenza del 15 aprile 2010, n. 138, cit.) e della Corte di giustizia dell'Unione europea (v., in particolare, la sentenza del 31 maggio 2001, C-122/99 e C-125/99, in *Racc.*, 2001, I-04319, nella quale si afferma che «l'equiparazione, del resto incompleta, dell'unione stabile registrata al matrimonio in un numero limitato di Stati membri non può avere quale conseguenza di ricomprendere, per via semplicemente interpretativa, nella nozione statutaria di “funzionario coniugato” persone soggette a un regime di diritto distinto dal matrimonio», su cui A. PALAZZO, *Famiglia e paidocentrismo tra carta dei diritti fondamentali e ordinamenti civili*, in A. PALAZZO - A. PIERETTI (a cura di), *Incontri assisani nell'attesa di Benedetto XVI*, Roma-Perugia, 2011, p. 73 s.). L'elemento procreativo, quasi sempre unitamente all'intimità della coppia, appartiene alla normalità del matrimonio in svariate culture, anche differenti. Ma il primo prescinde dalla seconda ed è sempre rilevante anche ai fini della discendenza: in talune realtà africane la moglie avrà figli al di fuori del rapporto coniugale essendo il marito impegnato altrove per l'attività guerresca, si potrà sposare simbolicamente con un uomo che porti il nome del marito morto senza lasciare eredi, ovvero ha la possibilità di comprare una donna che abbia figli da attribuire al defunto marito; si ammette l'incesto, consentendo al cadetto del defunto di prenderne il posto, ma i nuovi nati saranno figli dello scomparso (c.d. levirato), o all'ultragenita di subentrare nel rapporto coniugale alla moglie prematuramente scomparsa (c.d. sororato). Su tali interessanti aspetti, R. SACCO, *Antropologia giuridica. Contributo*

Questo importante mutamento di prospettiva, anzitutto culturale, emerge anche dal contributo della Corte EDU, con particolare riferimento alla posizione del minore e alla tutela dell'affettività consolidata negli *status* familiari.

In generale, si può notare che in proposito la Corte ha affermato per lo più la libertà e l'autonomia dei singoli Paesi, che godono di un certo margine di apprezzamento nella previsione di meccanismi costitutivi o privativi dello stato di figlio, nell'ambito di una concezione secondo cui la responsabilità genitoriale va tendenzialmente attribuita al soggetto che sia disposto ad assumerla e a costruire legami affettivi seri e duraturi con il minore, a prescindere dal fondamento dell'attribuzione (trasmissione dei geni o meno) e/o dal titolo costitutivo dello stato (che normalmente varia tra figlio matrimoniale, non matrimoniale e adottivo)³. In questo contesto, talune peculiarità presentano quelle fattispecie in cui manca il legame biologico tra il minore e il soggetto che si è assunto la responsabilità (sovente attraverso il ricorso alla gestazione per altri), verso le quali la Corte ha mostrato un atteggiamento più severo, talvolta misconoscendo l'esistenza di un'affettività consolidata e, quindi, la

ad una macrostoria del diritto, Bologna, 2007, p. 254 ss.; cfr. anche SARACENO, *Coppie e famiglie*, cit., p. 71.

³ Emblematico è il caso deciso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, *Chavdarov c. Bulgaria*, sentenza del 21 dicembre 2010, in *giustizia.it*, sulla mancata possibilità per il padre biologico di allevare i figli abbandonati dalla madre e dal di lei marito ed iscritti come figli matrimoniali, non potendosi rimuovere lo stato costituito da parte di un soggetto estraneo alla famiglia legittima (il problema esiste anche nel nostro sistema giusta la legittimazione ad agire di cui all'art. 243 *bis* c.c., ed è superabile soltanto attraverso la nomina di un curatore speciale che agisca nell'interesse del minore al fine di rimuovere lo stato inveridico pregiudizievole al figlio): la Corte ha escluso la violazione delle norme CEDU, in particolare sul presupposto che, se anche non gli è consentito di agire per contestare la presunzione di paternità, la legge non lo priva della possibilità di stabilire un rapporto di paternità verso i figli, facendo in particolare ricorso all'adozione, o domandando ai servizi sociali il loro affidamento, come persona con un legame più stretto con i bambini. In questo modo però, tra l'altro, si sovrappongono genitorialità biologica e genitorialità affettiva, obbligando il genitore biologico a utilizzare un istituto in cui il titolo costitutivo della filiazione è fondato sull'affettività e non sulla discendenza. Sul punto, si rinvia a SASSI - SCAGLIONE - STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. p. 271 ss. e p. 403 ss.

violazione dell'art. 8 della Convenzione: in particolare, la questione principale risiede nell'individuazione dell'arco temporale di convivenza tra il minore e il genitore affettivo, idoneo a considerare il legame come consolidato⁴.

La soluzione non è agevole, potendo variare anche in funzione dell'età del figlio e del suo grado maggiore o minore di instaurare relazioni con l'adulto, ma è indubbio che in una materia così delicata l'individuazione di taluni elementi obiettivi potrebbe essere d'aiuto per assicurare coerenza e uniformità nelle soluzioni adottate. Ci limitiamo a osservare come nel sistema italiano possono richiamarsi alcune norme dettate in tema di azioni di stato a contenuto negativo (spec. artt. 244 e 263 c.c.), nelle quali il legislatore prevede limiti temporali specifici, superati i quali lo stato inveridico diviene contestabile soltanto dal figlio a tutela della sua affettività e dell'identità acquisita. In particolare, il compilatore ha individuato normalmente in un anno il termine utile al consolidamento del legame giuridico verso il genitore che non sia stato autore della procreazione, termine che, per tale ragione, decorre verso quest'ultimo dalla acquisita consapevolezza della mancata generazione nel caso di ignoranza dell'impotenza o dell'adulterio della moglie. Ora, ci sembra

⁴ V., a titolo esemplificativo, sui legami familiari di fatto Corte europea dei diritti dell'uomo, *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, sentenza del 28 giugno 2007, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 956; *Menesson et al. c. Francia*, sentenza del 26 giugno 2014, in *Foro it.*, IV, 2014, p. 561; in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2014, p. 1123, con nota di C. CAMPIGLIO, *Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero, la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)*; sul consolidamento dell'affettività, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, sentenza del 27 gennaio 2015, in *Foro it.*, IV, 2015, p. 117; in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2015, p. 828, con nota di A. SCHUSTER, *Gestazione per altri e Conv. eur. dir. uomo: l'interesse del minore non deve mai essere un mezzo, ma sempre solo il fine del diritto*; Corte europea dei diritti dell'uomo, [GC], *Paradiso e Campanelli c. Italia*, sentenza del 24 gennaio 2017, *ivi*, 2017, p. 501, con nota di L. LENTI, *Ancora sul caso Paradiso & Campanelli c. Italia: la sentenza della Grande Camera: un nuovo limite per le «famiglie di fatto?»*, in *Genius*, n. 1, 2017, p. 78 ss.; E. FALLETTI, *Vita familiare e vita privata nel caso Paradiso e Campanelli di fronte alla Grande Camera della Corte di Strasburgo*, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 729 ss.

che detto termine, considerato dal legislatore congruo a tutela della reciproca affettività consolidata (sebbene con effetti limitati alle azioni privative dello stato) possa soccorrere, almeno tendenzialmente, in tutti quei casi in cui si tratti di stabilire l'esistenza di un legame affettivo duraturo, tanto più che la normativa attuale ha consentito il superamento delle teorie che attribuivano preminenza all'interesse pubblico alla veridicità dello *status*⁵.

Il legislatore italiano si è, quindi, recentemente dovuto muovere in quadro profondamente mutato, in cui il contesto sovranazionale incide in maniera determinante. Il sistema attuale, come risultante dall'ultima riforma, attuata dal compilatore con l. 10 dicembre 2012, n. 219, e con il successivo d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, in vigore

⁵ V. *infra*, in questo paragrafo. Il termine annuale, del resto, ricorre sovente nel diritto della famiglia ai fini del consolidamento degli effetti (v., nel matrimonio, gli ultimi commi degli artt. 119, 120, 122 e 123 c.c.); inoltre, la tutela dell'affettività consolidata è al centro del recente intervento di compilatore in tema di adozione (art. 4, commi 5 *bis* e 5 *ter*, l. adozione, inseriti con l. n. 123/2015). Sulla rilevanza della predetta affettività nelle dinamiche familiari a prescindere dal titolo costitutivo, A. VESTO, *La rilevanza del fattore temporale nella dinamica dei rapporti familiari*, in *Diritto e processo. Annuario giuridico dell'Università degli Studi di Perugia*, 2014, p. 13 ss. (consultabile anche in *rivistadirittoeprocesso.eu*), a proposito di Cass., S.U., 17 luglio 2014, n. 16379 (in *Giur. it.*, 2014, p. 2111, con nota di N. COLAIANNI, *Convivenza «come coniugi» e ordine pubblico: incontro ravvicinato ma non troppo*; in *Corr. giur.*, 2014, p. 1196, con nota di V. CARBONE, *Risolto il conflitto giurisprudenziale: tra anni di convivenza coniugale escludono l'efficacia della sentenza canonica di nullità del matrimonio*; in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2015, p. 36, con nota di U. ROMA, *Ordine pubblico, convivenza coniugale e pronunce ecclesiastiche di nullità di matrimonio: le Sezioni unite suppliscono all'inerzia legislativa con una sostanziale modifica dell'ordinamento*; in *Fam. e dir.*, 2015, p. 220, con nota di L. GRAZIANO, *Per le Sezioni Unite la stabile convivenza coniugale ultra-triennale è situazione di ordine pubblico ostativa alla deliberazione di sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*; in *Foro it.*, I, 2015, p. 588, con nota di G. CASABURI, *Nullità del matrimonio-atto e convivenza post matrimoniale: le matroske di piazza Cavour*), che ha sancito la preminenza del matrimonio-rapporto, negando efficacia alle sentenze ecclesiastiche di nullità del vincolo in presenza di convivenza consolidata; v. la coeva Cass., S.U., 17 luglio 2014, n. 16380, in *leggiditalia.it*. Sul punto, M. CANONICO, *La deliberazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità: problemi attuali e prospettive future*, in *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 407 ss.

dal 7 febbraio 2014⁶, è il frutto del bilanciamento degli interessi dei singoli soggetti che partecipano ai rapporti familiari. Detto bilanciamento consente la realizzazione dei diritti fondamentali che vengono in rilievo e qualificano il rapporto di filiazione.

Il rinnovamento della concezione giuridica della filiazione è avvenuto in varie direzioni. Le novità più salienti possono essere riassunte in due filoni principali: il mutamento del concetto di *status filiationis* e la centralità nel sistema dell'interesse allo *status* del figlio.

Riguardo al primo aspetto, il mutamento deriva essenzialmente da una duplice rinnovata prospettiva: anzitutto, come si è accennato, la

⁶ Cfr., di recente, PALAZZO, *La filiazione*, cit.; SASSI - SCAGLIONE - STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit. Per un commento organico alla riforma del 2012-2013, R. CIPPITANI - S. STEFANELLI (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione*, Roma-Perugia-México, 2013; C.M. BIANCA (a cura di), *La riforma della filiazione. Commentario sistematico*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 437 ss.; F. BOCCHINI, *Diritto di famiglia. Le grandi questioni*, Torino, 2013; M. BIANCA (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Milano, 2014; G. BUFFONE, *Le novità del «decreto filiazione»*, Milano, 2014; G. CHIAPPETTA (a cura di), *Lo stato unico di figlio*, Napoli, 2014; R. PANE (a cura di), *Nuove frontiere della famiglia. La filiazione*, Napoli, 2014; U. SALANITRO, *La riforma della disciplina della filiazione dopo l'esercizio della delega (I parte e II parte)*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 540 ss. e p. 675 ss.; C.M. BIANCA (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *La nuova disciplina della filiazione*, Rimini, 2015; S. TROIANO, *Novità e questioni irrisolte del diritto della filiazione a un anno dal completamento della riforma (I parte e II parte)*, in *Studium iuris*, 2015, p. 277 ss. e p. 389 ss.; per le voci enciclopediche, l'unica aggiornata alla riforma è di M. SESTA, *Filiazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir. Ann.*, VIII, Milano, 2015, p. 445 ss. Le opere sulla filiazione che precedono la riforma del 2012-2013 hanno sempre trattato disgiuntamente filiazione «legittima» e «naturale», sia per le differenze presenti in fase di costituzione sia, soprattutto, per quelle concernenti gli effetti e i rapporti familiari. Una diversa visione si rinviene soltanto nella nostra, *La filiazione*, cit., già dalla 1^a ed. (Milano 2007), ove lo stato di filiazione è trattato unitariamente e viene utilizzata la terminologia di figlio «matrimoniale» e «non matrimoniale», adottata poi dal legislatore della riforma e dalla dottrina successiva che se ne è occupata. Per un quadro unitario, sebbene fornito sempre nell'ottica della tradizionale distinzione tra filiazione «legittima» e «naturale», cfr. G. FERRANDO, *Filiazione legittima e naturale*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 295 ss.; M. SESTA, *La filiazione*, in T. AULETTA (a cura di), *Filiazione. Adozione. Alimenti*, in *Tratt. dir. priv. Bessone*, IV, Torino, 2011, p. 3 ss.; G. COLLURA - L. LENTI - M. MANTOVANI (a cura di), *Filiazione*, in *Tratt. dir. fam. Zatti*, II, 2^a ed., Milano, 2012.

funzione dello *status* non è più vista come espressione di un interesse pubblico assoluto, posto a tutela dell'unità e del patrimonio della famiglia legittima, ma piuttosto come posizione giuridica concernente la singola persona o il singolo componente il nucleo familiare; in secondo luogo, la relativa legittimazione non proviene più dall'appartenenza al predetto nucleo familiare, che peraltro si compone e scompone sulla base dell'affettività, ma è conseguenza dell'accertamento di un legame intersoggettivo che unisce il figlio al genitore o ai genitori, siano essi biologici o affettivi: ciò che abbiamo definito «individualismo dello *status*»⁷.

Sicuramente più rilevante il secondo profilo, relativo all'interesse del nato ad acquisire lo stato di figlio e alla sua centralità all'interno del sistema, profilo che si esplica in almeno quattro direzioni: il riconoscimento del diritto fondamentale del nato alla genitorialità o, meglio ancora, alla bigenitorialità, secondo quanto dispone l'art. 30, co. 1, Cost.; il fondamento dell'accertamento diretto della filiazione visto in prospettiva filiale, con la conseguenza che esso può ricondursi non solo alla verità biologica, ma anche alla scelta consapevole del genitore e all'affettività consolidata, come dimostra il divieto di rimozione dello stato inveridico contenuto nell'art. 9, l. n. 40/2004 e la previsione di imprescrittibilità delle azioni di stato riguardo al figlio, che così, salvo rare eccezioni, diviene l'unico legittimato a scegliere se mantenere o meno lo stato giuridico esistente; il riconoscimento del diritto all'ascolto e, soprattutto, della qualità di parte del minore, e, quindi, del suo ruolo centrale nelle azioni di stato, espressione di un suo peculiare interesse distinto da quello degli altri legittimati, meritevole di tutela attraverso la nomina di un curatore speciale⁸; l'attuazione dell'interesse del figlio al pieno

⁷ Cfr. SASSI - SCAGLIONE – STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. p. 41 ss.

⁸ Il minore è portatore di un proprio interesse anche nell'ambito del procedimento giurisdizionale, con la conseguenza che la sua audizione non è atto istruttorio, come può essere l'escussione di un teste, e il mancato ascolto costituisce una violazione del principio del contraddittorio e dei principi che regolano il giusto processo (Cass., S.U., 21 ottobre 2009, n. 22238, in *Foro it.*, I, 2010, p. 903; in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1415, con nota di F. DANOVI, *L'audizione del minore nei processi di separazione e divorzio tra obbligatorietà e prudente apprezzamento*

giudiziale; in *Fam. e dir.*, 2010, p. 364, con nota di A. GRAZIOSI, *Ebbene sì, il minore ha diritto di essere ascoltato nel processo*; concetti ribaditi più di recente, ad esempio, da Cass., 15 maggio 2013, n. 11687, in *Foro it.*, I, 2013, p. 1839; in *Giur. it.*, 2014, p. 294, con nota di L. AIROLA TAVAN, *L'ascolto del minore nei procedimenti di separazione dei coniugi da dovere del giudice a diritto del figlio*; Cass., 5 marzo 2014, n. 5098, in *Fam. e dir.*, 2014, p. 389; Cass., 5 marzo 2014, n. 5237, in *leggiditalia.it*; Cass., S.U., 10 febbraio 2017, n. 3555, *ivi*; Cass., 7 marzo 2017, n. 5676, in *Foro it.*, I, 2017, p. 1211, con nota di richiami di G. CASABURI, che, nel ribadire l'obbligatorietà da parte del giudice di procedere all'ascolto del minore ultradodicesimo (presunto capace di discernimento) in tutti i procedimenti che lo concernono, qualifica tale interesse come diritto di rango costituzionale ad essere informato e ad esprimere le proprie opinioni ed opzioni; per i giudici di merito, v. almeno App. Catania, 12 dicembre 2013, in *leggiditalia.it*; Trib. Roma, 9 settembre 2016, in *Foro it.*, I, 2016, p. 3285). Per la giurisprudenza costituzionale v. Corte cost., 11 marzo 2011, n. 83, in *Fam. e dir.*, 2011, p. 545, con nota di F. TOMMASEO, *La Corte costituzionale sul minore come parte nei processi della giustizia minorile*; in *Foro it.*, I, 2011, p. 1289; in *Giur. it.*, 2012, p. 270, con nota di G. GRISI, *Chi rappresenta e difende il minore infradodicesimo, parte del giudizio di opposizione di cui all'art. 250 c.c.? Ombre e luci di una sentenza interpretativa di rigetto*. Un ampio e ponderato quadro delle tutele del minore è offerto da F. SCAGLIONE, *Ascolto, capacità e legittimazione del minore*, in CIPPITANI - STEFANELLI (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione*, cit., p. 271 ss.; sulla sua posizione nell'ambito del processo v. A. BERNARDINI DE PACE, *La navigazione della legge 219/2012 tra scogli e nuovi orizzonti*, *ivi*, p. 38 ss.; G. SAVI, *Il ruolo processuale del minore*, *ivi*, p. 295 ss.; ID., *L'atto processuale dell'ascolto ed i diritti del figlio minore*, in *Dir. fam. pers.*, 2013, p. 1345 ss.; in giurisprudenza, Trib. Milano, 6 maggio 2015, in *Avvocati fam.*, n. 1, 2016, p. 38, con nota di G. SAVI, *Partecipazione del difensore all'ascolto del minore delegato ad un consulente tecnico d'ufficio* (che si sofferma in particolare sul delicato ruolo del difensore). Nel diritto tedesco, anche a seguito della *FGG-Reform* (17 dicembre 2008) e del ruolo assunto dal minore nel processo, unitamente a quello dell'assistenza e della mediazione, v. almeno, per le opere generali, J. GERNHUBER, *Familienrecht*, 6^a ed. a cura di D. Coester-Waltjen, München, 2010, spec. p. 576 ss.; più di recente, D. SCHWAB, *Familienrecht*, 24^a ed., München, 2016, p. 236 ss., spec. p. 309 ss.; R. BALLOFF, *Kinder vor dem Familiengericht. Praxishandbuch zum Schutz des Kindeswohls unter rechtlichen, psychologischen und pädagogischen Aspekten*, 2^a ed., Baden-Baden, 2015; più specificamente, ID., „Vom Gehilfen zum Vermittler?“ – *Die Rolle des Sachverständigen im Verfahren*, in *FF*, 2008, p. 98 ss.; ID., *Die Beauftragung des Sachverständigen in Kindschaftssachen*, in *FPR*, 2011, p. 12 ss.; E. STÖBER, *Das neue Verfahren in Kindschaftssachen*, in *FamRZ*, 2009, p. 656 ss.; S. WILLUTZKI, *Die Subjektstellung des Kindes im Elternkonflikt*, in *ZKJ*, 2009, p. 237 ss.; ID., *Das Verfahren in Kindschaftssachen*, *ivi*, p. 305 ss.; R. GREGER, *Mediation in Kindschaftssachen – Kosten, Akzeptanz, Nachhaltigkeit*, in *FPR*, 2011,

riconoscimento dello stato acquisito all'estero e alla relativa registrazione negli atti di stato civile, ai sensi del d.P.R. n. 396/2000.

2. *Titolo estero e ordine pubblico differenziato.* – Il problema dell'efficacia del titolo dello stato riveste dunque una rilevanza fondamentale. Prova ne è l'attuale dibattito scaturito a seguito dei fondamentali recenti interventi giurisprudenziali che hanno disegnato un quadro improntato all'attuazione dell'interesse del figlio ad ottenere anche in Italia, e sulla base di quello esistente in un ordinamento estero, uno stato giuridico in grado di tutelarlo adeguatamente nel rispetto dei suoi diritti alla genitorialità, alla parentela, all'identità, all'affettività. Infatti, un'eventuale limitazione dei contenuti dello stato di figlio (e quindi dei diritti fondamentali ad esso connessi) può avvenire soltanto nell'interesse del minore, del resto in linea con il disposto dell'art. 24 CDFUE, secondo cui in tutti gli atti relativi al minore stesso, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, il suo interesse superiore deve essere considerato preminente. Deriva che sull'applicazione delle situazioni giuridiche soggettive inerenti lo stato della persona non vi può essere alcuna differenziazione operata da una legge interna, che, inevitabilmente, creerebbe una discriminazione non giustificabile (v. Parte II, TFUE).

Le questioni più rilevanti riguardano la possibilità di registrazione dell'atto di nascita formato all'estero nei registri di stato civile, attività possibile soltanto in presenza di determinati requisiti.

Anzitutto va chiarito che, sulla base del diritto applicabile (artt. 16 e 65, l. n. 218/1995), sono «provvedimenti» le sentenze e gli atti amministrativi che autoritativamente incidono sulle situazioni

p. 115 ss.; B. HOFFMANN, *Aufgaben des Jugendamtes im Kontext familiengerichtlicher Verfahren*, *ivi*, p. 304 ss.; A. SCHNITZLER, *Rechtsanwälte im Familienverfahren, Familiengericht und Jugendamt*, *ivi*, p. 300 ss.; con particolare riferimento alla capacità processuale del minore, N. HEITER, *Verfahrensfähigkeit des Kindes in personenbezogenen Verfahren nach dem FamFG*, in *FamRZ*, 2009, p. 85 ss.; C.M. LEEB, *Der Verfahrensbeistand – „Anwalt des Kindes“*, in *ZKJ*, 2010, p. 391 ss.

giuridiche, nelle materie indicate, ed in particolare quelli costitutivi o dichiarativi di stati familiari, capacità e diritti della personalità. Il riconoscimento è possibile se: producono effetto nell'ordinamento dello Stato la cui legge è richiamata (anche se pronunciati in altro Stato); per i provvedimenti giurisdizionali, sono rispettati i diritti fondamentali della difesa; gli effetti non siano contrari all'ordine pubblico c.d. internazionale, tradizionalmente riferito al limite al riconoscimento di atti e discipline straniere⁹. Inoltre, anche per l'art. 18, d.P.R. n. 396/2000, sull'ordinamento dello stato civile, non possono essere trascritti nei registri di stato civile italiani (cittadinanza, nascita, morte, matrimonio e unione civile) gli atti formati all'estero se sono contrari all'ordine pubblico.

Ciò posto, le fattispecie emblematiche che si sono presentate conducono ad una differenziazione tra omoaffettività femminile e maschile. Esse concernono: *a)* il nato da procreazione medicalmente assistita nell'ambito di unione omoaffettiva di due donne, di cui una ha fornito l'ovulo, fecondato da gamete di donatore, e l'altra ha assunto il ruolo di gestante; *b)* il nato da procreazione medicalmente assistita e con ricorso a maternità surrogata nell'ambito di unione omoaffettiva di due uomini, di cui uno ha fornito il gamete unito ad ovulo di donatrice.

Sub a), il primo caso riguarda un bambino nato in Spagna, partorito da cittadina spagnola, e concepito *in vitro*, con ovulo della compagna, cittadina italiana, e gamete di donatore anonimo, in cui si pone questione se l'atto di nascita spagnolo, che indica due madri è contrario all'ordine pubblico italiano (artt. 16 e 65, l. n. 218/1995; e art. 18, d.P.R. n. 396/2000), visto che la l. n. 40/2004 vieta

⁹ Per un ampio quadro, V. BARBA, *Note minime sull'ordine pubblico internazionale*, in *Articolo29.it*; ID., *L'ordine pubblico internazionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 403 ss. Sul punto, con specifico riferimento alla filiazione, R. CLERICI, *La filiazione nel diritto internazionale privato*, in T. AULETTA (a cura di), *Filiazione. Adozione. Alimenti*, in *Tratt. dir. priv. Bessone*, IV, Torino, 2011, p. 663 ss. In relazione alla maternità surrogata, A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, Napoli, 2017, spec. p. 127 ss.

l'applicazione delle tecniche sulle coppie dello stesso sesso e sanziona penalmente la gestazione per altri¹⁰.

Sul tema, il riferimento è costituito da un fondamentale arresto della Cassazione¹¹, secondo cui: deve escludersi che esista, a livello costituzionale, un divieto per le coppie dello stesso sesso di accogliere e anche di generare figli, atteso che l'esclusione delle coppie formate da persone dello stesso sesso dall'accesso alla procreazione medicalmente assistita costituisce soltanto «una delle possibili modalità di attuazione del potere regolatorio attribuito al legislatore ordinario su una materia pur eticamente sensibile e di rilevanza costituzionale, sulla quale le scelte legislative non sono costituzionalmente obbligate»; non può essere accolto alcun paradigma discriminatorio; vi è indifferenza dello *status filiationis* al legame tra i genitori; esiste una tutela della famiglia come luogo di affetti concreti; sono principi di ordine pubblico quelli che la Costituzione impone al legislatore ordinario, e solo quelli con essa compatibili desunti dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (ai sensi degli artt. 10, 11, 117 Cost.), essendo preclusa la facoltà di introdurre con legge ordinaria

¹⁰ V. Trib. Pordenone, 2 luglio 2018, in *ilfamiliarista.it*, n. 7, 2018, con nota di S. STEFANELLI, *Omoaffettività femminile ed esclusione dalle tecniche di P.M.A.*, che ha sollevato la questione di costituzionalità in merito al divieto di accesso alla p.m.a. per coppia omoaffettiva di donne.

¹¹ V. Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Foro it.*, I, 2016, p. 3329; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 362, con nota di G. PALMERI, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*; in *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 297, con nota di P. DI MARZIO, *Figlio di due madri?*; in *Corr. giur.*, 2017, p. 181, con nota di G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*; in *Vita not.*, 2017, p. 131, con nota di S. DI GESU, *La tutela dei rapporti di filiazione sorti all'estero in coppia omogenitoriale*; su cui S. STEFANELLI, *Status, discendenza e affettività nella filiazione omogenitoriale*, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 83 ss.; I. RIVERA, *La trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero tra tutela dell'ordine pubblico internazionale e superiore interesse del minore*, in *Genius*, n. 1, 2017, p. 70 ss. Sulla stessa linea, più di recente, si colloca Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, in *Foro it.*, I, 2017, p. 2280, con nota di richiami di G. CASABURI; in *Guida dir.*, n. 28, 2017, p. 54, con nota di M. FINOCCHIARO, *Quel «vizio» ricorrente di anticipare le scelte devolute al legislatore*; in *Fam. e dir.*, 2018, p. 5, con nota di F. LONGO, *Le «due madri» e il rapporto biologico*.

disposizioni analoghe alle straniere di cui si discute l'applicazione; esiste il diritto del bambino a conservare il legame di filiazione legittimamente acquisito nello Stato di nascita, che corrisponde a legami affettivi duraturi, garanzia della sua identità personale, rispetto alla quale è determinante la certezza giuridica della propria situazione soggettiva e familiare, cui conseguono anche la cittadinanza, i diritti ereditari, la libertà di circolazione nel territorio nazionale; esiste altresì il diritto del bambino ad uno *status filiationis* corrispondente alle sue origini biologiche; esiste, infine, un diritto fondamentale alla bigenitorialità.

Detti concetti sono stati ribaditi, più di recente, in un caso analogo, con decisione del Tribunale di Perugia, poi confermata in appello¹², in cui erano identiche le circostanze del concepimento e della nascita, mentre, diversamente dalla fattispecie decisa dal giudice di legittimità in cui il nato aveva la cittadinanza spagnola trasmessagli da una delle madri ai sensi della legge nazionale¹³, in questa entrambe le donne erano soltanto cittadine italiane, sicché l'atto di nascita spagnolo non aveva consentito l'attribuzione della cittadinanza *iure soli*, e solo la trascrizione nei registri di stato civile italiano avrebbe permesso la trasmissione di quella italiana e, quindi, di quella europea *ex art. 20 TFUE*. Nella specie, il difetto di trascrizione è dunque ancora più grave perché, in conseguenza del mancato perfezionarsi del titolo acquisitivo dello *status* nell'ordinamento italiano, il bambino non acquista né la cittadinanza, né l'iscrizione all'A.I.R.E., con la conseguenza che manca l'attuazione concreta del principio di acquisto della capacità giuridica di cui all'art. 1 c.c., così come l'accesso agli strumenti sociali predisposti per i cittadini, sia, più in radice, l'identità personale.

Questione ancora più delicata si ha relativamente alla seconda ipotesi, ricordata *sub b)*, concernente il nato da procreazione medicalmente assistita nell'ambito di un'unione omoaffettiva di due

¹² Trib. Perugia, 26 marzo 2018, e App. Perugia, 22 agosto 2018, letti in originale. Il decreto del Tribunale è pubblicato in *Foro it.*, I, 2018, p. 1948, con nota di richiami di G. CASABURI.

¹³ V. Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit.

uomini¹⁴, stante il necessario ricorso alla gestazione per altri (maternità surrogata), che, come è noto, è vietata nel nostro sistema, ma ammessa in vari ordinamenti esteri. Sul tema, da ultimo, si sono pronunciate le Sezioni Unite della Cassazione, che hanno escluso la compatibilità con l'ordine pubblico dell'atto formato all'estero a seguito di gestazione per altri, in assenza di legame biologico con il genitore legalmente riconosciuto¹⁵.

Detta modalità di gestazione, ovviamente, non è prerogativa delle coppie omoaffettive, ed anzi le fattispecie più rilevanti che si sono presentate concernono coppie eterosessuali. L'analisi merita quindi di essere svolta a prescindere dall'orientamento sessuale dei partecipanti al progetto procreativo.

Il tema della tutela del nato da gestazione per altri (g.p.a.)¹⁶, e della conseguente attribuzione delle situazioni giuridiche soggettive che derivano dall'accertamento dello stato di figlio, è nel nostro

¹⁴ Per la giurisprudenza di merito, sul riconoscimento e la trascrizione dell'atto straniero di attribuzione di *status* verso entrambi i partecipanti al progetto procreativo v., in senso favorevole, almeno App. Trento, 23 febbraio 2017, in *Giur. it.*, 2017, p. 2367, con nota di A. DIURNI, *Omogenitorialità: la giurisprudenza italiana si apre all'Europa e al mondo*; in *Fam. e dir.*, 2017, p. 669, con nota di M.C. BARUFFI, *Co-genitorialità same sex e minori nati con maternità surrogata*; in *Corr. giur.*, 2017, p. 935, con note di G. FERRANDO, *Riconoscimento dello status di figlio: ordine pubblico e interesse del minore*, e di C.E. TUO, *Riconoscimento di status familiari e ordine pubblico: il difficile bilanciamento tra tutela dell'identità nazionale e protezione del preminente interesse del minore*; più di recente, App. Venezia, 16 luglio 2018, in *leggiditalia.it*.

¹⁵ V. Cass., S.U., 8 febbraio 2019, n. 12193, in *ilfamiliarista.it*, n. 5, 2019, con nota di S. STEFANELLI, *In assenza di legame biologico, è contrario all'ordine pubblico l'atto di nascita formato a seguito di gestazione per altri*; in *Fam. e dir.*, 2019, p. 653, con note di M. DOGLIOTTI, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, e di G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*. V. anche l'ordinanza di rimessione, Cass., 22 febbraio 2018, n. 4382, in *Foro it.*, I, 2018, p. 782. Le S.U. si sono pronunciate sul ricorso avverso App. Trento, 23 febbraio 2017, cit.

¹⁶ Sull'argomento e sulle ragioni dell'impiego della locuzione «gestazione per altri» in luogo di altre quali «maternità surrogata» o «surrogazione di maternità», ci permettiamo di rinviare a SASSI - SCAGLIONE - STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. p. 142 ss.

sistema molto delicato, giusta la scelta del legislatore di vietare la maternità surrogata, sanzionandola penalmente (art. 12, co. 6, l. n. 40/2004).

Va subito chiarito che, in generale, si tratta di opzione ragionevole, fondata sul principio di dignità della donna – come affermato di recente anche dalla Corte costituzionale¹⁷ – che, proprio per questo, si giustifica in caso di sfruttamento, ma non si comprende in presenza di prestazione superetica, cioè mancante di contenuto patrimoniale ed effettuata per puro spirito di altruismo, come avviene nella c.d. «donazione di organi»¹⁸.

Ciò posto, come si è accennato¹⁹, il riconoscimento nell'ordinamento italiano dei diritti del nato da g.p.a. passa inevitabilmente dalla nozione accolta di ordine pubblico c.d. internazionale, tradizionalmente riferito al limite al riconoscimento di atti e discipline straniere, e, soprattutto, dalla soluzione della questione

¹⁷ V. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *Diritto e processo. Annuario giuridico dell'Università degli Studi di Perugia*, 2017, p. 263 ss. (consultabile anche in *rivistadirittoeprocesso.eu*), con nota di A. SASSI, *Gestazione per altri e ruolo delle azioni di stato*; in *Foro it.*, I, 2018, p. 5; in *Fam. e dir.*, 2018, p. 699; in *Corr. giur.*, 2018, p. 446, con nota di G. FERRANDO, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore*.

¹⁸ L'individuazione e l'inquadramento giuridico della categoria delle prestazioni «superetiche» o «supererogatorie» si deve ad A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2000, p. 11 ss. Il principio è altresì alla base della ragionevolezza dell'opzione legislativa in ordine alla esclusione della responsabilità da procreazione, prevista in via generale dall'art. 30 Cost., per il «donatore» di gameti, secondo quanto dispone l'art. 9, ult. co., l. n. 40/2004: sul punto si rinvia a SASSI - SCAGLIONE - STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 361. Preziosi spunti di riflessione sul tema che ci occupa, si ricavano dalla lettura di S. MARCHI, *Mio, tuo, suo, loro. Donne che partoriscono per altri*, Roma, 2017, p. 31 ss., ove il caso in cui una giovane donna che, a seguito della perdita del feto a pochi giorni dalla nascita nella prima gravidanza, aveva subito l'asportazione dell'utero e di un'ovaia; e la madre (allora quarantaseienne) si chiede perché non abbia potuto lei aiutare la figlia e il genero nella realizzazione del loro desiderio di genitorialità (oltre che del suo personale ad essere nonna), partorendo per questa un figlio geneticamente riconducibile alla coppia. Ed è certamente difficile trovare una seria argomentazione al diniego.

¹⁹ *Retro*, paragrafo 2.

se detta nozione sia o meno idonea ad incidere su diritti fondamentali connessi allo stato di figlio

In punto, la Cassazione ha di recente ritenuto – riguardo all'efficacia di provvedimenti di autorità straniera – che la nozione di ordine pubblico è circoscritta e inerisce ai soli valori supremi e vincolanti contenuti nella Costituzione e nella CDFUE e non si spinge a ricomprendere principi su cui si fondano le norme costituenti esercizio della discrezionalità legislativa²⁰.

Sebbene i risultati pratici cui detto orientamento perviene nelle fattispecie concrete, connotate dalla tutela di diritti fondamentali dell'individuo, siano pienamente condivisibili, la questione merita a nostro avviso un approccio lievemente più ampio sul piano dogmatico. Del resto, già le Sezioni Unite avevano propeso per una nozione più estesa di ordine pubblico nel caso di istituto non regolato dall'ordinamento italiano (*punitive damages*)²¹, nozione che a maggior ragione è valsa in un'ipotesi espressamente vietata, quale quella della maternità surrogata²². In generale, quindi, ogni qual volta che ci si trovi dinanzi ad un divieto avente rilevanza (anche) penale, appare più corretto ritenere che esso sia ricompreso nella nozione di ordine pubblico, atteso che l'esercizio della discrezionalità legislativa si fonda su un interesse pubblico, che conduce alla previsione di una fattispecie criminosa.

Tuttavia, la scelta legittimamente compiuta dal legislatore in ordine al divieto di porre in essere determinati comportamenti o pratiche, pur ragionevole in quanto posto a tutela di un interesse pubblico, non può essere messa sullo stesso piano dell'esigenza di protezione di diritti fondamentali della persona, contemplati da fonti

²⁰ V., in particolare, Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit.

²¹ V. Cass., S.U., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it.*, I, 2017, p. 2613; in *Giur. it.*, 2017, p. 1787, con nota di A. DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*; in *Danno e resp.*, 2017, p. 419, con note di M. LA TORRE, *Un punto fermo sul problema dei «danni punitivi»*, di G. CORSI, *Le Sezioni Unite: via libera al riconoscimento di sentenze comminatorie di punitive damages*, di G. PONZANELLI, *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*, di P.G. MONATERI, *Le Sezioni Unite e le funzioni della responsabilità civile*.

²² V. Cass., S.U., 8 febbraio 2019, n. 12193, cit.

di rango costituzionale nazionali e/o sovranazionali²³. Deriva che occorre stabilire quali siano le conseguenze dell'applicazione di norme inderogabili di ordine pubblico, derivanti da discrezionalità legislativa, nella sfera giuridica dei soggetti coinvolti, se cioè da detta applicazione possano derivare lesione e/o limitazione di diritti fondamentali, soprattutto con riferimento a soggetti terzi. In questo caso, è evidente che un approccio ermeneutico che non tenga conto della gerarchia di valori porrebbe il principio di ordine pubblico in contrasto con i fondamenti del sistema, che, come tali, non tollerano alcuna limitazione o compressione.

Corretto, pertanto, appare l'indirizzo delle Sezioni Unite che, in presenza di diritti patrimoniali, accoglie una nozione di ordine pubblico più ampia, sì da ricomprendervi «Costituzioni e tradizioni giuridiche» (che «con le loro diversità costituiscono un limite ancora vivo»), con la conseguenza che l'atto straniero «deve misurarsi con il portato della Costituzione e di quelle leggi che, come nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale»²⁴. Tuttavia, proprio questa stessa nozione di ordine pubblico, attraverso il riferimento primario ai principi costituzionali, implica che, dinanzi a valori fondamentali dell'individuo, l'interesse pubblico sotteso (anche) alla sanzione penale passi necessariamente in secondo piano,

²³ In proposito, vengono alla mente le affermazioni della dottrina più autorevole che, a proposito dell'influenza della Corte costituzionale sui rapporti civilistici nel decennio appena trascorso, osserva come l'inderogabilità delle norme vada letta alla luce di un rinnovato principio di ordine pubblico costituzionale fondato sulla tutela della persona umana e sui suoi diritti inviolabili: P. PERLINGIERI, *Relazione conclusiva*, in P. PERLINGIERI - S. GIOVA (a cura di), *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016 (Atti del 12° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C.)*, Napoli, 2018, spec. p. 662; e, in precedenza, ID., *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, in *Dir. succ. e fam.*, 2017, spec. p. 184 s., ove si afferma che «non è il formale contrasto con una o più norme interne a livello ordinario a costituire violazione dell'ordine pubblico, ma il contrasto con le esigenze di fondo di tutela dei diritti e delle libertà dell'uomo desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi dell'Unione Europea, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo».

²⁴ V. Cass., S.U., 5 luglio 2017, n. 16601, cit.: par. 6 della parte motiva.

atteso il bilanciamento ermeneutico tra principi di ordine pubblico di rango costituzionale e principi di ordine pubblico derivanti da discrezionalità legislativa, con la conseguenza che, in questo caso, la nozione di ordine pubblico va circoscritta ai soli valori supremi e vincolanti contenuti nella Costituzione e nella CDFUE²⁵. Dall'applicazione del principio di ordine pubblico derivano dunque effetti differenziati a seconda della rilevanza degli interessi in giuoco²⁶.

L'impostazione proposta, del resto, si colloca nel solco tracciato dalla Corte costituzionale, soprattutto in un importante arresto concernente una fattispecie analoga, in cui il diritto allo stato del nato da incesto soccombeva a seguito del comportamento degli autori della procreazione (sanzionato anche penalmente): per il giudice delle leggi «non è il principio di uguaglianza a dover cedere di fronte alla discrezionalità del legislatore, ma l'opposto», non potendo il diritto del figlio essere limitato, a meno che «ricorranco costringenti ragioni contrarie nel suo stesso interesse»; l'eventuale mancata costituzione del rapporto comporterebbe, vista nell'ottica filiale, una violazione del principio di responsabilità da procreazione sancito dall'art. 30, co. 1, Cost.²⁷.

²⁵ V. Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, cit.; Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit.; Cass., 21 novembre 2013, n. 1302, cit.

²⁶ Aspetto che, viceversa, non coglie Cass., S.U., 8 febbraio 2019, n. 12193, cit.: v. *infra*, paragrafo 5.

²⁷ V. Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, in *Guida dir.*, n. 48, 2002, p. 44, con nota di M. FINOCCHIARO, *Ammessa l'azione giudiziale di paternità anche per i casi di filiazione incestuosa. Superato l'ultimo pregiudizio ancestrale in contrasto con la sensibilità moderna*; in *Giur. cost.*, 2002, p. 4058, con nota di C.M. BIANCA, *La Corte costituzionale ha rimosso il divieto di indagini sulla paternità e maternità naturale di cui all'art. 278 comma 1 c.c. (ma i figli irricognoscibili rimangono)*; e *ivi*, 2003, p. 446 ss., la nota di G. DI LORENZO, *La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale dei figli nati da rapporto incestuoso*; in *Vita not.*, 2002, p. 1353, con nota di F. UCCELLA, *Sulla parziale illegittimità della disciplina della c.d. filiazione incestuosa: forti ombre su di un sentiero che resta impervio*; in *Giur. it.*, 2003, p. 868; in *Familia*, 2003, p. 845, con note di G. FERRANDO, *La condizione dei figli incestuosi: la Corte costituzionale compie il primo passo*, e S. LANDINI, *Incostituzionalità dei limiti alle indagini sulla maternità e paternità ex art. 278 c.c. e posizione del figlio incestuoso*; in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2003, p. 543, con nota

In definitiva, si può affermare che: la nozione di ordine pubblico internazionale comprende generalmente anche le norme inderogabili in cui al bene della vita da esse protetto viene attribuita una tutela rafforzata, anche di rilevanza penale, tutela che connota un interesse pubblico sotteso ed è espressione della tradizione giuridica domestica (*ordine pubblico discrezionale*); tuttavia, l'applicazione delle regole inderogabili di diritto interno non può mai comportare la lesione di diritti fondamentali dell'individuo, manifestazione di valori supremi e vincolanti della cultura giuridica che ci appartiene, trasfusi nella Costituzione e nella CDFUE, che rappresentano un ordine pubblico gerarchicamente superiore (*ordine pubblico costituzionale*).

3. *Gestazione per altri e diritti fondamentali del nato.* – Poste queste premesse di carattere generale, occorre analizzare le conseguenze del necessario bilanciamento tra principi di ordine pubblico nella fattispecie che ci occupa, caratterizzata dal ricorso alla pratica della g.p.a., vietata dall'ordinamento interno.

La distinzione sistematica operata nel paragrafo precedente tra ordine pubblico costituzionale e discrezionale impone, a nostro avviso, di scindere il piano dell'indagine concernente la pratica della gestazione da quella riguardante le situazioni giuridiche soggettive del nato e, in particolare, il suo diritto ad acquisire uno *status* di figlio che rispetti nella misura più ampia possibile il suo interesse alla genitorialità, all'identità, all'affettività.

Consegue che: a) in relazione alla pratica della g.p.a., a prescindere dall'applicabilità della sanzione penale (che la giurisprudenza ha comunque escluso per la coppia che vi ricorre, se praticata all'estero, sulla base dell'art. 7 c.p. o, quantomeno, in

di M. DI NARDO, *La filiazione incestuosa al vaglio della consulta. I limiti di accertamento giudiziale del rapporto*; in *Dir. fam. pers.*, 2003, p. 622; in *Fam. e dir.*, 2003, p. 119, con nota di M. DOGLIOTTI, *La Corte costituzionale interviene a metà sulla filiazione incestuosa*; in *Foro it.*, I, 2004, p. 1053; e commentata da A. RENDA, *Verso la scomparsa dei figli incestuosi? Riflessioni a margine della sentenza 492/02 della Consulta*, in *Fam. e dir.*, 2004, p. 96 ss.; e da C. CICERO, *Il problema della filiazione incestuosa (osservazioni a margine di Corte cost. n. 494/2002)*, in *altalex.it.*: v. *infra*, paragrafo 5.

applicazione della disciplina dell'errore sulla legge penale²⁸), si deve ritenere la piena operatività del divieto, con conseguente inazionabilità, per contrarietà all'ordine pubblico, di qualsiasi provvedimento straniero che riconosca eventuali diritti ad essa connessa, quali, ad esempio, la richiesta del compenso pattuito o l'esecuzione di obblighi previsti dal relativo contratto²⁹; b) viceversa, il riconoscimento verso il nato delle situazioni giuridiche soggettive connesse allo stato di figlio, trattandosi di diritto fondamentale espressamente riconosciuto dalla Costituzione italiana (artt. 30 e 31) e dalla CDFUE (art. 24), va visto esclusivamente in ottica filiale³⁰.

²⁸ V. Cass., 10 marzo 2016, *E.F. ed altri*, in *Foro it.*, 2016, II, p. 286; in *Dir. pen. e processo*, 2016, p. 1085, con nota di A. MADEO, *La Cassazione interviene sulla rilevanza penale della surrogazione di maternità. Contra*, L. D'AVACK, *Maternità surrogata: un divieto «inefficace»?», in Dir. fam. pers.*, 2017, p. 157, per il quale «le attività compiute in Italia possono ben essere qualificate come parte dell'azione, ex art. 6, comma 2, c.p.»; App. Messina, 18.7.2016, *S. ed altro*, letta in originale, che riforma la pronuncia di primo grado, ritenendo che «l'art. 12 nel suo complesso non abbia inteso sanzionare penalmente i genitori che pure abbiano avuto un ruolo nel compimento delle varie pratiche vietate dalla legge, anche perché la pena pecuniaria prevista [...] appare incongrua se rapportata ai privati». È interessante notare come, al contrario, pur nella vigenza del divieto di procreazione eterologa non fosse punibile il donatore e chi facesse ricorso alla donazione di gameti, a mente del co. 8 dello stesso art. 12. Sul profilo, più ampiamente, SASSI - SCAGLIONE - STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 139 ss.

²⁹ Sui profili negoziali, di recente, A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Torino, 2018, p. 103 ss.

³⁰ Cfr. BARBA, *Note minime sull'ordine pubblico internazionale*, cit., p. 10; M.C. VENUTI, *La condizione giuridica dei bambini nati da gestazione per una coppia di uomini*, in *Articolo29.it*, p. 7. V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, cit.; *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., cui espressamente rinvia Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit., affermando che l'ordine pubblico «non può passare come una carta bianca per giustificare qualsiasi misura, poiché incombe sullo Stato l'obbligo di farsi carico dell'interesse superiore del bambino, indipendentemente dalla natura del legame parentale, genetico o di diverso titolo»; Corte europea dei diritti dell'uomo, [GC], *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit.; Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, cit., alla luce del precetto di cui all'art. 23, reg. n. 2201/2003, il quale «stabilisce espressamente che la valutazione dell'ordine pubblico deve effettuarsi tenendo conto del preminente interesse del minore».

Se si ritenesse diversamente, confondendo i due profili, si arriverebbe alla assurda conseguenza di discriminare i nati nell'attribuzione dello stato di figlio a seconda delle circostanze della nascita e della modalità di gestazione. Ciò significherebbe considerare il nato come soggetto alle conseguenze giuridiche del reato o, più precisamente, come oggetto delle stesse: ragionando per assurdo, infatti, egli o, se si preferisce, la sua posizione giuridica (ma la sostanza non muta, vertendosi in tema diritti fondamentali, come tali personalissimi) verrebbero equiparati ad un «prodotto del reato», che costituisce il risultato, il frutto direttamente ottenuto dal colpevole a seguito dell'attività illecita, cioè la «cosa» proveniente dal reato stesso³¹, e che, nel nostro sistema, si riferisce soltanto ai beni materiali, inerendo essenzialmente alla confisca (art. 240 c.p.), cioè a una misura di sicurezza a carattere patrimoniale.

Al di là dell'accostamento, sicuramente forte ma emblematico, è evidente che i diritti del nato riconducibili all'ordine pubblico costituzionale non possono essere condizionati dalla circostanza che la gestazione sia avvenuta con modalità contrarie all'ordine pubblico discrezionale. In termini più espliciti, la prima tipologia di ordine pubblico, prevalente su quella derivante da discrezionalità legislativa, impone di ritenere che un'eventuale limitazione dei contenuti dello stato di figlio (e quindi dei diritti fondamentali ad esso connessi) possa avvenire soltanto nell'interesse del minore, del resto in linea con il disposto dell'art. 24 CDFUE, secondo cui in tutti gli atti relativi al minore stesso, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, il suo interesse superiore deve essere considerato preminente.

Una diversa interpretazione, che non tenga conto di un ordine pubblico differenziato, si porrebbe in contrasto anche con l'art. 67, co.

³¹ V. ad esempio, di recente, Cass., 16 dicembre 2014, *Li.Ma.*, in *leggiditalia.it*, e Cass., 24 ottobre 2013, *A.G.*, *ivi*, che altresì distinguono il prodotto dal profitto, rappresentato dal lucro, ossia dal vantaggio economico che si ricava dalla commissione del reato, e, infine, dal prezzo, riferito al compenso dato o promesso per indurre, istigare o determinare un altro soggetto a delinquere, riprendendo l'orientamento inaugurato da Cass., S.U., 3 luglio 1996, *C.*, in *Foro it.*, II, 1997, p. 404, con nota di G. CANZIO, *Patteggiamento e confisca: ancora un intervento delle Sezioni Unite*.

1, TFUE. La norma, peraltro espressamente richiamata dalle Sezioni Unite a sostegno della nozione di ordine pubblico accolta³², costruendo lo spazio giuridico interno sul «rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri», pone al centro del sistema proprio i predetti diritti fondamentali dell'individuo (a cui si aggiungono gli ordinamenti giuridici e le tradizioni domestiche), con la conseguenza che l'ordine pubblico interno, in rapporto di autonomia ma anche di coesistenza con quello dell'Unione³³, dev'essere improntato al loro pieno rispetto. In altri termini, ci sembra che sull'applicazione delle situazioni giuridiche soggettive inerenti lo stato della persona non vi può essere alcuna differenziazione operata da una legge interna, che, inevitabilmente, creerebbe una discriminazione non giustificabile (v. Parte II, TFUE).

Ma l'approccio fondato sulla prospettiva del nato e del suo diritto fondamentale ad acquisire uno stato di figlio in grado di offrire una tutela più ampia possibile, si giustifica anche sotto altro profilo.

Nella prospettiva genitoriale, vi sono differenze rilevanti tra omosessualità maschile e femminile: mentre nella prima il ricorso alla g.p.a. è – almeno oggi – necessario, in quella femminile è soltanto possibile, qualora entrambe le partecipanti al progetto procreativo non possano o non vogliano assumere il ruolo di gestante. Ma è evidente che nell'ottica filiale, almeno tendenzialmente, occorre assicurare una uniformità di trattamento tra soggetti: il nato non può essere discriminato sul piano giuridico, con particolare riferimento ai propri diritti fondamentali, dalla circostanza di essere parte di un diverso progetto procreativo, sulla base del sesso dei genitori e dell'orientamento sessuale di questi.

Il principio enunciato, del resto, è conforme anche al sistema riservato dall'ordinamento italiano all'attribuzione della genitorialità. Al contrario che in altri Paesi, in cui, riguardo alla maternità, si attribuisce una rilevanza decisiva alla gestazione e alla riferibilità del

³² V. Cass., S.U., 5 luglio 2017, n. 16601, cit., par. 6 della parte motiva.

³³ Cfr., in maniera specifica, O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2012, spec. p. 350 ss.; in giurisprudenza, Cass., S.U., 5 luglio 2017, n. 16601, cit., par. 6 della parte motiva.

parto, il nostro legislatore ha correttamente compiuto scelte differenti, non esistendo una specifica disposizione in tal senso e, quindi, un principio di ordine pubblico correlato. Viceversa, da una lettura sistematica dell'art. 269 c.c., si ricava che la riferibilità del parto costituisce soltanto un mezzo di prova della maternità, sempre superabile dal controllo della discendenza genica (co. 2, a mente del quale la paternità, ma anche la maternità, si provano con ogni mezzo)³⁴.

La stessa Corte costituzionale nell'ultimo rilevante arresto, proprio con riguardo alla maternità, ha in via ermeneutica ribadito l'importanza della verità biologica della generazione, che si esprimeva nella fattispecie concreta nell'impugnazione del riconoscimento operato dalla donna per difetto di discendenza ingenua³⁵. Infatti,

³⁴ Il principio è chiaramente e correttamente esplicitato in Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit. In dottrina, sia consentito rinviare a SASSI - SCAGLIONE - STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 351 ss., spec. p. 391 ss.

³⁵ V. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, cit., ove si esclude, con riferimento alla contestata maternità e al rilevante interesse del minore allo stato di figlio, che l'accertamento della verità biologica e genetica costituisca un valore di rilevanza costituzionale assoluta, tale da sottrarsi a qualsiasi bilanciamento, pur esistendo un accentuato favore dell'ordinamento per la conformità dello *status* alla realtà della procreazione. Il principio della rilevanza della verità biologica, del resto, ha di recente caratterizzato l'attività della Consulta, che ha riconosciuto la possibilità di accedere alla ricerca della predetta verità, con effetti acquisitivi o privativi dello stato, attraverso la rimozione di condizioni di ammissibilità dell'azione e di limiti alla ricerca della prova: per un quadro generale, A. SASSI, *La filiazione tra responsabilità e favor veritatis*, in PERLINGIERI - GIOVA (a cura di), *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, cit., p. 438 ss.; più specificamente, in relazione all'ammissibilità della dichiarazione giudiziale di genitorialità per il figlio nato fuori del matrimonio, Corte cost., 10 febbraio 2006, n. 50, in *Giur. it.*, 2006, p. 2242; in *Foro it.*, I, 2006, p. 966; in *Notariato*, 2006, p. 250; in *Fam. e dir.*, 2006, p. 237, con nota di M. SESTA, *L'incostituzionalità dell'art. 274 c.c.: è ancora possibile la delibazione dell'interesse del minore*; in *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 403, con nota di G.F. BASINI, *La morte del Minotauro: la Consulta dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 274 c.c.*; in *Corr. giur.*, 2006, p. 497, con nota di V. CARBONE, *Paternità naturale: incostituzionale la fase preliminare del giudizio*; in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 503, con nota di A. D'ALESSIO, *Quali prospettive per il giudizio di riconoscimento della paternità e maternità dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 50/2006?*; in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2007, p. 172, con nota di A. ASTONE, *La declaratoria di*

qualora vi fosse stata corrispondenza genetica tra il nato e la madre giuridica, l'impugnazione non avrebbe sicuramente avuto esito, essendo provata la discendenza a prescindere dalle circostanze della nascita³⁶: come ricordato, il più recente orientamento della S.C. correttamente ritiene che la riferibilità del parto costituisce, non già il criterio di attribuzione della maternità, ma soltanto un mezzo di prova

incostituzionalità dell'art. 274 c.c.: solo l'interesse del minore può impedire la ricerca della paternità biologica; riguardo alla prova della discendenza, Corte cost., 6 luglio 2006, n. 266, in *Guida dir.*, n. 30, 2006, p. 30, con nota di M. FIORINI, *Disconoscimento di paternità: prove genetiche senza più dimostrare l'adulterio della moglie*; in *Corr. giur.*, 2006, p. 1367, con nota di V. CARBONE, *Basta la prova del Dna e non più l'adulterio per disconoscere la paternità*; in *Fam. e dir.*, 2006, p. 461, con nota di E. BOLONDI, *L'azione di disconoscimento della paternità può essere accolta anche sulla base delle sole risultanze delle indagini genetiche o ematologiche*; in *Giur. it.*, 2007, p. 1381; in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 628, con nota di M.D. BEMBO, *Prova dell'adulterio e indagini ematogenetiche: la svolta della Consulta*, che ha parzialmente dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 235 c.c., poi abrogato dall'art. 106, d.lgs. n. 154/2013, relativo al disconoscimento di paternità, nella parte in cui subordinava la prova diretta del Dna a quella indiretta dell'adulterio: cfr. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 264 ss.; e, per i profili attuali, ID., *La riforma dello status di filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 250 ss.; sull'importanza dell'accertamento veridico della discendenza nella realtà attuale, G. CHIAPPETTA - P. GAUDIO - V. VITTORIO - F. MANDATO - A. DE RASIS - L. GRAVINA - M. LOIRA, *Gli status filiationis ed il favor veritatis*, in G. CHIAPPETTA (a cura di), *Famiglie e minori nella leale collaborazione tra le corti*, Napoli, 2011, spec. p. 355 ss.

³⁶ In questo caso, diversamente da quanto sostenuto (FERRANDO, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore*, cit., p. 451, seguita da VENUTI, *La condizione giuridica dei bambini nati da gestazione per una coppia di uomini*, cit., p. 5), discutendosi della veridicità della discendenza e della conseguente rimozione degli effetti dell'accertamento risultante dall'atto di nascita formato all'estero e trascritto in Italia, lo strumento dell'azione di stato appare essere stato correttamente impiegato, essendo l'unico in grado di fornire un accertamento poziore (susceptibile di giudicato) e, come tale, soggetto a regole peculiari, poste a presidio, non solo della verità biologica, ma anche dello stato acquisito e dell'affettività; viceversa, lo strumento della rettificazione (art. 95, d.P.R. n. 396/2000) soccorre relativamente al procedimento di registrazione, cioè, ad esempio, allorché occorre decidere se procedere a registrare o meno l'atto formato all'estero, ovvero se registrarlo solo parzialmente: cfr. SASSI - SCAGLIONE - STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. p. 24 ss., p. 63 (nota n. 136), p. 163 s., p. 232 ss., p. 370.

della discendenza, sempre superabile attraverso la prova ematogenetica, unica idonea ad accertare inequivocabilmente la verità biologica (art. 269, commi 2 e 3, c.c.)³⁷.

4. *Status e tutele crescenti della persona.* – Ciò detto, occorre verificare se l'inquadramento sistematico prospettato, teso a differenziare le aspettative del nato dalle modalità di procreazione e/o di gestazione, si inserisce coerentemente nel sistema di accertamento della filiazione, come risultante dall'introduzione della l. n. 40/2004 e dalle modifiche di recente apportate dalla l. n. 219/2012 e dal d.lgs. n. 154/2013, disciplina su cui, per scelta del compilatore, non ha inciso l. n. 76/2016, dettata in materia di unioni civili.

L'indagine merita di essere svolta sotto tre profili strettamente interrelati: *a)* teleologico; *b)* sistematico; *c)* relativo al diritto fondamentale alla genitorialità.

Sub a), va evidenziata la funzione svolta nell'ordinamento attuale dall'accertamento della filiazione. Esso porta a compimento il sistema civile posto a protezione della persona umana, che trova attuazione secondo tre livelli, a seconda dell'attività giuridica compiuta in merito all'esistenza della persona stessa e ai suoi rapporti con altri soggetti cui è legata da discendenza biologica o affettiva.

Così, esiste: 1) una tutela di base derivante dalla nascita come fatto giuridico e, quindi, dal venire ad esistenza da parte del nuovo soggetto, che, in quanto tale, gode dello statuto della persona umana previsto dalle Convenzioni internazionali e dalle Costituzioni dei vari Stati, nonché dalle fonti primarie di quei sistemi che realizzano l'integrazione regionale, come quello dell'Unione europea; 2) una tutela connessa all'accertamento della nascita e all'iscrizione del nato nei registri dello stato civile, di modo che l'evento nascita sia noto nell'ambito del sistema dato, così da attribuire i segni distintivi della persona e dare concreta attuazione al principio della capacità giuridica, enunciato nell'ordinamento italiano dall'art. 1 c.c., oltre a

³⁷ Sul punto, SASSI - SCAGLIONE - STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 391 ss., spec. p. 392 s.; Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit.; Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, cit.

consentire l'accesso agli strumenti sociali predisposti per i residenti nel Paese; 3) una tutela legata all'accertamento della discendenza (biologica o affettiva), a seguito del quale il nato diviene giuridicamente figlio di uno o due soggetti determinati, verso i quali egli ha i diritti derivanti dall'esistenza dello *status* di filiazione³⁸.

Tale approdo muove da lontano, da quella dottrina che, a partire dalla metà degli anni sessanta del secolo scorso, assegnando una valenza particolare ai titoli costitutivi dello stato giuridico, attribuiva al concetto di *status* il significato e la funzione attuali di tutela della persona, contribuendo così in maniera determinante a superare le tesi che lo vedevano piuttosto come espressione ed attuazione di un interesse pubblico assoluto, a tutela essenzialmente dell'unità e del patrimonio della famiglia legittima³⁹. In sostanza, lo *status* costituisce il fondamento dello statuto della persona umana: in mancanza di esso le situazioni giuridiche che ad essa si sogliono normalmente riferire non possono trovare concreta attuazione.

Sub b), la riforma del 2012-2013, attraverso la parificazione dello stato giuridico dei figli (art. 315 c.c.), ha definitivamente consacrato la costruzione dello *status* come non più fondato sull'appartenenza a un gruppo familiare, ma derivante dal riconoscimento di una o più relazioni intersoggettive, da cui discende

³⁸ Ci permettiamo di rinviare a SASSI - SCAGLIONE - STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. p. 7 ss. La tutela differenziata a seconda della posizione giuridica del nato non è certo cosa nuova e affonda le proprie radici nella cultura giuridica europea sin dal diritto attico, ove la personalità si acquisiva successivamente alla nascita con la partecipazione alla vita sociale, che principiava essenzialmente con l'attribuzione del nome: cfr. PALAZZO, *La filiazione*, cit., spec. p. 510 ss.

³⁹ Cfr. A. PALAZZO, *La filiazione fuori del matrimonio*, Milano, 1965, spec. p. 171 ss.; sino ai recenti ID., *Atto di nascita e riconoscimento nel sistema di accertamento della filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2006, p. 145 ss.; ID., *La filiazione*, cit., spec. p. 251 ss.; e, dopo la riforma del 2012-2013, ID., *La riforma dello status di filiazione*, cit., p. 245 ss.; ID., *I vuoti normativi tra codice, leggi speciali e legge 219/2012*, in CIPPITANI - STEFANELLI (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione*, cit., spec. p. 12 ss.

la relativa legittimazione, costruzione denominata come individualismo dello *status*⁴⁰.

Di conseguenza, lo stato di filiazione si identifica non più tanto nel rapporto organico tra il membro e la famiglia, ma essenzialmente nel rapporto che lega il figlio al genitore e, conseguentemente, ai parenti. In questo senso, esso può definirsi come la posizione giuridica assunta dal nato all'interno del sistema a seguito dell'accertamento della filiazione, posizione derivante dall'instaurazione di un rapporto tra il predetto soggetto e altro soggetto in virtù della trasmissione genetica o di una volontaria assunzione di responsabilità; da detto rapporto traggono origine singole situazioni giuridiche, tutelate dall'ordinamento come diritti della persona e/o come diritti di natura patrimoniale.

Questo modello di filiazione ha trovato attuazione anche nelle fonti dell'Unione europea, in cui, del resto, è ancora più sentita l'esigenza di non aderire ad una tipologia predeterminata di famiglia, diversa nei vari Stati e nelle varie culture⁴¹. Così, ad esempio, il reg. n. 2201/2003, si occupa di disciplinare i rapporti interpersonali tra il figlio, i genitori e i parenti a prescindere dall'esistenza e dalle vicende della comunità familiare.

L'individualismo dello *status* ha come conseguenza la coesistenza reciproca di più situazioni giuridiche fondamentali, aventi caratteristiche peculiari poiché inerenti alle qualità della persona e allo sviluppo di essa, sebbene con implicazioni anche di natura patrimoniale (diritti patrimonialmente neutri)⁴². Esse assumono

⁴⁰ Sull'evoluzione del concetto di *status*, SASSI - SCAGLIONE - STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 67 ss. V. anche *retro*, paragrafo 1.

⁴¹ Cfr. A. PALAZZO, *Familia (en la jurisprudencia del Tribunal de justicia de la Unión Europea)*, in M.I. ÁLVAREZ LEDESMA - R. CIPPITANI (coords.), *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*, Roma-Perugia-México, 2013, p. 259 ss.

⁴² In argomento risulta essenziale l'approfondimento compiuto dalla dottrina più autorevole sul diverso atteggiarsi delle situazioni giuridiche soggettive, ove si sottolinea che, rispetto allo schema del diritto soggettivo patrimoniale (es. diritto di proprietà), la protezione della qualità della persona che si esplica nel diritto civile in quelli che sono stati definiti «diritti patrimonialmente neutri» (cfr. A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Roma-Perugia, rist. 2011, spec. p. 17 s. e p. 93 ss.; A. PALAZZO - A. SASSI - F. SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione*

rilevanza per il diritto in quanto inserite in un rapporto interpersonale, da cui quasi sempre deriva l'appartenenza ad un gruppo familiare. E proprio detta coesistenza reciproca tra diritti fondamentali dell'individuo – che sono sempre prevalenti rispetto a quelli eventuali del gruppo in quanto tale, giuridicamente tutelati solo se coincidenti o conseguenti a quelli dei singoli – impone al sistema di operare un bilanciamento tra gli stessi, attribuendo preminenza all'uno o all'altro, e agli interpreti di orientare la propria attività in questo senso, avendo riguardo essenzialmente all'interesse del minore, soggetto debole.

Da tutto ciò deriva l'irrelevanza dello stato giuridico del genitore e dei suoi orientamenti di vita privata e familiare sulla posizione del figlio, che è tale sulla base di una relazione intersoggettiva che prescinde dall'esistenza di altri rapporti, ormai non più causa legittimante, ma mera conseguenza dell'accertamento dello stato (art. 74 c.c.).

Sub c), il diritto alla genitorialità è un diritto della personalità che trova fondamento diretto e tutela costituzionale negli artt. 2 e 30 Cost.⁴³. In particolare, ai sensi del citato art. 30, co. 1, che lo connota come «dovere e diritto dei genitori», esso può configurarsi sotto un duplice profilo: 1) il diritto dell'adulto, che, a sua volta, si esplica in due modi contrapposti, positivo e negativo: quello ad avere una prole

civile, Roma-Perugia, 2008, p. 39 ss. e p. 377 ss.; A. SASSI, *Diritti patrimonialmente neutri*, in *Diritto e processo. Annuario giuridico dell'Università degli Studi di Perugia*, 2006-2009, p. 455 ss. (consultabile anche in *rivistadirittoeprocesso.eu*); ID., *Derechos patrimonialmente neutros (en el ordenamiento civil)*, in ÁLVAREZ LEDESMA - CIPPITANI (coords.), *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*, cit., p. 213 ss.; SASSI - SCAGLIONE - STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 3 ss.) segue uno schema affatto differente; ciò è dovuto al fatto che la legge non protegge solo le qualità di determinate persone, ma protegge tutte le qualità di tutti i soggetti giuridici; la tutela, pertanto, è condizionata ad una valutazione comparativa concernente la prevalenza, in una fattispecie data, di un determinato interesse, rispetto agli interessi di altri soggetti; detta valutazione, che si concreta nella soluzione di un conflitto di interessi, è immanente nella tematica della protezione della qualità della persona: E. RUSSO, *Il concetto di diritto soggettivo*, in Alb. DONATI - A. GARILLI - S. MAZZARESE - A. SASSI (a cura di), *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo*, Torino, 1, 2009, p. 656 ss.

⁴³ Cfr. sul punto, ampiamente, SASSI - SCAGLIONE - STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. p. 15 ss. e p. 46 ss.

(anche indipendentemente dalla trasmissione dei propri geni), così da realizzare completamente la propria personalità e appagare il desiderio di paternità o maternità; quello della madre alla non genitorialità (che spiega effetto anche nella sfera giuridica del padre), tramite l'accesso alla interruzione volontaria della gravidanza ai sensi della l. 22 maggio 1978, n. 194, o l'esercizio dell'anonimato; 2) il diritto del figlio, per il suo pieno sviluppo, ad instaurare relazioni affettive durature con un genitore (diritto alla genitorialità), o meglio ancora con entrambi i genitori (diritto alla bigenitorialità), che debbono assicurargli mantenimento, istruzione ed educazione adeguati.

E proprio nella prospettiva filiale è fortemente orientato l'impianto della nostra Carta fondamentale agli artt. 2 e 30, che possiedono contenuto precettivo laddove impongono ad entrambi gli autori della procreazione l'attuazione del diritto fondamentale del «nato» ad essere «figlio». Questo, infatti, ha interesse a crescere con i genitori – secondo quanto dispone il citato art. 30 – preferibilmente biologici, ovviamente in un ambiente sano, che consenta uno sviluppo pieno della sua personalità e inclinazioni, come, del resto enunciato anche nel Titolo I della l. adozione⁴⁴. Il limite alla bigenitorialità è dato dall'interesse preminente del figlio⁴⁵.

⁴⁴ V., di recente, Cass., 9 giugno 2017, n. 14436, in *Foro it.*, I, 2017, p. 2291: la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza di merito che aveva ommesso di considerare la capacità di recupero genitoriale del padre biologico anche quando le condizioni abitative ed economiche di questo erano migliorate e si erano avviate verso una condizione di stabilità, orientandosi in ogni caso verso la dichiarazione di adottabilità.

⁴⁵ Ancora una volta è il diritto dell'Unione europea a costituire il fondamento di questa situazione soggettiva patrimonialmente neutra. Il richiamato art. 24 CDFUE, co. 3, sancisce il diritto del minore a intrattenere relazioni personali e contatti diretti con entrambi i genitori, e il reg. n. 2201/2003 si preoccupa di assicurare il rispetto di tale diritto nella crisi dei rapporti familiari. L'importanza di garantire il diritto alla bigenitorialità del figlio si rinviene soprattutto in quei casi, sempre più frequenti, in cui uno solo dei genitori possiede la cittadinanza dell'Unione (o altro stato giuridico che ne consenta la permanenza all'interno dei confini). In proposito, la Corte di giustizia, in applicazione della c.d. «clausola Zambrano» (su cui, ampiamente, R. CIPPITANI, *Libre circulación de los miembros de la familia en la interpretación del Tribunal de Justicia*, in *Urbe et ius*, n. 14, 2015, p. 81 ss. (consultabile anche in *urbeetius.org*)), ha anche di recente ribadito l'esigenza per il minore di accedere ad un rapporto affettivo con entrambi i genitori,

Ciò posto, attualmente l'accertamento della filiazione prescinde dalla rigida dicotomia – che per decenni ha costituito il fondamento del sistema – tra filiazione biologica, basata sulla discendenza ingenua, e filiazione adottiva, incentrata sull'affettività e sulla necessità per il minore di crescere in un ambiente familiare sano. Oggi, infatti, la verità biologica, sebbene sia il preminente, non è più il criterio esclusivo per l'accertamento diretto della filiazione⁴⁶, alla luce del mutato quadro normativo e dei fondamentali arresti del giudice delle leggi e di quello di legittimità.

Sotto il profilo delle fonti, da un lato, l'introduzione della l. n. 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita (artt. 8 e 9) ha dato ingresso alla possibilità di costituire in via diretta lo stato di figlio a prescindere dalla trasmissione di geni anche al di fuori delle ipotesi di adozione⁴⁷, e, dall'altro, la «scelta» nella costituzione dello stato di

anche qualora l'esercizio della responsabilità genitoriale venga comunque assicurata dal genitore cittadino: Corte di giustizia dell'Unione, [GS], sentenza del 10 maggio 2017, C-133/15, in *leggiditalia.it*. Sull'applicazione di questi principi nell'ordinamento italiano, anche alla luce del d.l. 17 febbraio 2017, n. 13 (conv. in l. 13 aprile 2017, n. 46) per la protezione internazionale e il diritto all'unità familiare dei cittadini stranieri, nonché del reg. UE n. 603/2013 (c.d. regolamento di Dublino), M. ACIERNO, *Le novità introdotte dal d.l. n. 13 del 2017 convertito nella l. n. 46 del 2017 nei giudizi riguardanti la protezione internazionale e il diritto all'unità familiare dei cittadini stranieri*, in *Giudice donna*, n. 1, 2017, consultabile in *giudicedonna.it*.

⁴⁶ La dottrina più autorevole già da tempo ha posto l'attenzione sulla «scelta» come strumento tecnico di attribuzione della genitorialità: E. DEL PRATO, *La scelta come strumento giuridico di filiazione?*, in *Famiglia*, 2001, p. 1035 ss., ora in ID., *Lo spazio dei privati. Scritti*, Bologna, 2016, p. 487 ss.; ID., *Intento e procreazione*, in *dimt.it*/2014, ora in ID., *Lo spazio dei privati*, cit., p. 577 ss.

⁴⁷ Come abbiamo avuto occasione di sottolineare (S. STEFANELLI, *Atto di nascita formato all'estero e genitorialità omosessuale*, in *Articolo29.it*), l'espresso consenso è titolo della filiazione ex artt. 8-9, l. n. 40/2004, anche rispetto alle coppie omosessuali, nonostante a queste difetti, come osservava Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, cit., la potenzialità procreativa, e, dunque, non potrebbe discutersi, per costoro, di sterilità o infertilità. La prospettiva determinante non è, infatti, quella dei diritti della coppia, ma quelli del nato «nei confronti di chi si sia liberamente determinato ad accoglierlo» (Corte cost., 26 settembre 1998, n. 347, in *Foro it.*, I, 1998, p. 3042; in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 1999, p. 53, con nota di E. PALMERINI, *Il disconoscimento di paternità del nato da fecondazione eterologa*), diritti che non tollerano disparità di trattamento in ragioni delle condizioni e dell'orientamento

filiazione è attribuita al genitore soltanto in prima battuta (e soprattutto alla madre, attraverso l'esercizio del diritto all'anonimato o, se coniugata, attraverso la possibilità di dichiarare il figlio come matrimoniale o meno, impedendo in quest'ultimo caso il funzionamento del sistema di matrimonialità di cui agli artt. 231-232 c.c.), mentre è soltanto il figlio che, a tutela della sua affettività e della propria identità, rimane l'unico legittimato senza limiti di tempo all'accertamento della verità biologica⁴⁸. Qualora lo stato giuridico non corrisponda per qualsivoglia ragione a quello biologico, soltanto quest'ultimo (se minore di età, rappresentato nelle forme previste dalla legge) è arbitro del proprio destino, compiendo un personale bilanciamento tra più interessi fondamentali tutelati dal sistema, quali quello alla verità biologica, ma anche l'altro a mantenere lo stato acquisito e, dunque, rapporti sociali e affettività consolidati. Le azioni di stato, siano esse volte all'accertamento diretto della filiazione o a quello indiretto, sono tutte imprescrittibili riguardo al figlio, che può decidere in qualsiasi momento di mutare il proprio stato giuridico verso l'adulto⁴⁹, o di acquisirlo se questo manca (accertamento diretto), ma anche legittimamente di conservarlo, obbligando il genitore biologico soltanto al mantenimento (accertamento indiretto, *ex art. 279 c.c.*)⁵⁰.

Sul piano ermeneutico, il ruolo della Consulta, divenuto vieppiù rilevante a partire dalla fine degli anni novanta del secolo scorso, ha

sessuale dei genitori, in quanto presidiati, come ha insegnato la stessa Consulta, non solo dall'art. 29, ma anche dall'art. 2 Cost.

⁴⁸ Sull'interesse del figlio a mantenere lo stato acquisito indipendentemente dalla rispondenza alla verità biologica, oltre alla recente Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, cit., v. per la giurisprudenza di legittimità spec. Cass., 22 dicembre 2016, n. 26767, in *Giur. it.*, 2017, p. 5; in *Foro it.*, I, 2017, p. 119; su cui F. SCIA, *Disconoscimento della paternità tra favor veritatis e interesse del minore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 851 ss.

⁴⁹ In questo caso lo stato inveridico verso il genitore affettivo dev'essere rimosso, salvo il reclamo nelle ipotesi di cui all'art. 239, commi 1 e 3, c.c., tramite le azioni di disconoscimento *ex art. 243 bis c.c.* o di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità ai sensi dell'art. 263 c.c., a seconda che la nascita sia avvenuta o meno in matrimonio.

⁵⁰ Cfr., ampiamente, SASSI - SCAGLIONE - STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 15 ss. e p. 397 ss.

condotto nell'ultimo lustro al riconoscimento di un diritto alla genitorialità a tutto tondo, sia nella prospettiva filiale che in quella genitoriale, fondato sulla tutela del benessere e dell'identità personale, espressione generale del diritto all'integrità psico-fisica dell'individuo, diritto che trova esplicitazione in talune precipe direzioni: a) conoscenza delle origini e ricerca della verità biologica; b) sviluppo della propria personalità, che nei confronti del genitore si risolve anche nella possibilità di avere una discendenza biologica o affettiva a prescindere dalla effettiva capacità di generare e dall'instaurazione di legami giuridici con chi, eventualmente, ha scelto di dividerne il progetto procreativo⁵¹.

Orientamento ribadito anche dal giudice di legittimità. Così, nell'adozione in casi particolari del figlio del partner *ex art. 44, lett. d)*, l'adozione nella coppia omoaffettiva (c.d. *stepchild adoption*) è il preminente interesse del minore alla costituzione dello stato nei confronti di un soggetto che lo accudisce e verso il quale si sono costituiti legami affettivi forti e duraturi ad aver guidato il giudice verso la corretta soluzione del caso⁵²; nell'ipotesi in cui due donne, condividendo il progetto genitoriale, abbiano fornito l'una il materiale

⁵¹ Cfr. ancora SASSI, *La filiazione tra responsabilità e favor veritatis*, cit., spec. p. 438 ss., ove si individuano due filoni di indagine: il primo riguarda l'accesso alla procreazione e la tutela della salute di gestante ed embrione, che ha portato ad incidere in modo sostanziale sulla l. n. 40/2004 attraverso l'eliminazione di numerosi divieti in essa contenuti, concernenti essenzialmente la diagnosi preimpianto e il diritto a divenire genitori anche in presenza di patologie o malformazioni che lo impediscono naturalmente; il secondo si riferisce propriamente alla costituzione del rapporto filiale e ai suoi effetti, e ha consentito il pieno sviluppo dell'identità della persona, che si esplica essenzialmente nella possibilità di ricerca della verità biologica, ma anche nella tutela del benessere psico-fisico dell'individuo, dell'affettività e della certezza dello stato acquisito.

⁵² V. Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, in *Foro it.*, I, 2016, p. 2342; in *Giur. it.*, 2016, p. 2573, con nota di A. SPADAFORA, *Adozione, tutela dell'omogenitorialità e rischi di eclissi della volontà legislativa*, e di I. RIVERA, *La sentenza della Corte di cassazione n. 21692/2016 e il superiore interesse del minore*; in *Corr. giur.*, 2016, p. 1203, con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*, e di L. ATTADEMO, *La «stepchild adoption» omoparentale nel dettato dell'art. 44 comma 1, lett. d)*, L. n. 184/1983 e nella L. n. 218/1995; in *Fam. e dir.*, 2016, p. 1025, con nota di S. VERONESI, *La Corte di cassazione si pronuncia sulla stepchild adoption*.

genetico e l'altra l'utero portando a termine la gestazione, è proprio la trasmissione dei geni a consentire il riconoscimento della piena genitorialità della prima, con la costituzione dello *status* in aggiunta a quello già esistente in capo alla partoriente ed esclusione dell'inquadramento della fattispecie nella gestazione per altri sul presupposto del comune programma procreativo⁵³; nel caso di richiesta di rimozione dello stato inveridico è sempre l'accertamento del concreto interesse del minore (che va sempre e comunque valutato nelle azioni di stato) a dover condurre l'interprete verso una decisione che tenga conto di tutti gli interessi in giuoco, rigettando la domanda ablativa quando dal suo accoglimento possa derivarne un pregiudizio⁵⁴; principio consacrato, a chiusura del processo ermeneutico disegnato dalla Cassazione, dalla stessa Corte costituzionale nell'ultima sentenza relativa alla contestata maternità del nato da g.p.a., che chiaramente attribuisce al giudice, chiamato a decidere del singolo caso, la scelta dello strumento giuridico più idoneo a realizzare l'interesse del nato alla costituzione dello stato di figlio, con esclusione dell'applicazione automatica delle norme

⁵³ V. Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit. Il provvedimento della S.C., come in precedenza ricordato (paragrafo 4), supera definitivamente la tesi secondo cui è soltanto la partoriente la madre giuridica del nato, correttamente affermando che la riferibilità del parto (art. 269, co. 3, c.c.) costituisce soltanto uno dei mezzi di prova della maternità – che può essere data con ogni mezzo, al pari di quella della paternità (art. 269, co. 2, c.c.) – e non un principio fondamentale dell'ordinamento; assunto ribadito in motivazione, più di recente, da Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, cit.

⁵⁴ V. Cass., 22 dicembre 2016, n. 26767, cit.; quanto enunciato dalla sentenza rappresenta la sintesi della nostra concezione dell'accertamento dello stato di filiazione (seguendo PALAZZO, *La filiazione*, cit., spec. p. 251 ss.); questa la massima: la tutela dell'interesse concreto del minore è centrale anche nell'azione di disconoscimento della paternità ed in generale in quelle di stato, atteso che la ricerca della verità biologica (c.d. *favor veritatis*) non ha preminenza assoluta, in quanto, in un'ottica di bilanciamento, debbono garantirsi anche la certezza e la stabilità degli *status*, nonché i rapporti affettivi sviluppatasi all'interno della famiglia e l'identità così acquisita dal figlio, non necessariamente correlata al dato genetico, anche allorché l'azione sia stata proposta da un curatore speciale nominato dal p.m. V. Cass., 3 aprile 2017, n. 8617, in *Foro it.*, I, 2017, p. 1532.

sull'adozione in casi particolari, che costituisce soltanto uno dei possibili strumenti, peraltro ad efficacia limitata⁵⁵.

In definitiva, attribuendosi rilevanza all'intersoggettività e alla volontà dei genitori e del figlio, con la nuova concezione viene meno la centralità del *favor veritatis* come insuperabile criterio di attribuzione della discendenza familiare, in modo da soddisfare in maniera il più possibile compiuta i suoi bisogni primari, che non è detto si realizzino sempre attraverso l'accertamento della discendenza biologica. In sostanza, la riforma ha aperto la strada all'applicazione da parte del giudice di più criteri di individuazione della genitorialità, che possono essere applicati secondo un minimo comune denominatore, rappresentato dall'interesse primario del nato. Quindi, e in ultima istanza, è proprio questo l'interesse avuto di mira dall'ordinamento, interesse che di volta in volta può essere attuato attraverso l'accertamento della verità biologica con effetti acquisitivi o privativi dello stato, o, di contro, mediante la tutela dell'affettività consolidata e/o dello stato attribuito, anche se da altri ordinamenti. Questo interesse, tutelato dal sistema e inerente ai diritti fondamentali dell'individuo, permea il principio di ordine pubblico costituzionale nella materia che ci occupa e rappresenta la guida che l'interprete deve seguire nella soluzione del caso concreto posto alla sua attenzione.

5. *La prevalenza dell'ordine pubblico discrezionale nell'orientamento delle Sezioni Unite.* – Come si è accennato⁵⁶, sul tema dell'efficacia del titolo di filiazione del nato da g.p.a. formato all'estero si sono da ultimo pronunziate le Sezioni Unite, secondo cui, in assenza di legame biologico, è contrario all'ordine pubblico l'atto di nascita attributivo della genitorialità⁵⁷.

⁵⁵ Come ha riconosciuto la stessa Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, cit.: spec. paragrafo 4.3 della parte motiva. Sul punto, *infra*, paragrafo 6.

⁵⁶ *Retro*, paragrafo 2.

⁵⁷ V. Cass., S.U., 8 febbraio 2019, n. 12193, cit.; questo il principio di diritto affermato: «Il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato

Il provvedimento afferma, nella sostanza, la prevalenza dell'ordine pubblico discrezionale, rappresentato dal divieto di surrogazione di maternità di cui all'art. 12, l. n. 40/2004, sul diritto allo stato del figlio, che può instaurare verso il genitore intenzionale soltanto il rapporto di adozione in casi particolari, con effetti più limitati soprattutto in ambito parentale e, quindi, successorio. Il ragionamento del giudice di legittimità, pur partendo dal presupposto condivisibile dell'inclusione nella nozione di ordine pubblico internazionale del divieto previsto dalla legge che assuma una rilevanza (anche) penale, giunge a conclusioni errate, laddove pone il principio di ordine pubblico di cui all'art. 12, co. 6, l. n. 40/2004, in posizione peggiore rispetto al diritto fondamentale allo *status* del minore e agli interessi di questo, che sono considerati preminenti su ogni altro principio giuridico da tutte le fonti di rango costituzionale e sovranazionale. Esso, come si vedrà tra breve, si pone in difformità con taluni recenti interventi operati dalla giurisprudenza al di fuori dei confini nazionali e, soprattutto, con l'ultima pronuncia del giudice delle leggi, essenzialmente riguardo a due principi: l'assolutezza del criterio di discendenza ingenerata (verità biologica) nell'attribuzione dello stato e l'automaticità della esclusione della genitorialità piena nel caso di gestazione per altri priva di legame biologico, a prescindere dall'interesse del nato⁵⁸.

Più precisamente, ad avviso delle Sezioni Unite, la «normativa ordinaria, quale strumento di attuazione dei valori consacrati nella Costituzione», con particolare attenzione «all'opera di sintesi e

all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana trova ostacolo nel divieto della surrogazione di maternità previsto dall'art. 12, comma sesto, della legge n. 40 del 2004, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione. La tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non esclude peraltro la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, comma primo, lett. d) della legge n. 184 del 1983».

⁵⁸ V. *infra* nel presente paragrafo e, in merito a Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, cit., *infra*, paragrafo 6.

ricomposizione attraverso la quale la giurisprudenza costituzionale e quella di legittimità sono pervenute all'extrapolazione dei principi fondamentali, sulla base non solo dei solenni enunciati della Costituzione e delle Convenzioni e Dichiarazioni internazionali, ma anche dell'interpretazione della legge ordinaria, che dà forma a quel diritto vivente dalla cui valutazione non può prescindere nella ricostruzione dell'ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico». Il riferimento è alla sanzione penale della surrogazione di maternità, di cui al citato art. 12, co. 6, l. n. 40/2004, che viene in luce in quanto la nascita è pacificamente ascrivibile ad una gestazione per altri⁵⁹.

In sostanza, è proprio contestando che esista, nell'ordinamento italiano, un modello di genitorialità, diverso dall'adozione, alternativo a quello fondato sul legame biologico tra genitore e nato, e sostenendo che l'esclusione di tale legame, in attuazione della «libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori [...] anche indipendentemente dal dato genetico», non possa consentire a tale libertà «di esplicitarsi senza limiti»⁶⁰, che la decisione in commento

⁵⁹ Cfr., in senso analogo, Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, in *Foro it.*, I, 2014, p. 3408, con nota di G. CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*; su cui v. i fondamentali rilievi di A. PALAZZO, *Surrogazione materna e interesse del minore*, in *Liberio osservatorio dir.*, n. 1, 2015, p. 1 ss.; di G. CHIAPPETTA, *L'azione di reclamo dello stato di figlio*, in BIANCA (a cura di), *La riforma della filiazione*, cit., p. 481 ss.; e di M.C. VENUTI, *Coppie sterili o infertili e coppie «same-sex»*. *La genitorialità negata come problema giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, p. 276 s. La pronuncia ha costituito il punto di partenza dell'ampia indagine sulla maternità surrogata, sostanzialmente adesiva con le tesi della S.C., di A. RENDA, *La surrogazione di maternità ed il diritto della famiglia al bivio*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 415 ss. Il provvedimento aveva definito norma di ordine pubblico quella citata, in quanto presidia «beni fondamentali», quali la dignità umana della destante e l'istituto dell'adozione «perché soltanto a tale istituto, governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo delle parti, l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato». La differenza dal precedente ricordato risiede nel fatto che i minori nati in Ontario sono figli biologici di uno degli uomini che il provvedimento straniero identifica come padri, ed è costui l'unico nei cui confronti l'atto era stato riconosciuto in Italia.

⁶⁰ Sul punto, v. anche Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Guida dir.*, n. 27, 2014, p. 16, con nota di A. PORRACCILO, *Illegittima la norma sulla «Pma» di*

giunge ad affermare la contrarietà dell'atto da trascrivere all'ordine pubblico.

Nella surrogazione di maternità, dunque, «l'interesse alla verità riveste natura anche pubblica, in quanto correlato ad una pratica che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane, e per tale motivo è vietata dalla legge». È questo il limite «oltre il quale cessa di agire il principio di autoresponsabilità fondato sul consenso prestato alla p.m.a., e torna ad operare il *favor veritatis*, che giustifica la prevalenza dell'identità genetica e biologica», e la soddisfazione dell'interesse del minore all'accertamento dello *status* ed alla continuità affettiva, può passare unicamente per «strumenti legali idonei a consentire la costituzione di un legame giuridico con il genitore intenzionale, che, pur diverso dall'art. 8 della l. n. 49/2004, garantisca al minore adeguata tutela»⁶¹.

tipo eterologo che vieta il donatore esterno in caso di infertilità. Un divieto non giustificabile dell'ordinamento se ostacola la realizzazione della genitorialità; in Dir. fam., 2014, p. 973, con nota di L. D'AVACK, Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare, e ivi, p. 1289, con nota di C. CICERO - E. PELUFFO, L'incredibile vita di Timothy Green e il giudice legislatore alla ricerca dei confini tra etica e diritto; ovverosia, quando diventare genitori non sembra (apparire) più un dono divino; in Foro it., I, 2014, p. 2324, con nota di G. CASABURI, «Requiem» (gioiosa) per il divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa: l'agonia della l. 40/04; in Eur. dir. priv., 2014, p. 1105, con nota di C. CASTRONOVO, Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale; su cui A. MORRESI, Fecondazione eterologa in Italia: il perché di un vuoto normativo, in Diritto e processo. Annuario giuridico dell'Università degli Studi di Perugia, 2014, p. 161 ss. (consultabile anche in rivistadirittoeprocesso.eu); E. BILOTTI, Il diritto alla conoscenza delle proprie origini, in Dir. merc. tecn., n. 3, 2014, p. 65 ss.; A.G. ANNUNZIATA, La libertà procreativa quale intima scelta individuale: la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa, in Dir. succ. e fam., 2015, p. 525 ss., con cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa contenuto nell'art. 4 (e, di conseguenza, dell'art. 9, nelle disposizioni che lo richiamano) della citata l. n. 40/2004, nella parte in cui stabilisce per la coppia di cui all'art. 5, co. 1, della medesima legge il divieto di ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute e irreversibili.

⁶¹ V. Cass., S.U., 8 febbraio 2019, n. 12193, cit.

Il riferimento esplicito è all'art. 44, co. 1, lett. *d*), l. n. 184/1983, sull'adozione in casi particolari, definita come «clausola di chiusura del sistema, volta a consentire il ricorso a tale strumento tutte le volte in cui è necessario salvaguardare la continuità della relazione affettiva ed educativa, all'unica condizione della constatata impossibilità di affidamento preadottivo, da intendersi non già come impossibilità di fatto, derivante da una situazione di abbandono del minore, bensì come impossibilità di diritto di procedere all'affidamento preadottivo»⁶².

Infine, il provvedimento in esame esclude che le conclusioni cui perviene si pongano in contrasto con la tutela accordata dall'art. 8 CEDU all'identità personale e alla vita familiare del minore, giacché anche in questo ambito è stata riconosciuta la trascrizione dell'atto di nascita da gestazione per altri solo in presenza di legame biologico con il genitore intenzionale⁶³.

La decisione, tuttavia, si discosta parzialmente dal più recente intervento della Corte EDU, la quale, richiesta dalla Cour de Cassation francese, ha affermato che: *a*) il diritto al rispetto della vita privata del bambino (art. 8 CEDU) impone agli Stati di offrire la possibilità di riconoscere il legame di filiazione tra il bambino nato da g.p.a. e la madre intenzionale (con la quale non esiste nessun legame genetico), indicata come madre legale nell'atto di nascita formato all'estero, in conformità a quell'ordinamento; *b*) ciò non richiede necessariamente la trascrizione dell'atto nei registri di stato civile, e si può ottenere per altra via, come l'adozione da parte della madre intenzionale, *a condizione che le modalità di questa garantiscano l'effettività e la celerità della sua realizzazione*, secondo l'interesse superiore del bambino (corsivo nostro)⁶⁴.

⁶² V. Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, cit.

⁶³ Richiamando Corte europea dei diritti dell'uomo, *Menesson et al. c. Francia*, cit.; *Labassée c. Francia*, sentenza del 26 giugno 2014, in *leggiditalia.it*; [GC] *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit.

⁶⁴ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, [GC], 10 aprile 2019, ricorso n. P16-2018-001, in *ilfamiliarista.it*, n. 4, 2019.

Orbene, l'adozione in casi particolari – definita dalle Sezioni Unite⁶⁵ come «clausola di chiusura del sistema», a presidio della «continuità della relazione affettiva ed educativa» – non costituisce, almeno secondo l'opinione prevalente⁶⁶, il vincolo di parentela con la famiglia dell'adottante, in ragione del richiamo operato dall'art. 55, l. n. 184/1983, alla disciplina dell'adozione di maggiorenni, ma, soprattutto, condiziona necessariamente la costituzione dello stato di figlio alla successiva domanda del genitore sociale, il quale, non essendo in alcun modo obbligato, potrebbe nel frattempo aver cambiato idea, ovvero aver interrotto i legami affettivi con l'altro partecipante al progetto procreativo. Fa dipendere, inoltre, la pronuncia sul titolo costitutivo dello *status* dall'assenso dell'altro genitore, esercente la responsabilità (art. 46, l. cit.), così esponendo ulteriormente il minore alle conseguenze di un'eventuale crisi della coppia. Dipende infine, anche nei tempi, dall'accertamento giudiziale della realizzazione dell'interesse del minore (art. 57, l. cit.), sicché, appare evidente che solo attraverso la trascrizione dell'atto di nascita nei registri di stato civile sia assicurata al nato una tutela realmente «effettiva» e «celere».

Per altro verso, sebbene dalla pronuncia delle Sezioni Unite⁶⁷ risulti rafforzato l'orientamento favorevole all'adozione del figlio del *partner*, consolidatosi nell'applicazione di merito, non può tacersi che negare al bambino lo *status* di figlio di colui che ha partecipato, assieme al padre biologico, al progetto procreativo grazie al quale è venuto alla luce, integrerebbe, come rilevato dalla Consulta nella pronuncia elisoria del divieto di dichiarazione giudiziale della filiazione da genitori incestuosi, «una *capitis deminutio* perpetua e irrimediabile, come conseguenza oggettiva di comportamenti di terzi soggetti [...]. La violazione del diritto a uno *status filiationis*, riconducibile all'art. 2 della Costituzione, e del principio costituzionale di uguaglianza, come pari dignità sociale di tutti i cittadini e come divieto di differenziazioni legislative basate su

⁶⁵ V. Cass., S.U., 8 febbraio 2019, n. 12193, cit.

⁶⁶ Si rinvia a SASSI - SCAGLIONE - STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 302 ss.

⁶⁷ V. Cass., S.U., 8 febbraio 2019, n. 12193, cit.

condizioni personali e sociali, è evidente e non richiede parole di spiegazione. Nessuna discrezionalità delle scelte legislative, con riferimento al quarto comma dell'art. 30 della Costituzione, che abilita la legge a dettare norme e limiti per la ricerca della paternità, può essere invocata in contrario: non è il principio di uguaglianza a dover cedere di fronte alla discrezionalità del legislatore, ma l'opposto»⁶⁸.

La distanza è ancora maggiore rispetto alla pronuncia recentemente resa dalla Corte federale tedesca⁶⁹, proprio con riguardo alla compatibilità con l'ordine pubblico della trascrizione dell'atto di nascita all'estero attraverso gestazione per altri. Sebbene, ai sensi del par. 1591 BGB madre è automaticamente colei che ha partorito – a differenza dell'ordinamento italiano, che esclude l'automatico accertamento della maternità e ammette, all'art. 269 c.c., la prova della maternità non solo attraverso il parto, ma anche con qualsiasi altro mezzo, compreso l'esame del D.N.A.⁷⁰ – la Corte tedesca sottolinea che «oltre ai diritti della madre surrogata, così come dei genitori intenzionali o committenti, devono essere considerati anche i diritti fondamentali e umani del bambino nato all'esito della gestazione per altri. Questi includono il diritto del bambino di stabilire una relazione giuridica genitore-figlio». Ribadito che non è possibile costringere alla responsabilità genitoriale la gestante, perché ciò è escluso dal suo ordinamento nazionale, e in ogni caso in quanto costei ha avviato e condotto a termine la gestazione per altri e non per sé, la decisione affermativa del riconoscimento è fondata sulla considerazione per cui «poiché la protezione è posta a vantaggio del bambino quale soggetto giuridico autonomo, questa non può differenziarsi in ragione delle modalità procreative, sulle quali il bambino non esercita alcuna influenza»⁷¹.

⁶⁸ V. Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, cit. I principi enunciati dalla Consulta sono oggi vieppiù attuali, laddove la legittimazione non deriva più dall'appartenenza alla famiglia, ma dall'accertamento di relazioni intersoggettive: v. *retro*, paragrafo 4.

⁶⁹ V. BHG, 5.9.2018, XII-ZB 224/17, in *Articolo29.it*, con nota di A. SCHUSTER, *La Corte federale tedesca si esprime ancora in materia di GPA*.

⁷⁰ Si rinvia a SASSI - SCAGLIONE - STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 248 ss.; per la giurisprudenza, v. almeno Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit.

⁷¹ V. BHG, 5.9.2018, XII-ZB 224/17, cit.

6. *La posizione del minore nella giurisprudenza costituzionale.*

– Analizzato il quadro attuale, occorre verificare se le soluzioni giuridiche prospettate a proposito di g.p.a. e ordine pubblico trovino conferma nell'attività del giudice delle leggi, con particolare riferimento al recente intervento, più volte preso a riferimento dalle Sezioni Unite, originato proprio da un caso di impugnazione *ex art. 263 c.c.* del riconoscimento operato dalla madre affettiva in una vicenda che ha visto una coppia eterogenitoriale ricorrere alla g.p.a., realizzata in India attraverso ovodonazione⁷².

Dalla lettura delle ragioni giuridiche su cui la Consulta fonda la propria decisione si ricavano due principi fondamentali: *a)* la centralità dell'interesse del minore in tutte le procedure che lo riguardano; *b)* la non automaticità dell'esclusione dello stato acquisito dal nato da g.p.a. per contrarietà all'ordine pubblico discrezionale, esclusione che dev'essere sempre valutata dal giudice nel caso concreto, tenendo conto del primo principio.

Sub a), è significativo il fatto che nella parte motiva, correttamente, la Corte costituzionale dedichi ampio spazio al profilo generale della rilevanza dell'interesse del minore nelle azioni di stato, relegando la questione della gestazione per altri alle righe finali: ciò evidenzia inequivocabilmente, in una interpretazione costituzionalmente orientata, la preminenza del richiamato interesse anche nella predetta modalità di gestazione, interesse che deve sempre guidare l'interprete nella soluzione del caso, pur in presenza dell'elevato grado di disvalore che l'ordinamento italiano riconnette ad essa.

Sub b), il discorso è più complesso. Meritano particolare attenzione le affermazioni del giudice delle leggi, riportate in chiusura della parte motiva, che qualificano il bilanciamento tra interesse del minore e giudizio di riprovevolezza, riservato dal sistema alla gestazione per altri, come corretto approccio ermeneutico nella soluzione del caso concreto, in particolare indirizzando l'attività dell'interprete anche sul diverso strumento dell'adozione in casi particolari (art. 44 ss., l. n. 184/1983). Detto strumento, tuttavia, come più volte ricordato, consente la costituzione di un legame giuridico tra

⁷² V. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, cit.

il nato e il genitore intenzionale dai contenuti meno pregnanti e più limitati: si tratta, infatti, di un'ipotesi che abbiamo definito di adozione «genitoriale», in cui – al contrario dell'adozione c.d. legittimante, piena o «parentale», ove il contenuto del rapporto filiale è speculare a quello del figlio biologico – l'adottato instaura rapporti giuridici soltanto con l'adottante e non riguardo ai parenti di questo, mantenendo, al contempo, i rapporti con la famiglia di origine o la possibilità di costituirli⁷³.

Il giudice si trova quindi a operare un bilanciamento nella singola fattispecie vagliata tra due situazioni: da un lato, l'attuazione dell'interesse del minore alla genitorialità e, quindi, a uno stato giuridico di figlio che gli assicuri una tutela più ampia possibile e, dall'altro, la limitazione del ricorso alla gestazione per altri come strumento generativo, limitazione conseguente all'ordine pubblico discrezionale. La prima, tuttavia, risulta essere sempre preminente anche nell'ottica della Corte costituzionale, come si ricava, sia dalla struttura della motivazione della sentenza, come detto tutta imperniata sulla rilevanza del richiamato interesse, sia, più specificamente, dai suoi contenuti, che ne ribadiscono l'importanza, con specifico riferimento alle fonti, anche di rango costituzionale, di diritto interno e sovranazionale.

Ciò detto, occorre stabilire quali criteri osservare per operare nella fattispecie concreta un corretto bilanciamento, nel rispetto delle fonti nazionali e sovranazionali.

Ci sembra che dalle affermazioni del giudice delle leggi e dai principi regolatori della materia, orientati quanto più possibile alla tutela del nato e all'attuazione del suo diritto a divenire «figlio», si possano ricavare alcune regole di applicazione pratica, distinguendo due ipotesi di gestazione per altri: *a*) una, compiuta in un Paese estero, nel rispetto delle norme poste dal sistema ivi presente; *b*) altra, potenzialmente realizzabile anche in Italia, al di fuori delle regole giuridiche.

Sub a), in una interpretazione costituzionalmente orientata, non vi può essere dubbio sull'integrale recepimento della posizione

⁷³ Cfr. SASSI - SCAGLIONE - STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 279 ss., spec. p. 343 ss.

vantata dal figlio in conseguenza della formazione del proprio atto di nascita secondo l'ordinamento estero⁷⁴, sulla base del preminente interesse del minore al riconoscimento o al mantenimento dello stato giuridico verso il genitore intenzionale. Con il ricorso all'adozione genitoriale, gli si imporrebbe la costituzione di uno stato giuridico deteriore, in cui vengono meno i rapporti parentali con gli altri appartenenti al nucleo familiare (ascendenti o collaterali), senza alcuna possibilità (nemmeno teorica) di poter instaurare relazioni con

⁷⁴ In questo senso, BARBA, *Note minime sull'ordine pubblico internazionale*, cit., p. 10 s., il quale evidenzia (nota n. 9) che, nel ragionamento della Consulta, la non meritevolezza riguarda il contratto di maternità surrogata onerosa, senza escludere il riconoscimento di un provvedimento giurisdizionale straniero, ove pure esso trovi il suo presupposto in un tale contratto. Aspetto che viceversa non coglie S. SERRAVALLE, *Maternità surrogata, assenza di derivazione biologica e interesse del minore*, Napoli, 2018, p. 95 s., sostenendo che l'interesse all'emersione alla verità della procreazione prevarrebbe sempre, impedendo la trascrizione dell'atto di nascita formato nei Paesi che consentono la g.p.a., in quanto mancherebbe «l'accertamento legale della genitorialità e non [sarebbe] stato ancora attribuito al minore alcuno stato». V., nel senso opposto, l'orientamento della S.C., che, in sede penale, a conferma dei provvedimenti di merito, esclude il delitto di alterazione di stato nel caso di maternità surrogata, proprio con riferimento alla richiesta di trascrizione del titolo estero, perché la condotta si realizza quando lo stato è già costituito, appunto in forza dell'atto straniero: Cass., 10 marzo 2016, *E.F. ed altri*, cit., per la quale il ricorso all'estero alla g.p.a. non integra il reato di cui all'art. 12, co. 6, l. n. 40/2004, e la richiesta di trascrizione dell'atto di nascita non integra quello di alterazione di stato in quanto detta richiesta si realizza nel momento in cui si è perfezionata l'efficacia costitutiva della dichiarazione di nascita all'estero; di conseguenza riconosce che è possibile costituire al nato lo *status* di figlio della coppia, attraverso la trascrizione del titolo. Tra i giudici di merito, v. Trib. Milano, 15 ottobre 2013, *A.C. e S.B.*, in *penalecontemporaneo.it*, 2014; G.i.p. Trib. Trieste, 4 ottobre 2013, *A e B*, in *De Jure*; G.i.p. Trib. Trieste, 6 giugno 2013, *C e D*, in *biodiritto.org*; G.i.p. Trib. Varese, 8 ottobre 2014, *U.C. e S.C.*, in *penalecontemporaneo.it*, con nota di T. TRINCHERA, *Maternità surrogata all'estero e responsabilità penale: il dibattito prosegue con una sentenza del Tribunale di Varese che si adegua ai principi espressi dalla Corte EDU e assolve gli imputati*. In dottrina, M. DEL TUFO, *Delitti contro la famiglia*, in D. PULITANÒ (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale, I, Tutela penale della persona*, Torino, 2014, p. 441. Per l'esclusione del delitto di alterazione di stato quando l'atto di nascita sia già formato, v. anche Cass., 24 ottobre 2002, *P.*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 565, con nota di S. CORBETTA, *Successivo falso riconoscimento di figlio naturale: artt. 567 o 495 c.p.?*; in *Guida dir.*, n. 16, 2003, p. 91. V. anche *retro*, paragrafo 3.

l'autore o gli autori della procreazione, essendo precluso, nelle varie legislazioni, il riconoscimento di un legame giuridico sia verso i fornitori di gameti che verso la partoriente⁷⁵: di conseguenza, il suo diritto alla genitorialità può essere attuato soltanto verso il genitore intenzionale e il mancato riconoscimento o la rimozione dello stato verso questi può avvenire soltanto quando dalla sua esistenza possa derivare un pregiudizio al figlio.

Sub b), viceversa, l'interesse del minore alla genitorialità ben può essere efficacemente realizzato, almeno in via tendenziale, attraverso il ricorso all'adozione in casi particolari, che, non recidendo i rapporti ingenerati con la famiglia biologica, non preclude al nato un'eventuale ricerca della verità, consentendogli, allo stesso tempo, di soddisfare immediatamente il diritto alla genitorialità verso il genitore intenzionale.

La soluzione proposta appare coerente anche sul piano equitativo. È evidente che al ricorso alla gestazione per altri praticata legalmente, sebbene in uno Stato estero, deve conseguire anche nel nostro sistema la tutela prevista per chi ha ivi acquisito lo stato di figlio, tutela che il ricorso a pratiche illecite non può e non deve, almeno di regola, garantire in pari grado, fermo restando, anche in questa ipotesi, l'attuazione concreta dell'interesse del minore all'instaurazione di un rapporto giuridico di filiazione in grado di tutelarlo adeguatamente, poiché, se si ritenesse diversamente, si darebbe ingresso ad un esito sanzionatorio ricadente essenzialmente su un soggetto debole, che in nessun modo ha concorso a determinare il sorgere della situazione vagliata, ricreando quella automaticità dell'effetto ablativo che anche la Consulta ha in varie occasioni stigmatizzato⁷⁶.

Del resto, come in precedenza rilevato, ciò che la dottrina più attenta (già prima dell'emanazione della l. n. 40/2004), con felice

⁷⁵ Cfr. ancora SASSI - SCAGLIONE - STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 146 ss. Rilievo compiuto anche da BHG, 5.9.2018, XII-ZB 224/17, cit.

⁷⁶ V, in particolare, Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, cit.; Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, cit.

intuizione, ha definito «filiazione per scelta»⁷⁷, cioè a dire fondata sull'intenzione e sulla volontà di divenire genitori, ha trovato ingresso legale nel nostro sistema – a tutela del figlio – nella procreazione eterologa (quasi sempre presente nella gestazione per altri, in cui la gestante ben difficilmente è madre biologica del nato). In sostanza, ora la responsabilità può fondarsi, oltre che sulla trasmissione genetica, anche su una scelta di affettività compiuta dal genitore, affettività rilevante per il diritto e posta dal sistema a fondamento del divieto di accertamento negativo contenuto nell'art. 9, l. n. 40/2004, e, specularmente, del diritto del figlio ad acquisire lo stato su di essa fondato⁷⁸. E certamente questi presidi fondamentali a tutela del figlio non possono venire meno per il ricorso da parte di altri alla g.p.a., a meno di creare una evidente disparità di trattamento tra nati fondata sulle modalità di gestazione.

In altri termini, il fatto che il sistema attuale, a tutela dell'interesse del minore, secondo il citato art. 9, l. n. 40/2004, attribuisca valenza all'affettività e all'intenzionalità anche al di fuori della filiazione adottiva, con possibilità di operare un accertamento diretto della filiazione verso il genitore intenzionale nella p.m.a., legittima un tale approccio ermeneutico in tutti i casi in cui il riconoscimento o il mantenimento giuridico del rapporto corrisponde all'interesse preminente del minore. Non essendo più soltanto la discendenza ingenua l'unico criterio per l'attribuzione diretta dello stato di figlio, come si è appena ricordato, la rigida distinzione tra filiazione fondata sulla generazione e filiazione adottiva basata sull'affettività è venuta meno, con la conseguenza che lo stato di figlio matrimoniale o non matrimoniale può oggi prescindere dalla trasmissione dei geni.

In definitiva, accertamento diretto della filiazione e adozione sono oggi meri strumenti costitutivi dello stato di figlio, che vanno sempre visti nell'ottica della concreta realizzazione del suo preminente interesse e debbono trovare alternativamente impiego

⁷⁷ Cfr. DEL PRATO, *La scelta come strumento giuridico di filiazione?*, cit., p. 1035 ss.

⁷⁸ Si rinvia a SASSI - SCAGLIONE - STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. p. 359 ss. e p. 408 ss.

Il titolo di filiazione nel sistema dell'ordine pubblico internazionale

nelle fattispecie concrete esclusivamente in vista dell'attuazione del predetto interesse.

Principi e diritti nella dimensione penalistica

VICO VALENTINI*

IL «CASO TARICCO I» E L'ILLUSIONISMO PROSPETTICO DELLA CONSULTA

SOMMARIO: 1. Il senso del monologo costituzionale. – 2. Tre snodi e una pietra tombale. – 3. Prove tecnico-tattiche di verticalismo in forma circolare. – 3.1. Finzioni e finte. – 3.2. Giochi di prestigio e funambolismi. – 4. *Dribbling* o precomprensione? A proposito del preteso silenzio in punto di riserva di legge. – 5. L'epilogo della saga.

1. *Il senso del monologo costituzionale.* – La sensazione che coglie il lettore già dai primi paragrafi, è che la breve ma affilatissima ordinanza n. 24/2017, con cui la Consulta ha chiesto all'interprete eurounitario di reinterpretarsi – o meglio, di ricalibrare l'*output* del settembre 2015¹ – la sensazione, dicevamo, è che quel provvedimento, di davvero dialogico, abbia solo il lessico e la veste formale: quella di un rinvio pregiudiziale, anziché di una brusca sentenza-*estoppel*².

Come dire: si rinvia per rinviare il conflitto. Ma non per guadagnar tempo³, nient'affatto: per dare alla Corte di giustizia

* Professore associato di Diritto penale, Università di Perugia.

² Tale sensazione è condivisa, fra gli altri, da A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in *Consulta on line*, n. 1, 2017, p. 81 ss.; P. FARAGUNA, *The Italian Constitutional Court in re Taricco: "Gauweiler in the Roman Campagna"*, in *www.verfassungsblog.de*, 31 gennaio 2017; V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco"*, in *Dir. pen. cont.*, 13 febbraio 2017, p. 1 ss.; così, ancorché con accento critico, anche M. CAIANIELLO, *Processo penale e prescrizione nel quadro della giustizia europea. Dialogo fra sistemi o conflitto identitario?*, *ivi*, 24 febbraio 2017, p. 1 ss.; e F. VIGANÒ, *Le parole e I silenzi*, *ivi*, 27 marzo 2017, p. 1 ss.

³ Così invece CAIANIELLO, *Processo penale e prescrizione*, cit., p. 22, assai preoccupato delle sorti del processo di integrazione europea, e molto meno dei costi che essa implica.

dell'Unione europea l'opportunità di tornare a più miti consigli⁴.

L'antefatto è noto agli addetti ai lavori.

La CGUE, interrogata dal GUP di Cuneo, dopo avere rilevato la tensione fra l'art. 325, parr. 1 (obbligo di combattere le attività lesive degli interessi finanziari UE con misure effettive) e 2 (obbligo di assimilare la tutela degli interessi finanziari UE a quella dei corrispondenti interessi domestici), TFUE e la disciplina domestica sull'interruzione della prescrizione *ex artt.* 160, 161 c.p., onerava il giudice nazionale dell'obbligo di disapplicare quest'ultima là dove dovesse generare l'impunità di frodi «*gravi*» in un «*numero considerevole di casi*»: così colpendo fatti che, in base alla disciplina interna, non sarebbero stati più punibili per decorrenza del termine prescrizione.

Nulla di sconvolgente, si dirà, nell'ottica dell'interprete europeo: che da sempre considera la prescrizione un istituto d'indole processuale e, di qui, lo sottrae ai presidi *ex artt.* 7 CEDU, 49 CFUE⁵ (allo sbarramento dell'irretroattività favorevole⁶; al principio di determinatezza-precisione⁷; alla riserva di legge)⁸.

Di sorprendente, invece, c'è che numerosi giudici, anche di legittimità, hanno preso sul serio l'interpretazione-legge della Corte di giustizia: vuoi per escluderne l'*enforcement* nella vicenda scrutinata⁹,

⁴ Così, sostanzialmente, O. POLLICINO - M. BASSINI, *When cooperation means request for clarification, or better for "revisitation"*, in *Dir. pen. cont.*, 30 gennaio 2017.

⁵ Sulla dimensione a-valoriale e meramente operativa delle regole processuali nell'ordinamento europeo v., volendo, V. VALENTINI, *La ricombinazione genica della legalità penale. Bio-technological strengthening o manipolazione autodistruttiva?*, in *Dir. pen. cont.*, 20 giugno 2016, p. 1 ss., p. 4 ss.

⁶ Quella disciplina favorevole era vigente al *tempus delicti*.

⁷ I presupposti cui la CGUE ha condizionato la paralisi della disciplina della prescrizione («numero considerevole di casi» e «gravità» della frode) sarebbero eccessivamente vaghi, e, quindi, arbitrariamente/liberamente maneggevoli dall'interprete.

⁸ La punizione delle frodi tributarie, conseguente alla disapplicazione della disciplina *ex artt.* 160, 161 c.p., sarebbe consegnata alla discrezionalità del giudice domestico, e per di più fondata su una regola disegnata da una sentenza di una Corte europea. Sul punto *amplius* par. 4.

⁹ V., per es., Cass., IV, 25 gennaio 2016, n. 7914, *Tormenti e altri*, in *Dir. pen. cont.*, 3 marzo 2016; Cass., III, 7 giugno 2016, n. 1823, *Puteo*, in

vuoi per cavalcarne l'onda e (provare a) giustiziare soglie di (e cause di non) punibilità *in subiecta materia*¹⁰, vuoi anche per darne puntuale esecuzione¹¹.

Certo è che simile scenario, confliggendo frontalmente con la nostra consolidata tradizione ermeneutica – che, appunto, proietta sotto l'ombrello *ex art. 25 Cost.* «ogni profilo sostanziale concernente la punibilità» – non poteva non chiamare in causa lo scudo dei controlimiti, di cui la stessa Corte costituzionale, a torto o a ragione poco importa, si attribuisce da sempre la gestione esclusiva¹².

Era dunque prevedibile – e desiderabile – che si arrivasse a un potenziale punto di rottura: che, cioè, prima la Corte d'Appello di Milano¹³, e poi la stessa Cassazione¹⁴, raccogliendo e sviluppando le preoccupazioni della stragrande maggioranza della dottrina¹⁵,

www.giurisprudenzapenale.com, che pure non mancano di rilevare la *vagueness* e l'ambiguità dei parametri-presupposti che attualizzerebbero l'obbligo di disapplicare la disciplina domestica con effetti *in malam partem*.

¹⁰ V. Trib. Varese, ord. 30 ottobre 2015, n. 588, *S.*, in *Dir. pen. cont.*, 15 aprile 2016, ove si dubita della legittimità euro-unitaria delle soglie di rilevanza penale e della causa di non punibilità *ex d.lgs. n. 74/2000*.

¹¹ Ci riferiamo all'oramai nota e giustamente criticata, anche – ma non solo – dal punto di vista assiologico, Cass., III, 15 settembre 2015, n. 2210, fra l'altro in *Dir. pen. cont.*, 22 gennaio 2016. Per un primo e condivisibile commento cfr. L. BIN, *La prima sentenza "post Taricco" della Cassazione*, in *www.archiviopenale.it*, n. 1, 2016, p. 1 ss.

¹² Salvo una recente, isolata e timida apertura del congegno in favore del giudice comune: Corte cost., sent. n. 49/2015, in *www.cortecostituzionale.it*, con cui, fra l'altro, si autorizza (*rectius*: obbliga) il giudice a discostarsi da un precedente-monade della Corte EDU, qualora lo ritenga incompatibile con la Costituzione; in tema, già M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica fra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2, 2015, p. 288 ss.

¹³ V. App. Milano, II Sez., ord. 18 settembre 2016, in *Dir. pen. cont.*, 30 marzo 2016.

¹⁴ Con un ricco e ficcante provvedimento steso dal Dott. Riccardi: Cass, III, ord. 30 marzo 2016, n. 28346, *Cestari*, in *Dir. pen. cont.*, 15 luglio 2016.

¹⁵ In (prevedibile) controtendenza rispetto al coro dei critici della sentenza Taricco, F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*, in *Dir. pen. cont.*, 14 settembre 2015, p. 1 ss.; per una articolata difesa della interpretazione-legge Taricco, e per la sua giustiziabilità a livello domestico, cfr. anche L. PICOTTI, *Riflessioni sul caso Taricco. Dalla "virtuosa indignazione" al rilancio del diritto penale europeo*, *ivi*, 24 ottobre 2016, p. 1 ss.

chiedessero al Giudice leggi di sollevare quello scudo.

Cosa che la Consulta ha deciso di non far subito, ma *ha promesso di fare* qualora l'interprete eurounitario non molli qualche metro: perché da noi non si fanno sconti come in Spagna (*infra*, par. 3.2), e men che mai quando entrano in gioco disposizioni di diritto penale materiale.

2. *Tre snodi e una pietra tombale.* – Già gli esordi della pseudo-ordinanza¹⁶, si diceva poc'anzi, suonano come un *warning*, giacché la Corte costituzionale, senza girarci troppo attorno, rammenta alla CGUE di avere a disposizione un congegno capace di disintegrare la normativa europea¹⁷ confliggente coi «principi supremi dell'ordine costituzionale»: fra i quali è senz'altro da catalogare la legalità penale, anzitutto, e soprattutto, *sub specie* di irretroattività sfavorevole e precisione-determinatezza¹⁸.

Ciò premesso, la Consulta – è il primo snodo – ricostruisce il raggio di copertura della legalità nostrana, che è *più ampio e generoso di quello sovranazionale*, giacché include ogni istituto di natura sostanziale «che incide sulla punibilità della persona», compresa la disciplina della prescrizione: la quale, quindi, dev'essere «analiticamente descritt[a], al pari del reato e della pena, da una norma che vige al tempo della commissione del fatto»¹⁹.

Del resto – seguita il Giudice delle leggi abbozzando un argomento indigesto, se non proprio provocatorio – quella dell'indole della prescrizione è questione che può essere rilasciata all'autonomia degli Stati, in quanto l'istituto ricadrebbe *al di fuori* delle competenze

¹⁶ Come giustamente sottolinea attenta Dottrina, l'ordinanza già anticipa il contenuto della futuribile decisione di merito: RUGGERI, *Ultimatum della Consulta*, cit., p. 82.

¹⁷ Ossia di generare l'annullamento *in parte qua* «della legge nazionale che ha autorizzato la ratifica e reso esecutivi I Trattati»: Corte cost., ord. n. 24/2017, par. 2.

¹⁸ Che, guarda caso, sono proprio le due curvature della legalità penale che la Consulta, nell'immediato prosieguo, riterrà *ex professo* «incompatibili» con la regola disegnata dalla sentenza Taricco: Corte cost., ord. n. 24/2017, par. 6.

¹⁹ V. Corte cost., ord. n. 24/2017, par. 4.

euro-unitarie²⁰.

Ebbene – e siamo al secondo passaggio saliente – la «regola che la sentenza resa in causa Taricco ha tratto dell'art. 325 del TFUE», così com'è, sarebbe *incompatibile* col principio di legalità-determinatezza, vuoi nella sua dimensione umanistica (quella funzionale a «consentire alle persone di comprendere quali siano le conseguenze della propria condotta sul piano penale»), vuoi nella sua dimensione ordinamentale (quella finalizzata a «impedire l'arbitrio applicativo del giudice») ²¹, imponendo all'interprete interno l'inflizione di pene imprevedibili, per di più senza fornirgli parametri passabilmente precisi per raggiungere quello scopo.

Più nel dettaglio.

Anzitutto, è fin troppo evidente come nessuno, «in base al quadro normativo vigente al momento del fatto», potesse ragionevolmente prevedere che l'art. 325 TFUE, così come interpretato-implementato dalla CGUE, avrebbe innescato la disapplicazione della disciplina della interruzione della prescrizione.

Si tratta dunque di una punizione che, in quel tempo, era priva «di una base legale certa e prevedibile»²²; ove è chiaro che la Consulta, qui, *parla* di legalità-determinatezza *ma intende* legalità-irretroattività, adoperando l'accortezza di tradurre il tutto nel lessico dell'interlocutore (*infra* par. 4).

In secondo luogo, il presupposto-parametro del «*numero considerevole di casi*» è troppo elastico per essere «riempibile di contenuto attraverso l'esercizio della funzione interpretativa», e, quindi, attribuisce al giudice compiti paralegislativi impensabili dentro un sistema continentale: ove, appunto, «l'attività giurisdizionale è soggetta al governo della legge penale, mentre non può limitarsi ad assegnare obiettivi di scopo al giudice». Non è dunque «possibile che il diritto dell'Unione fissi un obiettivo di risultato al giudice penale e

²⁰ Si tratterebbe, cioè, d'istituto *estraneo* al campo di applicazione del diritto UE: Corte cost., ord. n. 24/2017, par. 4, 8.

²¹ Sulla la duplice declinazione – umanistica e ordinamentale – del principio di determinatezza da parte della Consulta, cfr. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi*, cit., pp. 5 ss., e 8 s.

²² V. Corte cost., ord. n. 24/2017, par. 5.

che, in difetto di una normativa che predefinisca analiticamente casi e condizioni, quest'ultimo sia tenuto a raggiungerlo con qualsiasi mezzo a sua disposizione»²³.

Morale: la regola scrittovivente *ex art. 325 TFUE* aggredisce pure la curvatura ordinamentale del canone di determinatezza, aprendo a improponibili invasioni di campo dell'interprete nostrano: che era e resta un giudice-costruttore, certo, ma che non è mai stato, né mai sarà, un giudice-fonte²⁴.

E perciò – e siamo al terzo snodo argomentativo: il più galante e di alto profilo, ma anche il più retorico, dissimulante e astuto²⁵ – appurati e catalogati i profili di conflitto fra la sentenza-legge Taricco e la nostra legalità penale, resta da chiedersi se la Corte di giustizia «abbia ritenuto che il giudice nazionale debba dare applicazione alla regola *anche quando essa confligge con un principio cardine dell'ordinamento italiano. Questa Corte pensa il contrario*, ma reputa in ogni caso conveniente porre il dubbio all'attenzione della Corte di giustizia»²⁶.

Del resto – si precisa – una risposta negativa al quesito sarebbe suggerita dallo stesso diritto eurounitario originario: dalla bidirezionalità del principio di leale cooperazione (art. 4, par. 3, TUE)²⁷, che, evocando il progetto-idea di una *unione nella diversità*, chiama gli Stati membri e l'Unione «al reciproco rispetto e assistenza», inevitabilmente compromessi là dove «le ragioni dell'unità

²³ V. Corte cost., ord. n. 24/2017, par. 5.

²⁴ In argomento, sia consentito rinviare a V. VALENTINI, *Case-law convenzionale, cultura dei controlimiti e giustizia penale*, in *RIDPP*, 2014, p. 285 ss. Molto chiara, in proposito, Corte cost., sent. n. 230/2012, par. 11, in www.giucost.org, ove si rifiuta categoricamente l'equiparazione «europeistica» fra «linee interpretative giurisprudenziali [e] atto di produzione normativa».

²⁵ Cfr. G. RICCARDI, «Patti chiari, amicizia lunga». *La Corte costituzionale tenta il 'dialogo' nel caso Taricco, esibendo l'arma dei controlimiti*, in *Dir. pen. proc.*, 27 gennaio 2017, p. 1 ss., ivi anche per una garbata e condivisibile critica alla ricorrente mitizzazione del «dialogo fra Corti» e della «tutela multilivello dei diritti».

²⁶ V. Corte cost., ord. n. 24/2017, par. 6 [corsivo aggiunto].

²⁷ Principio che, appunto, dovrebbe operare anche in fase discendente: M. TAGLIONE, *Brevi considerazioni sull'ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017*, in www.archiviopenale.it, n. 1, 2017, p. 1 ss., p. 5.

pretendessero di cancellare il nucleo stesso dei valori su cui si regge lo Stato membro», e viceversa; dal pluralismo, valore fondativo e quindi legittimante l'Unione (art. 2 TUE), che implica anch'esso la disponibilità di quest'ultima a «includere il tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare l'identità nazionale insita nella struttura fondamentale» degli Stati, come pure stabilisce un'ulteriore – e siamo a tre – disposizione «costituzionale» europea (art. 4, par. 2, TUE); e dalla stessa Corte di giustizia, che da oltre quarant'anni, anticipando l'attuale art. 6, par. 3, TUE, include «nel diritto dell'Unione le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri».

Da ciò deriverebbe che, in linea di principio, «il diritto dell'Unione, e le sentenze della Corte di giustizia, non possono interpretarsi nel senso di imporre allo Stato membro la rinuncia ai principi supremi del suo ordine costituzionale»²⁸.

Breve: è lo stesso *Primarrecht* eurounitario a riconoscere in chiaro che esistono un ventaglio di principi nazionali identitari sottratti alla *primauté*, ossia, in buona sostanza, che il tessuto costituzionale UE ha – non solo riconosciuto cittadinanza ma – interiorizzato e fatto propria la valvola dei controlimiti *nella loro essenza nazionalistica*²⁹; solo che, a differenza *BVergG*³⁰, la Consulta (prova a) declina(re) quella valvola *non già in chiave oppositiva bensì fondante* l'azione UE: la quale tradirebbe sé stessa, e il suo *DNA* integrativo-unificante, qualora producesse l'effetto di «degradare le

²⁸ V. Corte cost., ord. n. 24/2017, par. 6.

²⁹ Sulla c.d. europeizzazione dei controlimiti, e sul suo lato oscuro, cfr. per tutti A. BERNARDI, *Ombre e luci nel processo di armonizzazione dei sistemi penali europei*, in G. GRASSO et al., *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, 2013, p. 221 ss.

³⁰ Cfr. G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in www.diritticomparati.it, 20 febbraio 2017, il quale segnala come la Consulta rinunci alla dialettica muscolare dell'*ultra vires* e financo dell'*Identitätskontrolle*, ricostruendo la sinergia Unione-Stati nel segno di un «pluralismo costituzionale ordinato»: alla cui stregua il rispetto/violazione delle identità costituzionali assume una specifica consistenza costituente *anche* alla luce del sistema sovranazionale.

conquiste nazionali in tema di libertà fondamentali»³¹.

Dopo avere rivisto la logica dei controlimiti (lemma che, peraltro, mai appare nell'ordinanza di rinvio) in quest'ottica macro-mono-ordinamentale, la Corte costituzionale, quasi a volere alleggerire il fardello istituzionale gravante sull'omologa europea³², introduce *ex abrupto* logiche dualistiche³³: «[n]aturalmente, la Corte di giustizia non è sollevata dal compito di definire il campo di applicazione del diritto dell'Unione, né può essere ulteriormente gravata dall'onere di valutare nel dettaglio se esso sia compatibile con l'identità costituzionale di ciascuno Stato membro. È perciò ragionevole attendersi che, nei casi in cui tale valutazione sia di non immediata evidenza, il giudice europeo provveda a stabilire il significato della normativa dell'Unione, rimettendo alle autorità nazionali la verifica ultima circa l'osservanza dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale»³⁴.

Ché d'altronde, tale delega «pare» essere riconosciuta dalla stessa sentenza Taricco: quando «afferma che, “se il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare le disposizioni nazionali di cui trattasi, egli dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati”», e quando «aggiunge che la disapplicazione va disposta “con riserva di verifica da parte del giudice nazionale” in ordine al rispetto dei diritti degli imputati»³⁵.

Con il che, si ritorna daccapo, si ritorna, cioè, all'interrogativo –

³¹ V. Corte cost., ord. n. 24/2017, par. 8. Considera autenticamente dialogica e anti-verticistica la proposta ricostruttiva della Consulta, la quale vorrebbe «scrivere una pagina importante a favore dell'integrazione europea, non contro di essa», C. SOTIS, “Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia”, in *Dir. pen. cont.*, 3 aprile 2017, p. 1 ss., p. 5.

³² Cfr. R.E. KOSTORIS, *La Corte costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei 'controlimiti' e scontro tra paradigmi*, in *www.giurcost.org*, p. 8.

³³ Sulla (necessaria, vitale) incoerenza che connota le regole d'ingaggio fra diritto sovranazionale e giustizia penale disegnate dalla Consulta, la quale ha piazzato le Corti europee al vertice del sistema delle fonti – e dell'apparato giurisdizionale – domestico, ma, al contempo, ha progressivamente moltiplicato il ventaglio dei (contro-)limiti all'ingresso della normativa europea, sia consentito rinviare ancora a VALENTINI, *La ricombinazione genica*, cit., p. 24 ss.

³⁴ V. Corte cost., ord. n. 24/2017, par. 6 [corsivi aggiunti].

³⁵ V. Corte cost., ord. n. 24/2017, par. 7.

che, a questo punto, è per forza retorico – posto all'esordio del terzo snodo, arricchito di un ulteriore tassello – stavolta limpidamente retorico: «il convincimento di questa Corte, del quale si chiede conferma alla Corte di giustizia, è che con tali asserzioni si sia inteso affermare che la regola tratta dall'art. 325 TFUE è applicabile solo se è compatibile con l'identità costituzionale dello Stato membro, e che spetta alle competenti autorità di quello Stato – da noi, la Corte costituzionale su iniziativa del giudice comune – farsi carico di una siffatta valutazione»³⁶.

Ed è proprio – ma pure solo – seguendo tale proposta auto-interpretativa, che «cesserebbe ogni ragione di contrasto e la questione di legittimità costituzionale non sarebbe accolta», ferma restando la responsabilità della Repubblica italiana, forse non compiutamente elisa con gli aumenti sopravvenuti *ex lege* n. 238 del 2011, per «avere omesso di approntare un efficace rimedio contro le gravi frodi fiscali in danno degli interessi finanziari dell'Unione o in violazione del principio di assimilazione, e in particolare per avere compresso temporalmente l'effetto degli atti interruttivi della prescrizione»³⁷; omissione questa che, *ça va sans dire*, sarebbe giustiziabile con lo strumento sanzionatorio a ciò destinato (una procedura di infrazione), non già oltrepassando i limiti di attribuzione stabiliti dai Trattati.

E perciò: la *primacy*-efficacia diretta del diritto eurounitario resterebbe salva, generando la responsabilità dello Stato³⁸, come pure salva resterebbe la *supremacy* delle strutture costituzionali fondative nostrane³⁹, che si opporrebbero – e, se necessario, si opporranno – all'applicazione del *diktat* criminalizzante contenuto nella sentenza sovranazionale⁴⁰.

³⁶ V. Corte cost., ord. n. 24/2017, par. 7 [corsivi aggiunti].

³⁷ V. Corte cost., ord. n. 24/2017, par. 7.

³⁸ Cfr. F.C. PALAZZO, *La Consulta risponde alla "Taricco": punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, in *DPP*, n. 3, 2017, p. 285 ss., p. 288.

³⁹ Valorizza la distinzione fra *primacy* (eurounitaria) e *supremacy* (costituzionale) praticata dalla Corte costituzionale, intravedendovi un approccio dialogico e costruttivo, REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy*, cit., par. 3.

⁴⁰ Parla in proposito di una «rottura delle molecole» capace di «salvare capra e cavoli» SOTIS, *"Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia"*, cit., p. 2 s., p. 7 ss.

Tale approccio dualistico, «questa Corte tiene a sottolineare», oltre che *coerente* con l'idea di una «unione nella diversità» quale emerge da una ridda di norme-principio contenute nei Trattati, sarebbe *imposto* dalla *stringente* regola *ex art. 53 CDFUE*, anch'essa di rango primario *ex art. 6, par. 1, TUE*; e sarebbe pure «tecnicamente» praticabile, in quanto «l'impedimento del giudice nazionale ad applicare direttamente la regola enunciata dalla Corte [di giustizia UE] non deriva da una interpretazione alternativa del diritto dell'Unione, ma esclusivamente dalla circostanza, *in sé estranea all'ambito materiale di applicazione di quest'ultimo*, che l'ordinamento italiano attribuisce alla normativa sulla prescrizione il carattere di norma di diritto penale sostanziale e la assoggetta al principio di legalità [...] È questa una *qualificazione esterna* rispetto al significato proprio dell'art. 325 TFUE, che non dipende dal diritto europeo *ma esclusivamente da quello nazionale*»⁴¹.

Che tale chiccoso e sottile rilievo «tecnico» faccia il paio con l'argomento, già adombrato agli esordi⁴², della estraneità della qualificazione della prescrizione dalle competenze-norme UE, emerge poi chiaramente dal distinguo, proposto subito dopo, fra il caso Taricco e l'*affaire* Melloni: lì, infatti, la *supremacy* del diritto *ex art. 24 Cost. sp.* «avrebbe inciso direttamente sulla portata della decisione quadro» sul MAE, implicando la «rottura dell'unità del diritto dell'Unione in una materia basata sulla reciproca fiducia in un assetto normativo uniforme»; qui, invece, la *primacy* della disciplina europea non sarebbe «posta in discussione [...] perché [...] non è in questione la regola enunciata dalla sentenza Taricco, e desunta dall'art. 325 del TFUE, ma solo l'esistenza di un impedimento di ordine costituzionale alla sua applicazione diretta da parte del giudice»⁴³.

Inoltre (e infine, e in ogni caso), quand'anche si dovesse convenire sulla natura processuale dell'istituto prescrizione – che, per ciò, sarebbe sottratto alla garanzia *ex art. 25 Cost.*, e magari

⁴¹ V. Corte cost., ord. n. 24/2017, par. 8 [corsivi nostri].

⁴² V. Corte cost., ord. n. 24/2017, par. 4.

⁴³ V. Corte cost., ord. n. 24/2017, par. 8.

proiettato in quella *ex art. 111 Cost.*⁴⁴ – a prescindere dall'indole dell'istituto, tuona la Consulta, *resterebbe comunque il mega-controlimito del principio di separazione dei poteri*, connotato irrinunciabile del patrimonio genetico dei sistemi vetero-democratici, ad opporsi a scenari come quello disegnato dalla Corte di giustizia.

Sarebbe lo stesso assetto istituzionale dello Stato di diritto, insomma, a porre una pietra tombale sul *dictum* UE: a imporre, cioè, che l'ermeneutica giudiziale sia governata *e limitata* da «disposizioni legali sufficientemente determinate».

In ciò, infatti, sta «un tratto costitutivo degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri di *civil law*. Essi non affidano al giudice il potere di creare un regime legale penale, *in luogo di quello approvato dalla legge del Parlamento*, e in ogni caso ripudiano l'idea che i tribunali penali siano incaricati di raggiungere uno scopo, pur legalmente predefinito, *senza che la legge specifichi* con quali mezzi e in quali limiti ciò possa avvenire. Il largo consenso tra gli Stati membri su tale principio cardine della *divisione dei poteri* induce a ritenere che l'art. 49 della Carta di Nizza abbia identica portata, ai sensi dell'art. 52, paragrafo 4, della medesima Carta [...] l'art. 325 [...] secondo quanto precisato dalla Corte di giustizia, omette di indicare con sufficiente analiticità il percorso che il giudice è tenuto a seguire per conseguire lo scopo», con ciò consentendogli «di disfarsi, in linea potenziale, di qualsivoglia elemento normativo che attiene alla punibilità o al processo, purché esso sia ritenuto di ostacolo alla repressione del reato. Questa conclusione *eccede il limite proprio della funzione giurisdizionale nello Stato di diritto quanto meno nella tradizione continentale*»⁴⁵.

È dunque la separazione dei poteri, di cui la riserva di legge e proiezione dentro la giustizia penale, la vera posta in gioco nella

⁴⁴ Con conseguente soggezione al principio *tempus regit actum*: così, ritenendo non tutelabile *ex art. 25 Cost.* l'affidamento del singolo sulla disciplina della prescrizione vigente al *tempus delicti*, già F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in *Dir. pen. cont.*, 9 maggio 2016, p. 1 ss., p. 25 s.

⁴⁵ V. Corte cost., ord. n. 24/2017, par. 9 [corsivi aggiunti].

sentenza Taricco⁴⁶: la quale finisce per attribuire al giudice compiti sostanzialmente normativi in spregio all'art. 101, prima ancora che in violazione dell'art. 25 della Carta costituzionale.

Breve: occorre preservare il sistema delle fonti del diritto, prima ancora – ed oltre – che il sistema delle fonti del diritto penale; ove è fin troppo evidente la *liaison* ideale con la sentenza n. 230 del 2012 in punto di (in)efficacia iperretroattiva di un *overruling* favorevole delle Sezioni Unite⁴⁷.

Di qui, una serie di quesiti – sovrapposti e – limpidamente retorici⁴⁸: domandando la Consulta se il giudice domestico sia tenuto ad applicare la regola Taricco, e perciò a disapplicare le disposizioni *ex artt.* 160, 161 c.p., pure quando tale operazione «sia priva di una base legale sufficientemente determinata»; pure quando, nell'ordinamento nazionale, «la prescrizione è parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità»; e pure quando la suddetta disapplicazione-punizione si ponga «in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro».

3. *Prove tecnico-tattiche di verticalismo in forma circolare.* – Lo abbiamo già detto all'inizio: l'ordinanza, in sostanza, ci restituisce la consueta immagine verticalistica del rapporto fra assiologia costituzionale e diritto europeo; un'immagine, questa, che «vede *per sistema* sottoposto il principio dell'apertura al diritto di origine esterna rispetto ai principi fondamentali restanti, e, perciò, dell'una Carta (di origine esterna) all'altra (la Costituzione)»⁴⁹.

Solo che, tatticamente, quel *sostanziale muscolarismo*

⁴⁶ Cfr. D. PULITANÒ, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1, 2016, p. 228 ss.

⁴⁷ *Retro*, nota n. 24.

⁴⁸ In questo senso, fra gli altri, G. CIVELLO, *La Consulta, adita sul caso Taricco, adisce la Corte di Giustizia: orientamenti e disorientamenti nel cd. "dialogo fra le corti"*, in *www.archiviopenale.it*, n. 1, 2017, p. 1 ss., p. 12.

⁴⁹ Così, seppur con accento critico, RUGGERI, *Ultimatum della Consulta*, cit., p. 85 [corsivo originale].

piramidale resta sottotraccia, ed emerge *de temps en temps* dentro e dietro un discorso *formalmente circolarista*: il quale, cioè, evita di raccogliere la sfida lussemburghese e ne smussa gli angoli, dissolvendola in un progetto d'integrazione partecipata.

La minaccia di azionare i controlimiti, dunque, viene ammantata di un lessico soave, addolcita con argomenti *euro-sensitive*, e nascosta *via* incorporazione in logiche di costruttiva e armonica coesistenza: un po' come accade, si consenta lo spericolato parallelismo, in quelle prospettazioni concussive declinate in toni garbati, se non proprio amicali.

Ne esce una pronuncia-caleidoscopio in cui si può intravedere tutto e il contrario di tutto: un *ultimatum* che mette spalle al muro l'interlocutore, costringendone le determinazioni; oppure una proposta di tregua illuminata, in cui ci s'inchina alla primazia della Corte di giustizia, riconoscendone il ruolo fondativo, ma, al contempo, si rilancia un nuovo modo d'intendere i controlimiti⁵⁰, nel segno di una ripartenza «amici più di prima».

Dipende dai profili che l'osservatore preferisce valorizzare. A noi pare, lo ribadiamo ancora, che lo sforzo ecumenico della Consulta, pur assai apprezzabile per *bon ton* istituzionale e intelligenza strategica, non riesca – ma forse non voglia neppure – celare fino in fondo quella che, alla fine della fiera, non è né una seconda⁵¹ e neppure una terza strategia⁵²: ma un semplice, e docilmente anelastico, *aut aut*⁵³.

⁵⁰ Né integralmente nazionali (in un'ottica oppositiva «ascendente»), né integralmente europeizzati (in un'ottica sterilizzante «discendente»), ma introiettati nel diritto UE e affidati alla gestione degli Stati (in un'ottica partecipata «ascendente» e «discendente»): in questo senso, sostanzialmente, KOSTORIS, *La Corte costituzionale e il caso Taricco*, cit., p. 14 s.

⁵¹ Così, invece, SOTIS, “*Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia*”, cit., p. 6.

⁵² Una soluzione intermedia, cioè, fra quella muscolare patrocinata dalla dottrina, e quella euro-servente sposata da una parte della giurisprudenza: FARAGUNA, *The Italian Constitutional Court in re Taricco*, cit., che però, sul finire, ammette che i contenuti dell'ordinanza della Consulta sono persino «più esplosivi» di quelli della sentenza *Geuweiler* del BVerG.

⁵³ Non si tratta di autentica diplomazia, come invece afferma C. CUPELLI, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 30 gennaio 2017, giacché il discorso

Naturalmente, come in tutte le operazioni di dissimulazione-occultamento che si rispettino⁵⁴, ci vogliono puntuti artifici retorici, opportune circonlocuzioni, diplomatici silenzi, studiate ingenuità.

Ci vogliono, insomma, finzioni, *dribblings* e giochi di prestigio. Vediamoli rapidamente.

3.1. *Finzioni e finte*. – Di un paio di finzioni abbiamo già detto.

È finzionistica, anzitutto, la forma del provvedimento partorito dal Giudice delle leggi, che ha l'aspetto di un'ordinanza interlocutoria ma i contenuti di una decisione anticipata di merito, come pure a senso unico, per logica conseguenza, sono i quesiti pregiudiziali: i quali, nel momento in cui vengono formulati, *già presuppongono* l'unica risposta – quella negativa, ovviamente – introiettabile.

Perciò, pure l'astratto riconoscimento della signoria della Corte di giustizia nella gestione dei controlimiti domestici – onere, questo, di cui si farebbe carico la Consulta in un afflato collaborazionista – più che una mossa coraggiosa⁵⁵ o azzardata⁵⁶, sembra piuttosto il frutto di una finzione *politically correct*: avendo la stessa Consulta, appunto, già prefigurato la possibile espulsione dall'ordinamento della sentenza-legge Taricco, con ciò attribuendosi l'ultima parola in punto di *enforcement* del meccanismo.

Ancora.

La Corte costituzionale dissimula quando valorizza il fatto che la Corte di giustizia, nello scrutinare la compatibilità della disapplicazione-punizione coi «diritti degli imputati», non abbia

diplomatico, per definizione, non lascia mai intendere all'interlocutore quali saranno le conseguenze della fallita trattativa: così, giustamente, T.E. EPIDENDIO, *Intervento alle giornate di studi La "materia penale" tra diritto nazionale ed europeo*, Convegno annuale AIDP, Università di Modena e Reggio Emilia, 30 marzo – 1 aprile 2017.

⁵⁴ Parla di un argomentare aperturista «dissimulato», «retorico» e «ipocrita» anche RICCARDI, «Patti chiari, amicizia lunga», cit., *passim*.

⁵⁵ Cfr. C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio delle Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, in www.eurojust.it, par. 2.

⁵⁶ Giacché lascerebbe «l'ultima parola» sui controlimiti al giudice europeo: CAIANIELLO, *Processo penale e prescrizione*, cit., p. 19.

verificato il rispetto del canone di determinatezza, redivivo tassello della legalità penale continentale⁵⁷: «la sentenza resa in causa Taricco ha escluso l'incompatibilità della regola lì affermata [...] con riguardo al solo divieto di retroattività, mentre non ha esaminato l'altro profilo proprio del principio di legalità, ovvero la necessità che la norma relativa al regime di punibilità sia sufficientemente determinata»⁵⁸.

Si tratta, all'evidenza, di un puro artificio retorico: perché sappiamo tutti bene, Consulta inclusa⁵⁹, che la legalità penale convenzionale, e quindi pure quella eurounitaria (ex art. 52, par. 3, CDFUE), esibisce un *range* più striminzito della garanzia ex art. 25, co. 2, Cost., essendo circoscritta alle «disposizioni che definiscono i reati e alle pene che li reprimono»: sintagma questo che, per quanto lo si voglia intendere in senso estensivo, di certo non si presta ad abbracciare le cause di estinzione⁶⁰.

Detto altrimenti: è del tutto normale (regolare, «conforme a diritto» europeo) che la Corte di giustizia UE, nel disegnare la regola *self-executing* Taricco ed i relativi parametri-presupposto, non si sia curata di saggiarne la determinatezza/determinabilità⁶¹, non

⁵⁷ Sottolinea correttamente VIGANÒ, *Le parole e i silenzi*, cit., p. 7, come il principio di determinatezza non abbia mai goduto di troppa considerazione nell'ambito della giurisprudenza costituzionale: che non ha esitato a salvare norme incontestabilmente generiche come quella che incrimina la causazione di un «disastro», e quella che colpisce la violazione dell'ordine di «vivere onestamente».

⁵⁸ V. Corte cost., ord. n. 24/2017, par. 9.

⁵⁹ V. Corte cost., ord. n. 24/2017, par. 8, ove si afferma a chiare lettere che «[l]a Costituzione italiana conferisce al principio di legalità penale un oggetto più ampio di quello riconosciuto dalle fonti europee, perché non è limitato alla descrizione del fatto e della pena, ma include ogni profilo sostanziale concernente la punibilità».

⁶⁰ In argomento, volendo, V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, Milano, 2012, p. 115.

⁶¹ Con ciò sancendo l'efficacia diretta di quei «parametri di legittimità» destinati a essere «riempiti» dall'interprete: parla al proposito di effetto diretto esclusivo/oppositivo – anziché sostitutivo – sottolineando trattarsi di fenomeno niente affatto inusuale nell'ambito della casistica UE, D. GALLO, *La primazia del primato sull'efficacia (diretta?) del diritto UE nella sentenza Taricco*, in www.sidiblog.com.

ritenendosi vincolata da *nessuno* dei corollari della legalità penale⁶².

Che il passaggio sul *check* di determinatezza sia stato un mero espediente retorico, del resto, è dimostrato dal fatto che è servito da passerella per introdurre il discorso, *scopertamente muscolare*, dei connotati genetici dei sistemi continentali, *contrapponendoli* a quelli di *common law*: cui entrambe le Alte Corti europee, come risaputo, s'ispirano (*infra* par. 4)⁶³.

Il Giudice delle leggi, infine, non può che dissimulare quando pretende di scovare la *voluntas* della CGUE di lasciare agli Stati il monopolio dei controlimiti («la verifica ultima circa l'osservanza dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale») in due mini-incisi («se il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare [...] dovrà [...] assicurarsi che i diritti fondamentali [...] siano rispettati»; «la disapplicazione va disposta “con riserva di verifica da parte del giudice nazionale” in ordine al rispetto dei diritti degli impurati») meramente stilistici⁶⁴, oltre che eccentrici rispetto alla concreta vicenda processuale⁶⁵.

Ma, forse, la migliore *performance* della Consulta è rappresentata da travestimento di certezze in dubbi, o, se si vuole, di (concrete e attuali) minacce in (docili) quesiti pregiudiziali: perché, alla domanda se la CGUE abbia inteso sancire la primazia della normativa europea pure quando essa confligga «con i principi supremi dell'ordine costituzionale» nazionale, l'interprete eurounitario *ha già*

⁶² Intendiamoci: è innegabile che l'istanza di precisione vanti una dimensione eurounitaria, trattandosi di corollario del principio di certezza del diritto (Corte cost., ord. n. 24/2017, par. 5); il punto, però, è che quel principio *non aggancia* l'istituto della prescrizione.

⁶³ Sul *common law reasoning* delle alte Corti europee già V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità in materia penale*, in *ius17@unibo.it*, n. 1, 2009, p. 57 ss.

⁶⁴ Visto che, subito dopo, la CGUE nega espressamente che tali diritti possano dirsi pregiudicati: KOSTORIS, *La Corte costituzionale e il caso Taricco*, cit., p. 9.

⁶⁵ Ineccepibile, sul punto, l'osservazione di SOTIS, “*Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia*”, cit., 3, secondo cui, con quella formula di stile, la CGUE intendeva riferirsi ad un altro e diverso problema (quello dei reati già estinti per prescrizione).

esaustivamente risposto poco tempo fa con la sentenza Melloni⁶⁶, ove pure si strapazzava la clausola *ex art. 53 CDFUE*⁶⁷: se si consentisse a uno Stato membro di «ostacolare l'applicazione di atti di diritto dell'Unione [...] sulla base del rilievo che essi non rispetterebbero i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione», ne deriverebbe la lesione «del principio del primato del diritto dell'Unione [e] dei principi di fiducia e riconoscimento reciproci»⁶⁸.

Il che ci conduce dritti dritti al capitolo dei funambolismi.

3.2. *Giochi di prestigio e funambolismi.* – Oltre ad agili finte (da pallone d'oro) e spettacolari finzioni (da Oscar), la Consulta ci regala straordinari giochi illusionistici: facendo estemporaneamente scomparire la contraerea dietro formule di stile, inchini di maniera e argomentazioni dialogiche.

E così, lo *slogan* della «unione dei diversi», intelligentemente appoggiato su una sventagliata di norme di diritto primario eurounitario (*retro*, par. 2), annacqua e sdrammatizza, fino a renderli quasi irriconoscibili, *Identitätskontrolle* e principio di attribuzione: che però riemergono d'incanto, in tutta la loro *vis* oppositiva, dalle pieghe del progetto euro-sinergico⁶⁹.

⁶⁶ Che coinvolgeva il diritto di difesa, anch'esso «principio supremo del sistema costituzionale», in Spagna come in Italia: Corte cost., sent. n. 18/1982, e Corte cost., sent. n. 238/2014, entrambe in *www.giurcost.org*.

⁶⁷ Parla in proposito di «sterilizzazione per via giurisprudenziale» dell'art. 53 CDFUE R.E. KOSTORIS (cur.), *Manuale di procedura penale europea*, 3^a ed., Milano, 2017, p. 85 ss.

⁶⁸ V. Corte di giustizia dell'Unione europea, [GS], *S. Melloni c. Ministero Fiscal*, 26 febbraio 2013, C-399/11, par. 58-59, p. 63.

⁶⁹ V. Corte cost., ord. n. 24/2017, spec. par. 6: «la legittimazione [...] e la forza stessa dell'unità in seno a un ordinamento caratterizzato dal pluralismo [...] nascono dalla sua capacità di includere il tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare *l'identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro* [...]. In caso contrario i Trattati europei mirerebbero contraddittoriamente a dissolvere il fondamento costituzionale stesso *dal quale hanno tratto origine per volontà degli Stati membri*» [corsivi nostri]. Osserva giustamente RICCARDI, «Patti chiari, amicizia lunga», cit., p. 10 s., come la Consulta, con questa elegante

Davvero funambolica, ancora, è la sequenza argomentativa che inizia dall'estraneità della prescrizione, e della sua indole, dalla zona d'interesse eurounitario, con conseguente «esternalità» dell'impedimento alla disapplicazione-punizione; continua con la distinzione fra effetto diretto e diretta applicabilità, escogitata dalla Consulta per supportare la logica armonico-dualistica del *check* identitario; e sfocia nella pretesa eterogeneità fra i casi Melloni e Taricco.

Diciamo funambolica, giacché i giudici costituzionali sanno perfettamente quanto sia esteso, nell'ottica della CGUE, il concetto di «campo di applicazione del diritto eurounitario», suscettibile di abbracciare tutto ciò che interseca ambiti regolati da fonti unioniste⁷⁰; e quindi, va da sé, pure la prescrizione che falciava illeciti lesivi degli interessi finanziari sovranazionali⁷¹.

Per tali ragioni, è eufemisticamente fragile pure la distinzione, peraltro diffusamente articolata, fra il caso Taricco e il caso Melloni: allora come ora, infatti, si trattava di decidere se sacrificare, in nome della *primauté*, il più elevato *standard* di tutela domestico di un diritto basico che, *al contempo*, incarna un «principio supremo dell'ordinamento costituzionale»; allora come ora, poi, la manovra espulsiva della regola sovranazionale veniva radicata (anche) sulla regola eurounitaria *ex art. 53 CDFUE*; ora e più di allora, infine, si tratta di una vicenda «di rilevanza europea», coinvolgendo il settore degli interessi finanziari⁷².

Oggi diversamente da ieri, però, la Consulta avverte che l'epilogo sarà diverso, essendo in gioco molto di più di un istituto-*monstre* come la prescrizione: qui ne va dell'assetto istituzionale dello Stato di diritto, che è allergico al paradigma della giurisprudenza-fonte, a cominciare da quella domestica.

circonlocuzione, intenda rammentare all'Unione che sono gli Stati, a essere i veri i «signori dei Trattati».

⁷⁰ Sul punto, emblematicamente, Corte di giustizia dell'Unione europea, [GS], *Åkerberg Fransson*, C-617/10, 26 febbraio 2013.

⁷¹ Rammenta come, per consolidata giurisprudenza della CGUE, gli Stati siano tenuti al rispetto della normativa europea pure quando esercitano competenze ad essi riservate, AMALFITANO, *La vicenda Taricco*, cit., par. 2.

⁷² Così anche CAIANIELLO, *Processo penale e prescrizione*, cit., 21.

Ancora una volta, insomma, il Giudice nazionale offre un *commodus discessus* che nasconde orizzonti bellici: che camuffa, cioè, un secco sollecito alla ritirata (auto-neutralizzare la regola Taricco e, più in generale, rivedere *funditus* la nozione di «rilevanza eurounitaria») e una minaccia (quella di mettere in campo, in caso di ulteriore avanzamento, lo scudo dei controlimiti).

Perché qui, appunto, non siamo in Spagna: ma siamo in Italia, e, per di più, stiamo discorrendo di persone soggette alla giustizia penale italiana⁷³.

4. *Dribbling o precomprensione? A proposito del preteso silenzio in punto di riserva di legge.* – La letteratura specialistica che si è occupata della vicenda, anche quella molto attenta e autorevole, ha sottolineato il silenzio della Consulta in ordine alla compatibilità fra la regola Taricco e la riserva di legge in materia penale⁷⁴; i giudici costituzionali, si è osservato, non affrontano *ex professo* quel nodo per le stesse ragioni che li inducono a *narcotizzare senza negare* la natura auto-applicativa dell'art. 325 TFUE (*retro*, par. 2); a *tabuizzare* il lemma «controlimiti»; e, verrebbe da aggiungere, e *non catalogare*, fra le norme eurounitarie «sensibili» alle identità nazionali, l'art. 83 TFUE: che normativizza la logica identitaria con specifico riguardo al penale (par. 3), e che ribadisce che l'Unione vanta, in quella materia, competenze solo indirette (*via direttive*: parr. 1 e 2).

Il tutto, si è detto, sarebbe stato motivato dall'intento di evitare di introdurre argomenti irritanti e «poco dialogici»: non solo perché il *deficit* democratico che affligge la legislazione europea rappresenta il

⁷³ Come noto, il *Tribunal Constitutional* ha finito per cedere al *diktat* della CGUE e consegnare Stefano Melloni alle autorità italiane, valorizzando la circostanza-espedito che la violazione del diritto di difesa *ex art. 24 Cost. sp.* fosse solo «indiretta», nel senso che sarebbe stata – successivamente – perpetrata dallo Stato italiano: F. VIGANÒ, *Obblighi di adeguamento al diritto UE e 'controlimiti': la Corte costituzionale spagnola si adegua, bongré malgré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso Melloni*, in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2014.

⁷⁴ Cfr. ad es., ancorché da due opposte visioni giuridico-culturali, MANES, *La Corte muove*, cit., p. 11; e VIGANÒ, *Le parole e I silenzi*, cit., p. 9 ss.

più profondo punto di frizione fra noi e loro⁷⁵, ma anche perché la riserva di legge formale in materia penale, nel «britannizzato» sistema europeo, non esiste *tout court*⁷⁶.

Insomma: chi intende stabilire un *feeling* e ipnotizzare l'interlocutore, massimizzerà le *chances* di riuscita qualora si sforzi di adottarne il lessico («ragionevole prevedibilità», «base legale», «certezza del diritto») e le categorie (evitando di sfoderare principi che, pur «accettati», non sono «condivisi» *on the other side*)⁷⁷.

Sulle prime, dunque, parrebbe un agile *dribbling*: una questione, cioè, diplomaticamente evitata ma non definitivamente rinunciata, ossia recuperabile – e ci mancherebbe non fosse così⁷⁸ – qualora la CGUE, non accettando i termini della (pseudo-)tregua, decidesse di perseverare nel suo approccio fagocitante e ribadisse l'obbligo disapplicativo-punitivo.

Oppure, potremmo anche pensare si sia trattato di un tacito assunto, di una specie di «presupposizione contrattuale»: di un dato ovvio e indiscusso, cioè, che non c'era nessun bisogno di esplicitare, essendo iscritto anche nel tessuto costituzionale eurounitario.

Ma, guardando bene nel caleidoscopio, ci pare che le cose non stiano esattamente così.

Quando la Consulta, in chiusa, rompe gli indugi, abbandona l'incedere diplomatico e decide di superare la stucchevole *querelle* della natura della prescrizione; quando, cioè, enfatizza la dimensione

⁷⁵ Cfr. RICCARDI, "Patti chiari, amicizia lunga", cit., p. 13 s.

⁷⁶ In argomento, ci permettiamo di rinviare a V. VALENTINI, *Continuata la navigazione a vista. Europeismo giudiziario ed europeizzazione della legalità penale continentale: incoerenze, velleità, occasioni*, in *Dir. pen. cont.*, 20 gennaio 2015, p. 1 ss., spec. p. 3 ss.

⁷⁷ V., ad es., fra le molte, Corte di giustizia dell'Unione europea, [GS], *Berlusconi e altri*, 3 maggio 2005, in *CP*, 2005, p. 2764 ss., par. 44, ove si ribadisce che la normativa UE «non potrebbe [...] avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale delle persone che agiscono in violazione delle sue disposizioni».

⁷⁸ A differenza di quanto insinua VIGANÒ, *Le parole e I silenzi*, cit., p. 11, non sarebbe affatto «sleale» il recupero «in seconda battuta» di un parametro – la riserva di legge nazionale, appunto – da sempre riconosciuto e accettato dal/nel diritto eurounitario scritto e vivente.

ordinamentale del principio di determinatezza, il suo essere un irrinunciabile avamposto *contro* le invasioni di campo del giudice, *sta già parlando di riserva di legge*, giacché, è un'ovvietà ma conviene ribadirlo, l'istanza di precisione, come pure il divieto di ragionare analogicamente, servono anzitutto a *ribadire, attuare, presidiare* il monopolio del legislatore sulla giustizia penale (è la c.d. dimensione oggettivo-ordinamentale della legalità penale), ancorché tale concentrazione monopolistica, a valle, intercetti istanze individual-garantiste (in termini di controllo democratico sull'uso di sanzioni liberticide, e di tutela della libertà d'azione: cd. dimensione soggettivo-umanistica della legalità penale).

E d'altronde, che la giustizia penale necessiti di una legge *scritta e parlamentare*, la Corte costituzionale lo dice esplicitamente: richiamando il «principio di divisione dei poteri» *ex art. 101 Cost.*, che incarna un «tratto costitutivo degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri di *civil law*», e ne marca la differenza essenziale coi sistemi di *common law* (centralità della legge *scritta*); e puntando il dito sulla necessità che il «regime legale penale», sostanziale ma anche processuale, sia affidato alla «legge approvata dal Parlamento» (monopolio del legislatore *parlamentare nazionale* sul sistema punitivo)⁷⁹.

E così,

i) viene messo espressamente al bando il *judicial law making*, domestico ma anche sovranazionale, con *effetti peggiorativi* per accusati e imputati.

Il punto è decisivo, ed è bene intendersi.

Con tale presa di posizione, la Consulta non intende affatto contestare il sistema di produzione normativa europeo⁸⁰, ove le alte Corti si auto-percepiscono, e restano libere di continuare a farlo, come autentiche fonti del diritto.

Piuttosto, a essere posto in discussione è il *nostro* modo d'intendere la casistica sovranazionale: cui fino a ieri non esitavamo a riconoscere il rango e la forza di resistenza delle leggi sub- e para-

⁷⁹ V. Corte cost., ord. n. 24/2017, spec. par. 9.

⁸⁰ *Contra* VIGANÒ, *Le parole e i silenzi*, cit., p. 10 ss.

costituzionali⁸¹, e che oggi, invece, tendiamo sempre di più a declassare a mero e – a date condizioni – ignorabile «comando esegetico impartito altrove nella forma della pronuncia giurisdizionale»⁸²

Certo, è vero che l'apertura al paradigma del giudice-fonte non è mai stata indiscriminata, essendo invece stata adattata alla cultura del costituzionalismo penale continentale: nel senso che le *sentenze* delle Corti europee hanno sempre inficiato *leggi parlamentari*⁸³, solo se, e solo quando, generassero effetti *in bonam partem*; tuttavia, è innegabile che il vento stia cambiando⁸⁴, come del resto impone un minimo di coerenza sistemica⁸⁵.

Sia come sia, sta di fatto che la *case-law* europea non è mai assunta al rango di fonte del diritto qualora *deteriorasse* la posizione di accusati o imputati; il tutto, ribadiamo, coerentemente all'accezione *minimal*, ma al contempo insormontabile, in cui da sempre decliniamo la legalità penale: ritenendo irrinunciabile un intervento del Parlamento solo quando si tratta di criminalizzare o aggravare la risposta sanzionatoria, e non anche quando accade il contrario.

Niente di nuovo, quindi?

A noi piace pensare che, nel precisare che la prescrizione, *quand'anche avesse natura processuale*, andrebbe comunque

⁸¹ Cfr. M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, spec. p. 63 ss

⁸² Così, emblematicamente, Corte cost., sent. n. 49/2015, cit., par. 7.

⁸³ Giustificandone l'epunzione (*via Consulta*) e determinandone la paralisi (*via giudice comune*): per un catalogo di esempi, cfr. ancora VALENTINI, *Continua la navigazione a vista*, cit., p. 7 ss.

⁸⁴ Specie a seguito della già citata Corte cost., sent. n. 49/2015, ove, nel rinviare al mittente un *input* favorevole, si ribadiva la soggezione del giudice alla legge parlamentare *ex art. 101 Cost.*, e si sdrammatizzava il ruolo autenticamente normativo – fino a quel momento – riconosciuto, nell'ordinamento domestico, alle Corti europee.

⁸⁵ A seguito della già citata Corte cost., sent. n. 230/2012 (ove ci si rifiutava di europeizzare «integralmente» la nozione di *legge penale* e, di qui, riconoscere efficacia iperretroattiva a un *overruling* favorevole delle SSUU), in effetti, emergeva un sistema in cui precedente il persuasivo (delle alte Corti nazionali) coesisteva col *judicial law making* (delle Alte Corti europee), con immaginabili rischi d'interferenza-incoerenza.

governata da regole *dettagliate* («disposizioni legali sufficientemente determinate») di fattura *parlamentare* (il giudice non può creare «un regime penale, in luogo di quello realizzato dalla legge approvata dal Parlamento»), la Consulta abbia inteso archiviare scenari *à la Pupino*⁸⁶, estendendo una volta per tutte principio di determinatezza e riserva di legge, e quindi anche il divieto di analogia *in malam partem*, al processo penale.

Non solo una pietra tombale sulla regola Taricco, dunque, ma pure un irrobustimento della legalità penale processuale: che in Europea non è mai attecchita⁸⁷, e che, nel diritto giurisprudenziale italiano, non ha mai goduto di ottima salute⁸⁸.

Risultato: da oggi, effetti peggiorativi *anche processuali* potranno essere prodotti solo da leggi parlamentari nazionali.

ii) Stesso discorso vale, *a fortiori*, per la legislazione positivizzata europea, e l'indicazione non potrebbe essere più chiara: continua a essere impensabile un diritto scritto sovranazionale *self-executing* con effetti di criminalizzazione o aggravamento del trattamento sanzionatorio, a ciò opponendosi sia il perimetro – che la Corte di giustizia, approfittando dell'afasia dell'art. 325 TFUE, ha bypassato nel caso Taricco⁸⁹ – delle attribuzioni tracciato dai Trattati,

⁸⁶ V. Corte di giustizia dell'Unione europea, [GS], *M. Pupino*, C-105/03, 16 giugno 2005, in occasione della quale il giudice europeo autorizzava – meglio, compulsava – il giudice rinviante a superare i limiti logici degli enunciati scritti *ex artt.* 392, 398 c.p.p. (lettura *contra legem*...), comprimendo il diritto di difesa dell'accusato (...ed *in malam partem*), per conformare il sistema processuale interno a regole *non* auto-applicative di fonte europea: sul punto, cfr. ad es. le centrate osservazioni critiche di V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, Oxford-Portland, 2009, spec. p. 26 ss.

⁸⁷ Cfr. S. ALLEGREZZA, *Il caso "Pupino": profili processuali*, in F. SGUBBI - V. MANES (cur.), *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna, 2007, p. 53 ss., p. 71 ss.

⁸⁸ Sulla dimensione «debole» o «mobile» della legalità penale processuale v, per tutti, M. NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in ID., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, p. 181 ss.

⁸⁹ L'art. 325 TFUE, in effetti, non indica nessuno specifico strumento normativo per proteggere gli interessi finanziari, con ciò aprendo, secondo una parte della dottrina, a interventi mediante regolamenti.

i quali conferiscono all'Unione competenze penali solo indirette⁹⁰; sia anche, e soprattutto, il controlimite della riserva di legge nazionale.

Pure qui, naturalmente, vale quanto si diceva a proposito del processo penale: da questo momento in poi, resteranno fuori dall'ordinamento regole positivizzate sovranazionali che generano *torsioni peggiorative* delle garanzie processuali.

Ben venga una procedura d'infrazione, dunque, se non mettiamo mano alla disciplina della prescrizione: ma nessuno tocchi la legalità della e nella giustizia penale, *sostanziale e processuale*.

Saremo afflitti da cronico euro-scetticismo, o, cosa che è lo stesso, tardoromanticamente aggrappati alle garanzie liberali⁹¹, ma a noi piace vedere tutto questo, nell'ordinanza n. 27 del 23 novembre 2016⁹².

⁹⁰ Che, peraltro, neppure includono le frodi IVA: RICCARDI, "Patti chiari, amicizia lunga", cit., p. 17.

⁹¹ Per parafrasare a mo' di controcanto il titolo di un paragrafo («Aggrappati all'identità nazionale») del lavoro di CAIANIELLO, *Processo penale e prescrizione*, cit., p. 21.

⁹² La decisa presa di posizione della Consulta, come noto, ha indotto la Corte di giustizia UE a un – parziale – dietrofront: ad ammettere, cioè, che potessero ricadere al di fuori della regola disapplicativo-punitiva le *gross violations* in materia IVA realizzate *prima* della «sentenza Taricco»: Corte di giustizia dell'Unione europea, [GS], *M.A.S.*, 7 dicembre 2017, spec. par. 51 ss. La replica del Giudice europeo, dunque, disinnescava la tensione col sotto-principio di irretroattività sfavorevole, ma lasciava – volutamente – aperto il problema delle frodi iva commesse *dopo* la *ratio decidendi* Taricco (8 settembre 2015), la cui gestione-trattamento era essenzialmente rilasciata al giudice interno: con possibile violazione, all'evidenza, dei canoni di determinatezza (compromesso dalla *vagueness* dei parametri della «frode grave» e del «numero considerevole dei casi»), e dei principi di riserva di legge e separazione dei poteri *ex artt.* 25, co. 2, e 101 Cost. (derivando la criminalizzazione da un'operazione ermeneutica priva di base legale positivizzata): così, fra gli altri, anche C. CUPELLI, *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo 'certo'*, in *Dir. pen. cont.*, n. 6, 2018, p. 227 ss. Per scongiurare simili rischi (peraltro nient'affatto ipotetici: v.

5. *L'epilogo della saga.* – Sappiamo tutti come s'è concluso l'incontro-scontro fra Alte Corti occasionato dal Tribunale di Cuneo⁹³: la decisa presa di posizione della Consulta indusse l'interlocutore eurounitario ad un *parziale* dietrofront, ad ammettere, cioè, che potessero ricadere al di fuori della regola disapplicativo-punitiva le *gross violations* in materia IVA realizzate *prima* della «sentenza Taricco 1»⁹⁴.

La replica della Corte europea, dunque, aveva disinnescato la tensione col sotto-principio di irretroattività sfavorevole, ma lasciava – volutamente – aperto il problema delle frodi realizzate *dopo* la «regola Taricco» (dall'8 settembre 2015 in poi), la cui gestione-trattamento veniva essenzialmente *rilasciata alla prudenza del giudice comune domestico*: con possibile violazione, all'evidenza, del canone di determinatezza (compromesso dalla vaghezza dei parametri della «frode grave» e del «numero considerevole dei casi»), e dei principi di riserva di legge e separazione dei poteri *ex artt. 25, co. 2, e 101 Cost.* (derivando l'effetto criminalizzante da un'operazione ermeneutica priva di base legale positivizzata)⁹⁵.

l'ambigua posizione di Cass., II, 2 marzo 2018, n. 9494, *Schiavo e altri*, in *www.giurisprudenzapenale.com*) c'è voluto un secondo intervento della Consulta, la quale, ribaditi i limiti istituzionali cui è soggetto il giudice continentale, ha lapidariamente chiarito che, «[i]ndipendentemente dalla collocazione dei fatti, prima o dopo l'8 settembre 2015, il giudice comune non può applicare loro la “regola Taricco”, perché essa è in contrasto col principio di determinatezza in materia penale, consacrato dall'art. 25, secondo comma, Cost.»: Corte cost., sent. n. 115/2018, in *www.cortecostituzionale.it*, par. 10.

⁹³ La «regola Taricco» scolpita dalla CGUE, come pure è noto, è stata occasionata da un provvedimento *ex art. 267 TFUE* di GUP Cuneo, ord. 17 gennaio 2014, in *Dir. pen. cont.*, 7 febbraio 2014.

⁹⁴ V. Corte di giustizia dell'Unione europea, [GS], *M.A.S. e M.B.*, C-42/2017. 5 dicembre 2017, spec. par. 51 ss.; sul punto cfr., fra gli altri, R. BIN, *Taricco Tango. Quale sarà il prossimo passo?*, in *Forum QC*, 2 febbraio 2018, p. 1 ss.; E. LUPO, *La sentenza europea cd. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro*, in *Dir. pen. cont.*, n. 12, 2017, p. 109 ss.

⁹⁵ In questo senso, anche C. CUPELLI, *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo 'certo'*, in *Dir. pen. cont.*, n. 6, 2018, p. 227 ss.

Ed è proprio per scongiurare simili scenari⁹⁶, che il Giudice delle leggi, pur preferendo spingere sulla natura sostanziale della prescrizione⁹⁷, e dopo avere rammentato i limiti istituzionali cui è soggetto il giudice continentale, ha opportunamente rotto i residui indugi: statuendo lapidariamente che, «[i]ndipendentemente dalla collocazione dei fatti, prima o dopo l'8 settembre 2015, il giudice comune non può applicare loro la “regola Taricco”, perché essa è in contrasto col principio di determinatezza in materia penale, consacrato dall'art. 25, secondo comma, Cost.»⁹⁸.

Una seconda e definitiva manifestazione di soave decisionismo, insomma, un messaggio che più chiaro non si può: la contraerea è sempre pronta e perfettamente funzionante. Non costringeteci a farne uso.

⁹⁶ Peraltro non troppo ipotetici: v. ad es. l'ambigua posizione di Cass., II, *Schiavo e altri*, n. 9494, 2 marzo 2018, in www.giurisprudenzapenale.com.

⁹⁷ Senza cioè estendere *ex professo* gli sbarramenti *ex artt. 25 e 101 Cost.* al processo penale: *retro*, par. 4.

⁹⁸ V. Corte cost., sent. n. 115/2018, in www.cortecostituzionale.it, spec. par. 8 ss.; al riguardo, cfr., ad es., A. RUGGERI, *Taricco, amaro finale di partita*, in *Consulta on line*, n. 3, 2018, p. 488 ss.; C. AMALFITANO - O. POLLICINO, *Jusq'ici tout va bien... ma non sino alla fine della storia. Luci, ombre ed atterraggio della sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale che chiude (?) la saga Taricco*, in www.diritticomparati.it, 5 giugno 2018; C. CUPELLI, *L'epilogo del caso Taricco: l'attivazione 'indiretta' dei controlimiti e gli scenari del diritto penale europeo*, in www.criminaljusticenetwork, 13 dicembre 2018; M. DONINI, *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2, 2018, p. 226 ss.; P. FARAGUNA, *Roma locuta, Taricco finita*, in www.diritticomparati.it, 5 giugno 2018; S. POLIMENI, *Il caso Taricco e il gioco degli scacchi: l'“evoluzione” dei controlimiti attraverso il “dialogo” fra le Corti, dopo la sent. cost. n. 115/2018*, in www.osservatorioaic.it, n. 2, 2018, 20 giugno 2018, p. 1 ss.

STEFANIA SARTARELLI*

DA PROVENZANO A VIOLA: PER LA CORTE EDU
LA PAROLA D'ORDINE È «DIGNITÀ UMANA»

SOMMARIO: 1. Qualche premessa... – 2. Il caso Provenzano: esigenze di prevenzione v. diritto a una morte dignitosa. – 3. (segue) annotazioni *pro futuro*. – 4. Il caso Viola, l'ergastolo ostativo e il principio della dignità umana.

1. *Qualche premessa...* – L'accostamento che si intende proporre è quello tra due recenti pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo che saranno verosimilmente destinate ad avere notevoli ripercussioni all'interno del nostro ordinamento, si tratta della sentenza del 25 ottobre 2018 *Provenzano c. Italia* (ricorso n. 55080/13) e della sentenza del 13 giugno 2019 *Viola c. Italia*, n. 2 (ricorso n. 77633/16), emesse a neppure un anno di distanza l'una dall'altra.

I punti di contatto sono di tutta evidenza. Risalta, in primo luogo, la situazione personale dei ricorrenti entrambi condannati alla pena dell'ergastolo per reati associativi di tipo mafioso e per altri reati comuni ad essi collegati ciò che li ha inseriti, in fase di esecuzione della pena perpetua, in quel circuito detentivo differenziale perimetrato sostanzialmente dagli artt. 4 bis e 41 bis ord. penit.

Quest'ultima disposizione è volta a disciplinare quello che viene notoriamente indicato come un regime carcerario speciale o più semplicemente come quel regime carcerario «duro» in quanto espiato con notevoli restrizioni sui già deprivati diritti del detenuto (dall'exasperato controllo della corrispondenza alla drastica riduzione delle visite, passando per la totale assenza di rapporti con gli altri detenuti, ecc.), in ragione di comprovate esigenze di prevenzione dei reati e di sicurezza pubblica.

Lo scopo principale di tale regime è quello di interrompere ad ogni costo i collegamenti ancora eventualmente intercorrenti tra il

* Ricamatore di Diritto penale, Università di Perugia.

detenuto *de qua* e l'associazione criminale di appartenenza (sia essa mafiosa, terroristica o eversiva). La disposizione in esame presta il fianco a numerose critiche tra cui quelle concernenti la possibilità che tale durissimo regime carcerario sia «indeterminatamente» protratto attraverso la tecnica dei susseguenti decreti di rinnovo emessi a seguito di una valutazione effettuata, non dal giudice dell'esecuzione, come sarebbe naturale, ma dal Ministro della Giustizia.

Nell'ordinamento italiano e nella storia giudiziaria che lo contraddistingue, l'art. 41 bis ord. penit viene praticamente sempre accoppiato con l'art. 4 bis ord. penit., proprio perché il regime di carcere duro viene applicato nei confronti di quei detenuti che siano stati condannati all'ergastolo per i delitti di cui all'elencazione ivi specificata, tra cui risultano compendiate anche e soprattutto i reati di mafia.

All'art. 4 bis ord. penit., invero, è legata a doppio filo la *querelle* sull'ergastolo ostativo, espressione laica con cui si intende indicare l'impossibilità di fatto di accedere ai benefici penitenziari. Meglio.

Il condannato all'ergastolo per uno dei gravi delitti di cui all'art. 4 bis ord. penit. che non collabori con la giustizia (*ex art. 58 ter ord. penit.*) adoperandosi per evitare che l'attività criminosa sia portata a conseguenze ulteriori o che non aiuti concretamente l'autorità giudiziaria fornendo elementi utili alle attività investigative e di repressione dei reati, non potrà accedere, ad esempio, al lavoro all'esterno, ai permessi premio, alle misure alternative alla detenzione e alla liberazione condizionale.

Quella che emerge dal dispositivo in esame è una vera e propria presunzione assoluta di pericolosità sociale dedotta *sic et simpliciter* dalla mancata collaborazione che, suo malgrado (e con l'esclusione delle cc.dd. collaborazioni impossibili o irrilevanti)¹, diventa arbitrario indice del perdurante legame tra l'ergastolano e la sua organizzazione.

¹ Cfr. S. SANTINI, *Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreta "via di scampo": dalla Corte di Strasburgo un monito al rispetto della dignità umana*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 1 luglio 2019, in cui si precisa come la collaborazione impossibile ricorra (*ex art. 4 bis, co. 1 bis, ord. penit.*) quando i fatti e le responsabilità siano già stati accertati rendendo quindi impossibile una collaborazione utile con la giustizia; mentre la collaborazione sarà irrilevante

Più in generale, è necessario sottolineare come la questione-pena perpetua abbia rappresentato e rappresenti per il nostro ordinamento (e non solo) una questione annosa, a causa del suo controverso rapporto con la funzione rieducativa della pena, *ex art. 27, co. 3, Cost.* Com'è facilmente desumibile, la problematica in esame nasce con le Costituzioni che, come quella italiana, assumendo a valore fondamentale la dignità della persona umana, hanno espressamente abolito la pena di morte ed indicato per la pena in genere una tendenza alla «rieducazione». Proprio su questo concetto si sono appuntate le prime obiezioni relative al contrasto logico che sussisterebbe tra il concetto di rieducazione inteso come cammino verso una meta (la radice di *educare* non è *docere* ma *ducere*) e l'ergastolo, in quanto pena avente carattere perpetuo ed eliminativo, seppur non in senso fisico².

Con riferimento all'altro enunciato dell'art. 27, co. 3, Cost., concernente il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità, si è sostenuto che, pur *trattando* l'ergastolano nel migliore dei modi consentiti da un regime penitenziario evoluto, non si eliminerebbe l'antitesi con il «senso di umanità», proprio perché, sopprimendo per sempre la libertà di un uomo, il carcere a vita è un fatto *inumano* in sé, è una dichiarazione di morte morale anche se condotto con *trattamenti umani*³. Nel corso del tempo, la legittimità costituzionale della pena

quando il condannato non possa rivelare informazioni rilevanti, appunto, in conseguenza della sua limitata partecipazione al fatto criminoso.

² Sia consentito rinviare a S. SARTARELLI, voce *Ergastolo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006, p. 2240 ss.; cfr. D. PULITANÒ, *Ergastolo e pena di morte*, in *Dem. dir.*, 1981, p. 161; M. RUOTOLO, *L'illegittimità costituzionale della pena dell'ergastolo nei confronti del minore: un segno di civiltà giuridica*, nota a Corte Cost., 28 aprile 1994, n. 168, in *Giur. it.*, I, 1995, p. 360; T. PEDIO, voce *Ergastolo*, b) *Diritto penale*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1974, p. 226; F. CARNELUTTI, *La pena dell'ergastolo è costituzionale?*, in *Riv. dir. proc.*, I, 1956, p. 1 ss.; A. BUZZELLI, *L'art. 27 della Costituzione e l'abolizione dell'ergastolo*, in *Giust. pen.*, 1959, p. 209.

³ Cfr. A. DALL'ORA, *L'ergastolo e la Costituzione*, nota a Cass. S.U., 16 giugno 1956, Tondi, in *Riv. it. dir. pen.*, 1956, p. 485; E. GALLO, *Significato della pena dell'ergastolo. Aspetti costituzionali*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, p. 69; L. FERRAJOLI, *Ergastolo e diritti fondamentali*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, pp. 82-

perpetua è stata oggetto di valutazione da parte della Corte omonima che l'ha sempre riconosciuta sussistente proprio per il fatto che il carattere perpetuo di tale pena sarebbe scongiurato dalla possibilità del condannato di accedere ai benefici penitenziari, come la liberazione condizionale, la grazia, lo sconto di pena, ecc.

Se ne ricava il seguente paradosso: la pena *perpetua* è stata dichiarata legittima nella misura in cui è in realtà *non-perpetua*! L'aspetto più inquietante di questo paradosso risiede nell'astratta probabilità che invece il condannato rimanga in carcere per tutta la vita⁴.

83. Più recentemente, E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua. Appunti e riflessioni*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 17 dicembre 2018.

⁴ Cfr. SARTARELLI, voce *Ergastolo*, cit., pp. 2242-2243, e bibliografia ivi citata, in cui si evidenzia come, proprio in considerazione del fatto che, a seguito di taluni interventi riformatori come quello relativo alla possibilità di accedere alla liberazione condizionale, permettendo l'effettivo reinserimento anche dell'ergastolano nel consorzio civile, la Corte costituzionale, con sentenza n. 264/74, dichiarava infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 22 c.p., in riferimento all'art. 27, co. 3, Cost., adducendo, peraltro, che la formula contenuta in tale norma non ha proscritto la pena dell'ergastolo quando essa sembri al legislatore indispensabile strumento di intimidazione; inoltre, dalla motivazione di questa pronuncia risulta evidente il richiamo alla concezione polifunzionale della pena, rispondente al modello teorico definito sincretistico-additivo. A pochi anni dall'esito negativo del referendum sull'abolizione dell'ergastolo (1981), la questione di legittimità inerente la massima pena torna di nuovo ad essere sottoposta al vaglio della Corte costituzionale, questa volta sotto il profilo della disparità di trattamento tra condannati a pena detentiva temporanea e condannati a pena perpetua, in quanto quest'ultimi non risultano come potenziali fruitori dei nuovi istituti «premiali» introdotti dalla legge sull'ordinamento penitenziario n. 354 del 1975 e più promettenti sul piano dell'efficacia rieducativa. Con la sentenza n. 274/83, la Corte costituzionale si pronuncia per la fondatezza della questione, estendendo anche agli ergastolani le riduzioni di pena semestrali ex art. 54 ord. penit (ai soli fini dell'ammissione «anticipata» alla liberazione condizionale) per il fatto che tale beneficio «si raccorda sul piano teleologico con il presupposto della liberazione condizionale e cioè con il risultato della rieducazione medesima, sollecitando e corroborando il ravvedimento del condannato ed il conseguente suo reinserimento nel corpo sociale» finalità, questa, che l'ordinamento penitenziario persegue per tutti i condannati a pena detentiva, compresi gli ergastolani. Un'altra importante pronuncia della Corte in materia di ergastolo è stata la sentenza n. 168/94, con la quale è stata dichiarata costituzionalmente illegittima la pena perpetua nei confronti dei condannati minori d'età, poiché per i soggetti minori la funzione rieducativa «è

Da Provenzano a Viola: per la Corte EDU la parola d'ordine è «dignità umana»

Che è proprio quel che accade nelle ipotesi di ergastolo ostativo.

Se si pone mente alle restrizioni trattamentali derivanti dal regime di carcere duro dell'art. 41 bis ord. penit. e alla controversa istituzione dell'ergastolo ed ancor più di quello ostativo testé evidenziata, non è difficile comprendere la frizione originata dall'applicazione di queste due disposizioni con il sistema dei principi costituzionali interni, prima, e Convenzionali, poi.

Infatti, un altro punto di contatto rinvenibile tra le due sentenze della Corte EDU attiene proprio al parametro di riferimento adottato per addivenire alle due pronunce ovvero alla ritenuta violazione da parte dello Stato italiano dell'art. 3 CEDU. Ovviamente, in entrambi i casi vengono analizzate anche altre possibili violazioni della Convenzione, tuttavia il profilo di doglianza maggiormente rimarcato dai ricorrenti e dunque particolarmente approfondito dalla Corte si incentra sull'art. 3 CEDU.

Il divieto di tortura e di trattamenti o pene inumani o degradanti costituisce, invero, una delle affermazioni giuridiche, culturali e morali di maggiore importanza sia negli ordinamenti interni che nell'ordinamento internazionale e come ripetutamente affermato dalla stessa Corte EDU nelle sue pronunce, il divieto contenuto nell'art. 3 CEDU rappresenta proprio uno dei valori basilari delle società democratiche ed è per questo che ha carattere fondamentale, assoluto ed inderogabile⁵.

Dal punto di vista oggettivo, la violazione è rinvenibile in quelle sofferenze e umiliazioni estranee e dunque ultronee rispetto alle naturali conseguenze derivanti dalla sottoposizione dell'individuo ad una punizione o ad un trattamento legittimi. Dal punto di vista soggettivo, al fine di verificare la possibile violazione dell'art. 3 CEDU, vanno considerati tanto il metodo prescelto *in astratto* quanto

da considerarsi, se non esclusiva, certamente preminente». Cfr. FERRAJOLI, *Ergastolo e diritti fondamentali*, cit., p. 83; RUOTOLO, *L'illegittimità costituzionale della pena dell'ergastolo*, cit., p. 362; E. GALLO, *Un primo passo per il superamento dell'ergastolo*, nota a Corte Cost., 28 aprile 1994, n. 168, in *Giur. cost.*, 1994, pp. 1270-1271.

⁵ Cfr. P. PUSTORINO, Sub art. 3, in S. BARTOLE - P. DE SENA - V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, pp. 63-67.

le modalità *concrete* di inflizione e di esecuzione della pena legittima, le quali, complessivamente considerate, non debbono pregiudicare la «dignità umana» dell'individuo che le patisce⁶.

Insomma, la dignità umana, parametro primario del sistema convenzionale, si misura vieppiù nella tutela dei diritti delle persone recluso proprio perché è su di loro che lo Stato esercita la massima compressione della libertà personale e dei diritti soggettivi, tanto che la giurisprudenza della Corte EDU ha in più occasioni evidenziato come il «volto convenzionale» della pena debba essere umano e «conforme a dignità»⁷.

Queste, in breve, le premesse.

2. *Il caso Provenzano: esigenze di prevenzione v. diritto a una morte dignitosa* – Con la sentenza del 25 ottobre 2018 (ricorso n. 55080/13, *Provenzano c. Italia*) la Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU ovvero per la contrarietà al divieto di pene o trattamenti inumani e degradanti del *solo* ultimo decreto di proroga del regime carcerario differenziato previsto dall'art. 41 bis ord. penit. (quello del 23 marzo 2016), emesso nei confronti del detenuto Bernardo Provenzano senza una congrua valutazione dell'intervenuto, ulteriore, deterioramento delle sue funzioni cognitive. Si noti che le doglianze del ricorrente sono state soltanto parzialmente accolte dalla Corte europea, non ravvisandosi, nel caso

⁶ Cfr. PUSTORINO, Sub *art. 3*, cit., p. 69. In particolare, l'A. sottolinea come la Corte EDU, al fine di verificare l'intervenuta violazione o meno dell'art. 3 CEDU nella irrogazione e nella esecuzione delle pene legittimamente inflitte, faccia riferimento ad una serie di elementi, come il carattere pubblico o privato della punizione inflitta, le specifiche condizioni della detenzione, l'età e le condizioni di salute del condannato, la durata della pena ed altresì la percezione soggettiva del carattere umiliante di essa (v. rispettivamente, *Tyrer c. Regno Unito*, 25 aprile 1978, par. 32; *Kalashnikov c. Russia*, 15 luglio 2002, par. 95; *Güveç c. Turchia*, 20 gennaio 2009, par. 88; *Kafkaris c. Cipro*, 12 febbraio 2008, par. 97 ss.; *S.D. c. Grecia*, 11 giugno 2009, par. 46).

⁷ V. ad esempio: *Torregiani e altri c. Italia*, 8 gennaio 2013; *Varga e altri c. Ungheria*, 10 febbraio 2015. Per questi ed altri approfondimenti cfr.: V. MANCA, *Le declinazioni della tutela dei diritti fondamentali nel dialogo tra le Corti: da Viola c. Italia all'attesa della Corte costituzionale*, in *Arch. pen. web*, n. 2, 2019, p. 22.

di specie, né una violazione dell'art. 3 CEDU in rapporto al precedente decreto di proroga del regime differenziato (poiché, in questo caso, il già presente deficit cognitivo era stato preso sufficientemente in considerazione), né tanto meno una incompatibilità *tout court* dell'art. 41 bis ord. penit. con le condizioni di salute del ricorrente e neppure l'inadeguatezza delle cure mediche ricevute⁸, sia dentro al carcere che presso i presidi ospedalieri interessati.

Insomma, nella sentenza in esame non vi è alcuna presa di posizione della Corte europea sul regime differenziato di cui all'art. 41 bis ord. penit. *in se*⁹, semmai piuttosto la considerazione di alcuni profili procedurali dell'iter applicativo che lo caratterizza come forieri di criticità.

Il fatto storico in breve: dopo una lunghissima latitanza, Bernardo Provenzano veniva arrestato nel 2006 (11 aprile) e, processato per gravi delitti (fra cui l'associazione mafiosa), subiva la condanna a plurimi ergastoli. Sempre dal 2006, con provvedimento del Ministro della Giustizia, gli veniva applicato il regime differenziato di cui all'art. 41 bis ord. penit., in seguito prorogato, al quale, quindi, rimase sottoposto ininterrottamente fino al giorno della sua morte¹⁰ (23 marzo 2016). A seguito di una perizia disposta dal GUP di Palermo per valutare la capacità di stare in giudizio dell'allora imputato, già nel 2012 venivano riscontrate in capo al ricorrente una ridotta consapevolezza e reattività con riguardo all'ambiente circostante ed una limitata capacità di espressione (par. 6 ss.).

La vicenda clinica del detenuto da quel momento in poi è andata sempre più peggiorando. Egli era affetto da encefalopatia vascolare, epatite C, morbo di Parkinson ed ipertensione arteriosa tutte patologie che segnavano sempre più il progressivo decadimento delle sue funzioni cognitive, tanto che nel 2013 la struttura ospedaliera in cui

⁸ Cfr. G. ALBERTI, *Caso Provenzano: la Corte Edu riconosce una violazione dell'art. 3 Cedu con riferimento all'ultimo decreto di proroga del 41-bis*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 ottobre 2018.

⁹ Cfr. M.S. MORI, *A Strasburgo c'è un giudice anche per i capimafia: con Provenzano non cade ma scricchiola il 41-bis*, in *Giur. pen. web*, 28 ottobre 2018, p. 9.

¹⁰ Cfr. ALBERTI, *Caso Provenzano*, cit.

era stato ricoverato (l'ospedale di Parma) ne certificava appunto il serio decadimento cognitivo, con l'eloquio limitato a poche ed incomprensibili sillabe. Si rendevano via, via necessari interventi sempre più invasivi anche a supporto delle sue primarie funzioni vitali (come la cateterizzazione e la nutrizione e idratazione artificiale attraverso il sondino naso-gastrico). La situazione clinica già compromessa era stata caratterizzata anche da alcune cadute avvenute in cella e soprattutto dai ricoveri di urgenza effettuati per trattare le crisi ipertensive, la rimozione di un ematoma subdurale e le infezioni batteriche¹¹.

A causa delle sue precarie condizioni di salute, il ricorrente veniva quindi trasferito, in un primo momento, nel centro diagnostico e terapeutico di Parma e, in seguito, in quello di Milano, anzi, stante il suo repentino peggioramento clinico, nel 2014 egli veniva trasferito nel reparto protetto dell'ospedale San Paolo di Milano, lo stesso in cui due anni dopo ne seguirà il decesso¹².

Sempre in regime di 41 bis. Sempre in regime cioè di «carcere duro». Anche in ospedale.

Infatti, tutte le istanze presentate dai difensori del ricorrente sia per ottenere il rinvio dell'esecuzione della pena per motivi di salute, ai sensi degli artt. 146 e 147 c.p., che per revocare il regime carcerario

¹¹ Cfr. MORI, *A Strasburgo c'è un giudice anche per i capimafia*, cit., p. 2, in cui si dà conto anche delle altre due denunce presentate dai familiari di Provenzano, quella in cui si lamentava la mancanza di assistenza a seguito della caduta in cella avvenuta nel 2012 e quella in cui si censuravano le carenti condizioni igieniche del detenuto così come desumibili dagli indumenti consegnati dal personale sanitario ai familiari.

¹² Cfr. C. FIORIO, "41-bis", *diritto alla salute e dignità umana: la Corte europea dei Diritti dell'Uomo condanna l'Italia per il regime delle proroghe automatiche*, in www.rivistailmulino.it, 19 novembre 2018. Ricorda l'A. come il 41-bis ord. penit. attribuisca al ministro della giustizia, in presenza di gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica e anche a richiesta del ministro dell'interno, la facoltà di sospendere, in tutto o in parte, l'applicazione delle regole del trattamento penitenziario che possano porsi in contrasto, in concreto, con le esigenze di ordine e sicurezza. Nel caso di specie, il detenuto, anche in ospedale, era soggetto ad una videosorveglianza continua e aveva diritto ad un unico contatto mensile con i familiari che avveniva al di là di un vetro blindato, soltanto tramite il citofono avvicinato all'orecchio del boss, ormai quasi in stato comatoso, da un agente della mobile.

Da Provenzano a Viola: per la Corte EDU la parola d'ordine è «dignità umana»

«duro» erano state rigettate (par. 60 ss.). Anche i reclami presentati contro i due decreti ministeriali di proroga avevano subito la stessa sorte: il decreto ministeriale del marzo 2014, come anche il rigetto del relativo reclamo da parte del Tribunale di Sorveglianza di Roma, pur dando atto del serio declino cognitivo, evidenziavano, nella motivazione del diniego alla revoca del regime carcerario duro, il preminente ruolo avuto dal detenuto all'interno dell'associazione criminale desumibile anche dai gravi delitti commessi; il perdurante stato di latitanza di un altro componente della stessa associazione; l'articolata rete di supporto che, grazie a metodi di comunicazione molto semplici (come i c.d. pizzini) aveva consentito al ricorrente di impartire direzioni e definire strategie, mantenendo le redini dell'associazione, anche durante il lungo periodo di latitanza; e soprattutto, l'impossibilità, sulla base della documentazione clinica disponibile, di escludere con assoluta certezza la capacità del detenuto di trasmettere messaggi all'associazione criminale di appartenenza attraverso i propri familiari¹³ o in altro modo, posto che il personale ospedaliero indicava che il ricorrente aveva transitori momenti di lucidità alternati a momenti di confusione e che a volte rispondeva alle domande che gli venivano poste in modo comprensibile (par. 73).

Praticamente ricalcando le suddette motivazioni, interveniva il decreto di proroga del 2016, senza considerare dettagliatamente alcuna cartella clinica, ma recependo acriticamente le relazioni negative di alcune direzioni distrettuali antimafia (la DDA e la DNA di Palermo, neppure aggiornate sulle condizioni cliniche del detenuto) che insistevano sulla capacità del ricorrente di inviare messaggi all'esterno e sulla totale compatibilità del trattamento carcerario differenziato con il trattamento medico-clinico delle sue patologie¹⁴:

¹³ Cfr. ALBERTI, *Caso Provenzano*, cit.; MORI, *A Strasburgo c'è un giudice anche per i capimafia*, cit., p. 4, la quale sottolinea come nel provvedimento di proroga del 2014, ma in generale nei decreti applicativi del 41 bis, si faccia riferimento alla natura di misura di prevenzione del regime carcerario differenziato e non di aggravamento della pena che non spetterebbe al Ministero di comminare.

¹⁴ Cfr. FIORIO, "41-bis", *diritto alla salute e dignità umana*, cit.; MORI, *A Strasburgo c'è un giudice anche per i capimafia*, cit., p. 5. L'A. ricorda che tra le eccezioni preliminari avanzate dal Governo italiano vi era quella relativa al mancato esaurimento dei rimedi interni che però la Corte rigettava, ribadendo la propria

così il Ministro della Giustizia rinnovò il regime carcerario «duro» di cui all'art. 41 bis ord. penit. per altri due anni.

Come già anticipato, il parametro convenzionale di riferimento invocato dal ricorrente è stato ovviamente l'art. 3 CEDU. Con particolare riferimento al trattamento dei detenuti, dalla norma menzionata promana l'obbligo positivo per lo Stato di garantirne adeguatamente la salute ed il benessere: il trattamento è adeguato se sono predisposte diagnosi e cure appropriate e tempestive in base alle esigenze proprie di ogni singolo detenuto¹⁵. Delle cure mediche apprestate dovrà essere tenuta opportuna documentazione, al fine di monitorare costantemente la salute del detenuto, tenendo in debito conto ogni possibile aggravamento imputabile a un difetto totale o parziale di cure adeguate (si tratta dei criteri della diligenza e della frequenza delle cure mediche fornite in base alle condizioni di salute del detenuto *Raffray Taddei c. Francia*, 21 dicembre 2010). Sempre dall'art. 3 CEDU declinato in termini di tutela della salute del detenuto si evince che lo Stato dovrà motivare specificamente le ragioni che inducano a prolungare lo stato di detenzione alla luce dell'età avanzata o viceversa della minore età del detenuto (*Haidn c. Germania*, 13 gennaio 2011) e delle sue condizioni di salute

consolidata giurisprudenza secondo cui, a fronte di più rimedi interni idonei a riparare ad una violazione, non è onere del ricorrente percorrerli necessariamente tutti; tanto più che, con particolare riferimento al mancato ricorso in Cassazione avverso l'ordinanza del Tribunale di Roma del 5 dicembre 2014, il Governo non avrebbe specificato perché tale rimedio sarebbe stato adeguato alle doglianze del ricorrente, considerato anche che esso si sarebbe dovuto limitare al rilievo delle sole «violazioni di legge», strettamente considerate. L'altra questione preliminare concerneva la prosecuzione del ricorso da parte del figlio del ricorrente in seguito alla morte di quest'ultimo. Il Governo italiano sosteneva che il figlio del ricorrente non potesse assumere la qualifica di vittima indiretta, poiché la violazione dell'art. 3 CEDU non lo riguardava. La Corte nel rigettare l'eccezione del Governo, precisava come il ricorso fosse stato presentato nell'interesse del soggetto poi deceduto quando il figlio di quest'ultimo ne era già tutore; la Corte, inoltre, invocava il principio secondo cui, per la dimensione «morale» dei diritti dell'uomo, è ben possibile che le persone prossime a un ricorrente deceduto possano avere interesse al riconoscimento della violazione, anche a prescindere da qualsiasi interesse materiale.

¹⁵ Cfr. ALBERTI, *Caso Provenzano*, cit.

Da Provenzano a Viola: per la Corte EDU la parola d'ordine è «dignità umana»

(*Slawomir Musial c. Polonia*, 20 gennaio 2009), ivi compresa la situazione psichica.

La giurisprudenza della Corte EDU rispetto a questo particolare profilo di tutela promanante dall'art. 3 CEDU, seppure non giunga a prevedere un vero e proprio «obbligo di rilascio» per i detenuti gravemente malati (tranne in caso di assoluta incompatibilità, *Grori c. Albania*, 7 luglio 2009), sembra comunque sollecitare l'adozione di una tale misura «di fatto», individuando in capo agli Stati membri tutta una serie di obblighi positivi di per sé (ad esempio, la sorveglianza costante, la diligenza e la frequenza nella predisposizione dei trattamenti sanitari individualizzati in base alle esigenze di salute del singolo detenuto, ecc.) nella pratica potenzialmente inconciliabili col mantenimento dello stato di detenzione¹⁶.

Ebbene, si è già detto di come in rapporto a questo «gigantesco» parametro europeo, le doglianze del ricorrente siano state accolte dalla Corte limitatamente all'ultima proroga del regime carcerario differenziato.

Dunque, l'art. 41 bis ord. penit. non contrasta, «per ciò solo» (per il fatto di esistere) con la Convenzione europea, neppure se la sua applicazione si protrae per lungo tempo.

Ancora. Le cure mediche apprestate al detenuto dall'amministrazione penitenziaria italiana sono state ritenute dalla Corte EDU adeguate.

Tuttavia, ciò che induce il giudice europeo a decretare la violazione dell'art. 3 CEDU è il provvedimento ministeriale di proroga del 23 marzo 2016.

In tale provvedimento, mancherebbe la doverosa considerazione del peggioramento delle condizioni cognitive del detenuto, vale a dire è carente la motivazione relativa al rapporto tra progressivo deterioramento cognitivo del detenuto ed «attualità» del pericolo¹⁷ che egli potesse riuscire a comunicare con l'esterno (parr. 156-157).

La violazione dell'art. 3 CEDU risiede proprio nel non aver dimostrato, nel motivare il decreto ministeriale di proroga, che il ricorrente, malgrado la sua condizione fisio-psichica, sarebbe potuto

¹⁶ Cfr. PUSTORINO, *Sub art. 3*, p. 74.

¹⁷ Cfr. FIORIO, «41-bis», *diritto alla salute e dignità umana*, cit.

riuscire a comunicare con l'associazione criminosa di appartenenza, se fosse stato ammesso al regime carcerario ordinario.

Insomma, nell'ultimo provvedimento di proroga del regime carcerario differenziato di cui all'art. 41 bis ord. penit. sarebbe mancata la prova della effettiva e concreta sussistenza di una finalità di prevenzione¹⁸, quella stessa finalità di prevenzione che viene indicata come elemento su cui fondare la natura «altra» dell'art. 41 bis rispetto alle classiche pene detentive e alla loro funzione.

Semplicemente, la Corte EDU, con questa sentenza, ha finito per evidenziare quelle criticità legate ai decreti di rinnovo del regime carcerario «duro», alla loro indefinibile «longevità» (nel caso in esame, il detenuto è deceduto prima dell'udienza del Tribunale di Sorveglianza), alla discrasia temporale sussistente tra la loro emissione e il loro possibile vaglio per mezzo del reclamo e soprattutto alla loro fonte, che nonostante la speciale afflizione che sono destinati a procurare, è di matrice ministeriale e non giurisdizionale¹⁹, insomma quelle criticità che ben conosciamo²⁰ e che quando indirettamente conducono a negare perfino «il diritto di morire dignitosamente» è bene che siano oggetto di ri-considerazione.

3. (*segue*) *annotazioni* pro futuro. – Dal par. 48 al par. 55 la sentenza in esame dà conto dei rimedi interni previsti per addivenire alla sospensione o al differimento dell'esecuzione della pena detentiva qualora le condizioni di salute del detenuto lo richiedano. Rimedi che sono stati esperiti dai difensori del ricorrente e che sono stati puntualmente rigettati sia dal giudice di prime cure che dalla Corte di

¹⁸ Cfr. ALBERTI, *Caso Provenzano*, cit. L'A. precisa, con riguardo ad alcuni specifici episodi menzionati dal ricorrente, come la Corte abbia rilevato l'assenza di documentazione rispetto alla mancanza di cure successivamente alla caduta avvenuta nel carcere di Parma; così come non avrebbero trovato riscontro neppure le allegazioni circa la carenza di cura dell'igiene personale. Pur manifestando preoccupazione rispetto al ritardo con cui il letto del detenuto venne munito di sponde anti-caduta, la Corte ha ritenuto siffatta carenza non sufficiente ad integrare una violazione dell'art. 3 CEDU.

¹⁹ Cfr. MORI, *A Strasburgo c'è un giudice anche per i capimafia*, cit., p. 8.

²⁰ In questo senso, FIORIO, "41-bis", *diritto alla salute e dignità umana*, cit.

Cassazione. Si tratta, più nello specifico, dei procedimenti interni attivabili ai sensi degli artt. 146 e 147 c.p. che disciplinano, appunto, il rinvio dell'esecuzione della pena per motivi di salute. E se non sorgono dubbi in merito all'esclusione dell'operatività dell'art. 146 c.p., in quanto ipotesi declinata in termini di tassatività della casistica atta a giustificare il rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena, lo stesso non può dirsi rispetto alla ritenuta mancata operatività anche dell'art. 147 c.p., specialmente alla luce della più recente giurisprudenza di legittimità che, va detto però, si è formata successivamente al compimento della vicenda di cui si tratta.

Ancora una volta, la «storia» criminale del ricorrente (soggetto socialmente pericoloso) unita alla documentazione medica analizzata dalla quale si evinceva, sì il deficit cognitivo, ma anche l'impossibilità di escludere una «seppur fluttuante e ridotta capacità di comprendere e di comunicare» (par. 50) inducono i giudici interni a negare la «sospensione della pena per motivi di salute» (par. 49), anche perché la situazione clinica del ricorrente era stata debitamente trattata mediante il ricovero presso strutture ospedaliere esterne al carcere che ne avevano garantito la adeguatezza delle prestazioni sanitarie.

Come sopra accennato, l'art. 147 c.p. lascia al giudice la possibilità di operare discrezionalmente il bilanciamento tra ragioni umanitarie ed esecuzione della pena, prevedendo in modo molto ampio i casi in cui tale bilanciamento è possibile, tra i quali spiccano indubbiamente, proprio a causa della loro conformazione linguistica particolarmente generica, le «condizioni di grave infermità fisica». Trattasi di un concetto relativo da valutarsi di volta in volta in relazione alle condizioni di salute del condannato e alle condizioni dell'ambiente carcerario in cui si trova o verrebbe a trovarsi²¹.

Tale valutazione dovrebbe ancorarsi a due requisiti tra loro concorrenti: da una parte, la gravità oggettiva della malattia, implicante un serio pericolo per la vita del condannato o la probabilità di altre conseguenze seriamente dannose (poiché depositario di una deroga ai principi fondamentali di eguaglianza e di indefettibilità della pena, il concetto di «gravità» dovrebbe intendersi in modo rigoroso),

²¹ Cfr. A. PIROLA, *Sub art. 147*, in E. DOLCINI - G. MARINUCCI, *Codice penale commentato*, III ediz., I, Milano, 2011, p. 1804.

dall'altra, la possibilità di fruire, in stato di libertà, di cure e trattamenti sostanzialmente diversi e magari più efficaci di quelli accessibili dallo stato di detenzione²². In questa ottica più rigorista, si è orientata una parte della giurisprudenza ravvisando la sussistenza della grave infermità fisica solo nel caso di patologie di per sé molto gravi, non curabili né all'interno della struttura carceraria, né mediante il ricorso al ricovero in luoghi esterni (*ex art. 11 ord. penit.*)²³.

Di segno opposto rispetto al precedente è quell'orientamento giurisprudenziale che, invece, ritiene la prosecuzione della detenzione incompatibile con infermità fisiche quando queste siano di rilevanza tale da far apparire l'espiazione della pena come un trattamento contrario al senso di umanità e privo di ogni finalità rieducativa (*ex art. 27 Cost.*)²⁴. E' proprio il «senso di umanità» che fa la differenza.

Al di là del rigoroso accertamento delle condizioni oggettive, il rinvio dell'esecuzione si legittimerebbe ogni qualvolta l'espiazione della sanzione si appalesi in contrasto con il senso di umanità cui si ispira la nostra Costituzione²⁵.

In particolare, in un caso del tutto simile a quello in esame sia per la storia criminale del detenuto (Totò Riina, forse il boss più conosciuto di tutti i tempi), sia per le critiche condizioni di salute in cui egli versava al momento dell'istanza volta ad ottenere l'applicazione del differimento dell'esecuzione *ex art. 147 c.p.*, va evidenziata la sentenza della Corte di Cassazione con cui è stata annullata l'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Bologna che, a sua volta, aveva rigettato l'istanza sopra detta.

²² Cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2009, p. 583-584.

²³ Cfr. PIROLA, *Sub art. 147*, cit., pp. 1804-1805; Cass., Sez. I, 5 marzo 2001, Piromalli, in *CED Cass.*, rv. 218229; Cass., Sez. I, 31 gennaio 2000, Carriero, in *CED Cass.*, rv. 215498.

²⁴ Cfr. PIROLA, *Sub art. 147*, cit., p. 1805; Cass., Sez. I, 22 settembre 2003, C., in *CED Cass.*, rv. 225797.

²⁵ Cfr. anche *Sub art. 147 c.p.*, in *I Codici Ipertestuali-Codice penale commentato, Sistema Leggi d'Italia*; *ivi* anche Cass. Sez. I, 29 marzo 2017, n. 19677; Cass. Sez. I, 6 giugno 2012, n. 26136. Conformemente, cfr. anche F. CRIMI, *Sub art. 147 c.p.*, in A. CADOPPI - S. CANESTRARI - P. VENEZIANI, *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino, 2018, p. 717.

Da Provenzano a Viola: per la Corte EDU la parola d'ordine è «dignità umana»

Nelle argomentazioni della sentenza evidenziata si sottolinea che il Tribunale di Sorveglianza di Bologna *«ha omissis di considerare il complessivo stato morboso del detenuto e le sue condizioni generali di scadimento fisico»*; un giudizio, questo, che non ha tenuto conto del fatto che è compito del giudice di merito verificare *«se lo stato di detenzione carceraria comporti una sofferenza ed un'afflizione di tale intensità da eccedere il livello che, inevitabilmente, deriva dalla legittima esecuzione della pena»*.

Non emergerebbe, inoltre, in che modo si sia giunti a ritenere compatibile con il senso di umanità della pena *«il mantenimento in carcere, in luogo della detenzione domiciliare, di un soggetto ultraottantenne affetto da duplice neoplasia renale, con una situazione neurologica altamente compromessa»*. Ancora: un soggetto *«allettato con materasso antidecubito, non autonomo nell'assumere una posizione seduta, esposto, in ragione di una grave cardiopatia, ad eventi cardiovascolari infausti e non prevedibili e con riferimento al quale si deve assicurare l'esistenza di un diritto a morire dignitosamente»*.

Viene censurata, infine, la motivazione dell'ordinanza di rigetto, in quanto, ferma restando *«l'altissima pericolosità del detenuto e il suo indiscusso spessore criminale»*, il Tribunale di Sorveglianza non avrebbe tuttavia chiarito *«come tale pericolosità possa e debba considerarsi attuale in considerazione della sopravvenuta precarietà delle condizioni di salute e del più generale stato di decadimento fisico»*²⁶.

Viene dunque scandito, in questa pronuncia del 2017, *l'esistenza di un diritto a morire dignitosamente*.

Non sapremo se questa affermazione da parte della Corte deputata alla funzione nomofilattica della giurisprudenza italiana avrebbe potuto cambiare le sorti della vicenda-Provenzano qualora

²⁶ Cfr. REDAZIONE GIURISPRUDENZA PENALE, *Sul diritto ad una morte dignitosa: la sentenza della Cassazione sul caso Riina*, in *Giur. pen. web*, 6 giugno 2017, in commento a Cass., Sez. I, 22 marzo 2017, n. 27766, e anche E. SYLOS LABINI, *Incompatibilità dell'infermità fisica con la detenzione in carcere: la sentenza della cassazione nel caso Riina*, in *Giur. pen. web*, 24 settembre 2017. Cfr. anche G. MUGNAI, *Differimento della pena per grave infermità e principi costituzionali*, in *Dir. pen e proc.*, 2018, p. 370 ss.

fosse stata ad essa antecedente e non successiva. Di sicuro, però, essa costituirà un valido precedente nella risoluzione e gestione di casi analoghi a quello esaminato, ricordando all'autorità giudiziaria domestica di valutare «sempre» che la detenzione carceraria di soggetti anche estremamente pericolosi non travalichi il limite della dignità umana. Anche in considerazione del fatto che il nostro ordinamento contempla meccanismi di interruzione della esecuzione penale come quello di cui all'art. 147 c.p. proprio per casi così estremi. Ed anche in considerazione dei principi espressi dalla Corte EDU nella sentenza Provenzano e non solo, in quanto, in situazioni così drastiche ad essere violato sarebbe il diritto di ogni uomo «in quanto tale» di morire con dignità ed il dovere di ogni uomo «in quanto tale» di rispettarlo.

4. *Il caso Viola, l'ergastolo ostativo e il principio della dignità umana.* – La Corte europea con la sentenza di Camera *Viola c. Italia* (n. 2) del 13 giugno 2019 ha condannato il nostro paese per la violazione dell'art. 3 CEDU, accogliendo le doglianze manifestate dal ricorrente. Egli, in un primo procedimento penale, veniva condannato per reati associativi (verosimilmente realizzati nella c.d. «prima faida di Taurianova») a dodici anni di reclusione e in quell'occasione gli veniva anche riconosciuto il ruolo di promotore e organizzatore rivestito nell'ambito dell'associazione mafiosa di appartenenza (par. 11 ss.). Successivamente, il ricorrente subiva un secondo procedimento penale (il c.d. processo Taurus) in cui veniva condannato anche per alcuni delitti-fine (par. 8 ss.) come l'omicidio e il sequestro di persona, ciò che, in sede di rideterminazione della sanzione detentiva, gli comportava l'inflizione della pena dell'ergastolo con isolamento diurno per due anni e due mesi.

Da notare è che in entrambi i processi l'accertamento della responsabilità penale si fondava prevalentemente sulle dichiarazioni rese da alcuni collaboratori di giustizia e che il condannato si era sempre professato innocente ed estraneo ai fatti addebitategli²⁷.

²⁷ Cfr. M.S. MORI - V. ALBERTA, *Prime osservazioni sulla sentenza Marcello Viola c. Italia* (n. 2) in materia di ergastolo ostativo, in *Giur. pen. web*, n. 6, 2019,

Da Provenzano a Viola: per la Corte EDU la parola d'ordine è «dignità umana»

Il ricorrente scontava sei anni di detenzione in regime di carcere duro, *ex art.* 41 bis ord. penit., dal cui circuito riusciva ad uscire in seguito al buon esito del reclamo da lui stesso presentato al Tribunale di sorveglianza avverso la decisione del Ministro della Giustizia di prolungare il regime carcerario differenziato. Il Tribunale di sorveglianza, infatti, giungeva a una pronuncia di accoglimento del reclamo, da una parte, valorizzando il percorso rieducativo sino a quel momento perpetrato con successo dal detenuto, e dall'altra, evidenziando come non fosse stato adeguatamente comprovato il perdurare dei contatti del detenuto stesso con l'organizzazione mafiosa di origine²⁸.

Una volta cessato il regime carcerario differenziato, il ricorrente si prodigava nella richiesta di concessione di alcuni benefici penitenziari, prima i permessi premio e poi la liberazione condizionale, le relative istanze, però, gli venivano puntualmente rigettate sia dall'autorità giudiziaria di sorveglianza che dalla Corte di Cassazione e sempre per lo stesso motivo: i soggetti condannati all'ergastolo per uno dei delitti elencati all'art. 4 bis ord. penit., in cui è ricompreso anche il delitto di associazione di tipo mafioso, possono accedere ai benefici penitenziari solo qualora collaborino con la giustizia, o meglio, la collaborazione suddetta è la condizione necessaria e sufficiente a dimostrare la cessazione dei vincoli con l'organizzazione criminosa di appartenenza (par. 17 ss.)²⁹. L'unica

p. 1. Le AA. ricordano le note prese di posizione dei terzi intervenienti autorizzati dalla Corte stessa, come i docenti di diritto pubblico e costituzionali ed altre personalità coordinati dall'Università di Milano; l'*Altro diritto onlus* e il *Prison Litigation network*. Si rammenta, inoltre, che lo stesso ricorrente aveva presentato un precedente ricorso relativo alla celebrazione del giudizio interno mediante la partecipazione in videoconferenza, conclusosi, però, con una sentenza di non violazione dell'art. 6 CEDU (ric. n. 5106/04 e sentenza del 5 ottobre 2006).

²⁸ Cfr. SANTINI, *Anche gli ergastolani ostatici hanno diritto a una concreta "via di scampo"*, cit., p. 2.

²⁹ Cfr. SANTINI, *Anche gli ergastolani ostatici hanno diritto a una concreta "via di scampo"*, cit., p. 2; MORI - ALBERTA, *Prime osservazioni sulla sentenza Marcello Viola c. Italia (n. 2)*, cit., p. 2; da qui, la ritenuta violazione dell'art. 3 CEDU in quanto l'ergastolo ostatico sarebbe pena non comprimibile, così violando il principio di proporzionalità e di reinserimento sociale. Cfr. anche A. SCARCELLA,

eccezione a tale regola è ravvisabile, *ex art. 4 bis, co. 1 bis, ord. penit.*, nelle ipotesi di collaborazione impossibile o irrilevante non sussistenti, però, nel caso di specie, stante anche la ritenuta posizione apicale rivestita dal ricorrente all'interno del consorzio criminoso.

La conseguenza che ne derivava era quasi matematica: nessuna collaborazione-nessun accesso ai benefici.

A fronte dell'ennesimo rigetto, il detenuto decideva di adire la Corte EDU. Il ricorso poneva l'accento sull'impossibilità, per il condannato all'ergastolo ostativo, di far riesaminare la propria posizione personale, in mancanza di una fattiva collaborazione con la giustizia, cosicché qualsiasi prospettiva di «rilascio» appariva preclusa; la pena dell'ergastolo ostativo, quindi, alla stregua dell'art. 3 CEDU, così come eseguita dal detenuto, risultava inumana e degradante in quanto irriducibile sia *de facto* che *de jure*³⁰.

Nella vicenda del ricorrente, dunque, il contrasto di tale assetto normativo con l'art. 3 CEDU sarebbe ben evidenziato dal seguente dilemma: collaborare con la giustizia rinunciando però alla propria professione di innocenza e soprattutto rischiando di mettere in pericolo se stesso e i propri familiari (situazione, questa, che molto spesso è posta alla base della mancata collaborazione dato che l'atteggiamento collaborativo potrebbe innescare fenomeni di ritorsione mafiosa) oppure non collaborare, rinunciando, però, di fatto,

La normativa italiana sul c.d. ergastolo ostativo è contraria alla Convenzione EDU, in www.quotidianogiuridico.it, 17 giugno 2019.

³⁰ Cfr. MANCA, *Le declinazioni della tutela dei diritti fondamentali nel dialogo tra le Corti*, cit., pp. 22-24. L'A. sottolinea come sin dai casi *Öcalan c. Turchia* (n. 2) e *Trabelsi c. Belgio* si sia affermato il principio della proporzionalità del trattamento sanzionatorio e, con particolare riguardo alla pena dell'ergastolo senza condizionale, sin dal caso *Vinter c. Regno Unito* si siano fortemente ribaditi i «fondamentali» del c.d. «*right to hope*», ovvero: l'ergastolano mantiene il diritto di sapere sin dall'inizio dell'esecuzione della sua pena le condizioni sulla base delle quali sarà possibile riesaminare la propria posizione; egli conserva anche il diritto di sapere quando la sua posizione potrà essere riesaminata (dopo un lasso temporale medio di 25 anni) e qualora il riesame della sua situazione si concluda con esito positivo, non dovrebbero sussistere ostacoli alla sua remissione in libertà, anche gradualmente.

Da Provenzano a Viola: per la Corte EDU la parola d'ordine è «dignità umana»

alla possibilità di accedere ai benefici penitenziari (come la liberazione condizionale)³¹.

Tale è dunque la questione posta all'attenzione della Corte EDU, ovvero se la mancata attività collaborativa precluda totalmente la possibilità di riesaminare la posizione del detenuto condannato all'ergastolo ostativo. Di certo, la collaborazione è un significativo indice di dissociazione dalla consorteria criminale di appartenenza, il *punctum dolens* risiede nello stabilire se ne sia l'unico.

Così posta la questione da risolvere, la Corte, nello sviluppo logico-argomentativo della pronuncia in esame, si pone sin da subito in modo piuttosto critico.

Le perplessità poggiano sulla constatazione che la «scelta» di (non) collaborare con la giustizia non appare sempre frutto di una presa di posizione libera e individuale, posto che spesso, come già accennato, può essere dovuta alla preoccupazione per l'incolumità propria o dei propri familiari (par. 110 ss.)³². Né d'altro canto

³¹ Cfr. SANTINI, *Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreta "via di scampo"*, cit., p. 3; MANCA, *Le declinazioni della tutela dei diritti fondamentali nel dialogo tra le Corti*, cit., p. 27.

³² Cfr. MANCA, *Le declinazioni della tutela dei diritti fondamentali nel dialogo tra le Corti*, cit., pp. 25-27, in cui si riproducono i quattro quesiti dei giudici europei mossi all'indirizzo del Governo italiano: se l'ergastolo ostativo sia riducibile *de jure* e *de facto* ai sensi dell'art. 3 CEDU; se la legislazione italiana contempri una prospettiva di rilascio ed una possibilità di riesame della detenzione; se la possibilità di ridurre la pena perpetua solo con la collaborazione soddisfi i criteri affermati dalla giurisprudenza europea; se l'ergastolo ostativo consenta la risocializzazione del condannato. Il governo italiano, dal canto suo, a fronte di tali quesiti, si è incentrato sull'analisi della normativa vigente, sottolineando come essa si collochi all'interno di una lotta politica alla criminalità organizzata anche di stampo mafioso, così provando a legittimarne le previsioni altamente restrittive. Il nostro Governo ribadisce come la collaborazione, con i correttivi della collaborazione impossibile o inesigibile, consenta anche all'ergastolano ostativo di accedere all'esterno, senza considerare l'esistenza di altri due meccanismi di fuoriuscita dal circuito carcerario, come la grazia e il differimento dell'esecuzione della pena per motivi di salute. Della poca praticabilità però di quest'ultimo istituto si è avuta prova nel commentare la sentenza Provenzano poco sopra, fermo restando che comunque si tratta di un meccanismo che poggia sull'esistenza di gravi condizioni di salute. Quanto alla pressoché nulla applicabilità della grazia, basta porre mente alla sua scarsissima concessione sino a oggi rinvenibile, considerando invece l'incidenza del fenomeno dell'ergastolo ostativo che interessa circa il 70% degli ergastolani.

sembrerebbe valida l'equazione «mancata collaborazione/permanenza della pericolosità sociale» (derivante dalla presunzione che siano ancora sussistenti i legami con l'organizzazione criminale di origine), considerando che la collaborazione potrebbe avvenire per mere finalità opportunistiche, senza riflettere una effettiva dissociazione dalla primigenia opzione criminale. Di conseguenza, se altre circostanze esterne possono indurre il detenuto a non collaborare e se la collaborazione può essere data per raggiungere altri scopi, l'equazione «mancata collaborazione/permanenza della pericolosità sociale» finisce per non corrispondere al reale percorso di rieducazione del detenuto, proprio perché «non è escluso che la “dissociazione” possa esprimersi in modo diverso dalla collaborazione con la giustizia» (parr. 121 e 127)³³.

E' per questa via, quindi, anche sulla scorta dei propri precedenti (come, ad esempio, *Vinter e Hutchinson c. Regno Unito*, 9 luglio 2013, e *Murray c. Olanda*, 26 aprile 2016) che la Corte EDU giunge a qualificare come irriducibile la pena dell'ergastolo ostativo, in quanto il detenuto non collaborante finisce per scontare una pena *de facto* non riducibile poiché la sua posizione non può essere riesaminata nel merito, sulla base di altri indici individuali di ravvedimento e progressione, proprio a causa della (preclusione e) presunzione assoluta di pericolosità imposta dal legislatore³⁴ con l'art. 4 bis ord. penit.

Premesso che l'applicazione della pena perpetua per gravi delitti non contrasta di per sé con il sistema di tutela dei diritti fondamentali

³³ Cfr. MORI - ALBERTA, *Prime osservazioni sulla sentenza Marcello Viola c. Italia* (n. 2), cit., pp. 6-7, in cui si evidenzia come la Corte EDU, nella motivazione della sentenza, dimostri di comprendere la gravità del fenomeno mafioso e della scelta del nostro ordinamento di privilegiare la finalità di prevenzione generale, sottolineando come le scelte degli Stati membri in materia di giustizia penale non siano di competenza della Corte. Tuttavia, rimarcando la «nostra» sentenza della Corte Costituzionale n. 313/90 e la centralità della funzione risocializzativa della pena, la Corte europea sottolinea che la dignità umana impedisce di privare taluno della propria libertà senza prevedere contemporaneamente, per lo stesso soggetto, la possibilità di essere reinserito nella società. Dunque, neppure la lotta alla criminalità mafiosa potrebbe giustificare deroghe all'art. 3 CEDU.

³⁴ Cfr. MANCA, *Le declinazioni della tutela dei diritti fondamentali nel dialogo tra le Corti*, cit., p. 28.

Da Provenzano a Viola: per la Corte EDU la parola d'ordine è «dignità umana»

creato e protetto dalla Convenzione, tuttavia, nel rispetto dell'art. 3 CEDU, è necessario che tale pena sia «riducibile» di fatto e di diritto, a tal fine l'ordinamento dovrà assicurare un meccanismo di revisione della pena perpetua che, decorso un certo periodo di tempo, offra all'ergastolano concrete e «prevedibili» possibilità di liberazione.

Infatti, «il principio della dignità umana» impedisce di privare le persone della propria libertà con la costrizione senza operare, al contempo, per il loro reinserimento e senza dar loro la possibilità di recuperare, un giorno, la libertà (par. 113)³⁵.

Alla luce delle su esposte considerazioni, l'attuale disciplina dell'ergastolo ostativo viene reputata dalla Corte europea in contrasto con l'art. 3 CEDU, in quanto restringe alla sola ipotesi di collaborazione con la giustizia la possibilità di accedere alla liberazione condizionale (e agli altri benefici penitenziari). La disciplina censurata, inoltre, finisce per collegare la pericolosità del soggetto esclusivamente al passato, cioè al momento della commissione dei delitti per cui è intervenuta la condanna, senza alcuna valutazione del percorso di reinserimento intrapreso e degli eventuali progressi raggiunti in seguito³⁶.

Se quelli appena illustrati rappresentano i passaggi più significativi della sentenza Viola, di altrettanto notevole interesse sembra essere l'utilizzo che la Corte fa dell'art. 46 della Convenzione, sulla base del quale, riconoscendo in via preliminare come l'ergastolo ostativo sia divenuto un problema strutturale per l'ordinamento italiano, anche in considerazione dei numerosi ricorsi pendenti davanti alla stessa Corte (par. 41), viene «suggerito» allo Stato italiano di adottare «preferibilmente per via legislativa» una riforma che garantisca ai detenuti una concreta e reale possibilità di riesame della sentenza di condanna e di ottenere la liberazione anche in assenza di

³⁵ Cfr. SANTINI, *Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreta "via di scampo"*, cit., p. 4; MANCA, *Le declinazioni della tutela dei diritti fondamentali nel dialogo tra le Corti*, cit., p. 28.

³⁶ Cfr. MORI - ALBERTA, *Prime osservazioni sulla sentenza Marcello Viola c. Italia (n. 2)*, cit., p. 8.

collaborazione con la giustizia, prevedendo la possibilità che la «dissociazione» possa essere desunta anche da altri elementi³⁷.

D'altronde, anche sul versante domestico, la questione relativa alla legittimità costituzionale dell'ergastolo ostativo è stata oggetto di ritrovato interesse. Infatti, dopo aver in diverse occasioni salvato il meccanismo ostativo *de qua* proprio sulla base della possibilità di scegliere di dissociarsi dal consorzio mafioso collaborando con la giustizia, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 149/2018, seppur intervenendo su un'altra questione, riafferma come non mai la natura flessibile della pena e la illegittimità di disposizioni che precludano l'accesso ai benefici penitenziari a particolari categorie di condannati e per un periodo di tempo molto esteso³⁸.

Sullo specifico argomento della legittimità dell'ergastolo ostativo e della mancata collaborazione come indice esclusivo della presunzione assoluta di pericolosità in rapporto al principio della individualizzazione del trattamento e della finalità rieducativa della pena, la nostra Corte Costituzionale si pronuncerà in autunno in seguito alle questioni di legittimità costituzionale sollevate al riguardo dalla Corte di Cassazione e dal Tribunale di sorveglianza di Perugia³⁹.

³⁷ Cfr. MANCA, *Le declinazioni della tutela dei diritti fondamentali nel dialogo tra le Corti*, cit., p. 28, l'A. ricorda come l'art. 46 CEDU, interpretato anche in base all'art. 1 della stessa Convenzione, imponga agli Stati membri, non solo di eseguire le disposizioni patrimoniali a carico del ricorrente che risulti vittorioso, ma anche di realizzare tutte quelle misure generali e/o individuali idonee ad eliminare le conseguenze delle violazioni accertate, sempre, ovviamente, nell'ambito della propria discrezionalità e sotto il controllo del Comitato dei ministri. Cfr. anche SANTINI, *Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreta "via di scampo"*, cit., p. 5; MORI - ALBERTA, *Prime osservazioni sulla sentenza Marcello Viola c. Italia (n. 2)*, cit., p. 8.

³⁸ Cfr. MORI - ALBERTA, *Prime osservazioni sulla sentenza Marcello Viola c. Italia (n. 2)*, cit., pp. 3-4, le A.A. ricordano le sentenze della Corte Costituzionale nn. 306/1993, 273/2001 e 135/2003 come esempi dell'orientamento più rigoroso precedente a quanto affermato nella sentenza n. 149/2018. Sempre la Corte Costituzionale, con le sentenze n. 357/1994 e n. 68/1995, aveva temperato la presunzione assoluta di pericolosità derivante dalla mancata collaborazione con la giustizia, con le ipotesi eccezionali della collaborazione impossibile e/o inutile, ipotesi poi confluite nel testo dell'art. 4 bis, co. 1 bis, ord. penit.

³⁹ Cfr. MANCA, *Le declinazioni della tutela dei diritti fondamentali nel dialogo tra le Corti*, cit., p. 29, in cui si evidenzia come quanto richiesto dalla Corte

Da Provenzano a Viola: per la Corte EDU la parola d'ordine è «dignità umana»

Anche il nostro legislatore ha tentato di occuparsi della «questione», in un primo momento, con la Commissione Palazzo del 2013 e la proposta di inserire una presunzione relativa di pericolosità in luogo di quella assoluta a tutt'oggi derivante dalla non collaborazione, tenendo conto così dei progressi trattamentali compiuti dal detenuto. L'eccessiva automaticità del binomio mancata collaborazione/pericolosità sociale è stato oggetto di disamina anche da parte degli Stati generali dell'esecuzione penale nel 2015. La stessa l. n. 103 del 2017 (la c.d. legge Orlando), con cui si delegava al Governo la riforma dell'ordinamento penitenziario, passando per la rimozione degli automatismi che ostacolano l'individualizzazione del trattamento, ha finito però per lasciare fuori da ogni possibilità di revisione le norme concernenti l'accesso ai benefici penitenziari da parte dei condannati all'ergastolo ostativo⁴⁰.

C'è da augurarsi che il suggerimento proveniente dalla sentenza della Corte EDU *Viola c. Italia* sia seguito dalle istituzioni domestiche (a cominciare dal nostro legislatore, per proseguire, laddove costui languisse, con la Corte Costituzionale) che trovino così la forza di spingersi oltre e di arrivare finalmente a una revisione dell'ergastolo ostativo, al fine di ricondurre l'istituto dentro le maglie della legittimità costituzionale interna, prima ancora che convenzionale. Una revisione che non si lasci ancora una volta annichilire dall'essenza politica della questione, ma che rianalizzi l'istituto alla luce dei principi valoriali universalmente riconosciuti, primo tra tutti quello della dignità umana.

europea con la sentenza in esame si sostanzia essenzialmente nel superamento della preclusione assoluta di pericolosità sociale come unico criterio normativo di accesso ai benefici penitenziari, così come prevista dall'art. 4 bis ord. penit., restituendo quindi «al giudice della “rieducazione” il suo potere (istituzionale) di controllo e di ratifica del percorso individuale [...]». Le questioni di legittimità costituzionale di cui si fa menzione nel testo sono state sollevate dalla Sez. I della Corte di Cassazione con l'ordinanza n. 57913/2018 e dal Tribunale di sorveglianza di Perugia con l'ordinanza n. 725/2019.

⁴⁰ Cfr. SANTINI, *Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreta “via di scampo”*, cit., p. 3.

MARIANGELA MONTAGNA*

OBBLIGHI CONVENZIONALI, TUTELA DELLA VITTIMA E COMPLETEZZA DELLE INDAGINI

SOMMARIO: 1. Diritti fondamentali e sistema penale. – 2. Gli obblighi convenzionali: tipologia e origine. – 3. Gli obblighi procedurali: il fondamento. – 3.1. (segue) il contenuto. – 3.2. (segue) i limiti. – 4. Obblighi procedurali e tutela della vittima «debole». – 5. Le condanne nei riguardi dell'Italia. – 6. La completezza delle indagini preliminari tra principi sovranazionali e ordinamento interno.

1. *Diritti fondamentali e sistema penale.* – La difesa dei diritti fondamentali genera una duplice incidenza sul sistema della giustizia penale: da un lato trova esplicazione in quanto limite alla pretesa punitiva dello Stato e, dall'altro lato, diviene, a sua volta, oggetto indispensabile di tutela penale.

La Corte europea dei diritti dell'uomo sulla base di quanto previsto dagli artt. 2 e 3 CEDU, nonché artt. 4 e 8 CEDU, ha configurato dei veri e propri obblighi a carico dei singoli Stati membri che sono tenuti ad intervenire su un duplice piano: astenersi dal commettere atti lesivi dei beni tutelati dalle norme sovranazionali (vita, integrità psicofisica, libertà individuale) ed essere attivamente impegnati a garantire protezione ai singoli individui allo scopo di impedire la violazione degli accennati diritti sovranazionali perpetrata da terzi. In quest'ultima prospettiva, le autorità interne devono assicurare l'accertamento dei fatti di reato e procedere ad un'adeguata repressione della lesione dei diritti fondamentali una volta che la stessa si sia verificata, cioè *ex post*. I primi sono i c.d. obblighi «negativi», mentre i secondi sono i c.d. obblighi «positivi».

Di conseguenza, spetta ai singoli Stati predisporre ogni misura, di natura tecnico-amministrativa, legislativa o giudiziaria, idonea ad assicurare a quei citati diritti una tutela che sia concreta e non puramente formale. Pertanto, su ciascuno Stato aderente alla

* Professore associato di Procedura penale, Università di Perugia.

Convenzione europea gravano obblighi di «penalizzare» condotte lesive dei diritti fondamentali. Ciò sia nel senso di prevenire tali condotte, sia, una volta verificatesi, di incriminarle e perseguirle in modo effettivo.

In questo modo, nell'ambito della giurisprudenza di Strasburgo, si va elaborando una stretta connessione tra il settore del diritto penale «sostanziale» e del diritto penale «processuale». In particolare, con riferimento all'art. 2 CEDU, la Corte europea ci ricorda come, «in alcune circostanze ben definite», l'obbligo dello Stato «va al di là del suo dovere fondamentale di assicurare il diritto alla vita, predisponendo una legislazione penale concreta che dissuada dal commettere reati contro la persona», apprestando strumenti volti a «prevenire, reprimere e sanzionare le violazioni»¹. Inoltre, sempre traendo linfa dall'art. 2 CEDU, i giudici sovranazionali evidenziano come in capo agli Stati gravi «anche l'obbligo di porre in essere un sistema giudiziario efficace ed indipendente che consenta di stabilire la causa dell'omicidio di un individuo e di punire i colpevoli»². Ciò al fine di assicurare l'effettiva applicazione delle norme interne che proteggono il diritto alla vita. Per i casi in cui sia messo in discussione il comportamento di agenti o di autorità dello Stato, lo scopo, per la Corte EDU, è anche quello di assicurare che tali soggetti rispondano per le morti sopravvenute per loro responsabilità³. Una prospettiva, questa accennata, che si impone anche per «preservare la fiducia del pubblico nel principio della legalità e per evitare qualsiasi parvenza di complicità o di tolleranza relativamente a degli atti illegali»⁴.

¹ In tal senso, per tutte, v. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Maiorano e altri c. Italia*, 15 dicembre 2009.

² V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Opuz c. Turchia*, 9 giugno 2009, par. 150. In pari prospettiva, v. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Talpis c. Italia*, 2 marzo 2017.

³ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Paul e Audrey Edwards c. Regno Unito*, 14 marzo 2002, par. 69 e 71.

⁴ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Avşar c. Turchia*, 10 giugno 2001, par. 395; *Opuz c. Turchia*, cit., par. 150.

2. *Gli obblighi convenzionali: tipologia e origine.* – Nella prospettiva ora accennata, in cui si realizza la c.d. «penalizzazione» riguardo alla tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, un ruolo di primo piano è svolto dall'art. 2, par. 1, CEDU ove è sancito che «il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge», nonché dall'art. 3 CEDU che prevede il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti. Con riferimento ai diritti protetti da tali norme, la Corte europea enuclea non soltanto degli obblighi negativi di astensione da parte dello Stato dal sottoporre un individuo a tortura o trattamenti inumani o degradanti, ma anche molteplici obblighi positivi di tipo sostanziale e procedurale.

In particolare, quando dall'art. 2 CEDU si fanno discendere gli obblighi positivi sostanziali, si vuol far riferimento a obblighi che il singolo Stato assume ed espleta operando nel senso della *prevenzione*, sia generale, sia del singolo caso, di violazioni del diritto alla vita.

Secondo la giurisprudenza della Corte EDU, «in alcune ben definite circostanze, l'art. 2 pone a carico delle autorità l'obbligo positivo di adottare preventivamente misure di ordine pratico per proteggere l'individuo la cui vita è minacciata da comportamenti criminali altrui»⁵. Si tratta di obblighi che concernono il piano legislativo e che trovano esplicazione attraverso la predisposizione da parte dello Stato di una normativa adeguata a perseguire gli individui responsabili delle violazioni⁶; a garantire protezione a soggetti vulnerabili, quali i minori, le donne, i detenuti, i richiedenti asilo⁷, tenendo conto del loro specifico grado di vulnerabilità, della natura e gravità della lesione subita o minacciata⁸; a gestire il c.d. trattamento dei detenuti in conformità a quanto previsto dall'art. 3 CEDU.

⁵ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, [GC], *Mastromatteo c. Italia*, 24 ottobre 2002, par. 67; *Branko Tomašić e altri c. Croazia*, 15 gennaio 2009; *Opuz c. Turchia*, cit., par. 128.

⁶ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Gafgen c. Germania*, 1° giugno 2010, par. 117.

⁷ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Rahimi c. Grecia*, 5 aprile 2011, par. 62.

⁸ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Rodic e altri c. Bosnia Erzegovina*, 27 maggio 2008, par. 72; *Opuz c. Turchia*, cit., par. 170.

E proprio dall'art. 3 CEDU scaturisce quella giurisprudenza della Corte EDU che individua un obbligo positivo di incriminazione a proposito del reato di tortura e che, prima della l. 14 luglio 2017, n. 110, con cui si è introdotto nel nostro ordinamento il delitto di tortura *ex art. 613-bis c.p.*, è stato all'origine di alcuni pronunciamenti contro l'Italia⁹ dato che la mancata previsione di tale reato avrebbe impedito alle vittime di avere un adeguato ristoro rispetto ai fatti subiti.

In virtù dei descritti «obblighi positivi», lo Stato ha il compito non soltanto di garantire il diritto alla vita «creando una legislazione penale concreta che dissuada dal commettere reati contro la persona», ma anche il dovere di predisporre un meccanismo completo di applicazione delle norme volto a prevenire, reprimere e sanzionare le violazioni¹⁰. Ne consegue che, una volta verificatasi la violazione di un diritto fondamentale, a prescindere dal fatto che essa sia stata determinata per mano di un appartenente alla forza pubblica o di un privato¹¹, a carico dello Stato, ove sussistano determinate circostanze (ad esempio, in caso di morte violenta¹²), vige l'obbligo di intervenire svolgendo un'adeguata investigazione ed inchiesta.

Nel trattare degli obblighi che la Corte di Strasburgo fa discendere dagli artt. 2 e 3 CEDU emerge in modo netto come, per mezzo dell'opera interpretatrice posta in essere dalla Corte europea, sia andata trasformandosi la tradizionale visione del diritto penale: da strumento volto alla difesa della società, ma potenzialmente capace di *pregiudicare* i diritti fondamentali dell'individuo destinatario della norma incriminatrice (e, pertanto, circondato da specifica tutela e garanzie), a strumento mediante il quale *tutelare* i diritti fondamentali dell'individuo¹³. Secondo questa impostazione, il diritto fondamentale

⁹ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Bartesaghi Gallo e altri c. Italia*, 22 giugno 2017; *Cestaro c. Italia*, 7 aprile 2015.

¹⁰ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, [GC], *Natchova e altri c. Bulgaria*, 6 giugno 2005, par. 160.

¹¹ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Denis Vasilyev c. Russia*, 17 dicembre 2009, par. 99.

¹² V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Merkulova c. Ucraina*, 3 marzo 2011.

¹³ In tal senso, F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in V. MANES - V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti*

diviene non più e soltanto un limite al potere punitivo dello Stato che nel sistema penale e processuale penale trova esplicazione. Tale diritto diviene esso stesso oggetto di tutela penale.

E' in questa seconda prospettiva che si muovono gli obblighi di tipo sostanziale, i quali, nell'ambito della giurisprudenza della Corte europea, vengono fatti derivare dall'art. 2 CEDU.

In base a questi «obblighi», la tutela penale, a fronte di determinati presupposti, *deve* essere attivata dallo Stato per proteggere coloro che hanno subito lesioni a diritti fondamentali. È frequente, invero, la condanna da parte della Corte di Strasburgo nei riguardi di quegli Stati considerati responsabili per non aver predisposto o attuato nel caso concreto una specifica tutela penale del diritto fondamentale.

Gli obblighi in capo agli Stati sono di tipo primario e di tipo secondario. Con i primi il singolo Paese è chiamato a conformare il proprio ordinamento giuridico in funzione di dissuasione dei componenti la collettività dalla commissione di azioni atte a ledere i diritti fondamentali. In via secondaria, si sviluppano, invece, gli obblighi delle autorità di polizia tramite cui prevenire la violazione del diritto fondamentale da parte di soggetti terzi, compresi i rappresentanti della forza pubblica¹⁴.

In entrambi i casi, si tratta di obblighi positivi, definiti dalla Corte europea come «sostanziali». Agli obblighi positivi di tipo sostanziale si affiancano, seguendo la definizione data dalla stessa Corte di Strasburgo, i c.d. obblighi procedurali, vale a dire quegli obblighi che scaturiscono dagli artt. 2 e 3 CEDU una volta che la violazione del diritto fondamentale si sia verificata.

dell'uomo nell'ordinamento penale italiano, Milano, 2011, p. 244; ID., *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 42 ss.

¹⁴ In riferimento al diritto alla vita tutelato dall'art. 2 CEDU, circa il conseguente obbligo di predisporre apposite misure per tutelare persone esposte a pericolo proveniente da terzi, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Osman c. Regno Unito*, 28 ottobre 1998, par. 115; nonché, successivamente, *Maiorano e altri c. Italia*, cit.; *Branko Tomasic e altri c. Croazia*, cit., par. 50; *Mastromatteo c. Italia*, cit., par. 67; *Paul e Audrey Edwards c. Regno Unito*, cit., par. 56; con riferimento al rischio mortale non derivante da condotte intenzionali, quale l'esposizione a radiazioni nucleari, *L.C.B. c. Regno Unito*, 9 giugno 1998, par. 36.

Gli obblighi procedurali gravano sulle autorità giurisdizionali e inquirenti all'interno di ciascuno Stato: ad esse spetta garantire l'identificazione e la punizione di coloro che si rendono autori di azioni lesive dei diritti fondamentali. A questo scopo, le autorità statali devono operare secondo una corretta interpretazione e applicazione delle norme penali, nonché tramite l'espletamento di indagini ufficiali, approfondite, trasparenti, celeri, imparziali, che, in caso di accertata colpevolezza, possano condurre, in esito del processo, ad applicare sanzioni proporzionate alla gravità del fatto commesso. In particolare, è proprio a indagini complete ed effettive che siano in grado di identificare i colpevoli e adeguatamente punirli all'esito del processo che fa riferimento la Corte europea nella sua giurisprudenza a proposito della violazione degli artt. 2 e 3 CEDU¹⁵.

Gli obblighi procedurali in questione possono avere rilevanza autonoma rispetto agli obblighi sostanziali¹⁶ e, in ogni caso, tali obblighi sono configurati dalla Corte europea quali obblighi di mezzi¹⁷. I giudici di Strasburgo, ad esempio, hanno avuto modo di evidenziare che, ove vi sia il caso di una morte violenta avvenuta in circostanze sospette, lo Stato deve assicurare forme di efficienti investigazioni¹⁸. E – sottolinea la Corte europea – non si tratta di un'obbligazione di risultato, ma di mezzi. Le autorità devono compiere tutti i passaggi necessari per assicurare la prova riguardante l'evento accidentale. Sempre secondo il giudice sovranazionale, un sostanziale ritardo nell'accertamento delle cause dell'evento accidentale, a meno che l'evento non sia dovuto a circostanze di

¹⁵ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Gafgen c. Regno Unito*, cit., par. 116-117; *Maiorano e altri c. Italia*, cit., par. 123; *Paul e Audrey Edwards c. Regno Unito*, cit., par. 69 e 71.

¹⁶ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Branko Tomasic e altri c. Croazia*, cit.; *Calvelli e Ciglio c. Italia*, 17 gennaio 2002; *Paul e Audrey Edwards c. Regno Unito*, cit.; *Assenov e altri c. Bulgaria*, 28 ottobre 1998; *McCann e altri c. Regno Unito*, 22 settembre 1995.

¹⁷ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Denis Vasilyev c. Russia*, cit., par. 100; *Milanovic c. Serbia*, 14 dicembre 2010, par. 86.

¹⁸ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Mashchenko c. Ucraina*, 11 giugno 2015; *Merkulova c. Ucraina*, 3 marzo 2011; *Šilih c. Slovenia*, [GC], 9 aprile 2009, ricorso n. 71463/01, par. 156-57; *Oleynikova c. Ukraine*, 15 dicembre 2011, ricorso n. 38765/05, par. 60.

carattere oggettivo, può pregiudicare la fiducia della collettività nel mantenimento di uno Stato di diritto. E, dunque, un'investigazione non effettiva e adeguata al caso può, a parere della Corte europea dei diritti dell'uomo, integrare una violazione dell'art. 2 CEDU nella parte in cui sancisce che «il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge»¹⁹.

3. *Gli obblighi procedurali: il fondamento.* – Per comprendere la portata applicativa degli obblighi procedurali, è importante capire quali siano le condizioni che fungono da presupposto al loro nascere.

A questo riguardo, occorre rilevare come il fatto lesivo del diritto fondamentale può derivare tanto da un privato (in tal caso, non vi è una responsabilità diretta dello Stato per quell'azione), quanto da un esponente della forza pubblica la cui azione si colloca nell'ambito di quelle condizioni eccezionali sempre previste dall'art. 2 CEDU sussistendo le quali è legittimato – in quanto considerato necessario – il ricorso alla forza da cui può derivare «involontariamente la morte»²⁰. L'uso della forza, però, deve essersi reso «assolutamente necessario» per il raggiungimento di uno degli scopi prefissati nelle lettere *a)*, *b)* o *c)*, par. 2 dell'art. 2 CEDU²¹. Nel caso di ricorso all'uso della forza da parte di un esponente dei pubblici poteri, tra l'altro, si può imputare ai suoi superiori la violazione degli obblighi positivi di tutela nella programmazione e gestione dell'intera operazione. Inoltre, la

¹⁹ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Mashchenko c. Ucraina*, cit. Per profili del tutto peculiari v. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Bopayeva ed altri c. Russia*, 7 novembre 2013, secondo cui vi è violazione dell'art. 2 CEDU sotto il profilo procedurale, qualora le autorità statali non assicurino indagini adeguate ed effettive innanzi a una denuncia relativa ad alcune sparizioni sospette di cittadini, prelevati dalle proprie abitazioni e condotti per presunti accertamenti presso le sedi delle locali autorità di polizia; e, in medesima prospettiva, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Association 21 Decembre 1989 e altri c. Romania*, 24 maggio 2011; [GC], *Varnava e altri c. Turchia*, 18 settembre 2009.

²⁰ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, [GC], *Giuliani e Gaggio c. Italia*, 24 marzo 2011, che si sofferma, poi, sulla definizione del significato, in tal caso, dell'espressione «assolutamente necessario» (parr. 176-177).

²¹ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *McCann ed altri c. Regno Unito*, cit., par. 148.

valutazione della necessità di ricorrere all'uso della forza va calibrato sulla possibile reazione del soggetto²².

Premessa l'origine sia privata, sia pubblica del fatto lesivo, è pur vero che la Corte europea, nell'interpretare l'art. 2 CEDU, concentra *prevalentemente* la sua attenzione sui limiti all'uso legittimo della forza da parte della polizia stante quanto previsto dal par. 2 della medesima norma in relazione all'uso legittimo della forza quale strumento necessario per fronteggiare determinate situazioni elencate nella stessa norma convenzionale. E, comunque, la Corte di Strasburgo rimarca molto chiaramente quale è il ruolo della stessa in tali circostanze: valutare la responsabilità dello Stato dinanzi alla Convenzione. Cosa ben diversa dal valutare la responsabilità penale individuale, il cui accertamento è di competenza dei giudici interni²³.

In ogni caso, sia che la tutela venga approntata per violazioni poste in essere da soggetti pubblici, sia da privati, il fondamento concettuale alla base degli obblighi procedurali che la Corte europea fa discendere dagli artt. 2 e 3 CEDU può essere ricondotto all'esigenza che lo svolgimento di indagini effettive volte ad individuare l'autore del reato sia condizione per garantire effettività alla stessa tutela preventiva che pure da quelle norme (in particolare dall'art. 2 CEDU) discende²⁴ e svolgere, così, un'efficacia deterrente rispetto ai diversi componenti della collettività.

Seguendo questa prospettiva, con riguardo a casi di violazioni interindividuali derivanti da violenza e aggressioni, i giudici sovranazionali hanno ricordato come il singolo Stato sia non solo tenuto a prevedere norme penali specifiche in tema di divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti, ma altresì a controllarne l'effettivo rispetto²⁵. A fronte di casi di aggressione e rapina a danno di soggetti privati, i giudici di Strasburgo hanno rimarcato l'obbligo per

²² V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Alexey Petrov c. Bulgaria*, 31 marzo 2016.

²³ In tal senso Corte europea dei diritti dell'uomo, [GC], *Giuliani e Gaggio c. Italia*, cit.; nonché, già prima, *Tanli c. Turchia*, 10 aprile 2001, par. 111; *Avşar c. Turchia*, cit., par. 284.

²⁴ In questo senso, VIGANÒ, *Obblighi convenzionali?*, cit., p. 252 s.

²⁵ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Beganovic c. Croazia*, 25 giugno 2009, parr. 71-74.

lo Stato di prendere ogni misura necessaria a prevenire violazioni di carattere interindividuale dell'art. 3 CEDU²⁶.

In definitiva, lo sviluppo dei c.d. obblighi procedurali è strettamente connesso all'espansione del diritto penale.

Presupposto implicito della elaborazione giurisprudenziale che ha prodotto tali obblighi è che il diritto penale non trova attuazione senza il processo. Perciò, sulle modalità attraverso le quali si svolge il processo occorre concentrare l'attenzione non soltanto al fine di garantire il rispetto dei diritti fondamentali che dal meccanismo processuale possono ricevere pregiudizio, bensì anche allo scopo di assicurare effettività alla tutela penale.

A ciò si va ad aggiungere l'esigenza di tutela della vittima. Lo svolgimento di indagini effettive miranti ad individuare il colpevole diviene, invero, lo strumento per assicurare il diritto della vittima e/o dei suoi familiari a vedere accertata la responsabilità dell'autore del fatto criminoso. Il nuovo ruolo che la vittima è andata assumendo sulla scena procedurale ha, invero, condotto la Corte europea a imprimere ai singoli Stati gli obblighi positivi di tutela penale, quali strumenti di ristoro e soddisfazione per la stessa.

3.1. (*segue*) *il contenuto*. – Si è detto, in termini generali, di cosa si tratta quando si parla di obblighi procedurali scaturenti, in base alla giurisprudenza della Corte europea, dagli artt. 2 o 3 CEDU: sono obblighi a carico dello Stato che si profilano una volta che la violazione del diritto fondamentale sancito dall'art. 2 CEDU (diritto alla vita) o dall'art. 3 CEDU sia avvenuta.

Nello specifico, da questi obblighi sorge il dovere dello Stato di attivarsi, a fronte dell'avvenuta violazione, per compiere indagini effettive e idonee ad accertare i fatti di reato.

Quanto al contenuto di tali obblighi, nell'ambito della giurisprudenza europea si evidenziano alcune necessarie caratteristiche che devono connotare il procedimento penale avviato all'interno del singolo Stato. Tra queste, in particolare, le indagini devono risultare: *a)* avviate *ex officio*; *b)* tempestive e che si

²⁶ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Denis Vasilyev c. Russia*, cit., par. 99.

concludano prima dell'intervento della prescrizione²⁷; c) approfondite ed effettive²⁸; d) improntate a diligenza; e) idonee a identificare e punire i colpevoli; f) improntate a trasparenza; g) tali da consentire la partecipazione della vittima del reato o dei suoi familiari; h) tali da concludersi in un tempo ragionevole; i) svolte da un'autorità indipendente e imparziale rispetto a quella cui afferiscono i soggetti coinvolti²⁹ e sottoposta a controllo pubblico³⁰.

La tempestività delle indagini e il loro adeguato approfondimento devono connotare l'intero procedimento e non limitarsi ad alcune fasi³¹ in modo da verificare le effettive motivazioni alla base delle violazioni perpetrate come, ad esempio, motivazioni di carattere discriminatorio legate a questioni razziali o di etnia³².

La diligenza e l'effettività delle indagini devono riflettersi anche nel raggiungimento dell'obiettivo finale delle stesse. In altri termini, le investigazioni devono essere idonee a identificare e punire i responsabili delle violazioni³³.

Peraltro, l'obbligo di completezza delle indagini nel senso sopra descritto si riflette anche nella presenza di un rapporto di proporzionalità fra la gravità della violazione e la pena inflitta all'interno dello Stato nei riguardi dell'individuo di cui sia accertata la

²⁷ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Valulienė c. Lituania*, 26 marzo 2013, in riferimento a situazioni in cui il procedimento si interrompe per il sopravvento della prescrizione maturata a causa di omissioni delle autorità competenti in riferimento a casi di violenza domestica.

²⁸ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Assenov e altri c. Bulgaria*, cit.

²⁹ Per l'elencazione di queste necessarie caratteristiche delle indagini, v. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Kelly e altri c. Regno Unito*, 4 maggio 2001; ed, altresì, riguardo all'art. 3 CEDU, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Hugh Jordan c. Regno Unito*, 4 maggio 2001.

³⁰ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Premininy c. Russia*, 10 febbraio 2011, par. 109.

³¹ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Wiktorko c. Polonia*, 31 marzo 2009, par. 58.

³² V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Stoica c. Romania*, 4 marzo 2008, parr. 119-120.

³³ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Assenov e altri c. Bulgaria*, cit., par. 102.

responsabilità³⁴. Altrimenti, secondo la Corte europea, il divieto prescritto dall'art. 3 CEDU sarebbe inefficace³⁵.

Nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo che, come noto, costituisce il diritto vivente della CEDU, con riguardo agli obblighi procedurali discendenti dall'art. 2 CEDU vi sono, peraltro, alcune decisioni che, richiamando gli Stati all'esigenza di assicurare indagini complete, evidenziano come le investigazioni debbano essere svolte in modo tale da consentire di individuare eventuali responsabilità delle autorità di vertice. Negli obblighi procedurali, l'attenzione del giudice sovranazionale si incentra, dunque, non soltanto sullo svolgimento delle indagini, ma anche sul loro esito, essendo quest'ultimo un elemento fondamentale per garantire la capacità dissuasiva del sistema penale nella prevenzione dei comportamenti contrari all'art. 3 CEDU.

La stessa Corte europea si sofferma ad analizzare il contenuto dell'obbligo positivo di investigazione riguardo a fatti lesivi e, sotto questo profilo, censura la sostanziale limitatezza della pena irrogata e la irrilevanza della stessa, posto, in taluni casi, ad esempio, l'avvenuto avanzamento in carriera dei soggetti autori delle violazioni, oltre che la mancanza di un'adeguata compensazione di tipo economico per la violazione subita³⁶. Sempre la Corte europea, tuttavia, guarda al comportamento posto in essere dalle autorità nazionali per verificare se i trattamenti integranti violazione dell'art. 3 CEDU risultino conformi ai principi della necessità e della proporzionalità. Al riguardo, i giudici di Strasburgo rimarcano il valore assoluto del divieto sancito dall'art. 3 CEDU che non permette bilanciamenti con altri valori come, ad esempio, la tutela di vite umane³⁷. Esemplificativo, in proposito, il caso *Jalloh c. Germania* in cui l'acquisizione di prove a carico dell'indagato venne raggiunta dagli organi inquirenti tramite la somministrazione di un emetico atto a provocare il rigurgito di sostanze stupefacenti che si sospettava il

³⁴ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Gafgen c. Germania*, cit., par. 123-125.

³⁵ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Labita c. Italia*, 6 aprile 2000, par. 131.

³⁶ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Gafgen c. Germania*, cit., par. 123.

³⁷ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Gafgen c. Germania*, cit., par. 106-107.

soggetto avesse ingerito. In tale circostanza i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che la condotta delle autorità interne non può ritenersi giustificata dallo scopo di ottenere prove di colpevolezza dell'indagato, dato che le attività poste in essere non appaiono in linea con i principi di necessità e proporzionalità e che sussistono altri strumenti investigativi per il raggiungimento di quello scopo³⁸.

In particolare, cercando di dare maggiore contenuto agli obblighi procedurali, nella giurisprudenza sovranazionale si legge come dalla prima frase dell'art. 2, par. 1, CEDU nasca in capo allo Stato l'obbligo «non solo ad astenersi dal provocare la morte in modo volontario e irregolare, ma anche a prendere le misure necessarie alla protezione delle persone poste sotto la sua giurisdizione»³⁹.

In questa prospettiva, assumono rilievo le attività delle autorità di polizia (e giudiziarie) cui compete adottare misure di tipo pratico ed organizzativo finalizzate a prevenire la commissione di reati lesivi del diritto alla vita, concentrando una specifica attenzione di protezione nei riguardi di determinati soggetti che possono apparire quali probabili obiettivi o vittime di un gesto lesivo⁴⁰.

Specificamente, la Corte di Strasburgo opera una distinzione tra le controversie che hanno ad oggetto l'esigenza di predisporre una protezione personale di uno o più individui identificabili anticipatamente come potenziali bersagli di un'azione omicida⁴¹ e quelle in cui sorge l'obbligo di assicurare una protezione generale della collettività da eventuali azioni di una o più persone che scontano una pena detentiva per aver commesso crimini violenti⁴². Ne consegue

³⁸ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Jalloh c. Germania*, 11 luglio 2006, par. 75 ss.

³⁹ In tal senso, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Maiorano e altri c. Italia*, cit. par. 103; e, con pari impostazione, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Osman c. Regno Unito*, cit., par. 115; *L.C.B. c. Regno Unito*, 9 giugno 1998, par. 36.

⁴⁰ Tra le tante, v. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Opuz c. Turchia*, cit.; *Branko Tomasić e altri c. Croazia*, cit.; *Paul e Audrey Edwards c. Regno Unito*, cit.; *Osman c. Regno Unito*, cit.

⁴¹ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Osman c. Regno Unito*, cit.; *Paul e Audrey Edwards c. Regno Unito*, cit.; par. 55; e, ad anche, *Mastromatteo c. Italia*, cit., par. 69.

⁴² In questo senso, con riguardo a dei casi di concessione della semilibertà ed alla conseguente verifica del dovere di diligenza derivante dal rispetto dell'art. 2

che, secondo la giurisprudenza degli obblighi positivi, l'esigenza di protezione deve trovare realizzazione anche riguardo ad ambiti più generali puntando alla tutela della collettività da possibili atti delittuosi posti in essere da taluni soggetti che appaiono particolarmente pericolosi in quanto si trovino nelle condizioni anzidette, cioè a scontare una pena detentiva a seguito della commissione di delitti violenti. In certi casi, la Corte EDU ritiene che lo Stato, al fine di garantire una tutela generale della società, possa essere considerato colpevole della violazione dell'art. 2 CEDU e degli obblighi da tale norma conseguenti, per la decisione di concessione della semilibertà di soggetto particolarmente pericoloso resosi autore di delitti durante il periodo del beneficio concesso e per il mancato avvio di un procedimento per la revoca di tale beneficio⁴³.

Sempre in termini di contenuto dei c.d. obblighi procedurali, i giudici di Strasburgo rilevano l'importanza del ruolo dei colloqui investigativi per ottenere informazioni accurate e affidabili da patte di sospetti, testimoni e vittime⁴⁴.

3.2. (*segue*) *i limiti*. – Nel delimitare i confini degli obblighi procedurali, va notato come, malgrado l'espansione del diritto penale realizzata a seguito della tutela sovranazionale di taluni diritti, nell'ambito della giurisprudenza della Corte europea siano comunque emersi dei limiti ben precisi al tipo di garanzie derivante dall'art. 2 CEDU. A tal proposito, i giudici di Strasburgo hanno rilevato come tale norma non possa essere «interpretat[a] nel senso di implicare, in quanto tale, un diritto per il ricorrente a far perseguire o condannare penalmente un terzo, o un obbligo di risultato che preveda che ogni

CEDU, v. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Maiorano e altri c. Italia*, cit.; *Mastromatteo c. Italia*, cit.

⁴³ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Maiorano e altri c. Italia*, cit. Sul punto vedi par. 7.

⁴⁴ Si evidenzia, inoltre, come una perizia effettuata quasi due anni dopo gli eventi in questione potrebbe non fornire risultati validi e preziosi circa l'origine e la natura delle lesioni della vittima: Corte europea dei diritti dell'uomo, *Preminyin c. Russia*, cit., par. 111.

procedimento debba sfociare in una condanna, ovvero nella comminatoria di una pena determinata»⁴⁵.

Inoltre, sempre la Corte di Strasburgo ha avuto modo di evidenziare i limiti del suo sindacato. Essa è chiamata a valutare l'eventuale violazione di un diritto fondamentale sancito in Convenzione e, in caso di esito positivo, condannare lo Stato che si è reso autore della violazione. La Corte non è tenuta, come anticipato, a valutare la responsabilità penale dei singoli individui, essendo tale funzione spettante all'autorità giudiziaria interna⁴⁶.

Ciò significa che la responsabilità «omissiva» da parte dello Stato dinanzi al diritto protetto dall'art. 2 CEDU sorge ove sia dimostrato che le autorità nazionali sapevano (o anche avrebbero dovuto sapere) del fatto e che in riferimento ad esso si prospettava una reale e immediata minaccia riguardo alla vita di uno o più individui. A fronte di tali condizioni, la violazione è perpetrata se le autorità di controllo e di polizia, nell'ambito dei loro poteri, non hanno adottato le misure che ragionevolmente potevano essere adottate per far fronte a quel pericolo⁴⁷.

Di conseguenza, l'obbligo positivo a carico dello Stato nasce al delinarsi di determinate situazioni e non può tradursi per le autorità competenti in «un onere insopportabile o eccessivo, tenendo conto delle difficoltà che la polizia riscontra nell'esercitare le sue funzioni nelle società contemporanee e anche della imprevedibilità del comportamento umano e delle scelte operative che debbono essere fatte in termini di priorità e di risorse»⁴⁸.

⁴⁵ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Alikaj e altri c. Italia*, 29 marzo 2011, par. 95.

⁴⁶ In tal senso, Corte europea dei diritti dell'uomo, [GC], *Giuliani e Gaggio c. Italia*, cit.

⁴⁷ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, [GC], *Giuliani e Gaggio c. Italia*, cit., par. 246; *Maiorano e altri c. Italia*, cit., par. 106; *Bromiley c. Regno Unito*, 23 novembre 1999; *Paul e Audrey Edwards c. Regno Unito*, cit., par. 55; *Mastromatteo c. Italia*, cit., par. 68. Più di recente, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Civek c. Turchia*, 23 febbraio 2016.

⁴⁸ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, [GC], *Giuliani e Gaggio c. Italia*, cit., par. 245; *Maiorano e altri c. Italia*, cit., par. 105; *Osman c. Regno Unito*, cit., par. 116.

4. *Obblighi procedurali e tutela della vittima «debole»*. – Tra i tipi di tutela derivanti dall'art. 3 CEDU, vi è anche quella riguardante casi di violazioni «interindividuali», cioè poste in essere da soggetti privati a danni di altri individui, considerati dall'ordinamento, nazionale e sovranazionale, particolarmente vulnerabili, come donne e bambini, o, più in generale vittime di violenza domestica. Nei riguardi di tali soggetti, la Corte europea ha stigmatizzato il comportamento delle autorità statali in merito alla violazione del diritto tutelato dall'art. 3 CEDU compiuto da un individuo, padre e marito delle vittime. I giudici di Strasburgo hanno evidenziato l'inadeguatezza delle misure di prevenzione adottate dalle autorità allo scopo di evitare il protrarsi delle lesioni a carico delle vittime, una delle quali è stata poi assassinata dall'aggressore⁴⁹ ed, in altri casi, hanno rimarcato la presenza di tale colpevole superficialità da parte dello Stato a fronte della denuncia di fatti particolarmente gravi e della presenza di un soggetto di accertata pericolosità⁵⁰.

Con riferimento alla tutela dei minori, vittime di violazioni dell'art. 3 CEDU poste in essere da loro stessi familiari, la Corte di Strasburgo si è spinta sino a definire inadeguata la legislazione dello Stato convenuto⁵¹.

Ma anche più in generale, in riferimento al soggetto vittima di gravi violazioni dell'art. 3 CEDU, nella giurisprudenza europea si rileva l'obbligo positivo in capo allo Stato di svolgere un'indagine completa e approfondita al fine di accertare i fatti oltre che garantire un'adeguata assistenza ai soggetti vittime di tali aggressioni⁵².

⁴⁹ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Opuz c. Turchia*, cit., par. 170. Con riguardo al nostro Paese, v. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Talpis c. Italia*, cit.

⁵⁰ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *E.S. e altri c. Slovacchia*, 15 settembre 2009, par. 43-44. Insiste sull'esigenza di celerità dell'intervento investigativo Corte europea dei diritti dell'uomo, *M.G. c. Turchia*, 22 marzo 2016, con riguardo al caso di una donna che aveva denunciato il marito per maltrattamenti.

⁵¹ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *A. c. Regno Unito*, 23 settembre 1998, par. 24.

⁵² V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Denis Vasilyev c. Russia*, cit., par. 116, che rileva come una volta che lo Stato è intervenuto deve prevenire un ulteriore aggravamento, anche dal punto di vista della salute, della situazione del soggetto aggredito.

Una tutela procedurale, oltre che sostanziale, inoltre, si chiede che sia attivata a fronte di particolari forme di reati come nel caso di c.d. «tratta di esseri umani». L'art. 4 CEDU proibisce la riduzione degli esseri umani in condizioni di servitù e di schiavitù, nonché il lavoro forzato, in pari maniera di quanto fanno gli artt. 2 e 3 CEDU. Pertanto, esso non soltanto impone ai singoli ordinamenti di adottare misure positive allo scopo di prevenire il rischio di tali reati, ma anche di compiere indagini effettive ogniqualvolta, pur prescindendo da una formale denuncia della vittima, giunga all'autorità una simile notizia di reato⁵³. E anche i delitti sessuali posti in essere ai danni dei minori vengono ricondotti nell'alveo di protezione degli artt. 3 e 8 CEDU. L'art. 3 CEDU, in particolare, ricorda la Corte EDU, come esiga che gli Stati si dotino di norme volte a sanzionare tali condotte e compiano anche indagini efficaci e tempestive per identificare e punire gli autori di tali azioni criminose⁵⁴.

Davvero significativo e rilevante per gli obblighi che gravano sull'autorità di polizia e giudiziaria quanto rilevato dalla Corte europea a proposito dei ritardi o della superficialità con cui a volte vengono gestite talune denunce di maltrattamenti in famiglia. In un noto caso che ha visto protagonista negativo l'Italia, poi condannata per violazione dell'art. 2 CEDU, i giudici sovranazionali hanno evidenziato in qual modo le autorità nazionali, non intervenendo rapidamente dopo la denuncia e non predisponendo adeguate misure di tutela per la vittima, hanno sostanzialmente reso inefficace la denuncia mossa dalla stessa, finendo per generare un contesto di impunità tale da permettere all'autore del fatto di reiterare le violenze

⁵³ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *L.E. c. Grecia*, 21 gennaio 2016, con riferimento alla vicenda d'una donna d'origine nigeriana, oggetto di traffico d'esseri umani e costretta a prostituirsi. Nella specie, l'autorità statale aveva riconosciuto con ritardo lo status di vittima alla ricorrente e si era rivelata una mancata tempestiva attivazione nelle indagini.

⁵⁴ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *M.N. c. Bulgaria*, 27 novembre 2012, ove si rileva come, a causa dell'inerzia dell'autorità investigativa, nella fattispecie, soltanto uno dei quattro aggressori era stato condannato, due avevano beneficiato della prescrizione e l'ultimo non era mai stato identificato.

nei confronti della moglie e dei famigliari, culminate con l'omicidio del figlio e il tentato omicidio della moglie⁵⁵.

5. *Le condanne nei riguardi dell'Italia.* – Il nostro Paese è stato condannato più volte dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per violazioni degli obblighi procedurali dovute ad attività dell'autorità giudiziaria.

Oltre a quello sopra appena menzionato, in riferimento agli obblighi procedurali, di rilievo è il caso che ha visto condannata l'Italia da parte della Corte di Strasburgo per violazione dell'art. 3 CEDU per non avere, a fronte di una denuncia di sequestro di persona, indagato adeguatamente sulle accuse di maltrattamenti a carico di tale persona, posto che vi era un ragionevole sospetto sulla sussistenza dei maltrattamenti. Le indagini sulle accuse di maltrattamenti, anche nelle ipotesi in cui gli stessi siano «discutibili» e «sollevino un ragionevole sospetto» e anche se tali trattamenti sono procurati da privati – ci ricorda il giudice sovranazionale –, per essere in linea con quanto previsto dall'art. 3 CEDU, devono essere indipendenti, imparziali e soggette a controllo pubblico e le autorità competenti devono agire con diligenza e sollecitudine esemplari⁵⁶. Inoltre, secondo la Corte europea, «affinché un'indagine possa essere considerata effettiva, le autorità sono tenute ad adottare ogni misura ragionevole a loro disposizione per assicurare le prove dei fatti, incluse, tra le altre, una dichiarazione dettagliata concernente le accuse formulate dalla presunta vittima, la prova testimoniale, la prova forense e, laddove appropriato, referti medici aggiuntivi»⁵⁷.

In un altro caso, nella decisione adottata il 25 agosto 2009 (*Giuliani e Gaggio c. Italia*)⁵⁸, la Corte europea ha escluso la violazione dell'art. 2 CEDU dal punto di vista sostanziale, mentre ha

⁵⁵ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Talpis c. Italia*, cit., par. 117.

⁵⁶ In tal senso, Corte europea dei diritti dell'uomo, *M. e altri c. Italia e Bulgaria*, 31 luglio 2012; *Çelik e İmret c. Turchia*, 26 ottobre 2004, par. 55.

⁵⁷ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *M. e altri c. Italia e Bulgaria*, cit.; *Bati e altri c. Turchia*, par. 134.

⁵⁸ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 agosto 2009, *Giuliani e Gaggio c. Italia*.

riconosciuto il pregiudizio della norma convenzionale in riferimento al profilo procedurale, in ragione di una serie di lacune connotanti l'indagine giudiziaria che hanno inciso negativamente sull'esito dell'inchiesta. In particolare, con riferimento ai c.d. obblighi procedurali scaturenti dall'art. 2 CEDU, i giudici europei hanno concentrato l'attenzione sui profili di incompletezza delle indagini denunciati dai ricorrenti. A questo riguardo, la Corte di Strasburgo ha soffermato l'attenzione sulla superficialità dell'esame autoptico della vittima e sulla fretta eccessiva con cui si giunse ad autorizzare la cremazione del corpo della stessa così impedendo ulteriori esami balistici, nonché sulla mancanza di un adeguato preavviso ai familiari della vittima circa l'esecuzione dell'autopsia rendendo, di fatto, impossibile la nomina di consulenti tecnici che potessero prendere parte all'accertamento tecnico irripetibile.

Questo esito decisorio è stato, poi, modificato a seguito del giudizio dinanzi alla Grande Camera che ha escluso tanto la violazione sostanziale dell'art. 2 CEDU, quanto quella procedurale inerente alle indagini sulle dinamiche della morte di Carlo Giuliani⁵⁹.

In un altro caso⁶⁰ (*Maiorano c. Italia*), la violazione dell'art. 2 CEDU da parte dell'Italia è stata ritenuta perpetrata tanto sotto il profilo sostanziale, quanto sotto quello procedurale.

In riferimento al primo profilo, la violazione è stata determinata dalla concessione del beneficio della semilibertà ad un soggetto già condannato per gravissimi delitti, il quale, durante il periodo di concessione del beneficio, aveva commesso ulteriori omicidi. Specificamente, l'inosservanza degli obblighi scaturenti dall'art. 2 CEDU, per la Corte europea, si è concretizzata nell'inosservanza del dovere di assicurare una protezione generale nei riguardi della collettività da comportamenti criminosi commessi da soggetti pericolosi detenuti per crimini violenti che usufruiscono di benefici penitenziari. In particolare, secondo la Corte EDU, alla «imprudente» concessione della semilibertà si è andata ad aggiungere l'omissione di comunicazione da parte dell'autorità inquirente al Tribunale di sorveglianza circa le comprovate violazioni alle prescrizioni inerenti il

⁵⁹ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, [GC], *Giuliani e Gaggio c. Italia*, cit.

⁶⁰ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Maiorano e altri c. Italia*, cit.

regime di semilibertà commesse dal soggetto interessato. Una mancanza di comunicazione che ha impedito allo stesso tribunale di valutare l'opportunità di eventuali sanzioni disciplinari o, forse meglio, di una revoca del beneficio concesso, elemento, quest'ultimo che ha molto pesato nel giudizio censorio adottato dalla Corte europea. Cosicché, al formarsi della violazione in parola ha contribuito un ruolo di rilievo svolto non tanto o non solo dalla concessione della misura alternativa alla detenzione, quanto dalle modalità in cui si è svolta la fase di attuazione della stessa e, in specie, dal mancato coordinamento tra i diversi uffici giudiziari a causa del quale è risultata preclusa la valutazione di una possibile revoca del beneficio penitenziario.

In particolare, la violazione degli obblighi procedurali, a parere dei giudici di Strasburgo, è determinata, tra le altre cose, dal non aver le autorità interne svolto adeguate indagini per individuare eventuali responsabilità dei funzionari pubblici implicati. Nella fattispecie, però, la Corte europea ha ritenuto soddisfatto quell'obbligo per la presenza di un'adeguata indagine penale che ha consentito l'identificazione e la punizione dell'autore del fatto, oltre che il pagamento in favore delle vittime, costituite parti civili nel processo, di una provvisionale sull'ammontare dovuto a titolo di danno morale⁶¹.

E proprio dal punto di vista degli obblighi procedurali, il caso Maiorano, appena citato, si differenzia rispetto ad altro caso che pure ha visto protagonista l'Italia (*Mastromatteo c. Italia*)⁶². In questa controversia, il nostro Paese, chiamato a rispondere per le azioni omicidiarie commesse da due detenuti mentre si trovavano in stato di semilibertà è stato ritenuto non responsabile per la violazione dell'art. 2 CEDU sia riguardo alle misure preventive, sia riguardo agli obblighi procedurali. Da un lato non era ragionevolmente possibile prevedere che la rimessione in libertà di quei due soggetti potesse costituire un serio rischio per la pubblica incolumità. Dall'altro lato, vi era stato un corretto funzionamento del meccanismo procedurale posto che un'adeguata indagine e un efficiente coordinamento tra gli uffici giudiziari coinvolti nella vicenda aveva condotto all'identificazione,

⁶¹ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Maiorano e altri c. Italia*, cit.

⁶² V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Mastromatteo c. Italia*, cit.

incriminazione e punizione dei due assassini. Quel coordinamento e quell'efficienza che, invece, sono mancati, a parere dei giudici di Strasburgo, nel caso Maiorano.

Il che induce a riflettere su come la Corte EDU, richiamando gli Stati ad un'osservanza non soltanto formale del diritto sancito dall'art. 2 CEDU evochi in modo piuttosto concreto lo svolgimento di indagini da parte dei diversi uffici giudiziari coinvolti ispirate al migliore coordinamento e a pronta efficienza.

Deve trattarsi di indagini improntate a un adeguato contemperamento di interessi che faccia prevalere il diritto alla vita rispetto ai valori fondanti la presenza di un segreto investigativo⁶³. In questa prospettiva, si colloca anche l'intervento della Corte europea sul noto caso Abu Omar, ove Strasburgo ha condannato l'Italia per violazione degli obblighi sostanziali e procedurali di cui all'art. 3 CEDU stante la decisione di opporre il segreto di Stato nei procedimenti penali in questione (e il rifiuto di chiedere l'estradizione degli imputati statunitensi) che hanno di fatto finito per garantire l'impunità ai soggetti responsabili, facendo prevalere le ragioni del segreto di Stato su quelle di un accertamento in concreto e del rispetto dei diritti fondamentali delle vittime⁶⁴.

6. *La completezza delle indagini preliminari tra principi sovranazionali e ordinamento interno.* – Le indagini preliminari rappresentano un momento fondamentale del percorso di accertamento dei fatti di reato. Esse fondano la richiesta di rinvio a giudizio e determinano lo svolgimento del processo nel senso che costituiscono il principale canale di alimentazione dell'ipotesi accusatoria e delle prove che saranno poi assunte in dibattimento tramite il contraddittorio.

⁶³ Nel caso *Maiorano c. Italia*, la circostanza che le indagini relative alle attività criminose commesse dal soggetto mentre si trovava in stato di semilibertà fossero coperte da segreto non è stata considerata sufficiente dalla Corte EDU e tale da poter prevalere sul diritto alla vita.

⁶⁴ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Nasr e Ghali c. Italia*, 23 febbraio 2016.

Dal tipo di indagini svolte e dai risultati investigativi acquisiti dipende l'opzione tra esercizio dell'azione penale e richiesta di archiviazione. Sulla base delle conoscenze acquisite in corso di indagine si muovono anche le scelte riguardanti l'accesso e lo svolgimento dei riti speciali. Senza dimenticare, poi, che l'esito delle investigazioni rappresenta il substrato su cui poggiano le misure cautelari adottate in corso di processo.

Nell'ambito dell'ordinamento interno, il tema della (tendenziale) completezza delle indagini preliminari ha assunto rilevanza sin dall'esordio del codice di procedura penale del 1988 e trova esplicitazione tanto sul piano dell'azione penale, quanto su quello dell'inazione. La Corte costituzionale, chiamata a verificare la compatibilità con i principi costituzionali di alcune delle norme disciplinanti il procedimento per l'archiviazione, ha desunto dalle direttive della legge delega per il codice di procedura penale (art. 2, n. 37) e da alcune norme del codice di rito che quella direttiva hanno attuato (artt. 326 e 358 c.p.p.), l'esistenza di un principio di tendenziale completezza delle indagini preliminari avente una duplice funzione⁶⁵. Da un lato, consentire al pubblico ministero di esercitare al meglio le diverse e possibili opzioni all'esito della fase preliminare, incluso l'accesso ai riti speciali. D'altro lato, impedire prassi di c.d. esercizio «apparente» dell'azione penale, vale a dire situazioni nelle quali indagini lacunose o condotte con superficialità possano essere alla base di ingiustificati rinvii a giudizio, dato che questi ultimi, se non adeguatamente supportati in termini di mezzi di prova, si risolvono in un inutile appesantimento della fase del giudizio⁶⁶.

Numerosi sono i meccanismi integrativi delle indagini incomplete su cui il legislatore si è impegnato, anche dopo l'entrata in vigore del codice di rito del 1988, al fine di fornire strumenti processuali attivabili dalle parti o dal giudice e complesso è il reticolo normativo che ne è derivato. In estrema sintesi, se si guarda al sistema interno, il tema della completezza delle indagini assurge a criterio per

⁶⁵ V. Corte cost., 15 febbraio 1991, n. 88.

⁶⁶ V. Corte cost., 15 febbraio 1991, n. 88.

salvaguardare, da un lato, il principio di non superfluità del processo e, dall'altro lato, per assicurare i dovuti accertamenti su fatti e circostanze favorevoli alla persona indagata.

In questa prospettiva, dunque, il concetto di completezza assume un significato diverso da quello che si attribuisce al medesimo concetto a livello sovranazionale, ove le attività investigative e, più in generale, processuali, si ritiene non possano sfuggire a determinati canoni di legalità e di rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo, tra cui vanno senza dubbio annoverati i diritti della vittima del reato, dei suoi familiari e, più in generale, della collettività a cui questi stessi appartengono. Pertanto, ove ricorrano determinate condizioni, il diritto a un'indagine completa, efficiente e priva di ritardi non può restare soltanto un auspicio, ma costituisce un «dovere» a cui tutti gli organi chiamati a intervenire nella vicenda non possono sottrarsi. Si delinea, altrimenti, l'inosservanza di diritti fondamentali sanciti nella Convenzione europea e la conseguente condanna a carico dello Stato autore della violazione degli «obblighi procedurali».

Il controllo della Corte europea è una verifica sul caso concreto e sul «come» le leggi nazionali abbiano trovato applicazione nella specifica situazione sottoposta a controllo. Di conseguenza, quelli sopra indicati sono soltanto dei parametri delineati a proposito di situazioni specifiche sottoposte al vaglio del giudice sovranazionale. Il che, però, consente di rilevare come i giudici sovranazionali, nell'applicare la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, tengano conto in modo peculiare delle modalità di svolgimento delle investigazioni e come, dunque, in determinate situazioni, da certi parametri «convenzionali» volti a rendere effettivo il rispetto del diritto alla vita e del divieto di tortura o di trattamenti inumani e degradanti non sia possibile prescindere nel percorso di accertamento del fatto di reato.

Diritti e doveri del contribuente tra procedimento e processo

SERENELLA PIERONI*

**NE BIS IN IDEM SANZIONATORIO.
LA PROBLEMATICAPPLICAZIONE
NELLA SENTENZA JÓHANNESSON C. ISLANDA
DEI CRITERI ELABORATI DALLA GRANDE CAMERA**

SOMMARIO: Introduzione – 1. Il caso. – 2. Il *ne bis in idem* «sanzionatorio» nella giurisprudenza della Corte EDU. – 3. La decisione *Jóhannesson c. Islanda*. – 4. Considerazioni conclusive.

Introduzione. – La Prima Sezione della Corte EDU si è trovata ad applicare per la prima volta i «criteri-guida» forniti dalla Grande Camera della Corte EDU nella nota sentenza *A. e B. c. Norvegia* del 15 novembre 2016 in materia di *ne bis in idem* (art. 4, Protocollo 7 CEDU) ravvisando, all’unanimità, la violazione della garanzia convenzionale sotto il profilo dell’assenza di una «connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta» tra i due procedimenti sanzionatori.

La pronuncia, peraltro, risulta di particolare interesse, in quanto, sottolineandosi le differenze tra il caso esaminato e quello deciso dalla Grande Camera, se, da un lato, sembra indicare agli interpreti i limiti entro i quali va ricondotto il criterio della *connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta* di cui alla sentenza *A. e B. c. Norvegia*, dall’altro, come vedremo, non chiarisce i parametri definiti per l’individuazione dei medesimi.

1. *Il caso* –. I ricorrenti, i signori Jóhannesson e Jónsson e una società ad essi riconducibile, avevano omesso di dichiarare elementi attivi consistenti con riferimento a diverse annualità (dal 1999 al 2002).

* Ricercatore di Diritto amministrativo, Università di Perugia.

All'esito dei procedimenti tributari – conclusisi rispettivamente in grado di appello nell'agosto e nel settembre 2007 e divenuti definitivi sei mesi dopo, a febbraio e marzo 2008 – veniva pertanto imposta una sovrattassa del 25% ai signori Jóhannesson e Jónsson, ed una del 10% alla società.

Al contempo, nel novembre 2004 l'amministrazione finanziaria trasmetteva gli atti all'autorità di polizia, che, a sua volta, apriva un procedimento penale per reati fiscali nei confronti dei signori Jóhannesson e Jónsson. Tuttavia, soltanto nel dicembre 2008 – circa nove mesi dopo la conclusione con sentenza definitiva del procedimento tributario – veniva formulata l'imputazione nei confronti dei ricorrenti.

Nel giugno 2010 la Corte distrettuale di Reykjavik dichiarava di non doversi procedere nei confronti dei ricorrenti in applicazione dell'art. 4, Protocollo 7 CEDU, così come interpretato dalla Grande Camera in *Zolotukhin c. Russia*, ritenendo che i fatti dei quali erano accusati fossero sostanzialmente i medesimi per i quali erano già stati sanzionati in via definitiva dall'amministrazione tributaria, ma in esito a un procedimento di natura sostanzialmente penale.

La pubblica accusa impugnava tuttavia la decisione avanti alla Corte Suprema, la quale nel settembre 2010 accoglieva il ricorso e ordinava alla Corte distrettuale di esaminare il merito delle accuse. I giudici supremi islandesi osservavano, da un lato, come la giurisprudenza di Strasburgo in materia di *ne bis in idem* e sovrattasse non fosse ancora ben chiara, e, dall'altro, come l'eventuale contrasto tra il diritto convenzionale e il diritto nazionale (che indubbiamente prevedeva la possibilità di un «doppio binario» di sanzioni penali e amministrative in caso di violazioni tributarie) dovesse essere risolto dal legislatore islandese, non già dalla magistratura.

Con sentenza del dicembre 2011, la Corte distrettuale riconosceva la penale responsabilità dei due imputati, sospendendo tuttavia per un anno la determinazione della pena relativa in considerazione dell'eccessiva lunghezza del processo, nonché della già avvenuta irrogazione a loro carico di una sovrattassa del 25%.

Nel febbraio 2013, la Corte Suprema confermava le condanne e determinava essa stessa le pene a carico degli imputati

(rispettivamente, dodici e diciotto mesi di reclusione condizionalmente sospesa, più 360.000 e 180.000 euro circa di multa), tenendo conto tanto della lunghezza del processo, quanto delle sovrattasse già irrogate nei loro confronti.

I ricorrenti si rivolgevano alla Corte di Strasburgo, lamentando la violazione del principio del *ne bis in idem* ai sensi dell'art. 4, Protocollo 7 CEDU, violazione riscontrata, nel caso di specie, dalla Corte EDU, la quale non ha ravvisato tra i due procedimenti sanzionatori (tributario e penale) quella «connessione sostanziale o temporale sufficientemente stretta», che, secondo i principi enunciati dalla Grande Camera in *A e B c. Norvegia*, poteva far considerare i due procedimenti come parti di un unico procedimento sanzionatorio integrato (nel rispetto, così, del *ne bis in idem*).

2. *Il ne bis in idem «sanzionatorio» nella giurisprudenza della Corte EDU.* –La controversia rappresenta ulteriore declinazione del riconoscimento da parte della Corte EDU della natura «sostanzialmente penale» di molte sanzioni tradizionalmente qualificate nel nostro ordinamento come amministrative¹, collocandosi

¹ Sono note le sentenze con le quali la Corte di Strasburgo ha riconosciuto la natura penale, *ex art. 6 CEDU*, delle sanzioni irrogate da alcune Autorità amministrative indipendenti italiane: v. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Grande Stevens c. Italia*, 4 marzo 2014, e, in precedenza, *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*, 27 settembre 2011. Peraltro, la natura penale delle sanzioni pecuniarie irrogate dalle Autorità indipendenti era stata affermata dalla Corte di Strasburgo anche nelle sentenze *Dubus S.A.v. c. France*, 11 giugno 2009, ricorso n. 5242/04, e *Vernes c. France*, 20 gennaio 2011, ricorso n. 30183/06. Numerosi i commenti alla sentenza *Grande Stevens*, in via meramente indicativa cfr. M. ALLENA, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p. 1053 ss.; M. VENTORUZZO, *Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia*, in *Riv. soc.*, 2014, p. 693, ss.; V. ZAGREBELSKY, *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem nella CEDU*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1196 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 614 ss.; G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e «doppio binario» sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza «Grande Stevens» nell'ordinamento italiano*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3-4, 2014, p. 201 ss.; M.O. DI GIUSEPPE, *Il ne bis in idem alla luce degli effetti della sentenza «Grande Stevens»*, in *Rass. trib.*, 2014, p. 1440 ss.; M. FIDELBO, *Il*

nel delicato e controverso dibattito della compatibilità del principio *del ne bis in idem* (art. 4, Protocollo 7 CEDU) con il c.d. doppio binario sanzionatorio.

Difatti, l'operata riqualificazione, secondo i parametri della Corte EDU, delle sanzioni amministrative in sanzioni penali, comporta l'applicazione, per il medesimo fatto, di due misure afflittive, ancorché una formalmente amministrativa, con conseguente illegittimità convenzionale di siffatto *bis in idem* sanzionatorio.

In via di estrema sintesi, per la Corte europea dei diritti dell'uomo sono «sostanzialmente penali» tutte quelle misure, sia di tipo interdittivo (qualificate nel nostro ordinamento sanzioni in senso stretto) che con finalità ripristinatorie-reali (sanzioni in senso lato)² previste come reazione alla commissione di un illecito e connotate da un certo grado di afflittività.

principio del ne bis in idem e la sentenza 'Grande Stevens': pronuncia europea e riflessi nazionali, in www.dirittopenaleeuropeo.it; G.M. FLICK - V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, in *Riv. soc.*, 2014, p. 953 ss., e in www.rivistaaic.it, n. 3, 2014; P. GAETA, *Grande Stevens c. Italia: il «non detto» delle sentenze*, in *Quad. cost.*, 2014, p. 740 ss.; B. LAVARINI, *Corte europea dei diritti umani e ne bis in idem: la crisi del «doppio binario» sanzionatorio*, in *Dir. pen. e processo*, n. 12-Suppl., 2014, p. 82 ss.; G. M. FLICK - V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, in www.rivistaaic.it, n. 3, 2015; P. MONTALENTI, *Abusi di mercato e procedimento Consob: il caso Grande Stevens e la sentenza CEDU*, in *Giur. comm.*, I, 2015, p. 478 ss. In termini più generali cfr. altresì S.F. COCIANI, *Sul divieto di cumulo tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in *Riv. dir. trib.*, 2015, p. 405 ss.

² Sull'argomento cfr. G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924; P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1999; ID., *Le ragioni di una questione definitoria: la controversa nozione di sanzione amministrativa*, in *Giur. Cost.*, 2014, p. 3605 ss.; C.E. PALIERO - A. TRAVI *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988; M.A. SANDULLI, *Sanzioni amministrative*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVIII, Roma, 1992; AA. VV., *La sanzione amministrativa. Accertamento, irrogazione, riscossione, estinzione, profili processuali. Le depenalizzazioni*, a cura di A. CAGNAZZO - S. TOSCHEI - F.F. TUCCARI, Torino, 2016; M. ALLENA, *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività-determinatezza e la prevedibilità*, in *Federalismi.it*, 22 febbraio 2017, nonché S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 2017 e l'ampia bibliografia ivi riportata.

La prospettiva «sostanziale» adottata dalla Corte ha comportato l'attenuarsi della tradizionale distinzione categoriale delle sanzioni³ e la applicabilità a tutti i provvedimenti sanzionatori amministrativi di una serie di garanzie che il diritto interno riserva al settore penale.

In particolare, unitamente a quelle derivanti dal principio di legalità *ex art. 7 CEDU*⁴, si ricordano quelle che scaturiscono dal riconoscimento del diritto ad un equo processo *ex art. 6 CEDU*, che, secondo la Corte di Strasburgo, devono essere assicurate fin dalla fase (amministrativa) di irrogazione della sanzione «sostanzialmente penale», come quella che si svolge innanzi ad alcune Autorità indipendenti italiane⁵.

³ Vedasi in materia lo studio di M. LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/EU sul private enforcement (decreto legislativo n. 3/2017): le valutazioni tecniche opinabili riservate all'AGCM*, in *Federalismi.it*, 2018, p. 12 ss. il quale, sottolinea la non facile individuazione della natura delle sanzioni «amministrative» anche ai fini della giurisdizione amministrativa. Ricorda come, in via di estrema sintesi, in materia sono ravvisabili due orientamenti tradizionali secondo cui le *sanzioni* amministrative sono l'espressione qualificata di un *diritto amministrativo puro*, in quanto costituiscono uno degli esiti tipici della funzione di cura di interessi pubblici, per cui la sanzione amministrativa si presenta strettamente connessa al *potere di governo* di un determinato settore, affidato alla stessa amministrazione titolare della funzione punitiva. Secondo un diverso orientamento, invece, la sanzione amministrativa «va considerata come *species*, qualificata, di un diritto sanzionatorio unitario, che comprende anche le fattispecie penali e risponde alla stessa comune logica. In dottrina, per descrivere questo concetto, si è parlato, talvolta, di *subcontravvenzioni* e di *sanzioni minori*. La cognizione del giudice amministrativo su tali atti dovrebbe considerarsi come una deviazione dai principi comuni, determinando, per ragioni contingenti, un'eccezionale sottrazione da quella che parrebbe la loro logica e naturale collocazione nell'ambito del processo penale... La conseguenza più vistosa di tale tesi riguarda l'accentuazione delle garanzie riconducibili alla piena valorizzazione del diritto di difesa, secondo parametri largamente assimilabili a quelli del diritto penale sostanziale e processuale».

⁴ *Nessuno può essere condannato per una azione o omissione che, al momento in cui è stata connessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale.*

⁵ V. sentenza *Grande Stevens c. Italia*. In dottrina, anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, F. CINTIOLI, *Giusto processo, Cedu e sanzioni antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 507; M. ALLENA - S. CIMINI, (a cura di) *Il potere*

Ad esse si aggiungono, ovviamente, le garanzie scaturenti dal principio del *ne bis in idem*, non potendo lo stesso soggetto essere sottoposto ad un doppio procedimento «penale» per il medesimo fatto.

Nondimeno, a questa comprensibile rigidità categoriale dei giudici di Strasburgo, sembra unirsi spesso quantomeno l'impegno dei medesimi nel cercare profili di compatibilità (...non stravolgimento...) delle normative interne con i principi della CEDU.

E così, quanto alla violazione dell'art. 6 CEDU, peculiare per vero sembra l'intervento «salvifico» della Corte con la sentenza *Grande Stevens*, in riferimento al procedimento sanzionatorio della Consob, in relazione al quale il controllo giurisdizionale da parte della Corte d'appello, organo indipendente e imparziale dotato di piena giurisdizione, è stato ritenuto idoneo a compensare i vizi della fase procedimentale che si svolge avanti all'Autorità indipendente che, di per sé, non è invece conforme ai principi di equità e d'imparzialità oggettiva richieste dall'art. 6 CEDU⁶.

Quanto, poi, alla individuazione dell'*idem factum*, da tempo la Corte ha indicato i parametri per ravvisare il carattere sostanzialmente afflittivo e, dunque, penale, delle sanzioni formalmente amministrative, i c.d. criteri *Engel*⁷, costituiti 1) dalla qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, peraltro non vincolante quando si accerti la valenza «intrinsecamente penale» della misura; 2) dalla natura dell'illecito, desunta dall'ambito di applicazione della norma che lo prevede e dallo scopo perseguito; 3) dal grado di severità

sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti, Il diritto dell'economia, n. 82, 2013.

⁶ V. sentenza *Grande Stevens c. Italia*. Nello stesso senso Cons. St., Sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1595, c.d. sentenza *Arpe*. Sulla problematica si rinvia a A. GIUSTI, *Sanzioni amministrative e convenzione europea dei diritti dell'uomo. La prospettiva della Giurisdizione*, in *www.giustamm.it*, n. 10, 2015. Ciò nonostante, trattandosi di sanzione «sostanzialmente penale» ha riscontrato la violazione del *ne bis in idem* avendo il ricorrente subito anche un procedimento penale per il medesimo fatto.

⁷ A principiare dalla nota decisione nell'ambito della quale sono stati formulati Corte europea dei diritti dell'uomo *Engel e altri c. Olanda*, 8 giugno 1976; *Ozturk c. Germania* del 1984.

della sanzione di cui è a priori passibile la persona interessata (e non alla gravità della sanzione alla fine inflitta)⁸.

Trattasi di canoni alternativi e non cumulativi, mentre si precisa che la qualificazione formale che una sanzione riceve nell'ordinamento interno è vincolante solo in senso estensivo, ovvero per affermare l'applicabilità dei principi di cui agli artt. 6 e 7 della

⁸ Cfr. LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni*, cit., p. 14 ss. Evidenzia come potrebbe complicarsi nel nostro ordinamento il dibattito sulla natura giuridica delle sanzioni amministrative a fronte di provvedimenti che l'ordinamento interno non qualifica come sanzioni, ma che incidono significativamente sulle libertà del destinatario quale conseguenza dell'accertamento di condotte indicative di una possibile *pericolosità* o anche di un mero – benché motivato e qualificato – *sospetto*. L'Autore segnala come fra questi potrebbero rientrare i provvedimenti di DASPO, gli «ammonimenti» *antistalking*, le misure interdittive prefettizie, con finalità di prevenzione della criminalità, precisandosi tuttavia come l'orientamento dominante sia nel senso di qualificare tali atti come provvedimenti amministrativi di natura meramente cautelare e preventiva, che non mirano a sanzionare violazioni, ma solo a garantire la realizzazione di interessi pubblici curati dall'amministrazione. (In materia anche M. LUCIANI, *Conclusioni*, all'Incontro di studio A.I.P.D.A. – A.I.C. *Riflessioni sull'incertezza delle regole: il dibattito sulle sanzioni «nascoste»*, tenutosi presso l'Università degli Studi Roma Tre il 6 febbraio 2014, in www.diritto-amministrativo.org). Si tratta, del resto, di atti contrassegnati da ampi margini di discrezionalità e che prescindono da una valutazione di responsabilità del destinatario, a meno che non vi sia la possibilità di considerare tali atti considerare «sanzioni» nella diversa prospettiva ampliatrix della CEDU (c.d. criteri *Engel*). In particolare, il Consiglio di Stato, con decisione della III Sezione, 8 marzo 2017, n. 1109, confermando un indirizzo consolidato nella giurisprudenza interna, ha ribadito come l'accertamento dei presupposti fondanti la misura interdittiva si basa su elementi non riconducibili a quelli della responsabilità penale, così affermando la netta distinzione tra misura interdittiva e provvedimenti sanzionatori. Il Supremo Consesso amministrativo afferma decisamente che in questa materia, non entrano in gioco i principi del diritto CEDU: la regola della «certezza al di là di ogni ragionevole dubbio si palesa consentanea alla garanzia fondamentale della presunzione di non colpevolezza, di cui all'art. 27 Cost., comma 2, cui è ispirato anche il p. 2 del citato art. 6 CEDU, sicché è evidente come la vicenda in esame in alcun modo possa essere ricondotta nell'alveo del principio anzidetto, desunto dalla giurisprudenza di Strasburgo dall'art. 6 CEDU, in quanto non attiene ad ipotesi di affermazione di responsabilità penale», essendo «estranea al perimetro delle garanzie innanzi ricordate (v., in questi significativi termini, Cass., sez. I, 30 settembre 2016, n. 19430, per la responsabilità civile), ma riguarda la prevenzione amministrativa antimafia».

Carta anche in difetto degli altri requisiti. D'altro canto, si è affermato altresì che l'alternatività dei criteri predetti non impedisce una valutazione unitaria dei medesimi qualora una loro separata valutazione non consenta di chiarire la sussistenza o meno di una «accusa in materia penale»⁹.

Siffatta nozione di illecito di natura «convenzionalmente penale» non è stata più messa in discussione dalla Corte EDU¹⁰, ed anzi, più precisamente, ove si fosse rilevata la medesimezza del fatto storico oggetto sia del procedimento amministrativo che di quello penale (anche se prescritto e quindi senza irrogazione della sanzione), si sarebbe verificata la violazione del principio del *ne bis in idem*. Difatti la Corte ha richiesto che la valutazione della sussistenza dell'*idem factum* sia effettuata *in concreto* e non in relazione agli elementi costitutivi dei due illeciti, avendo ravvisato l'identità del fatto allorquando dalle circostanze fattuali emerge che i due giudizi riguardino lo *stesso accusato* in relazione a *situazioni inestricabilmente collegate nel tempo e nello spazio* (sentenza *Zolotukhin*). Ne consegue che la diversa qualificazione giuridica dei fatti contestati non impedisce il *bis in idem*, dovendosi aver riguardo alla identità in senso materiale.

È nella individuazione del *bis* procedimentale che, tuttavia, si è palesata una significativa attenuazione del rigore della Corte.

Infatti, con il caso *Grande Stevens*¹¹, aveva ritenuto che per «divieto di un secondo giudizio» si doveva intendere «una garanzia contro nuove azioni penali o contro il rischio di tali azioni», e non soltanto «il divieto di una seconda condanna o di una seconda assoluzione».

⁹ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Jussila c. Finlandia*, 23 novembre 2006, annotata da S.F., COCIANI, *Sanzioni tributarie e garanzie processuali*, in *diritti-cedu.unipg.it*; *Zaicevs c. Lettonia*, 31 luglio 2007.

¹⁰ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*, 27 settembre 2011; *Case of Muslija c. Bosnia and Herzegovina*, 14 gennaio 2014; *Grande Stevens* cit.; *Nykanen c. Finlandia*, 20 maggio 2014; *Lucky c. Svezia*, 27 novembre 2014.

¹¹ Ma anche Corte europea dei diritti dell'uomo, *Zigarella c. Italia*, 3 ottobre 2002, ricorso n. 48154/99; e ancora *Kapetanios e altri c. Grecia*, 30 aprile 2015.

Il *ne bis* principiava con l'inizio del nuovo procedimento ogniqualvolta ve ne fosse già uno precedente passato in giudicato (secondo le regole del diritto interno dei singoli Stati membri), sia di assoluzione che di condanna.

Ma nella sentenza *A e B c. Norvegia* del 15 novembre 2016 la Grande Camera ha introdotto complesse cause di flessibilità per verificare la lesione del principio del *ne bis in idem*, statuendo che «non viola il *ne bis in idem* convenzionale la celebrazione di un processo penale, e l'irrogazione della relativa sanzione, nei confronti di chi sia già stato sanzionato in via definitiva dall'amministrazione tributaria ... purché sussista tra i due procedimenti una *connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta*»¹².

La Corte di Strasburgo ha chiarito che in linea di principio l'art. 4, Protocollo 7 CEDU non esclude che lo Stato possa legittimamente apprestare un sistema di risposte a condotte socialmente offensive (come l'evasione fiscale) che si articoli – nella cornice di un approccio unitario e coerente – attraverso procedimenti distinti, purché le plurime risposte sanzionatorie non comportino un sacrificio eccessivo per l'interessato, con il conseguente onere per la Corte di verificare se la strategia adottata da ogni singolo Stato comporti una violazione del *ne bis in idem*, oppure sia, al contrario, il «prodotto di un sistema integrato che permette di affrontare i diversi aspetti dell'illecito in maniera prevedibile e proporzionata, nel quadro di una strategia unitaria» (par. 122).

Non sarebbe, infatti, possibile dedurre dall'art. 4, Protocollo 7 CEDU un divieto assoluto per gli Stati di imporre una sanzione amministrativa (ancorché qualificabile come «sostanzialmente penale» ai fini delle garanzie dell'equo processo) per quei fatti di evasione fiscale in cui è possibile, altresì, perseguire e condannare penalmente il soggetto, in relazione a un elemento ulteriore rispetto al mero mancato pagamento del tributo, come una condotta fraudolenta,

¹² Sulla problematica sollevata dalla sentenza *A e B c. Norvegia* si rinvia, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, a A. LONGO - F.M. DISTEFANO, *La storia infinita del ne bis in idem e del doppio binario sanzionatorio*, in *Federalismi.it*, 28 giugno 2017.

alla quale non potrebbe dare risposta sanzionatoria adeguata la mera procedura «amministrativa» (par. 123).

Nondimeno, la Corte precisa che la disposizione convenzionale non esclude lo svolgimento parallelo di due procedimenti, purché essi appaiano connessi dal punto di vista sostanziale e cronologico in maniera sufficientemente stretta.

Nella prospettiva di un equilibrato bilanciamento tra gli interessi del singolo e quelli collettivi, la Corte, raffinando il parametro temporale (cronologico) già esistente, ha valorizzato il criterio della *sufficiently close connection in substance and time* ricavato da parte della propria precedente giurisprudenza (par. 125). Ad avviso della Corte EDU il modo più sicuro per assicurare il rispetto dell'art. 4, Protocollo 7 CEDU sarebbe la previsione di un meccanismo in grado di unificare, in qualche stadio della procedura, i due procedimenti sanzionatori, in modo tale da garantire l'irrogazione delle differenti sanzioni da parte di un'unica autorità e nell'ambito di un unico processo.

Nel richiedere meccanismi in grado di assicurare risposte sanzionatorie nel loro complesso proporzionate e, comunque, prevedibili (par. 130), i criteri, invece, che determinano il «parallelismo» sostanziale tra due procedimenti sono indicati dalla Corte stessa e così 1) gli scopi delle diverse sanzioni e dei profili della condotta considerati debbono essere differenti, 2) deve essere prevedibile la duplicità delle sanzioni e dei procedimenti, 3) devono essere adottati dei correttivi per evitare «per quanto possibile» duplicazioni nella raccolta e nella valutazione della prova e, soprattutto, 4) la sanzione imposta nel procedimento che si conclude per primo deve essere tenuta in considerazione nell'altro procedimento, in modo da non alterare la proporzionalità complessiva della pena¹³ (par. 133).

¹³ Criterio questo che sembra contraddire con quanto rilevato dalla Corte nella sentenza Grande Stevens in cui ha affermato che il principio *de quo* vuol garantire non tanto la proporzionalità della sanzione, quanto piuttosto il diritto dell'individuo a non essere sottoposto ad un doppio procedimento per il medesimo fatto...

La sentenza non precisa, tuttavia, se le condizioni per la configurabilità della connessione sostanziale siano cumulative, nel senso che devono sussistere congiuntamente, ovvero alternative; né se il «sistema integrato» escluda che un procedimento inizi appena termini l'altro ovvero debba necessariamente essere trattato pressoché contemporaneamente¹⁴.

3. *La decisione Jóhannesson c. Islanda*. – Come accennato, in via preliminare, la Corte ha riconosciuto che entrambi i procedimenti svoltisi nei confronti dei ricorrenti fossero riconducibili alla *matière pénale*, secondo la nozione autonoma elaborata dalla giurisprudenza europea e rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 4, Protocollo 7 CEDU (par. 44 della sentenza in commento).

Rilevata, altresì, l'identità dei fatti oggetto dei due procedimenti (parr. 45-47), la Corte si è quindi concentrata nel verificare se le due risposte sanzionatorie – quella tributaria e quella penale – presentassero una *connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta*, tale da consentire di ritenere rispettato il principio del *ne bis in idem*.

Prendendo le mosse dai criteri indicati dalla Grande Camera nella pronuncia *A. e B. c. Norvegia*, la prima sezione della Corte ravvisa, all'unanimità, la violazione della garanzia convenzionale, sottolineando le differenze tra il caso di specie all'esame e quello deciso dalla Grande Camera, appunto sotto lo specifico profilo dell'assenza di una «connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta» tra i due procedimenti sanzionatori.

Più precisamente, sotto il profilo della connessione sostanziale, la Corte ha rilevato che, in effetti, i due procedimenti perseguivano scopi tra loro *complementari*, e che l'imposizione tanto di sovrattasse «amministrative» quanto di «pene» fosse in concreto prevedibile per i ricorrenti, sulla base della legislazione nazionale vigente all'epoca dei fatti (par. 51). Sottolinea altresì come la Corte Suprema islandese, nel

¹⁴ Cfr. le considerazioni critiche di P. DE PASQUALE, *Note a margine delle conclusioni nel caso Menci: la storia del divieto di ne bis in idem non è ancora finita*, in www.dirittounioneeuropea.eu, ottobre 2017.

determinare la pena per i due imputati, abbia tenuto conto non solo dell'eccessiva durata del procedimento, ma anche della già avvenuta irrogazione delle sovrattasse da parte dell'amministrazione tributaria (par. 52).

Si può tuttavia riscontrare una violazione della connessione sostanziale laddove la Corte censura il fatto che l'indagine compiuta dalla polizia è proceduta in modo indipendente dalla verifica fiscale, concludendosi, peraltro, con la condanna dei ricorrenti a distanza di più di otto anni dal momento in cui l'amministrazione tributaria aveva per la prima volta denunciato i fatti alla polizia (par. 53).

Difatti, la Corte ha constatato che non fosse sussistente il requisito della connessione temporale, che deve comunque essere soddisfatto affinché il test della *sufficiently close connection* possa dirsi superato positivamente (v. par. 114 e 134 della sentenza *A. e B. c. Norvegia*).

Nel caso di specie i due procedimenti si erano dispiegati in un arco temporale di oltre nove anni, durante i quali le attività si erano svolte in parallelo soltanto per un breve periodo, di poco più di un anno¹⁵. Una situazione questa, sottolineano i giudici europei, molto diversa da quella esaminata dalla Grande Camera in *A e B*, in cui la lunghezza totale dei due procedimenti era stata pari a circa cinque anni, e i procedimenti penali erano continuati soltanto per due anni dopo che la sanzione tributaria era diventata definitiva (par. 54).

Avuto riguardo, dunque, alla limitata sovrapposizione nel tempo dei due procedimenti, e alla circostanza che la raccolta e la valutazione delle prove nei procedimenti medesimi era stata largamente indipendente, ne consegue che, secondo la Corte, non possa essere ravvisata nella specie quella connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta, necessaria per rendere la presenza di un doppio binario sanzionatorio compatibile con il diritto al *ne bis in idem* (par. 55); e che, pertanto, i ricorrenti abbiano sofferto un

¹⁵ I ricorrenti furono interrogati per la prima volta dalla polizia nel 2006; ma già nel 2007 il procedimento amministrativo nei loro confronti si era chiuso, mediante la conferma delle sanzioni amministrative divenute poi definitive all'inizio del 2008; solo successivamente, nel dicembre 2008, essi furono rinviati a giudizio, per essere infine condannati in via definitiva cinque anni più tardi dalla Corte Suprema.

pregiudizio sproporzionato per essere stati processati e puniti per la medesima condotta da autorità diverse, in due diversi procedimenti che difettavano della necessaria connessione (par. 56)¹⁶.

4. *Considerazioni conclusive.* – Il criterio della *connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta* dei due procedimenti non può trovare dunque applicazione, ma il giudice non fornisce all'operatore indicazioni o parametri generali per escluderne l'operatività, basandosi, invece, su circostanze di fatto che costringono l'interprete ad elaborare di volta in volta la regola del caso concreto.

Come rilevato fin dai primissimi commenti¹⁷, difatti, la valutazione sulla connessione è effettuata dalla Corte esclusivamente in base al concreto articolarsi delle scansioni temporali dei due procedimenti, senza considerazione della loro disciplina contemplata in via «generale ed astratta» dalla normativa di riferimento¹⁸.

In buona sostanza, emerge che le censure della Corte sono determinate dalla circostanza di fatto che uno dei due procedimenti, pur iniziati parallelamente, ha avuto una durata molto più lunga dell'altro, concludendosi quello penale ben cinque anni dopo la

¹⁶ Cass. pen., n. 35156, depositata il 18 luglio 2017, applica *A e B e Jóhannesson* richiamate in motivazione, ravvisando l'unicità procedimentale, unitamente agli altri requisiti, ed esclude «*alla stregua di tali orientamenti interpretativi della Corte sovranazionale, la configurabilità della violazione del ne bis in idem ... in quanto l'applicazione delle due sanzioni (e cioè della pena detentiva e della confisca per equivalente) è avvenuta in un unico processo e contestualmente; con finalità differenti e considerando differenti profili della condotta (la consumazione degli illeciti quanto alla condanna alla pena detentiva e le conseguenze degli stessi, sotto il profilo dell'evasione di imposta, quanto alla confisca); attraverso strumenti di cui era prevedibile ex ante l'adozione, senza duplicazioni nella raccolta e nella valutazione della prova (avvenute, sia per pure con finalità diverse, contestualmente), e, soprattutto, dando vita a un complessivo sistema sanzionatorio che non può, stante la sua correlazione alla imposta evasa, dirsi sproporzionato o irragionevole...*».

¹⁷ Cfr. F. VIGANÒ, *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 maggio 2017.

¹⁸ ... e le loro eventuali connessioni, VIGANÒ, *Una nuova sentenza di Strasburgo*, cit.

definizione di quello amministrativo. Poco persuasivo è apparso, però, aver fondato l'insussistenza della connessione tra i procedimenti sulla diversa durata dei medesimi, non tenendo conto dei potenziali scenari verificabili, in punto di durata, negli Stati aderenti¹⁹.

In realtà, un problema «temporale», facendo applicazione della sentenza in commento, parrebbe prospettarsi a fronte di un procedimento sanzionatorio dell'Autorità indipendente Consob, procedimento che, trovando la sua *consecutio* senza soluzione di continuità avanti alla Corte di Appello (sentenza *Grande Stevens*), è bensì assistito dalle garanzie del giusto processo, ma, per la evidente e naturale dilatazione temporale che presenta, difficilmente si potrà riscontrare la richiesta «connessione temporale sufficientemente stretta» con l'eventuale procedimento penale instaurato *a latere* o per conseguenza, con violazione, dunque, in via pressoché generalizzata e a priori, del *ne bis in idem*.

Sembrerebbe così che la compatibilità del doppio binario sanzionatorio con il principio del *ne bis in idem* dipenda soprattutto dalla celere conclusione del procedimento – sia penale che amministrativo – che prosegue il suo *iter* dopo la decisione dell'altro, più propriamente inquadrabile però, come puntualmente rilevato, quale rimedio (ulteriore) contro l'eccessiva durata²⁰ del procedimento...

Non senza trascurare le puntuali osservazioni che già la Corte Costituzionale aveva svolto in proposito, quando, rilevando come «*in base alla consolidata giurisprudenza europea, il divieto di bis in idem avesse carattere processuale, e non sostanziale, esso permette agli Stati aderenti di punire il medesimo fatto a più titoli, e con diverse sanzioni, ma richiede che ciò avvenga in un unico procedimento o attraverso procedimenti fra loro coordinati, nel rispetto della condizione che non si proceda per uno di essi quando è divenuta definitiva la pronuncia relativa all'altro. Non può negarsi che un siffatto divieto possa di fatto risolversi in una frustrazione del sistema del doppio binario, nel quale alla diversa natura, penale o*

¹⁹ V. Trib. Pen., Roma, Sez. VIII, 18 maggio 2017 (dep. 17 luglio 2017), n. 6298.

²⁰ Cfr. VIGANÒ, *Una nuova sentenza di Strasburgo*, cit.

amministrativa, della sanzione si collegano normalmente procedimenti anch'essi di natura diversa, ma è chiaro che spetta anzitutto al legislatore stabilire quali soluzioni debbano adottarsi per porre rimedio alle frizioni che tale sistema genera tra l'ordinamento nazionale e la CEDU» (Corte Cost., sentenza n. 102 del 2016).

Peraltro, ulteriore problema applicativo sorge dalla circostanza che, trattandosi di pronuncia resa da una sezione semplice i giudici di merito, facendo rigorosa applicazione della nota sentenza della Corte Costituzionale sull'argomento (non da tutti condivisa ²¹), hanno

²¹ V. Corte Cost., 26 marzo 2015, n. 49, ove si controverteva della applicazione della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, *Varvara c. Italia*, 29 ottobre 2013, secondo cui una sola pronuncia non corrisponde ad un orientamento consolidato della Corte EDU e non può costituire interpretazione convenzionale vincolante secondo il parametro dell'art. 117 Cost. Per una lettura meno drasticamente riduttiva della sentenza *Varvara* e di quella della Corte costituzionale si rinvia alle considerazioni critiche e chiarificatrici di V. ZAGREBELSKI, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *www.rivistaaic.it*, maggio 2015, ove si legge che «Quando, con la procedura del ricorso alla *Grande Chambre*, la Corte procede a un *revirement* giurisprudenziale essa ne indica solitamente la ragione nel fatto che ha riscontrato un mutamento nel quadro normativo europeo o internazionale o nelle tendenze socio-culturali nel frattempo emerse in tema di diritti fondamentali. Più raramente la Corte corregge la sua giurisprudenza per il fatto che essa si è rivelata inadeguata allo scopo o semplicemente sbagliata. Vincolante per la Corte è ritenuto ogni suo precedente, se pertinente al caso da decidere. E' vincolante anche un'unica sentenza (o decisione di irricevibilità) resa da un collegio ordinario, fino a quando l'orientamento che vi è espresso non sia modificato da una sentenza della *Grande Chambre*. L'intervento della *Grande Chambre* è previsto quando una Camera abbia ad essa rinviato un caso che solleva serie questioni di interpretazione della Convenzione, ovvero si prospetta un contrasto di giurisprudenza (art. 30 Conv.). Oltre alla rimessione disposta da una Camera, in casi eccezionali, un collegio di cinque giudici può ammettere che, dopo la sentenza di una Camera, a richiesta di parte, il caso sia riesaminato dalla *Grande Chambre* (art. 43 Conv.). Alla *Grande Chambre*, che interviene raramente, è rimesso il potere di modificare la giurisprudenza della Corte. Non è quindi esatto che una sentenza della *Grande Chambre* assuma una particolare forza vincolante, maggiore di quella propria dei precedenti formati dalle sentenze delle Camere. Essa scioglie un contrasto e fissa il tenore del precedente cui far riferimento. Nemmeno il numero delle sentenze conformi è di per sé significativo. Vi sono questioni che si presentano raramente; rari sono dunque i ricorsi che le pongono e le sentenze che li decidono. È quindi difficile identificare una giurisprudenza consolidata e

escluso che la decisione in commento possa assurgere a diritto vivente europeo vincolante per i giudici nazionali²², come invece deve ritenersi per le pronunce della Grande Camera. Ciò troverebbe conferma, altresì, nella circostanza che, proprio in applicazione dei canoni esplicitati dalla Corte costituzionale, in una recente pronuncia della Corte di Cassazione²³ è stata considerata diritto vivente, espressione di un orientamento consolidato, la posizione espressa, appunto, dalla Grande Camera nella sentenza *A e B c. Norvegia*²⁴. La

distinguerla da quella che consolidata non sarebbe, ai fini della attribuzione di una speciale forza vincolante. La formula di *jurisprudence bien établie*, contenuta nell'art. 28/1 lett. b), della Convenzione e ricordata dalla Corte costituzionale, indica solo la condizione per l'adozione della procedura davanti ad un Comitato di tre giudici, che pronunciano una sentenza definitiva (escludendo quindi che sia ammissibile un ricorso alla *Grande Chambre*). Essa si riferisce ai casi ripetitivi, come ad esempio quelli relativi alla irragionevole durata delle procedure nazionali... Non è dunque utile tentare di codificare gli indici secondo i quali pesare la forza dei precedenti o la loro debolezza, ai fini della definizione del contenuto dell'obbligo assunto dallo Stato con la ratifica della Convenzione e ai fini dell'art. 117 Cost. Utile ed anzi indispensabile è valutare la pertinenza del precedente rispetto al caso da decidere».

²² V. Trib. Pen., Roma, n. 6298/2017, cit.

²³ V. Corte cass., Sez. II, 15 dicembre 2016 (dep. 24 febbraio 2017), n. 9184.

²⁴ Per completezza, merita segnalare che, con recente pronuncia (Corte europea dei diritti dell'uomo, *Krombach c. Francia*, 29 marzo 2018, ricorso n. 67521, che ha dichiarato inammissibile il ricorso), i giudici di Strasburgo hanno precisato altresì che il principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 4, Protocollo 7 CEDU, non si applica nei casi di doppio procedimento – nei confronti della stessa persona e per il medesimo fatto – in due Stati diversi seppur appartenenti alla UE. La Corte ha precisato infatti che il principio in esame si riferisce unicamente a due procedimenti in uno stesso Stato, non avendo portata internazionale, irrilevante essendo che gli Stati coinvolti siano membri dell'Unione europea, tanto più che la Corte non ha competenza sull'attuazione del diritto Ue a meno che le violazioni e l'applicazione delle regole dell'Unione europea non conducano a una violazione dei diritti assicurati dalla Convenzione. Né si applica il principio del *ne bis in idem* quando il fine di una misura è prevenire ulteriori violenze e non punire l'autore di illeciti: Corte europea dei diritti dell'uomo, *Serazin c. Croazia*, 8 novembre 2018, che dichiara inammissibile il ricorso relativamente alla violazione del *ne bis in idem* nei casi di teppismo durante eventi sportivi e divieto di ingresso negli stadi. Il ricorso era stato presentato da un cittadino croato accusato di aver provocato disordini durante una partita di calcio. L'uomo era stato condannato a 25 giorni di carcere, pena sospesa e, in base alla legge sulla prevenzione dei disordini durante

questione può dirsi oggi superata poichè la Grande Camera, con la decisione 28 giugno 2018, *G.I.E.M. S.r.l. ed altri c. Italia*²⁵, ha espresamente affermato che: «*Tutte le sentenze (della Corte EDU) hanno il medesimo valore legale. La loro natura vincolante e autorità interpretativa non può essere fatta discendere dalla composizione nella quale vengono rese*». È una risposta chiara ai giudici interni sulla asserita diversa persuasività delle sentenze della Corte EDU.

Gli stessi consolidati principi sanciti dalla Corte di Strasburgo sono valsi a orientare anche le decisioni del giudice eurounitario in

eventi sportivi, gli era stato ordinato di non accedere per un anno a incontri della squadra di calcio della Dinamo Zagabria. Fermato nuovamente in Croazia e all'estero per analoghi episodi, per impedire la commissione di nuovi illeciti, gli era stato comminato un nuovo «daspo». Il ricorrente sosteneva di non essere stato processato e di essere stato punito due volte per lo stesso fatto. Le azioni sul piano interno erano state tutte respinte e all'uomo non è rimasto altro che rivolgersi a Strasburgo. La Corte ha ribadito che il principio del *ne bis in idem* si applica solo nel caso di procedimenti o di condanne penali, con la precisazione, però, che la qualificazione non va fatta sulla base del *nomen* o della classificazione interna, ma secondo i criteri già fissati dalla Corte europea nella sentenza *Engel*. Nel caso di specie, la misura che impedisce l'accesso agli incontri sportivi di una squadra non può essere qualificata come sanzione penale tanto più che – osserva la Corte – è evidente la finalità preventiva, funzionale ad evitare nuovi episodi e a garantire la sicurezza pubblica. Così, manca il fine punitivo del provvedimento. I giudici hanno inoltre evidenziato che leggi simili a quella croata sono presenti in altri Paesi come Regno Unito, Francia e Italia nonché in accordi internazionali. E' vero che la misura era stata applicata a seguito di una condanna per reati minori e che il ricorrente era anche tenuto a firmare nella stazione di polizia, tuttavia la misura del «daspo» sarebbe stata applicabile anche a prescindere da un fatto illecito in sede penale. Inoltre, non si trattava di una conseguenza diretta della condanna penale tanto più che il tribunale avrebbe potuto rifiutarne l'applicazione richiesta dalla polizia. A ciò si aggiunga che, a seguito della seconda procedura con la quale era stato disposto il divieto di accesso negli stadi, l'uomo non era stato condannato né al pagamento di una multa né privato della libertà. Così, considerando che la misura ha, in via preminente, una natura preventiva non può essere classificata come misura di carattere penale nel significato autonomo della Convenzione. Una conclusione che non è intaccata, per la Corte, dalla circostanza che nel caso di violazione del provvedimento può essere decisa una multa o una misura detentiva.

²⁵ ...sempre in materia di sanzioni ritenendo la Corte che la confisca urbanistica, pur se applicata nonostante la prescrizione del reato, sia compatibile con le garanzie dell'art. 7 CEDU, sempre che tutti gli elementi costitutivi del reato di lottizzazione abusiva siano stati sostanzialmente accertati.

numerose fattispecie applicative del principio del *ne bis in idem* «sanzionatorio»²⁶. Non si vuol certo entrare nel merito delle differenti sfumature che in quella sede assume la problematica, tuttavia, essendo stata successivamente prospettata in sede di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia proprio dai giudici italiani²⁷, pare significativo leggere nelle conclusioni dell'Avvocato Generale conclusioni dell'Avvocato generale, Campos Sánchez-Bordona²⁸, da un lato, un chiaro riconoscimento della integrazione tra gli orientamenti delle Corti quanto alla individuazione dell'*idem factum* (pur con i dovuti distinguo...), che dovrà essere verificato dal giudice nazionale applicando i c.d. criteri Engel, dall'altro, una censura all'apertura mostrata dalla Corte EDU in materia.

Difatti, particolarmente pregnanti appaiono le critiche mosse dall'Avvocato generale presso la Corte di giustizia dell'Unione europea, nei confronti della decisione della Corte EDU *A e B*, in ordine alla individuazione del criterio di esclusione del *bis* nella «connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta» tra i due procedimenti sanzionatori, poiché questa aggiungerebbe «notevole incertezza e complessità al diritto delle persone di non essere giudicate né condannate due volte per gli stessi fatti», mentre «i diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta devono essere di facile comprensione per tutti».

Ed anzi, «dal confronto tra i fatti in discussione nella sentenza *A e B c. Norvegia*, da un lato, e quelli nella successiva sentenza del 18 maggio 2017, *Jóhannesson e a. c. Islanda*, dall'altro, emergono

²⁶ La garanzia di non essere sottoposto a un duplice procedimento, espressamente prevista dall'art. 4 del settimo protocollo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo è contemplata altresì dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali UE. Il rapporto tra Carta di Nizza e CEDU viene definito dall'articolo 52, par. 3, nella parte in cui si afferma che, qualora il medesimo principio sia ribadito contemporaneamente nella Carta di Nizza e nella CEDU, l'estensione e i limiti del medesimo saranno conformi a quelli della CEDU, ciò per garantire una forma di coerenza tra i sistemi

²⁷ Nella causa *Menci* (tribunale di Bergamo), causa *Garlsson* e causa *Di Puma* (entrambe sollevate dalla seconda sezione civile della Cassazione).

²⁸ Sul *ne bis in idem* v. Conclusioni del 12 settembre 2017, nella causa *Menci* (C-524/15), e Conclusioni nelle cause C-537/16 *Garlsson Real Estate SA e a.*, e C-596/16, *Di Puma*, relative al medesimo problema.

ostacoli quasi insormontabili che i giudici nazionali dovranno affrontare per chiarire a priori, con un minimo di certezza e prevedibilità, quando sussista tale nesso temporale»²⁹.

Il successivo intervento della Grande Sezione, nel 2018³⁰, ha dato risposta alle questioni pregiudiziali prospettate dal giudice italiano in materia, senza eccessivi discostamenti dalle considerazioni dell'Avvocato Generale, pur giungendo a conclusioni di particolare incisività nelle cause che interessavano il procedimento sanzionatorio della CONSOB.

La Corte di giustizia, difatti, si è pronunciata sulla compatibilità del doppio binario sanzionatorio (penale e amministrativo) con il principio di cui all'art. 50 CDFUE con tre sentenze di cui una avente ad oggetto la legittimità del cumulo di sanzioni penali ed amministrative in materia fiscale (evasione di IVA); le altre due la legittimità del cumulo delle sanzioni penale ed amministrativa (inflitta dalla CONSOB) per abuso di informazioni privilegiate e per manipolazione del mercato.

²⁹ Anche per questo motivo l'avvocato Generale segue un diverso orientamento rispetto a quello della Corte EDU, rivendicando il maggiore livello di tutela offerto dalla Corte di giustizia attraverso l'interpretazione dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali (sentenza *Åkerberg Fransson*, 26 febbraio 2013, C-617/10 che, in tema di reati tributari ha escluso il cumulo tra sanzione amministrativa e sanzione penale, qualora la sovrattassa sia di natura penale e sia divenuta definitiva; circostanze che devono essere verificate, di volta in volta, dal giudice nazionale). Invita, perciò, la Corte UE a mantenere la sua posizione secondo cui «due procedimenti, sia paralleli sia successivi, che sfocino in due sanzioni materialmente penali, per gli stessi fatti, continuano ad essere due (*bis*) e non uno» (punto 72). Proprio in forza delle incertezze che presentano i criteri dei cui alla sentenza *A e B c. Norvegia*, dunque, sollecita la Corte a ribadire che i limiti al diritto fondamentale di *ne bis in idem*, devono essere previsti dalla legge (art. 52 CDFUE), nel rispetto del contenuto essenziale del diritto in questione.

³⁰ V. Corte di giustizia dell'Unione europea, [GS], 20 marzo 2018, cause C-524/15 *Menci*, C-537/16 *Garlsson Real Estate SA e a.*, e C-596/16, *Di Puma*. Per una analisi delle sentenze, P.I. D'ANDREA, *Ne bis in idem e repressione delle omissioni dei versamenti IVA: le indicazioni della Corte di Giustizia UE per i Giudici nazionali. Nota a CGUE, 20 marzo 2018, C-524/15*, Luca Menci, in www.rivistaaic.it, 2018; E. BINDI, *Divieto di bis in idem e doppio binario sanzionatorio nel dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali*, in *Federalismi.it*, 2018.

Afferma la Corte che l'art. 50 CDFUE (che sancisce appunto il *ne bis in idem*) può subire una limitazione per la tutela di altri interessi dell'Unione, come previsto dall'art. 52, par. 1³¹. In proposito, innegabile appare come la Corte di giustizia indirettamente faccia propri i principi elaborati dalla Corte EDU, consentendo l'ammissibilità del cumulo sanzionatorio (penale ed amministrativo) nel rispetto del principio di proporzionalità, dovendo gli oneri risultanti dal cumulo sanzionatorio essere limitati allo stretto necessario per garantire l'obiettivo di interesse generale.

A tal fine occorrono norme che assicurino un coordinamento tra i due procedimenti, nonché «*l'obbligo per le autorità competenti, in caso di irrogazione di una seconda sanzione, di assicurarsi che la severità dell'insieme delle sanzioni inflitte non ecceda la gravità del reato accertato*»³². Tali regole di coordinamento tra i procedimenti, volte a evitare oneri sproporzionati per il sanzionato, dovrebbero esistere *ex ante* (cioè durante i procedimenti) ed *ex post* (cioè nel momento della irrogazione della sanzione), affermando, altresì che spetta al giudice del caso concreto effettuare la valutazione sulla proporzionalità così intesa.

Nello specifico, quanto alle fattispecie prospettate dai giudici italiani, la Corte rileva che, mentre nel caso della normativa interna sulle sanzioni fiscali per evasione IVA, i ridetti criteri appaiono rispettati (vi sono infatti regole di coordinamento tra il giudizio penale e il procedimento sanzionatorio³³), in quella relativa alle sanzioni Consob per manipolazione del mercato tali criteri non sono presenti, cosicché l'emanazione di una sanzione amministrativa dopo la condanna penale appare sproporzionata.

Infine Corte risponde anche al quesito se in forza della clausola di equivalenza (prevista nell'art. 52, par. 3, CDFUE), il principio del

³¹ Secondo cui «*eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove sia no necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale*».

³² V. Corte di giustizia dell'Unione europea, *Garlsson Real Estate e a.*, cit. par. 56

³³ Così nella sentenza *Menci*, cit.

ne bis in idem come interpretato dalla Corte EDU si applichi direttamente negli Stati membri dell'Unione europea. La conclusione della Corte di giustizia è che, nonostante i diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU facciano parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali, e sebbene l'art. 52, par. 3, della Carta disponga che i diritti in essa contemplati hanno lo stesso significato e la stessa portata di quelli conferiti dalla Convenzione, quest'ultima non costituisce, fintantoché l'Unione Europea non vi abbia aderito, un atto formale dell'Unione Europea. Inoltre, l'art. 52, par. 3, della Carta intende assicurare la necessaria coerenza tra la Carta e la CEDU «senza che ciò pregiudichi l'autonomia del diritto dell'Unione e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. E ciò è sufficiente alla Corte per affermare che di conseguenza l'esame della questione sollevata deve essere condotto alla luce dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta e in particolare del suo articolo 50» (par. 26 della sentenza *Garlsson*).

In questa prospettiva, significativa sembra l'applicazione da parte del giudice italiano dei criteri proposti dalle Corti Sovranazionali, nel tentativo di fornire una tutela che compendi i principi prospettati con la normativa interna.

In questo rapido susseguirsi di decisioni delle Supreme Corti non può sottacersi, *in primis*, l'intervento quasi coevo, anzi di poco precedente, della Corte Costituzionale (...quanti Giudici abbiamo a Berlino...), la quale ha rigettato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.c. in riferimento all'art. 117, co. 1, Cost., in relazione all'art. 4, Protocollo 7 CEDU³⁴. La Consulta ha applicato i principi sanciti dalla Corte EDU nella pronuncia *A e B c. Norvegia*, sottolineando come possa dirsi «che si è passati dal divieto imposto agli Stati aderenti di configurare per lo stesso fatto illecito due procedimenti che si concludono indipendentemente l'uno dall'altro, alla facoltà di coordinare nel tempo e nell'oggetto tali procedimenti, in modo che essi possano reputarsi nella sostanza come preordinati a un'unica, prevedibile e non sproporzionata risposta punitiva, avuto specialmente riguardo all'entità della pena (in senso convenzionale) complessivamente irrogata». Rimessione, dunque,

³⁴ V. Corte Cost., 2 marzo 2018, n. 43.

degli atti al giudice *a quo* per verificare la persistenza dei dubbi di legittimità costituzionale e, in buona sostanza, la sussistenza dei requisiti «*sufficiently closely connected in substance and in time*», fermo restando, come precisato in motivazione, che non è da escludere che l'applicazione del divieto di *bis in idem* «si imponga di nuovo, sia nell'ambito degli illeciti tributari, sia in altri settori dell'ordinamento, ogni qual volta sia venuto a mancare l'adeguato legame temporale e materiale, a causa di un ostacolo normativo o del modo in cui si sono svolte le vicende procedimentali».

Nuovamente sollecitato, peraltro, l'intervento della Corte costituzionale³⁵ avendo accolto con scarso entusiasmo, il giudice remittente, la decisione *Menci*. Nello specifico, l'ordinanza precisa che «*sulla base della sentenza emessa dalla Corte di Giustizia non sono in discussione, nel caso di specie, né l'effettiva natura penale della sanzione amministrativa irrogata, né l'idem factum, ma la valutazione rimessa dalla Corte al giudice nazionale deve risolversi nel senso della eccessività dell'onere, rispetto alla gravità del reato, risultante concretamente per l'interessato dall'applicazione della normativa nazionale e dal cumulo dei procedimenti e delle sanzioni che la medesima autorizza*». Tale eccessiva onerosità – afferma il giudice *a quo* – «*produce peraltro un'ingiustificata disparità di trattamento, specialmente se rapportata al quadro sanzionatorio delle fattispecie originarie del D.Lgs. 74/2000..., nonché un problema di ragionevolezza intrinseca dell'ordinamento. L'art. 649 c.p.p., enunciando il divieto di un secondo giudizio penale per il medesimo fatto, opera solo se l'imputato è stato già giudicato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili, presuppone cioè la formazione di un giudicato penale...*».

Non resta che attendere la pronuncia della Corte, nel caso di specie sul richiesto giudicato penale *stricto sensu* considerato,

³⁵ V. Trib. Bergamo, ord., 27 giugno 2018, n. 169... in ordine all'art. 649 c.p.p., per contrasto con l'art. 117, co. 1, Cost., in relazione all'art. 4, Protocollo 7 CEDU e per contrasto con l'art. 3 Cost., nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio nei confronti di imputato al quale, con riguardo agli stessi fatti, sia già stata irrogata in via definitiva, nell'ambito di un procedimento amministrativo, una sanzione di carattere sostanzialmente penale ai sensi della CEDU e dei relativi Protocolli.

ancorchè l'*argomentum principis* sia comunque fondato sulla proporzionalità della pena-sanzione, oggetto, ancora, di nuovo recentissimo arresto della Consulta³⁶. Si ribadisce, difatti, che la Corte «ha già, in numerose occasioni, invocato tale principio – anche in relazione a misure delle quali veniva espressamente negata la natura “punitiva” (come nel caso deciso dalla sentenza n. 22 del 2018) – a fondamento di dichiarazioni di illegittimità costituzionale di automatismi sanzionatori, ritenuti non conformi al principio in questione proprio perché esso postula “l’adeguatezza della sanzione al caso concreto”; adeguatezza che “non può essere raggiunta se non attraverso la concreta valutazione degli specifici comportamenti messi in atto nella commissione dell’illecito” (sentenza n. 161 del 2018; nello stesso senso, *ex multis*, sentenze n. 268 del 2016 e n. 170 del 2015)».

Invero, la giurisprudenza è concorde nell’affermare che non può essere sindacata la scelta del nostro legislatore, in materia di *market abuse*, di sanzionare la condotta illecita, avente ad oggetto lo stesso fatto, con la previsione di un doppio binario penale ed amministrativo. L’avvio di separati procedimenti, con la possibilità quindi di vedere applicate sanzioni differenti, costituisce una circostanza prevedibile per l’interessato il quale è a conoscenza o comunque è in grado di sapere che nel nostro sistema a «doppio binario» può essere esercitata non solo l’azione penale, ma può essere anche inflitta una sanzione amministrativa. Questa situazione è coerente con il principio del *ne bis in idem* la cui osservanza non dipende dall’ordine nel quale sono stati condotti i procedimenti, in quanto l’unico fattore rilevante è dato dal rapporto tra i due illeciti penale ed amministrativo. È quindi possibile una doppia risposta sanzionatoria ma, ai fini del cumulo delle sanzioni penali e amministrative, ancorché irrogate da due diverse autorità nell’ambito di procedure differenti, è necessario che vengano rispettate le seguenti condizioni: 1) la procedura deve essere

³⁶ Corte Cost., 15 maggio 2019, n. 112, dichiara la incostituzionalità dell’art. 187-*sexies*, d.lgs. n. 58 del 1998, nel testo originariamente introdotto dall’art. 9, co. 2, lett. a), l. 18 aprile 2005, n. 62, nella parte in cui prevede la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell’illecito e dei beni utilizzati per commetterlo, e non del solo profitto.

trattata attraverso lo svolgimento di processi paralleli e tra loro connessi; 2) la doppia risposta sanzionatoria deve essere prevedibile per l'interessato in forza di regole normative chiare e precise; 3) i procedimenti devono essere tra loro coordinati in modo che l'onere per l'interessato dal cumulo sanzionatorio sia limitato allo stretto necessario; 4) le risposte punitive devono rispondere ad un principio di proporzionalità rispetto agli scopi perseguiti (le sanzioni complessivamente inflitte devono infatti corrispondere alla gravità del reato contestato a norma dell'art. 49, par. 3, CDFUE)³⁷.

Nondimeno, ancor più recentemente la Corte EDU, 16 aprile 2019, *Bjarni Armannsson c. Islanda*³⁸, richiama di nuovo l'attenzione su criteri diversi da quello, pur sempre importante, della proporzione della pena complessivamente inflitta e,

³⁷ Anche la Suprema Corte di Cassazione, sentenza 30 ottobre 2018, n. 27564, ritiene fondamentale il principio di proporzionalità. Nel caso di specie, ha ravvisato un nesso temporale sufficientemente stretto tra il procedimento amministrativo sanzionatorio, ancora non definito, e il procedimento penale, oramai avviato e definito, nei confronti del ricorrente. I giudici di legittimità hanno inoltre accertato che erano sussistenti nella fattispecie in oggetto anche i requisiti di complementarietà delle sanzioni e di prevedibilità da parte dell'interessato della possibile applicazioni di pene differenti per il medesimo fatto nell'ambito del cumulo sanzionatorio. È invece riservato al giudice del rinvio il compito di assicurare il coordinamento tra i procedimenti non essendo, in specie, ancora divenuta definitiva la sanzione amministrativa, donde deve essere consentito all'autorità giudiziaria di valutare le misure punitive irrogate dalla Consob, non ancora definitive, al fine di assicurare i principi di proporzionalità e afflittività delle complessive sanzioni penali e amministrative unitariamente considerate. La funzione di compiere la valutazione di proporzionalità e adeguatezza delle sanzioni inflitte al ricorrente è difatti riservata al giudice del rinvio. La Cassazione ha pertanto rinviato al giudice del merito la decisione sulla congruità della doppia sanzione inflitta al ricorrente per l'illecito di *market abuse*, riconoscendo al medesimo la possibilità, essendo oramai passata in giudicato la condanna penale, di confermare o annullare o modificare la sanzione amministrativa in modo da ricondurre la sanzione complessiva (sanzione penale ed amministrativa) nei limiti di efficacia, proporzionalità e dissuasività, tenuto conto del bilanciamento operato dalla Corte di giustizia europea con riferimento al principio di *ne bis in idem* e della necessità di tutela dell'interesse generale dell'integrità dei mercati.

³⁸ Nello stesso senso Corte europea dei diritti dell'uomo, *Nodet c. Francia*, 6 giugno 2019.

segnatamente: *a*) sul coordinamento temporale fra i due procedimenti aventi natura sostanzialmente penale (*connection in time*); *b*) sull'autonomia nella raccolta e nella valutazione del compendio probatorio (*connection in substance*). Rammentando, così, che non è sufficiente per evitare condanne per violazione del *ne bis in idem*, unicamente garantire un coordinamento fra procedimento amministrativo e procedimento penale con riguardo alla proporzione della pena complessivamente inflitta.

Dovrà prestarsi attenzione, si ribadisce, segnatamente a requisiti come quello del collegamento temporale fra procedimenti, il quale, come visto, è interpretato dalla Corte in maniera piuttosto restrittiva con le intuitive problematiche applicative nel nostro ordinamento, ove, di regola, la definizione del procedimento penale avviene anni dopo rispetto a quello amministrativo.

Appare di tutta evidenza la necessità di approfondire e rendere più proficui i «dialoghi» tra le Corti, europee e interne³⁹, che finora non hanno sempre comportato l'elaborazione di criteri chiari ed univoci idonei a guidare i giudici di merito nelle proprie decisioni⁴⁰.

Esigenza, questa, sempre più avvertita dalle stesse Corti, *in primis*, sotto il profilo sostanziale, ove si consideri che la delicatezza e complessità dei principi che interessa la specifica fattispecie che ci occupa ha indotto la Corte EDU a pubblicare una *Guida sull'articolo 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Guide on Article 4 of Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights)*⁴¹ con l'obiettivo di chiarire agli

³⁹ Cfr. A. RUGGERI, *Incontri e scontri tra Corti di Giustizia e giudici nazionali: quali insegnamenti per il futuro?*, in *Federalismi.it*, 2017, sottolinea come, seppur ancora frequenti i casi di contrasto tra i giudici nazionali e Corti europee, si avverte «una sostanziale, mutua e feconda cooperazione al servizio dei diritti, .. un “dialogo” cioè – come suol essere, pur se con una certa, non rimossa improprietà, chiamato – che ha portato e porta senza sosta frutti succosi e duraturi, di cui sarebbe ingiusto sottostimare la consistenza».

⁴⁰ Di tale quadro affatto sistemico si è dato conto nella recente Relazione di orientamento del 21 marzo 2017 dell'Ufficio del massimario penale della Corte di Cassazione, *Ne bis in idem. Percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea*.

⁴¹ www.echr.coe.int/.../Guide_Art_4_Protocol_7_ENG.pdf.

operatori del diritto la portata della norma, come interpretata dalla stessa Corte, al fine di contribuire all'applicazione corretta della Convenzione sul piano interno, attraverso una sintetica rassegna della propria giurisprudenza (aggiornata al dicembre 2018) a principi dalle condizioni e criteri delineati nella sentenza dell'8 giugno 1976, *Engel v. Paesi Bassi* (ricorso n. 51100/71), per passare poi alla nozione di «stesso fatto» (*idem*) e a quella di «duplicazione di procedimenti» (*bis*).

Merita ricordare altresì che, in questa prospettiva, la Corte EDU ha avviato un progetto di collaborazione con le Corti Supreme italiane, principiato nel 2015 mediante la firma del primo Protocollo d'intesa con la Corte di Cassazione⁴². In questo contesto è stato da ultimo sottoscritto il Protocollo di intesa tra Corte EDU e Consiglio di Stato⁴³, nella consapevolezza della importanza che rivestono gli strumenti contemplati dal Protocollo (incontri anche di formazione), sia in quanto occasioni di confronto diretto tra i giudici, sia per consentire una maggiore e più consapevole conoscenza della giurisprudenza della Corte EDU presso le Corti nazionali⁴⁴.

E' ormai imprescindibile la necessità di fornire (non solo ai giudici nazionali) quel *minimo di certezza e prevedibilità* che garantisce il pieno godimento dei diritti dell'uomo. Solo il confronto preventivo tra le Corti⁴⁵ si spera possa costituire una risposta

⁴² V. Protocollo 11, dicembre 2015, che ha dato vita ad un progetto per il dialogo, in attuazione del quale si sono svolti alcuni incontri anche di formazione con la partecipazione dei giudici della Corte europea. Ulteriori Protocolli di intesa sul dialogo e la formazione sono stati poi stipulati il 22 settembre 2017 con la Corte dei Conti ed il 4 ottobre 2017 con il CSM.

⁴³ Roma, 16 novembre 2017.

⁴⁴ Cfr. A. PAJNO, *Discorso di introduzione*, Seminario *Il dialogo tra le Corti e l'attuazione del diritto convenzionale nell'ordinamento interno. I Protocolli d'intesa tra la Corte europea dei diritti dell'uomo, la Corte di cassazione e il Consiglio di Stato*. Palazzo Spada – Roma, 16 novembre 2017, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁵ In questa prospettiva si colloca altresì il Protocollo 16 addizionale alla CEDU, entrato in vigore il 1° agosto 2018, che introduce il nuovo istituto del parere consultivo che i giudici nazionali superiori possono chiedere alla Corte EDU in merito a questioni di principio riguardanti l'interpretazione o l'applicazione dei diritti e delle libertà stabiliti nella Convenzione. Il nuovo istituto viene introdotto in un contesto che fino ad oggi limitava l'investitura della Corte ad un *recours individuel*

costruttiva alla complessa dimensione della tutela dei diritti umani, spesso differentemente tratteggiata dalle diverse Giurisdizioni⁴⁶.

(art. 34 della Convenzione), ossia a domanda dei singoli individui, escludendo dunque il meccanismo del rinvio pregiudiziale da parte dei giudici nazionali, e alla «previous exhaustion of the domestic remedies», ossia al previo esaurimento delle vie di ricorso interne. Oggi si aggiunge un nuovo strumento idoneo a sollecitare l'intervento della Corte EDU in corso di causa, sia pure solo in forma consultiva. L'iniziativa attiva è limitata all'organo giurisdizionale (e a specifiche figure di organi giurisdizionali), restando escluso il potere diretto delle parti. Si tratta comunque di un notevole avvicinamento fra le giurisdizioni anche se non si tratta però, e qui la differenza con il diritto unionale permane, di un *preliminary ruling*, in quanto i pareri consultivi emessi dalla Corte saranno motivati, ma non vincolanti. L'art. 5 del Protocollo prevede, infatti, espressamente che «i pareri consultivi non sono vincolanti». Ciò vuol dire che i pareri non sono vincolanti non solo nei confronti del richiedente il parere, ma anche nei confronti degli altri giudici nazionali, che restano i giudici che devono applicare la Convenzione nell'ordinamento interno, secondo il principio di sussidiarietà. Sul piano formale, l'assenza di vincolo, inoltre, sembra riguardi anche la stessa Corte EDU, che, ove fosse adita all'esito del giudicato nazionale, potrebbe formalmente optare per soluzioni interpretative diverse... la prassi chiarirà l'esatta interpretazione dell'istituto.

⁴⁶ Significativa la decisione della Corte EDU del 18 dicembre 2018 di introdurre, a partire dal 1° gennaio 2019, una fase non contenziosa in tutti gli Stati contraenti allo scopo di facilitare soluzioni amichevoli delle controversie. Al termine della fase di test della durata di un anno, la Corte stessa deciderà se continuare o meno in questa direzione. La procedura prevede una prima fase in cui la Corte formulerà una proposta di transazione allo Stato, proseguendo con una fase di risoluzione amichevole di 12 settimane (non contenziosa) ed un'ulteriore fase di osservazione di 12 settimane (contenziosa con uno scambio di osservazioni). Eccezioni alla nuova procedura sono costituite, ad esempio, da casi che sollevano nuovi problemi che non sono mai stati esaminati dalla Corte o casi in cui, per qualsiasi motivo specifico, potrebbe essere inopportuno proporre una soluzione amichevole.

SIMONE FRANCESCO COCIANI*

IL CONTRADDITTORIO PREVENTIVO E
IL GIUSTO PROCEDIMENTO TRIBUTARIO**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le principali questioni sollevate nell’ordinanza di rimessione. – 2.1. Il diritto di difesa quale riferimento assiologico da cui – secondo il remittente – è possibile desumere il diritto al contraddittorio preventivo. – 2.2. La «restrittiva» ricostruzione del contraddittorio preventivo per opera della giurisprudenza delle Sezioni Unite del 2015. – 2.3. I dubbi di costituzionalità sulla ricostruzione, in termini «restrittivi», elaborata dalle Sezioni Unite del 2015. – 3. Il tentativo del remittente di superare il disagio interpretativo ricorrendo al diritto comunitario e, segnatamente, alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. Riserve. – 3.1. La prospettiva internazionale di cui all’art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 alla CEDU. Riserve. – 3.2. L’art. 6 CEDU. – 3.3. Il principio generale della ragionevolezza e la necessità di un accorto bilanciamento tra l’interesse fiscale e l’esigenza di un’effettiva garanzia dei diritti del contribuente (quanto meno in tutti quei procedimenti ove è prevista l’irrogazione di sanzioni). – 3.4. Il principio generale del giusto processo di cui all’art. 111 Cost. – 4. Le questioni sollevate. – 5. La posizione della Corte costituzionale in tema di giusto procedimento e di contraddittorio endoprocedimentale. – 5.1. La sentenza della Corte costituzionale n. 132/2015. – 5.2. La (risalente) giurisprudenza della Corte in tema di giusto procedimento. – 5.3. La prospettiva «soggettivo-garantistica». – 5.4. La prospettiva «oggettivo-funzionalistica». – 6. Il principio del giusto processo quale paradigma del giusto procedimento. – 6.1. (segue) L’ideale equiordinazione delle parti – sotto il profilo probatorio – all’interno del procedimento preordinato alla rettifica fiscale. – 6.2. (segue) L’inconsistenza dei rischi paventati rispetto a una processualizzazione – *in parte qua* – della funzione amministrativa di tipo impositivo. – 6.3. (segue) L’avvenuta costituzionalizzazione del principio del «giusto processo» e i suoi effetti in termini di possibile riconoscimento – nella prospettiva interna – del principio del giusto procedimento. – 7. Conclusioni.

1. *Premessa.* – Da tempo il contraddittorio preventivo è all’attenzione della dottrina tributaria e della relativa giurisprudenza¹.

* Ricercatore di Diritto tributario, Università di Perugia.

** Il presente lavoro è altresì destinato alla pubblicazione, con alcune lievi modifiche, su *Rassegna Tributaria*, fascicolo n. 3 dell’anno 2019.

¹ In dottrina, tra i tanti, senza pretesa di esaustività, si vedano: L. SALVINI, *La partecipazione del privato all’accertamento*, Padova, 1990, ID., *La “nuova” partecipazione del contribuente (dalla richiesta di chiarimenti allo statuto del contribuente ed oltre)*, in V. UCKMAR (a cura di), *L’evoluzione dell’ordinamento tributario italiano*, Padova, 2000, p. 588 ss.; S. MULEO, *Contributo allo studio del sistema probatorio nel procedimento di accertamento*, Torino, 2000, in partic. p. 217 ss.; P. SELICATO, *L’attuazione del tributo nel procedimento amministrativo*, Milano, 2001, in partic. p. 374 ss.; G. RAGUCCI, *Il contraddittorio nei procedimenti tributari*, Torino, 2009; ID., *Il contraddittorio come principio generale nel diritto comunitario*, in *Rass. trib.*, 2009, p. 580 ss.; A. MARCHESELLI, *Il «giusto procedimento» tributario. Principi e discipline*, Padova, 2012; ID., *L’indefettibilità del contraddittorio tra i principi interni e comunitari*, in *Corr. Trib.*, 2010, p. 1776 ss.; AA.VV., *Consenso, equità e imparzialità nello Statuto del contribuente. Studi in onore del Prof. G. Marongiu*, a cura di A. BODRITO - A. CONTRINO - A. MARCHESELLI, Torino, 2012, *passim*; G. MARONGIU, *Accertamenti e contraddittorio tra Statuto del contribuente e principi di costituzionalità*, in *Corr. trib.*, 2011, p. 474 ss.; A. FANTOZZI, *Violazione del contraddittorio ed invalidità degli atti tributari*, in *Riv. dir. trib.*, I, 2011, p. 137 ss.; P. COPPOLA, *Riflessioni sull’obbligo generalizzato d’una “decisione partecipata” ai fini della legittimità della pretesa tributaria e dell’azionabilità del diritto di difesa*, in *Riv. dir. trib.*, I, 2014, p. 1041 ss.; F. TUNDO, *Procedimento tributario e difesa del contribuente*, Padova, 2013; ID., *Diritto al contraddittorio endoprocedimentale anche in assenza di previsione normativa*, in *GT Riv. giur. trib.*, 2014, p. 937 ss., in nota a Cass., ss.uu., n. 19667/2014; C. SCALINCI, *Lo Statuto e l’«auretta» dei principi che ... incomincia a sussurrar: il contraddittorio «preventivo» per una tutela «effettiva» e un giusto procedimento «partecipato»*, in *Riv. dir. trib.*, I, 2014, p. 883; S. SAMMARTINO, *Il diritto al contraddittorio endoprocedimentale*, in *Rass. trib.*, 2016, p. 986 ss. Per la prospettiva comunitaria si vedano altresì: G. CORASANITI, *Il principio del contraddittorio nella giurisprudenza nazionale e dell’Unione Europea*, in *Dir. prat. trib.*, II, 2016, p. 1585 ss.; R. IAIA, *Il contraddittorio anteriore al provvedimento amministrativo tributario nell’ordinamento dell’unione europea. Riflessi nel diritto nazionale*, in *Dir. prat. trib.*, I, 2016, p. 55 ss.; M.V. SERRANÒ, *Innovativo e sostanziale contributo della Corte di Giustizia europea in tema di contraddittorio endoprocedimentale tributario*, in *Boll. trib.*, 2015, p. 466 ss.; A. RENDA, *Il contraddittorio quale nucleo insopprimibile di rilievo sostanziale nell’ambito del procedimento tributario: le conferme della giurisprudenza comunitaria e di legittimità*, in *Dir. prat. trib.*, II, 2015, p. 639 ss.; F. AMATUCCI,

Per quanto concerne quest'ultima, il c.d. «diritto vivente» – fondamentalmente rappresentato dall'articolato arresto delle Sezioni Unite del 2015² cui hanno fatto seguito numerose pronunce conformi – pur costituendo un fondamentale riferimento, lascia irrisolte alcune questioni e, forse, ne solleva di altre³. Basti pensare – tanto per

L'autonomia procedimentale tributaria nazionale ed il rispetto del principio europeo del contraddittorio, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2016, p. 257 ss.; più recentemente, si vedano: R. ESPOSITO, "Verità fiscale" e giusto procedimento tributario, in *Dir. prat. trib.*, I, 2018, p. 985 ss.; A. RAVERA, *Dalla Corte costituzionale alla giurisprudenza di merito: un aggiornamento in tema di contraddittorio preventivo*, *ivi*, II, p. 1191 ss.; A. LOVISOLO, *La necessaria "utilità" e la "ampiezza" del previo contraddittorio endoprocedimentale anche al fine dell'accertamento di tributi armonizzati a seguito di "verifica"*, *ivi*, II, p. 1632 ss.

² V. Cass., ss.uu., 9 dicembre 2015, n. 24823, pubblicata anche in *Dir. prat. trib.*, II, 2016, p. 241, con commento di E. DE MITA, nonché in *Corr. Trib.*, 2016, p. 866, con nota di M. BEGHIN.

³ In proposito si vedano: D. STEVANATO - R. LUPI, *Sul contraddittorio procedimentale la Cassazione decide (forse bene), ma non spiega*, in *Dial. trib.*, n. 4, 2015, p. 383 ss.; A. LOVISOLO, *L'osservanza del termine di cui all'art. 12 7° comma dello Statuto dei diritti del contribuente nell'ottica del principio del contraddittorio*, in *Dir. prat. trib.*, 2015, p. 405 ss.; A.E. LA SCALA, *L'effettiva applicazione del principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo tributario tra svolte, ripensamenti e attese*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, I, 2015, p. 394 ss.; G. RAGUCCI, *Il principio del contraddittorio nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Rass. trib.*, 2015, p. 1217 ss.; M. PIERRO, *Il dovere di informazione dell'Amministrazione finanziaria e il diritto al contraddittorio preventivo*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, I, 2016, p. 193 ss.; A. CARINCI - D. DEOTTO, *Il contraddittorio tra regola e principio: considerazioni critiche sul revirement della Suprema Corte*, in *Il fisco*, 2016, p. 207 ss.; G. RAGUCCI, *Contraddittorio e "giusto procedimento" nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2016, p. 474 ss.; A. FANTOZZI, *E' già tramontata la (breve) stagione del garantismo? In tema di contraddittorio procedimentale non resta che sperare nella Corte Costituzionale*, in *Riv. dir. trib.*, supplemento online, 24 maggio 2016; F. FARRI, *Contraddittorio: la Cassazione "suggerisce" alla Corte Costituzionale ma sbaglia a inquadrare il problema*, *ivi*; A. RENDA, *Il contraddittorio preventivo tra speranze (deluse), rassegnazione e prospettive*, in *Dir. prat. trib.*, II, 2016, p. 732 ss.; R. MICELI, *Il contraddittorio pre-contenzioso nelle indagini tributarie: un principio generale senza disciplina di attuazione*, in *Riv. dir. trib.*, I, 2016, p. 345 ss.; A. COLLI VIGNARELLI, *Il contraddittorio endoprocedimentale e l'"idea" di una sua "utilità" ai fini dell'invalidità dell'atto impositivo*, in *Riv. dir. trib.*, II, 2017, p. 21 ss.; D. ZARDINI, *La partecipazione del contribuente all'attività di accertamento, d'irrogazione delle sanzioni e d'iscrizione a ruolo*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2016, p.

richiamare appena le questioni più spinose – alla distinzione tra controlli presso la sede in cui è svolta l'attività e controlli c.d. «a tavolino», ovvero alla distinzione fra tributi armonizzati e non armonizzati⁴. Ebbene, i temi appena evocati hanno presto trovato riscontro in alcune pronunce tributarie di merito che, facendosi carico delle relative problematiche, non hanno tardato a interessare la Corte costituzionale⁵.

La Consulta, per parte sua, con altrettante ordinanze⁶, fondamentalmente per ragioni di tipo processuale, ha dichiarato manifestamente inammissibili le rispettive questioni di legittimità costituzionale sollevate e inerenti, principalmente, l'art. 12, co. 7, l. 27 luglio 2000, n. 212, in riferimento agli artt. 3, 24, 53, 111 e 117, co. 1, Cost.

Più recentemente, la Commissione tributaria provinciale di Siracusa, Sez. V, con ordinanza n. 170 del 26 marzo 2018 (a firma dello stesso estensore che, nella medesima qualità, aveva fatto parte del collegio che, in precedenza, aveva sollevato analoga questione di legittimità⁷, come detto poi dichiarata manifestamente inammissibile⁸), pone nuovamente all'attenzione della Corte costituzionale l'esigenza di tutela – attraverso il contraddittorio preventivo – del contribuente la cui posizione sia stata fatta oggetto di controllo da parte dell'amministrazione finanziaria.

In particolare, anche stavolta, il giudice *a quo*, dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di costituzionalità degli

145 ss.; A. PERRONE, *La questione del contraddittorio endoprocedimentale tributario innanzi alla corte costituzionale: un'occasione mancata*, in *Giur. Cost.*, 2017, p. 1733.

⁴ Su cui anche S.F. COCIANI, *Il contraddittorio preventivo e la favola di Fedro della volpe e della maschera da tragedia*, in *Riv. dir. trib.*, I, 2018, p. 89 ss.

⁵ Ci si riferisce, in particolare, a Commissione tributaria regionale della Toscana, ord. 18 gennaio 2016; Commissione tributaria provinciale di Siracusa, ord. 17 giugno 2016; Commissione tributaria regionale della Campania, ord. 6 maggio 2016.

⁶ V. Corte cost., ordinanze nn. 187, 188 e 189, tutte depositate in data 13 luglio 2017.

⁷ V. Commissione tributaria provinciale di Siracusa, Sez. V, ord. 17 giugno 2016.

⁸ V. Corte cost., ord. n. 188, 13 luglio 2017.

artt. 32, 39, 42, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600⁹, e 12, co. 7, l. 27 luglio 2000, n. 212¹⁰, in relazione agli artt. 3, 24, 53 e 111 Cost., come pure in relazione all'art. 117, co. 1, Cost., nella parte in cui – quest'ultimo – prevede che la potestà legislativa sia esercitata dallo Stato nel rispetto degli obblighi internazionali, quale l'obbligo assunto con l'adesione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata e posta in esecuzione con la l. 4 agosto 1955, n. 848.

L'ordinanza di rimessione da ultimo citata non è sfuggita ad autorevole dottrina che – dapprima sotto il profilo formale – ne ha colte la puntualità metodologica e l'esautività sostanziale, per poi concludere – sotto il profilo del merito – che essa solleva una questione certamente ammissibile e fondata, così auspicando che la Consulta voglia finalmente provvedere, con una sentenza di tipo additivo, a rimediare al vuoto di tutela lasciato dal legislatore¹¹.

Ora, evitando di formulare previsioni sull'esito del giudizio di costituzionalità da ultimo provocato, pare a chi scrive che l'articolata ordinanza della Commissione tributaria di Siracusa ponga numerose questioni, su alcune delle quali conviene subito svolgere qualche ulteriore riflessione, soprattutto per verificare – anche alla stregua di precedenti pronunce del Giudice delle leggi – se, e in che misura, possa prospettarsi una ricostruzione tale da assicurare al contribuente sottoposto a controllo un'adeguata tutela.

In seguito, si metteranno quindi in rilievo gli spunti più significativi sollevati dal giudice *a quo* per poi verificare se questi possano trovare un qualche positivo riscontro, anzitutto nella

⁹ nella parte in cui non prevedono l'instaurazione di alcun contraddittorio con il contribuente anteriormente all'emissione di un avviso di accertamento.

¹⁰ nella parte in cui riconosce al contribuente il diritto a ricevere copia del verbale con cui si concludono le operazioni di accertamento, nonché il diritto di disporre di un termine di sessanta giorni per eventuali controdeduzioni, limitatamente all'ipotesi in cui l'amministrazione abbia «*effettuato un accesso, un'ispezione o una verifica nei locali destinati all'esercizio dell'attività*» del contribuente.

¹¹ Cfr. E. DE MITA, *Contraddittorio da potenziare*, in *Il Sole 24 Ore*, 15 gennaio 2019.

giurisprudenza della stessa Corte costituzionale, ovvero nelle più recenti elaborazioni teoriche *in subiecta materia*.

2. Le principali questioni sollevate nell'ordinanza di rimessione.

– Come accennato, il giudice remittente, all'esito di una compiuta disamina del contraddittorio preventivo alla luce del c.d. «diritto vivente», riscontra la carenza di una logica normativa complessiva e, conseguentemente, rileva un vuoto di disciplina, tanto più grave se riguardato alla luce della giurisprudenza comunitaria e, soprattutto, di quella della Corte EDU. Più in particolare, l'ordinanza in esame, messo in evidenza che il fisco aveva trasmesso un invito alla parte con il quale veniva ad essa richiesto di presentarsi in ufficio per fornire delucidazioni relativamente ad indagini bancarie svolte, e messo altresì in evidenza che la parte aveva ottemperato all'invito in parola (sebbene considerato alquanto vago) consegnando tutta la documentazione dalla stessa autonomamente ritenuta utile, osserva che l'a.f., esaminata la documentazione prodotta, riteneva non giustificate le operazioni bancarie attive che la parte (autonomamente) non aveva ritenuto necessario spiegare e, così, senza instaurare alcun contraddittorio, l'Ufficio emetteva l'avviso di accertamento poi impugnato. Solo nella successiva sede processuale, quindi, la parte depositava i documenti concernenti le operazioni attive accertate, documenti – si ribadisce – non precedentemente forniti in sede procedimentale stante la vaghezza dell'invito formulato dall'Ufficio.

Ciò premesso in punto di fatto, il giudice rimettente osserva che – nel caso di controlli svolti in ufficio – nessuna norma dell'ordinamento (interno) impone che, prima di ricevere l'atto impositivo, il contribuente debba essere informato. Talché, avverso l'atto impositivo, il contribuente può soltanto presentare ricorso in sede giurisdizionale. Sicché – a dire del giudice *a quo* con riferimento alla relativa controversia – le tesi che si fronteggiano sono: *i*) quella secondo la quale una volta che l'amministrazione finanziaria abbia istruito la pratica, valutato i dati e gli elementi raccolti, e concluso l'istruttoria, pervenendo alle proprie decisioni, prima dell'emissione dell'atto impositivo deve instaurare il contraddittorio con il

contribuente, comunicandogli le proprie conclusioni ed accordandogli un termine per la presentazione di memorie e documenti avverso le conclusioni alle quali l'amministrazione stessa sia pervenuta; *ii*) e la tesi opposta, secondo la quale l'obbligo di instaurare il contraddittorio con il contribuente prima dell'emissione dell'atto impositivo è riconosciuto dall'art. 12 dello Statuto del contribuente unicamente nell'ipotesi in cui l'attività di verifica si sia svolta mediante accessi, ispezioni e verifiche fiscali eseguite nei locali destinati all'esercizio dell'attività del contribuente, ma non nell'ipotesi in cui l'accertamento sia stato condotto senza accesso nei locali dell'impresa. Ebbene, il remittente, tenuto conto che la prevalente giurisprudenza (ancorché con alcune pronunce dissonanti) è ormai ferma nell'escludere che le garanzie in tema di contraddittorio assicurate al contribuente sottoposto a verifiche fiscali presso la sede dell'attività debbano essere estese ai casi di attività di controllo presso gli uffici dell'a.f.¹², rileva che – nel caso di specie – l'operato dell'Ufficio risulta quindi conforme alla giurisprudenza formatasi sul richiamato art. 12 dello Statuto, stante il tenore testuale della norma, appunto limitata alle verifiche fiscali presso il contribuente¹³. Tuttavia tale disposizione, sempre a parere del giudice *a quo*, non appare immune da rilievi di sospetta incostituzionalità¹⁴.

¹² Sull'inesistenza di un principio generale che affermi l'obbligo del contraddittorio preventivo in ordine alla formazione della pretesa fiscale, in giurisprudenza, oltre alle già citate sezioni unite del 2015 si vedano: Cass. n. 26316/10; con specifico riferimento alla previsione della l. n. 212 del 2000, art. 12, co. 7, Cass. nn. 21391/14, 15583/14, 13588/14, 7598/14, 25515/13, 2360/13, 446/13, 16354/12; con riguardo all'avviso bonario previsto, dall'art. 6, co. 5, della predetta legge, in relazione alle cartelle di cui al d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, *ex art. 36-bis*: Cass. 12023/15, 8342/12, 7536/11, 795/11. *Contra*: Cass., ss.uu., 19667/14 e 19668/14, che sviluppano l'argomento di una generalizzata espansione della garanzia del contraddittorio (peraltro in fattispecie diverse da quella in esame), quale espressione di principio immanente all'ordinamento nazionale e a quello europeo.

¹³ V. per tutti, Cass., ss.uu., 9 dicembre 2015, n. 24823.

¹⁴ Tant'è che già la Suprema Corte (Cass., civ., sez. trib., con decisione del 5 febbraio 2014, n. 2594), in relazione ad una censura di omessa violazione della l. 27 luglio 2000, n. 212, art. 12, co. 7, da intendersi esteso anche ai casi di «istruttoria condotta nella sede dell'Ufficio tributario» (onde non incorrere nel vizio di incostituzionalità), aveva ritenuto il motivo fondato.

2.1. *Il diritto di difesa quale riferimento assiologico da cui – secondo il remittente – è possibile desumere il diritto al contraddittorio preventivo.* – A questo punto lo stesso remittente, nel contesto di un'*actio finium regundorum*, dapprima richiama una precedente giurisprudenza di legittimità, resa a sezioni unite¹⁵ (invero ormai superata dalla pronuncia del 2015, anch'essa resa a sezioni unite, e più volte citata) che, dopo aver premesso che lo Statuto del contribuente è costituito da un complesso di norme la cui precipua funzione è quella di improntare l'attività dell'amministrazione finanziaria alle regole dell'efficienza e della trasparenza, nonché quella di assicurare l'effettività della tutela del contribuente nella fase del procedimento tributario, con norme¹⁶ che sostanzialmente riproducono alcune delle fondamentali regole dettate dalla l. n. 241 del 1990 sul procedimento in generale¹⁷, afferma che «*il diritto al contraddittorio [...] realizza l'inalienabile diritto di difesa del cittadino, presidiato dall'art. 24 Cost., e il buon andamento dell'amministrazione, presidiato dall'art. 97 Cost.*»¹⁸. E peraltro – come osserva il giudice *a quo* richiamando la giurisprudenza comunitaria¹⁹ – il rispetto dei diritti della difesa e del diritto che ne deriva, per ogni persona, di essere sentita prima dell'adozione di qualsiasi decisione che possa incidere in modo negativo sui suoi interessi, da tempo costituisce un principio fondamentale del diritto dell'Unione²⁰. Difatti, il diritto al contraddittorio in qualsiasi

¹⁵ V. Cass., sez. un., 18 settembre 2014, n. 10667.

¹⁶ quali gli artt. 5, 6, 7, 10, co. 1, e 12, co. 2.

¹⁷ dalle quali «*emerge chiaramente che la pretesa tributaria trova legittimità nella formazione procedimentalizzata di una "decisione partecipata" mediante la promozione del contraddittorio (che sostanzia il principio di leale collaborazione) tra amministrazione e contribuente (anche) nella "fase precontenziosa" o "endoprocedimentale", al cui ordinato ed efficace sviluppo è funzionale il rispetto dell'obbligo di comunicazione degli atti imponibili*».

¹⁸ Nello stesso pure Cass. nn. 16412 del 2007, e 26635 del 2009, sempre a Sezioni Unite.

¹⁹ a sua volta citata dalla predetta Cass. n. 10667/2014.

²⁰ V. Corte di giustizia dell'Unione europea, causa C-349/07, *Sopropè*, 18 dicembre 2008, e cause riunite C-129/13 e C-130/13, *Kamino International Logistics BV e Datema Hellmann Worldwide Logistics BV*, 3 luglio 2014. Al riguardo si vedano: C. BORGIA, *Il principio del contraddittorio nella giurisprudenza*

procedimento, come afferma la Corte di giustizia, è ora sancito non solo negli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che garantiscono il rispetto dei diritti della difesa nonché il diritto ad un processo equo in qualsiasi procedimento giurisdizionale, bensì anche nell'art. 41 di quest'ultima che, come noto, garantisce il diritto a una buona amministrazione²¹.

Infine, lo stesso rimettente non manca di rilevare che, ad avviso della Suprema Corte²², l'obbligo in questione incombe sulle amministrazioni degli Stati membri *ogniquale volta esse adottano decisioni che rientrano nella sfera d'applicazione del diritto dell'Unione*, quand'anche la normativa comunitaria applicabile non preveda espressamente siffatta formalità, nel senso che, in ragione del dovuto rispetto del diritto di difesa, l'attivazione del contraddittorio endoprocedimentale costituirebbe principio fondamentale ed immanente nell'ordinamento (comunitario) cui dare attuazione anche in difetto di una espressa e specifica previsione normativa.

2.2. La «restrittiva» ricostruzione del contraddittorio preventivo per opera della giurisprudenza delle Sezioni Unite del 2015. – Lo

tributaria della Corte di Giustizia. Il caso Sopropé, in diritti-cedu.unipg.it; ID., Il contraddittorio preventivo nel caso Kamino: da principio generale atto a tutelare il diritto di difesa, a criterio subordinato alla dimostrazione che il risultato sarebbe stato diverso. Le ricadute nel diritto interno e le ragioni a favore di un generale riconoscimento del diritto al contraddittorio endoprocedimentale, in diritti-cedu.unipg.it;

²¹ E più in particolare, sul punto specifico, il giudice rimettente ricorda come – secondo la Corte di giustizia – tale diritto alla buona amministrazione comporta, in particolare, il diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale lesivo talché l'amministrazione stessa è tenuta alla previa comunicazione del provvedimento che si propone di adottare, con la fissazione di un congruo termine per la presentazione – da parte del destinatario dell'atto – di eventuali difese od osservazioni. Dunque, in forza di tale principio, che trova applicazione ogniqualvolta l'amministrazione si proponga di adottare nei confronti di un soggetto un atto per esso lesivo, si ha che i destinatari di decisioni che incidono sensibilmente sui loro interessi devono essere messi in condizione di manifestare utilmente il loro punto di vista in merito agli elementi sui quali l'amministrazione intende fondare la sua decisione.

²² V. Cass., sez. un., 18 settembre 2014, n. 10667.

stesso giudice *a quo*, tuttavia, sempre in chiave di premessa logica, non manca di osservare come il riferito orientamento (che potremmo definire «espansivo») non abbia trovato conferma nella successiva giurisprudenza di legittimità. Difatti – come pure già accennato in apertura – la nota sentenza delle Sezioni Unite del 2015, cui hanno fatto seguito numerose altre pronunce pressoché in esatti termini²³, ha anzitutto chiarito che, in materia di contraddittorio endoprocedimentale tributario, non vi sarebbe coincidenza tra disciplina europea e disciplina nazionale²⁴. Più in particolare, nel primo dei due ambiti ora richiamati (comunitario), il contraddittorio endoprocedimentale, in materia tributaria, costituirebbe sì principio di generale applicazione, tuttavia occorrerebbe valutarne gli effetti in termini restrittivamente sostanzialistici, nel senso di, in concreto, apprezzare se il procedimento avrebbe potuto dar luogo a esiti anche astrattamente diversi. Invece, nel secondo dei due ambiti in discorso (interno), il contraddittorio endoprocedimentale sarebbe configurato alla stregua di un obbligo gravante sull'amministrazione, a pena di nullità dell'atto, non in via generale, ovvero ogni qual volta essa si accinga ad adottare un provvedimento lesivo dei diritti e degli interessi del contribuente ma, soltanto, in determinati (ed espressamente previsti) casi, eccezion fatta che per i tributi c.d. «armonizzati» che, in quanto rientranti nelle competenze dell'Unione, risultano *naturaliter* investiti della diretta applicazione del diritto comunitario che tale principio generale – come sopra osservato in termini «sostanzialistici» – prevede.

2.3. *I dubbi di costituzionalità sulla ricostruzione, in termini «restrittivi», elaborata dalle Sezioni Unite del 2015.* – Poiché l'orientamento di cui si è appena dato conto – nonostante sia presto diventato «diritto vivente» – non pare assicurare piena coerenza all'intera sistemica in tema di contraddittorio²⁵, diligentemente, la

²³ V. Cass., 31 maggio 2016, n. 11283, e Cass., 9 aprile 2018, n. 8619.

²⁴ V. Cass., sez. un., 9 dicembre 2015, n. 24843.

²⁵ Difatti l'art. 12, co. 7, dello Statuto non distingue tra tributi armonizzati e non armonizzati (v. Cass., Sez. trib., 15 gennaio 2019, n. 701). Conseguentemente,

CTP di Siracusa passa quindi a svolgere una puntuale rassegna delle principali incongruenze derivanti dall'impostazione da ultimo richiamata.

In questa chiave il giudice *a quo* richiama le questioni di legittimità sollevate in merito all'art. 12, co. 7, dello Statuto, laddove esso limita il diritto al contraddittorio alle sole ipotesi in cui l'amministrazione abbia effettuato un accesso, un'ispezione o una verifica nei locali destinati all'esercizio dell'attività del contribuente²⁶. E, peraltro, non manca di osservare come le esigenze di tutela che stanno alla base delle garanzie poste dall'art. 12, co. 7, predetto, prescindono dal luogo ove è effettuata la verifica in quanto la norma è posta a presidio della difesa e dell'affidabilità dell'accertamento e non del luogo in cui la verifica viene operata²⁷. Difatti l'art. 12 in parola, laddove esso è chiamato a dare concreta attuazione agli artt. 97, 53 e 3 Cost. (dal precedente art. 1 richiamati), impone all'Ufficio di garantire al contribuente il diritto di partecipare all'accertamento tributario attraverso un vero e proprio contraddittorio pre-accertativo.

Diversamente opinando – non manca di osservare il remittente – si realizzerebbe una disparità di trattamento rispetto a fattispecie analoghe, con violazione dei principi costituzionali d'imparzialità e buon andamento della p.a., di capacità contributiva, della ragionevolezza e del diritto di difesa, laddove – aggiungiamo noi – proprio gli artt. 3, 23, 53 e 97 Cost. sono invece, dallo stesso art. 1 dello Statuto, qualificati come «*principi generali dell'ordinamento tributario*» cui lo Statuto stesso, espressamente, si propone di dare attuazione.

D'altra parte, proprio nei casi delle verifiche eseguite in ufficio, emerge, a maggior ragione, l'esigenza del confronto preventivo. Difatti il contribuente potrebbe anche trovarsi a ricevere un accertamento esecutivo (per tutta risposta a una produzione documentale, magari effettuata da terzi, ovvero a seguito della

secondo l'orientamento da ultimo richiamato, la c.d. «prova di resistenza» prevista dalle Sezioni Unite del 2015, con riferimento ai (soli) tributi armonizzati, non si deve applicare nei casi di verifiche *in loco*, ma solo nei casi di verifiche fatte in ufficio.

²⁶ V. C.T.R. Firenze 18 gennaio 2016, n. 736/1/15.

²⁷ Così C.T.R. Reggio Emilia, sent. n. 59, 5 gennaio 2016 - 16 marzo 2016.

risposta ad un questionario) senza aver potuto mai interloquire con l'a.f. e, dunque, senza poter prospettare le proprie ragioni nei confronti dell'ipotesi formulata dall'ufficio impositore, ipotesi che, invece, sarà conosciuta per la prima volta solo a seguito di un atto già esecutivo, suscettibile di cristallizzarsi se non impugnato entro uno stretto termine di decadenza.

Ancora, il giudice *a quo* richiama alquanto pronunce di merito²⁸ secondo cui, specie al fine di garantire – nell'interesse della stessa a.f. – una corretta azione amministrativa, se l'atto impositivo riguarda sia Iva sia altri tributi, gli obblighi procedurali di contraddittorio preventivo necessari per un legittimo accertamento Iva si estendono anche alle altre imposte.

Insomma, lo stesso rimettente non manca di rilevare come anche la successiva giurisprudenza di legittimità²⁹, nel richiamare la nota pronuncia della Corte costituzionale n. 132 del 2015³⁰, chiaramente afferma che con la decisione delle Sezioni Unite del 2015 «è stata quindi dismessa la soluzione trovata dalle precedenti Sezioni Unite della Corte, che era stata quella di ritenere "immanente" anche nel nostro ordinamento la obbligatorietà del contraddittorio amministrativo tutte le volte in cui un atto erariale fosse "destinato ad incidere in modo negativo sui diritti e gli interessi del contribuente" (Cass. sez. un. n. 19667 del 2014)³¹. Soluzione – questa – che avrebbe

²⁸ V. C.T.R. Piemonte, sent. n. 126/1/2016; C.T.P. Campobasso, sent. n. 29/2018, 116/2016, 1094/2016; C.T.R. Lombardia, sent. n. 3509/2017, C.T.R. Puglia, sent. n. 85/2016.

²⁹ V. Cass. civ., sez. trib., 20 aprile 2016, n. 7914.

³⁰ con cui (nella stessa questione poi decisa dal giudice di legittimità ora richiamato), la Consulta aveva ritenuto non contraria a Costituzione la previsione di una sanzione di nullità per la mera violazione del termine dilatorio di giorni sessanta, quest'ultimo stabilito a favore del contribuente per consentire allo stesso l'esercizio del contraddittorio endoprocedimentale.

³¹ Su cui si veda M. BASILAVECCHIA, *Profili costituzionali della riscossione*, in *Riv. dir. trib.*, I, 2015, p. 473 ss. La suddetta pronuncia del 2014, si noti, pare altresì coerente con l'orientamento espresso dalla medesima Corte di cassazione, a Sezioni Unite, con sentenza 29 luglio 2013, n. 18184. Con tale pronuncia il giudice di legittimità riteneva l'inosservanza del termine dilatorio di sessanta giorni, di cui all'art. 12, co. 7, dello Statuto (beninteso ove non giustificato da ragioni di urgenza), alla stregua di un vizio tale da determinare l'illegittimità del provvedimento emesso

avuto l'effetto di rendere omogenea la disciplina italiana a quella europea [...]»³² e che, del resto, appariva coerente con la decisione della Corte costituzionale n. 132 sopra richiamata³³.

In definitiva, la CTP di Siracusa, pur definendo (formalmente) «ineccepibile» la sentenza delle Sezioni Unite del 2015, specie avuto riguardo alla sfera di operatività del diritto comunitario, osserva che i variegati orientamenti giurisprudenziali esprimono comunque un disagio dell'interprete che deve, in ogni caso, confrontarsi con un dato testuale che appare «insuperabile»³⁴.

3. *Il tentativo del remittente di superare il disagio interpretativo ricorrendo al diritto comunitario e, segnatamente, alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Riserve.* – Il giudice a quo, fattosi carico dell'esigenza di superare il disagio interpretativo di cui sopra, si propone dapprima di ricorrere al diritto europeo, anche alla luce delle interpretazioni di questo così come rese dalla Corte di giustizia e, soprattutto, dalla Corte EDU, per, dappoi, giungere alla *reductio ad unitatem*, anche nella prospettiva interna, nel senso dallo

ante tempus. Difatti, secondo la sentenza da ultimo richiamata, il termine dilatorio in discorso è posto a garanzia del pieno dispiegarsi del contraddittorio procedimentale che, a sua volta, costituisce espressione dei principi, di derivazione costituzionale, di collaborazione e buona fede tra a.f. e contribuente ed è altresì diretto al miglior e più efficace esercizio della potestà impositiva.

³² In particolare tenuto conto delle similitudini tra art. 97, co. 2, Cost., e art. 41, co. 2, lett. a), CDFUE.

³³ Si noti peraltro come anche accorta dottrina, successivamente all'arresto delle Sezioni Unite del 2015, abbia definito la sentenza della Corte cost. n. 132/2015 un riferimento essenziale – che sembra lasciar poco spazio a ripensamenti – al fine della ricostruzione del contraddittorio endoprocedimentale alla stregua di un principio immanente. Così RAGUCCI, *Contraddittorio e "giusto procedimento" nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 477 ss.

³⁴ Si noti peraltro che, anche in dottrina, si è osservata l'episodicità e l'incompletezza della disciplina del contraddittorio rispetto alle varie attività demandate all'a.f. Tuttavia, una simile frammentazione e disomogeneità delle singole regole non è stata ritenuta un ostacolo, in sé, alla ricostruzione, in sede interpretativa, di una disciplina complessiva e unitaria, ancorché da diversamente conformarsi in ragione della particolarità dei singoli procedimenti. Cfr. G. FRANSONI, *Discorso intorno al Diritto tributario*, Pisa, 2017, p. 142.

stesso mittente auspicato³⁵. A tale scopo la CTP di Siracusa, richiamato l'art. 41 CDFUE³⁶, non manca di premettere che le Sezioni Unite del 2015 – pur avendo riconosciuto che dalla giurisprudenza comunitaria emerge un principio generale secondo il quale il rispetto del contraddittorio nell'ambito del procedimento amministrativo, non escluso quello tributario, costituisce principio fondamentale

³⁵ Ora, pur non essendo certamente questa la sede per dar conto dell'evoluzione che ha interessato l'elaborazione dei principi che regolano l'attività amministrativa, è possibile osservare brevemente che questa, da sostanzialmente libera, in quanto esplicazione di un potere autonomo ed indipendente (il potere esecutivo), è stata dapprima sottoposta alla legge e, poi, alla Costituzione che, come noto, regola anche l'esercizio del potere amministrativo (e, dunque, oltre ai diritti politici garantisce anche i diritti amministrativi). A quest'ultimo riguardo, i principi e le norme – di rango costituzionale – che disciplinano l'attività amministrativa hanno mostrato una trasformazione dei principi amministrativi da meri doveri dell'amministrazione nei confronti della collettività in generale (e come tali azionabili solo dal parlamento che la rappresenta), in veri e propri obblighi, collocati in rapporti giuridici bilaterali, sicché ogni singolo individuo può azionare – nei confronti dell'amministrazione – il diritto di cui è titolare. Infine, anche le fonti di rango sovranazionale hanno progressivamente preso in esame l'attività dell'amministrazione, talché la giurisprudenza comunitaria ha ripetutamente affermato, per quanto d'interesse in questa sede, il diritto a essere ascoltati. Tuttavia, tale diritto a essere sentiti, quale declinazione del diritto alla buona amministrazione di cui all'art. 41 CDFUE, pur avendo registrato una progressiva estensione del relativo ambito di applicazione, specie per via giurisprudenziale, va applicato pur sempre con riferimento alle materie regolate dal diritto comunitario. Talché, a volte, tale diritto va a sovrapporsi agli altri diritti (già) garantiti dalla costituzione e/o dalle leggi ordinarie nel rapporto tra amministrati e p.a (*rectius*: tra ogni individuo e autorità, nazionali o ultrastatali), mentre altre volte il diritto in parola, pur avendo una portata più ampia rispetto al corrispondente diritto nazionale, potrebbe non trovare applicazione con riferimento a quelle fattispecie cui il diritto sovranazionale non si applica. Al riguardo si veda S. CASSESE, *Sulla buona amministrazione e sulle riforme*, intervento al convegno AIPDA di Roma 7-8 ottobre 2016, p. 1 del dattiloscritto, ove il collegamento tra il diritto alla buona amministrazione di cui all'art. 41 CDFUE, l'art. 97 Cost., e l'art. 317, co. 1, TFUE.

³⁶ che, nel garantire il diritto ad una buona amministrazione, prevede altresì che, nell'ambito di tale diritto, va, tra gli altri, ricompreso il diritto di ogni persona ad essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio. V. Corte di giustizia dell'Unione europea, causa C-276/12, *Jiri Sabou*, 22 ottobre 2013; cause C-129 e C-130/13, *Ramino International Logistics*, 3 luglio 2014.

dell'ordinamento europeo³⁷ – hanno tuttavia affermato che tale principio non può applicarsi al di fuori del novero dei tributi armonizzati.

Peraltro, anche la dottrina tributaria³⁸ propende per escludere la rilevanza del principio di cui all'art. 41 CDFUE al di fuori delle procedure tributarie che possono inquadarsi all'interno delle competenze del diritto dell'Unione (invero da accertarsi, queste ultime, sia nella dimensione sostanziale³⁹ che in quella procedimentale⁴⁰). Nella prospettiva da ultimo richiamata, infatti,

³⁷ Sicché tale principio trova applicazione ogniqualvolta l'amministrazione si proponga di adottare un atto lesivo nei confronti di un soggetto, per cui il destinatario del provvedimento teso a incidere negativamente sui suoi interessi deve essere messo preventivamente in condizione di manifestare utilmente il suo punto di vista in ordine agli elementi sui quali l'amministrazione intende fondare la propria decisione. V. Corte di giustizia dell'Unione europea, cause C-129 e C/130/13, *Ramino International Logistics*, 3 luglio 2014; causa C-276/12, *Jiri Sabou*, 22 ottobre 2013; causa C-349/07, *Sopropè*, 18 dicembre 2008; causa C-395/00, *Soc. Distillerie Cipriani*, 12 dicembre 2002; causa C-462/98, *P. Mediocurso c. Commissione*, 21 settembre 2000; causa C-32/95, c. *Lisrestat*, 4 ottobre 1996.

³⁸ Cfr. di recente R. SCHIAVOLIN, *La portata, rispetto all'ordinamento tributario italiano, dei "diritti fondamentali" di cui all'art. 41 della Carta Ue*, in *Neotera*, n. 2, 2018, p. 7 ss., ove ampi riferimenti di giurisprudenza.

³⁹ Da intendersi quest'ultima, estensivamente, anche in termini di tutela rispetto al concreto esercizio delle libertà fondamentali. Su cui anche P. LAROMA JEZZI, *Il riconoscimento in materia fiscale dei diritti fondamentali tutelati dalla CEDU e dalla Carta dei diritti UE*, in *Corr. trib.*, 2015, p. 682 s., nonché, per alcune precisazioni, SCHIAVOLIN, *La portata, rispetto all'ordinamento tributario italiano, dei "diritti fondamentali"*, cit., p. 9

⁴⁰ Cfr. SCHIAVOLIN, *La portata, rispetto all'ordinamento tributario italiano, dei "diritti fondamentali"*, cit., p. 9, ove la precisazione che per «attuazione del diritto dell'Unione» si devono intendere non solo le imposte armonizzate sul piano sostanziale, ma anche le procedure disciplinate da tale diritto, ancorché relative a imposte non armonizzate (come nel caso delle disposizioni che disciplinano l'assistenza fra autorità fiscali di stati membri UE, proprio in quanto regolata da direttive comunitarie, sebbene, sul punto specifico del contraddittorio nella fase delle indagini, la stessa giurisprudenza comunitaria sembri particolarmente cauta (v. Corte di giustizia dell'Unione europea, causa C-267/12, *Sabou*, 22 ottobre 2013, in *Rass. Trib.*, 2014, p. 1421 ss., con nota di F. FERNANDEZ MARIN, *La tutela nazionale del contribuente nello scambio comunitario di informazioni*, e in *Riv. dir. trib.*, IV, 2013, p. 339 ss., con nota di P. MASTELLONE, *L'Unione europea non riconosce participation rights al contribuente sottoposto a procedure di mutua*

l'art. 41 in parola non è stato ritenuto sufficiente a superare i limiti posti dal legislatore italiano alla generale applicazione del contraddittorio endoprocedimentale, seppur essa sia stata ritenuta auspicabile⁴¹. E, in ogni caso, non sembra potersi ignorare che l'art. 51 della stessa CDFUE afferma espressamente che le disposizioni della medesima si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri, *esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione*⁴². Né pare possa trascurarsi di considerare che il successivo art. 52 CDFUE in parola consente alla legge – del singolo Stato membro – di limitare l'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Carta medesima⁴³.

assistenza amministrativa tra autorità fiscali)). Analogamente, per l'estensione del perimetro del diritto dell'Unione oltre il novero dei tributi armonizzati si veda anche COCIANI, *Il contraddittorio preventivo e la favola di Fedro*, cit., p. 89, ss., specie per quanto concerne il profilo del contrasto all'abuso del diritto, di matrice comunitaria.

⁴¹ Cfr. SCHIAVOLIN, *La portata, rispetto all'ordinamento tributario italiano, dei "diritti fondamentali"*, cit., p. 10 s., il quale esclude altresì che possa attribuirsi all'art. 41 CDFUE una qualsivoglia *vis expansiva* anche per il tramite dell'art. 117 Cost. giacché, mentre questo fa riferimento a «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario», la Carta, nelle materie estranee alla competenza dell'Unione, non pone vincoli di sorta ai legislatori nazionali. Per una differente prospettiva, secondo cui la rilevanza dell'art. 41 CDFUE è tale da provocare un effetto di traboccamento delle disposizioni della Carta stessa sul diritto interno, anche attraverso l'eccitazione di «risorse latenti» già collocate a livello costituzionale, si veda RAGUCCI, *Il principio del contraddittorio nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, cit., p. 1224 s. Nella stessa direzione, seppur per il tramite dell'art. 1, l. n. 241/1990, sul procedimento amministrativo, si veda altresì M. PIERRO, *Il dovere di informazione dell'Amministrazione finanziaria e il diritto al contraddittorio preventivo*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, I, 2016, p. 218 ss.

⁴² Come invero osservato da Cass., SS.UU., n. 24823/2015 che richiama Corte di giustizia dell'Unione europea, causa C-483/12, *Pelckmans*, 8 maggio 2014; causa C-466/11, *Currà*, 12 luglio 2012; causa C-256/11, *Dereci*, 15 novembre 2011. Analogamente, Cass., sez. trib., 27 settembre 2018, n. 23272, ove richiami Corte di giustizia dell'Unione europea, cause C-328/15, *Thrsia*, 14 aprile 2016, e C-321/16, *Pardue*, 10 novembre 2016.

⁴³ seppure nel rispetto del contenuto essenziale di detti diritti e libertà, nonché – nel rispetto del principio di proporzionalità – tenuto conto della necessità di tali limitazioni in ragione di finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione, ovvero in ragione dell'esigenza di proteggere diritti e libertà altrui.

Pertanto, nonostante gli accenni fatti dal giudice *a quo*, si conferma che la Carta – come pure è stato osservato⁴⁴ – non consente ingerenze in materie estranee al relativo ambito di riferimento, semmai lasciando ad altre fonti (Costituzioni, CEDU, leggi statali⁴⁵) la relativa competenza anche in tema di diritti fondamentali.

3.1. *La prospettiva internazionale di cui all'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 alla CEDU. Riserve.* – A questo punto, lo stesso remittente, tralasciando di insistere sulla generalizzata applicazione del diritto al contraddittorio per il tramite dell'art. 41 CDFUE, osserva che vi sarebbe comunque compatibilità tra le disposizioni interne rilevanti per quanto d'interesse nella presente sede e alcune norme della CEDU che, per parte loro, potrebbero avere un perimetro di

⁴⁴ Cfr. SCHIAVOLIN, *La portata, rispetto all'ordinamento tributario italiano, dei "diritti fondamentali"*, cit., p. 10, ove si osserva che la Carta mira non tanto a innalzare i livelli di protezione, eventualmente inferiori, già riconosciuti in alcuno degli Stati membri, quanto – mira – ad evitare al diritto europeo la censura di non rispettare i diritti fondamentali garantiti dall'una o dall'altra delle Costituzioni dei singoli Stati membri. In senso contrario, nella direzione cioè dell'innalzamento dei livelli di protezione, si veda S. MARCHESE, *Diritti fondamentali europei e diritto tributario dopo il Trattato di Lisbona*, in *Dir. prat. trib.*, I, 2012, p. 267 ss.; ID., *Attività istruttorie dell'amministrazione finanziaria e diritti fondamentali europei dei contribuenti*, *ivi*, I, 2013, p. 496.

⁴⁵ Tra cui non pare possa essere annoverata la l. n. 241/1990, che, sebbene si ispiri ai principi dell'ordinamento comunitario, compresi i principi generali dai quali l'attività amministrativa è retta, non sembra comunque avere la forza necessaria per derogare – nella nostra materia – alle discipline speciali sui procedimenti tributari (sul tipo di quella di cui all'art. 12 dello Statuto), per non dire della espressa esclusione dei procedimenti tributari, per il tramite dell'art. 13, co. 2, della medesima l. n. 241/1990, dall'applicazione delle norme sugli istituti partecipativi disciplinati dalla predetta legge generale sul procedimento amministrativo. In tal senso, ancora, SCHIAVOLIN, *La portata, rispetto all'ordinamento tributario italiano, dei "diritti fondamentali"*, cit., p. 10, ove ulteriori riferimenti, anche in senso contrario. Sulla sopraggiunta incongruità del divieto di cui all'art. 13, l. n. 241/1990, per effetto di quanto ora disposto dall'art. 5, co. 1, lett. c), d.lgs. n. 128/2015 (in materia di rapporti tra l'a.f. e i contribuenti di maggiori dimensioni), si veda FRANSONI, *Discorso intorno al Diritto tributario*, cit., p. 141 s., ove, peraltro, le somiglianze tra il disposto di cui all'art. 97 Cost. e quello di cui all'art. 41 CDFUE.

applicazione diverso (e talvolta anche più ampio) rispetto a quello del diritto unionale⁴⁶.

Nella cornice appena tracciata, dunque, il giudice *a quo* principia considerando l'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 alla CEDU⁴⁷, laddove esso – così come interpretato dalla Corte EDU⁴⁸ –

⁴⁶ Sul punto è appena il caso di osservare che i principi generali espressi dalla CEDU con riguardo alla tutela dei diritti fondamentali della persona, ancorché ritenuti parte dell'*acquis communautaire*, non sembrano tutti (almeno in sede giurisdizionale) di immediata e diretta applicazione all'interno del diritto dei singoli Stati membri, nel senso che essi non autorizzano la disapplicazione della norma interna con essi confliggente. Difatti, sebbene l'art. 6 del Trattato di Maastricht, il cui contenuto è stato ripreso anche dal successivo Trattato di Lisbona, affermi che il rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali dei paesi membri rilevano in quanto principi generali dell'Unione europea, la nostra Corte costituzionale ha espressamente escluso che l'art. 6 predetto possa avere un effetto diretto sull'ordinamento interno, dovendo tale norma essere considerata come una direttiva per le istituzioni comunitarie e non anche una norma di effetto rivolta agli Stati membri. Così Corte cost., sentenze nn. 80/2001, 348/2007 e 349/2007. In dottrina, sul punto specifico, si veda P. BORIA, *Diritto tributario europeo*, Milano, 2017, p. 289 s. In senso favorevole al potere di disapplicare le norme interne confliggenti rispetto alla CEDU, seppur in prospettiva, si veda A. MARCHESELLI, *Verso lo Statuto dei diritti del contribuente europeo? Dalla giurisprudenza francese uno spunto per la diretta applicazione delle norme Cedu in materia tributaria*, in www.europeanrights.eu.

⁴⁷ Questo dispone che: «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». Peraltro, come anche riconosciuto dalla nostra giurisprudenza di legittimità (v. Cass., civ. sez. trib., 30 giugno 2011, sent. n. 14362), la Corte EDU, come espresso in diverse occasioni, sul punto «ripete che l'art. 1 del Protocollo n. 1 contiene tre norme distinte: la prima norma, esposta nella prima frase del primo paragrafo, è di natura generale ed enuncia il principio del diritto al rispetto dei beni; la seconda norma, contenuta nella seconda frase del primo paragrafo, riguarda la privazione dei beni a certe condizioni; la terza norma, nel secondo paragrafo, riconosce che gli Stati Contraenti hanno il diritto, tra l'altro, di controllare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale ... Tali norme non sono "distinte" nel senso che non hanno un legame tra loro: la seconda e la terza norma, relative a particolari casi di ingerenza nel diritto al rispetto dei beni, devono essere interpretate alla luce del

afferma che «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'individuo⁴⁹ – talché, – in particolare, deve sussistere un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati ed il fine che si cerca di realizzare con qualsivoglia misura applicata dallo Stato, comprese le misure che privano una persona dei suoi beni»⁵⁰.

Da quanto sopra – secondo il rimettente – consegue che la mancata previsione di un contraddittorio procedimentale anteriormente all'adozione di un avviso di accertamento che, di per sé, è suscettibile di incidere gravemente sulla posizione del contribuente (sia per l'entità delle sanzioni e degli interessi che si aggiungono al maggior imponibile accertato, sia per la circostanza dell'immediata

principio contenuto nella prima norma» (v. Corte europea dei diritti dell'uomo, *James e altri c. Regno Unito*, 21 febbraio 1986, Serie A n. 98, che in parte ripete i termini della tesi della Corte in *Sporrong e Lonnroth c. Svezia*, 23 settembre 1982, Serie A n. 52, p. 24; v. anche *The Holy Monasteries c. Grecia*, 9 dicembre 1994, Serie A n. 301-A; [GC], *Iatridis c. Grecia*, ricorso n. 31107/96; [GC], *Beyeler c. Italia*, ricorso n. 33202/96).

⁴⁸ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, [GC], *Scordino c. Italia*, sentenza del 29 marzo 2006, ricorso n. 36813/97.

⁴⁹ In particolare, secondo la Corte, *la preoccupazione – del legislatore – di conseguire tale equilibrio si riflette nella struttura dell'Articolo 1, visto nella sua interezza, e che comprende quindi la seconda frase che deve essere letta alla luce del principio generale enunciato nella prima frase.*

⁵⁰ V. anche Corte europea dei diritti dell'uomo, *Pressos Campania Naviera S. A. e altri c. Belgio*, 20 novembre 1995, Serie A n. 332; [GC], *Ex-Re di Grecia e altri c. Grecia*, ricorso n. 25701/94; *Sporrong e Lonnroth c. Svezia*. Sul punto si veda altresì P. PISTONE, *Diritto tributario europeo*, Torino, 2018, p. 89, ove la precisazione secondo cui – tenuto conto della giurisprudenza della Corte EDU – la protezione del diritto di proprietà, che deve trovare un equo contemperamento rispetto all'interesse fiscale, esige comunque il rispetto del principio di proporzionalità nell'attuazione del prelievo. Al riguardo si veda pure L. SABBÌ, *Imposizione tributaria e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in C. SACCHETTO (a cura di), *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, Torino, 2011, p. 64 ss., ove però si sottolinea che la giurisprudenza della Corte EDU, in ordine alla tutela del diritto al godimento della proprietà, riconosce un'ampia discrezionalità alle autorità nazionali nel contemperare i diritti del singolo rispetto all'interesse fiscale.

esecutività connessa al titolo), appare dunque violare il citato necessario rapporto di proporzionalità imposto dall'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 alla CEDU⁵¹.

Infatti, mentre avvisare il contribuente dell'imminente emissione di un provvedimento di tal genere, indicando le motivazioni e ad esso assegnando un termine ragionevole per giustificarsi (come quello previsto dall'art. 12 co. 7, dello Statuto del contribuente), non comporterebbe alcun significativo aggravio per l'attività degli uffici, dall'altra parte, non riconoscere questa prerogativa al contribuente rischierebbe di dar luogo ad una pretesa fiscale, per di più aggravata dalle relative sanzioni, tale da compromettere il diritto al rispetto dei beni, vieppiù alterando il giusto equilibrio tra le esigenze di interesse generale e gli imperativi di salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo⁵². Ciò vale, tanto più, quanto più si considera che le misure amministrative o repressive consentite da una normativa nazionale non devono eccedere i limiti di quanto è necessario al conseguimento degli scopi legittimamente perseguiti da tale normativa⁵³. Da quanto sopra – sempre secondo i giudici siracusani – il canone di proporzionalità, che assurge a principio generale nell'ordinamento comunitario, come accennato applicabile anche all'area dei tributi e delle sanzioni non armonizzate, appare violato dalle previsioni normative in materia di accertamento sopra richiamate, perché l'assenza del contraddittorio anteriormente all'emissione di un atto destinato in breve tempo a divenire titolo

⁵¹ Peraltro, come già osservato, la ricostruzione della portata dell'art. 1 del Primo Protocollo addizionale sembra confermare che l'esigenza di tutela della proprietà possa declinarsi anche nei rapporti tra contribuente ed ente impositore (e non solo nei confronti dello Stato che ha il potere di emanare norme impositive). Cfr. R. CORDEIRO GUERRA, *Diritto tributario internazionale. Istituzioni*, Padova, 2012, p. 146.

⁵² E peraltro la stessa Corte di giustizia afferma che in materia di sanzioni gli Stati membri sono tenuti a rispettare il principio di proporzionalità, conformemente ai principi generali del diritto comunitario, e ciò – vale la pena sottolineare – anche in mancanza di un'armonizzazione europea delle sanzioni applicabili (v. Corte di giustizia dell'Unione europea, cause C-255/14, 16 luglio 2015; C-430/05, *Ntioniik e Pikoulas*, EU:C:2007:410, punto 53; C-210/10, *Urban*, EU:C:2012:64, punto 23).

⁵³ V. Corte di giustizia dell'Unione europea, *Ntioniik e Pikoulas*, cit., punto 54; *Urban*, cit., punti 24 e 53.

esecutivo, potendo dar luogo all'espropriazione dei beni del contribuente, concretizza un intervento sproporzionato rispetto ai fini perseguiti⁵⁴. Sicché lo Stato – prosegue il giudice *a quo* – laddove, attraverso simili previsioni, pregiudica in maniera sostanziale la situazione finanziaria dei contribuenti, ciò finisce per fare in maniera del tutto irragionevole, tale da determinare la violazione dell'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 alla CEDU⁵⁵.

Sul punto, però, sia consentito osservare che l'art. 1 del Primo Protocollo in discorso è generalmente ritenuto affermare una garanzia di tipo materiale e non anche di tipo formale, come invece – in maniera del tutto originale – par di capire supponga il remittente⁵⁶, talché sembra ardito prospettare la violazione del diritto di proprietà ad opera delle norme sul procedimento scrutinate⁵⁷.

In altri termini, in ipotesi, l'irragionevole – perché dimentica del principio di proporzionalità dei mezzi rispetto al fine – previsione della norma procedimentale in tema di accertamento (es., art. 12, co. 7) determina semmai, anzitutto, un'irragionevolezza del procedimento amministrativo (di attuazione di una norma sostanziale, viceversa non sospettata d'irragionevolezza), cui consegue, dappoi, l'effetto

⁵⁴ Si noti peraltro che il margine di discrezionalità che connota l'esercizio – da parte dello Stato – del proporzionato bilanciamento sopra citato (tra esigenze tutela del diritto di proprietà del contribuente e riconoscimento dell'interesse generale a imporre tributi), pare suscettibile di essere diversamente apprezzato laddove il debito d'imposta sia, o meno, divenuto definitivo. Nel senso che, laddove il debito d'imposta non sia ancora divenuto definitivo (ovvero non sia stato ancora sottoposto a verifica giudiziale), pare opportuno interpretare restrittivamente il margine di discrezionalità con cui deve scrutinarsi, in concreto, il bilanciamento in oggetto, ovvero la proporzionalità dell'azione.

⁵⁵ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Imbert de Tremiolles c. Francia*; *Buffalo Srl en liquidation c. Italia*.

⁵⁶ Per la distinzione fra diritti fondamentali a carattere materiale, che incidono sulla sfera giuridica del soggetto, e diritti fondamentali a carattere formale, che incidono – specie per quanto riguarda la nostra materia – sulle modalità di attuazione del procedimento e del processo, si veda, di recente, anche PISTONE, *Diritto tributario europeo*, cit., p. 14 s.

⁵⁷ Difatti la maggior parte delle sentenze della Corte EDU rese sul tema affronta la questione – nella dimensione sostanziale – della misura dell'imposizione, ovvero della retroattività della stessa, di tal guisa censurando ipotesi di tassazione di tipo confiscatorio.

(«materiale») di un prelievo «sproporzionato». Talché, pare a chi scrive che l'effetto (ultimo) dell'irragionevolezza del prelievo – in ipotesi tutta da dimostrare, nella dimensione sostanziale, sotto il profilo della violazione del principio di proporzionalità rispetto alla garanzia della proprietà – non possa giustificare il ricorso al predetto parametro di scrutinio (relativo alla dimensione materiale) al solo scopo di censurare una norma procedimentale senza, prima di ciò, aver anche dimostrato la violazione (da parte della norma procedimentale) di una qualche norma fondamentale di garanzia di tipo formale⁵⁸. Insomma, la sovrapposizione dei «piani di garanzia» (materiale e formale) fatta dal remittente pare aver indotto lo stesso nell'equivoco consistente nella ritenuta supposta violazione di una garanzia materiale ad opera di una norma, procedimentale, come tale indirizzata a dare attuazione ad una (altra) norma sostanziale che, invero, il remittente non si è peritato di censurare rispetto alla garanzia materiale (diritto di proprietà) invocata.

3.2. *L'art. 6 CEDU.* – Abbandonata la dimensione materiale, il remittente si concentra sull'esame di compatibilità delle norme scrutinate rispetto a talune garanzie, di tipo formale, proclamate dalla CEDU.

Più in dettaglio, il giudice *a quo* ritiene violato l'art. 6 della medesima Convenzione laddove esso afferma il principio dell'equo

⁵⁸ Si noti infatti che, se anche il principio di proporzionalità ha talvolta consentito di censurare norme (sostanziali) recanti presunzioni assolute in materia tributaria, la mancata previsione del diritto al contraddittorio preventivo non impedirebbe comunque al contribuente – quanto meno in linea di principio – di esporre le sue ragioni in ordine alla applicazione della norma tributaria nella dimensione sostanziale. Sul principio di proporzionalità in chiave comunitaria si veda BORIA, *Diritto tributario europeo*, cit., p. 295 ss.

processo⁵⁹ che, appunto, risulterebbe offeso dalla lettura dal diritto vivente fatta rispetto all'art. 12 in discorso⁶⁰.

Difatti, sebbene l'art. 6 CEDU non contenga alcun esplicito riferimento ai giudizi tributari, tradizionalmente esclusi perché non rientranti nel novero dei giudizi civili o penali⁶¹, come noto, l'esigenza di garanzia processuale che tale norma mira a realizzare deve estendersi anche al giudizio tributario nel quale si faccia valere una pretesa – ancorché per opera dell'amministrazione finanziaria – dinanzi al giudice speciale tributario, come dimostrano alcune pronunce della Corte EDU⁶². A tale riguardo, in particolare, la Corte

⁵⁹ A mente dell'art. 6 CEDU: «ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un Tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti».

⁶⁰ Sul più generale tema dei rapporti fra giusto processo, CEDU e diritto tributario si vedano altresì, senza pretesa di esaustività, L. DEL FEDERICO, *I principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo in materia tributaria*, in *Riv. dir. fin. e sc. fin.*, 2010, p. 206 ss.; ID., *Tutela del contribuente ed integrazione giuridica europea*, Milano, 2010, pp. 28-47; A. MARCHESELLI, *Il giusto processo tributario in Italia. Il tramonto dell'interesse fiscale?*, in *Dir. prat. trib.*, I, 2001, p. 793 ss.; A.A. FERRARIO, *La Convenzione europea dei «diritti dell'uomo» e il diritto tributario*, in *Dir. prat. trib.*, II, 2002, p. 227 ss.; F. GALLO, *Verso un «giusto processo tributario»*, in *Rass. trib.*, 2003, p. 11 ss.; ID., *Quale modello processuale per il processo tributario?*, in *Rass. trib.*, 2011, p. 11 ss.; P. RUSSO, *Il giusto processo tributario*, in *Rass. trib.*, 2004, p. 11 ss.; F. TESAURO, *Giusto processo e processo tributario*, in *Rass. trib.*, 2006, p. 11 ss.; L. PERRONE, *Diritto tributario e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rass. trib.*, 2007, p. 675 ss.; J. MALHERBE, *L'equo procedimento in materia fiscale: principio generale ovvero garanzia nell'ambito dell'armonizzazione*, in AA.VV., *Per una costituzione fiscale europea*, a cura di A. Di Pietro, Padova, 2008, p. 249 ss.; A. GIOVANNINI, *Il Diritto tributario per principi*, Milano, 2014, p. 196 ss.

⁶¹ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, [GC], *Ferrazzini v. Italy*, 12 luglio 2001, ricorso n. 44759/98, su cui S.F. COCIANI, *Può il processo tributario essere giusto?*, in L. CASSETTI (a cura di), *Archivio di diritti-cedu.unipg.it (2010-2015)*, Perugia, 2015, p. 678 ss.

⁶² V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Editions Periscope v. France*, 26 marzo 1992, ricorso n. 11760/85; *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Building Society v. the United Kingdom*, 23 ottobre 1997, ricorsi n. 21319/93, 21449/93 e 21675/93; *SA Cabinet Diot et Gras Savoye c. France*, decisione sull'ammissibilità.

ritiene sussumibili sotto l'art. 6, par. 1⁶³, le controversie che abbiano ad oggetto l'irrogazione di sanzioni tributarie, le quali, pur di natura amministrativa, sono caratterizzate da una finalità, deterrente e punitiva allo stesso tempo, che consente di attribuire loro, ai fini dell'applicazione dei principi del giusto processo, natura genericamente (e sostanzialmente) «penale»⁶⁴.

Conseguentemente, nei giudizi – come quello *a quo* – nei quali la contestazione investe sia la pretesa fiscale sostanziale sia le sanzioni, la presenza di quest'ultimo profilo d'impugnazione consente di invocare le garanzie previste dall'art. 6, par. 1, CEDU⁶⁵.

A quanto sopra, aggiungasi che – come puntualmente osserva la CTP di Siracusa richiamando l'ordinanza della CTR Toscana 18 gennaio 2016, n. 736/1/15, più in alto ricordata – in tema di rapporto

⁶³ controversie sulla «fondatezza di ogni accusa penale».

⁶⁴ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, [sez. I], *Janosevic v. Sweden*, 23 luglio 2002, ricorso n. 34619/97; [sez. I], *Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic c. Sweden*, ricorso n. 36985/97. Sul punto si veda altresì, la decisione della Grande sezione, *Jussila v. Finland* 23 novembre 2006, ricorso n. 73053/01, ove la Corte, dato atto dell'impossibilità di tenere distinte all'interno di un procedimento le parti che riguardano la contestazione delle imposte da quelle che concernono la contestazione delle sanzioni, ammette che le regole del giusto processo devono potersi invocare in tutti quei giudizi tributari nei quali sia presente un aspetto sanzionatorio, pure se l'impugnazione necessariamente coinvolga anche l'aspetto attinente alla determinazione dell'imposta. Cfr. S.F. COCIANI, *Sanzioni tributarie e garanzie processuali*, in CASSETTI (a cura di), *Archivio di diritti-cedu.unipg.it (2010-2015)*, cit., p. 685 ss. Analogamente, nel caso *Cecchetti c. San Marino*, (9 aprile 2013, ricorso n. 40174/08), la Corte ha ritenuto applicabile l'art. 6 nel suo aspetto penale in relazione ad una condanna al pagamento di una porzione di tassa non pagata e della relativa sanzione (peraltro estremamente modesta).

⁶⁵ Peraltro, già in passato la giurisprudenza della Corte EDU (seppur in materia diversa da quella tributaria) aveva chiaramente affermato che, qualora lo Stato abbia previsto la possibilità di ricorrere all'autorità giudiziaria contro un qualche provvedimento autoritativo, reso dalla pubblica amministrazione, in materia di pubblico impiego (e che dunque, come tale, sarebbe sottratto a qualsiasi sindacato giurisdizionale), allora il relativo giudizio dovrà in ogni caso svolgersi nel rispetto delle regole dell'equo processo. V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Vilho Eskelinen ed altri c. Fin.*, 2009, su cui F. CRISAFULLI, *CEDU e giusto processo tributario*, relazione al Convegno: «Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e giusto processo tributario» tenutosi il 5 e 6 maggio 2011 presso l'Università di Chieti-Pescara, p. 13 del dattiloscritto.

tra attività istruttoria degli uffici e successivo processo tributario, di fatto, l'istruttoria fiscale è affidata quasi esclusivamente all'amministrazione finanziaria⁶⁶. Di conseguenza, gli indizi raccolti dall'amministrazione svolgono un ruolo decisivo e producono effetti identici a quelli propri di un'istruttoria giudiziaria, talché, conseguentemente, il contraddittorio amministrativo appare dunque essenziale a garantire il diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost.

In via di ulteriore conseguenza – sviluppando la prospettazione del rimettente – s'impone quindi che le parti processuali si collochino su un piano, se non di compiuta parità, almeno «in condizioni di parità» – stante la parità assertoria che si ritiene debba sussistere, (almeno) nel processo tributario, tra fisco e contribuente⁶⁷ – di guisa che il processo risulti «giusto», così come prescrive l'art. 111 Cost.⁶⁸ che, per parte sua, chiaramente s'ispira all'art. 6 CEDU, vieppiù recepita dall'art. 6 TUE (così come modificato dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007)⁶⁹, con l'effetto finale di porre il citato art. 6 CEDU sotto lo «scudo» degli artt. 11 e 117, co. 1, Cost.

Peraltro, se poi si osserva che nel processo tributario non sono ammessi giuramento e prova testimoniale⁷⁰, allora (nonostante le

⁶⁶ Che, ad esempio, raccoglie dichiarazioni di persone informate dei fatti. Dichiarazioni che possono compromettere l'esito del processo.

⁶⁷ Nel senso che le parti debbono essere poste in eguali condizioni nel momento in cui presentano al giudice le proprie posizioni, come pure nella dialettica che segue all'instaurazione del giudizio. In altri termini la parità assertoria si concretizza nella eguale possibilità, per ciascuna delle parti, di rappresentare in giudizio le proprie ragioni giuridiche e le proprie contrapposte posizioni. Cfr., seppur nell'ambito del diritto amministrativo, F. MERUSI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, p. 17.

⁶⁸ Introdotto dalla l. cost. 25 novembre 1999, n. 2.

⁶⁹ L'art. 6 TUE, così come modificato dal Trattato di Lisbona, infatti, al co. 2 afferma che: «L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali [...]»; e, al comma successivo, aggiunge che: «I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

⁷⁰ V. art. 7, co. 4, d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546. In proposito, si noti che la scelta di mantenere il divieto di prova testimoniale anche nel sistema del d.lgs. n. 546/1992 pare sostenuto dalla stessa giurisprudenza della Corte costituzionale (v.

aperture di taluna giurisprudenza⁷¹) le parti non sempre si trovano in condizioni di parità⁷². Difatti, poiché la commissione tributaria nemmeno può procedere a un'attività di acquisizione diretta⁷³, si ha che il giudice conosce delle dichiarazioni dei terzi solo attraverso i verbali degli organi accertatori – come tali difficilmente controvertibili dal privato (se non, appunto, a seguito di contraddittorio istruttorio) – e, al più, attraverso le dichiarazioni scritte prodotte dal contribuente⁷⁴ ma, in questo caso, con ben altra (minore) rilevanza⁷⁵.

Corte cost., 12 marzo 1998, n. 35, in *Rass. trib.*, 1998, p. 787, e Corte cost., 12 gennaio 2000, n. 18, in *Rass. trib.*, 2000, p. 557, con nota di P. RUSSO, *Il divieto di prova testimoniale nel processo tributario: un residuo storico che resiste all'usura del tempo*. E' ora appena il caso di osservare che nel processo amministrativo, così come riformato ad opera della l. n. 205/2000, sono ammessi tutti i mezzi di prova previsti dal c.p.c., con la sola esclusione dell'interrogatorio formale e del giuramento; sicché è dato osservare che il processo amministrativo, non meno influenzato di quello tributario dalla cura dell'interesse pubblico, risulta – per effetto della disciplina della prova sopra richiamata – maggiormente attento (rispetto a quello tributario) alla garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale.

⁷¹ V. la giurisprudenza più avanti citata.

⁷² Sul rapporto tra effettività della tutela giurisdizionale e libertà di prova, nel quadro del giusto processo, si vedano pure: E. MANZON, *Processo tributario e Costituzione. Riflessioni circa l'incidenza della novella dell'art. 111 Cost. sul diritto processuale tributario*, in *Riv. dir. trib.*, I, 2001, p. 1095 ss.; A. GARCEA, *La giurisdizione delle Commissioni tributarie ed i principi del «giusto processo»*, in *Dir. prat. trib.*, I, 2001, p. 474 ss.; MARCHESELLI, *Il giusto processo tributario in Italia*, cit., p. 793 ss.; P. RUSSO, *Il giusto processo tributario*, in *Rass. trib.*, 2004, p. 11 ss.; G. ZIZZO, *Il regime delle prove e il giusto processo*, in *Rass. trib.*, 2013, p. 475 ss.

⁷³ V. art. 7, co. 1, d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546. Con riferimento alla disciplina dell'attività istruttorie nel processo tributario, è stato ritenuto che essa deriva dalle scorie della superata concezione del processo avanti le Commissioni tributarie, quale revisione di una istruttoria amministrativa, in vista di una preferibile definizione consensuale della controversia nel cui contesto la prova sarebbe raggiunta per effetto della presunzioni di legittimità dell'atto amministrativo impugnato. Cfr. G. TINELLI, *Istituzioni di diritto tributario. I principi generali*, Padova, 2016, p. 634.

⁷⁴ V. Cass., Sez. trib., 10 febbraio 2006, n. 2940, secondo cui, proprio in attuazione dei principi del giusto processo, il contribuente può introdurre in giudizio dichiarazioni di terzi rese in sede extraprocessuale (sotto forma di dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà) cui, però, è riconosciuto il valore probatorio proprio

Pertanto, il giudice *a quo* ritiene che la sancita impossibilità che le persone «informate dei fatti» siano udite nell'ambito della procedura contenziosa, con le garanzie del contraddittorio⁷⁶, renda necessaria una garanzia (almeno) nella fase amministrativa in cui le dichiarazioni di queste persone sono raccolte e documentate. Invero a questo riguardo, come rileva lo stesso remittente, la giurisprudenza europea ha spesso affermato il principio che i diritti della difesa sono limitati – in modo incompatibile con le garanzie dell'art. 6 CEDU – quando una decisione si basa, unicamente o in misura determinante, su deposizioni rese da una persona che l'imputato non ha potuto interrogare o fare interrogare né nella fase istruttoria né durante il dibattimento⁷⁷.

D'altra parte, come non manca di rilevare la medesima CTP di Siracusa, con la sentenza della Corte EDU del 21 febbraio 2008, caso *Ravon e altri c. Francia*⁷⁸, in tema di perquisizioni domiciliari per

degli atti indiziari, liberamente valutabili dal giudice tributario. Analogamente, Cass., 21 aprile 2008, n. 10261, e Cass., 27 marzo 2013, n. 7707.

⁷⁵ Ovvero con rilevanza meramente indiziaria, non potendo cioè costituire il fondamento unico della decisione del giudice. V., Cass. civ., sez. trib., 16 luglio 2014, n. 16223; 7 febbraio 2013, n. 2916; 30 settembre 2011, n. 20032. Cfr. G. CIPOLLA, *La prova tra procedimento e processo tributario*, Padova, 2005, p. 426 ss.

⁷⁶ D'altro canto, in dottrina, da tempo si osserva che, anche indipendentemente dal ricorso a informazioni testimoniali, la particolare complessità del fatto controverso può imporre iniziative conoscitive nell'ambito delle quali dovrebbe essere garantito il diritto al contraddittorio (cfr. TINELLI, *Istituzioni di diritto tributario. I principi generali*, cit., p. 636), tanto più se dalle limitazioni probatorie cui il contribuente è soggetto discenda poi, oltre all'applicazione di una maggiore imposta, anche l'irrogazione delle relative sanzioni tributarie (penali o amministrative che siano). In tal senso anche DEL FEDERICO, *I principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo in materia tributaria*, cit., p. 206 ss.

⁷⁷ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *A.M. c. Italia*, 14 dicembre 1999; *Bracci c. Italia*, 13 ottobre 2005; *Cipriani c. Italia*, 9 febbraio 2006; *Ogaristi c. Italia*, 18 maggio 2010. Infatti, le prove devono essere assunte nel contraddittorio tra le parti e l'art. 6, parr. 1 e 3 lett. d), richiede che il presunto autore dell'illecito abbia un'adeguata e sufficiente occasione per contestare una testimonianza a carico e di interrogarne l'autore (Corte europea dei diritti dell'uomo, *El Haski c. Belgique*, 25 settembre 2012, ricorso n. 649/08). Sul punto anche CORDEIRO GUERRA, *Diritto tributario internazionale. Istituzioni*, cit., p. 151, ove riferimenti, il quale definisce anacronistiche le limitazioni al diritto di prova del contribuente sopra richiamate

⁷⁸ V. ricorso n. 18497/03. Cfr. S. MULEO, *L'applicazione dell'art. 6 CEDU anche all'istruttoria tributaria a seguito della sentenza del 21 febbraio 2008 della*

verifiche fiscali, si precisa che la possibilità di tutela una differita – pur consentita dall’ordinamento francese mediante l’impugnazione degli atti successivi, del tutto similmente a quanto avviene nell’ordinamento italiano – risulta chiaramente insufficiente ad assicurare una tutela effettiva.

Da quanto sopra consegue che il contraddittorio endoprocedimentale pare certamente idoneo a meglio considerare sia il rispetto del diritto di difesa, sia il principio del giusto processo laddove, all’interno della disciplina del contenzioso tributario, è possibile rintracciare disposizioni che, per limitare significativamente il perimetro dell’approfondimento probatorio, ingiustamente, sembrano trascurare i principi garantiti dall’art. 6 CEDU⁷⁹.

Al riguardo, è possibile sin da ora osservare che la traiettoria interpretativa sul punto espressa dal giudice *a quo* si pone in linea di continuità con i più recenti indirizzi giurisprudenziali che, come noto, estendono la tutela dei diritti formali, oltre il processo, sino cioè a comprendere anche il procedimento⁸⁰. Difatti, il diritto di difesa deve essere garantito riguardo a tutte quelle misure – specie se

Corte Europea dei Diritti dell’Uomo nel caso Ravon e altri c. Francia e le ricadute sullo schema processuale vigente., in *Riv. dir. trib.*, IV, 2008, p. 198 ss.; S. MULEO - L. DEL FEDERICO - M. BASILAVECCHIA, *Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e indagini fiscali*, in *Dial. trib.*, n. 4, 2009, p. 381 ss.; BODRITO ET AL. *Giusto processo e riti speciali*, Milano, 2009, p. 319 ss.; S.F. COCIANI, *L’applicabilità della CEDU agli atti istruttori d’indagine in materia tributaria*, in CASSETTI (a cura di), *Archivio di diritti-cedu.unipg.it (2010-2015)*, cit., p. 696 ss.

⁷⁹ E ancora, si osservi che le limitazioni probatorie sopra viste nella fase processuale, per effetto dell’estensione della giurisdizione delle commissioni tributarie a tutte le controversie aventi ad oggetto tributi – e quindi anche a quelle controversie che, in passato, erano devolute alla cognizione del giudice ordinario nel contesto di un processo caratterizzato per la più ampia disponibilità di mezzi di prova (ad es., in materia di accise) – se da un lato ha l’effetto di ridurre i margini di tutela in sede giurisdizionale per tali controversie, dall’altro rende ancora più evidente la necessità di rimediare a tale (ingiustificata) limitazione attraverso il riconoscimento, in sede amministrativa, del diritto al contraddittorio.

⁸⁰ V. Corte di giustizia dell’Unione europea, causa C-349/07, *Sopropé*, 18 dicembre 2008; cause C-129/13 e C-130/13, *Kamino International*, 3 luglio 2014; causa C-276/16, *Prequ’ Italia*, 20 dicembre 2017. V. Corte europea dei diritti dell’uomo, *Imbrioscia*, 24 novembre 1993, ricorso n. 13972/88; *Janosevic*, 23 luglio 2002, ricorso n. 34619/97; *Ravon*, 21 febbraio 2008, ricorso n. 18497/03.

immediatamente esecutive – che risultano in grado di incidere sulla sfera giuridica dell'interessato. In altri termini, sussiste il diritto a una tutela in sede giurisdizionale anche riguardo all'esercizio dei poteri da parte dell'amministrazione finanziaria all'interno del procedimento tributario, giacché la relativa potestà deve essere esercitata nel rispetto delle regole dello Stato di diritto e dei principi fondamentali del diritto dell'Unione europea. Talché, come osservato, può affermarsi che non esiste in materia tributaria un giusto processo senza un'effettiva protezione del diritto al giusto procedimento⁸¹.

Pertanto – e conclusivamente sul punto specifico – correttamente il remittente rileva come, dalla giurisprudenza sopra richiamata, la natura afflittiva delle sanzioni tributarie, oltre a rendere applicabili le garanzie del giusto processo ai relativi giudizi avanti al giudice speciale, conduce altresì a un'equiparazione, in punto di tutela, tra la dimensione processuale e quella procedimentale, nel senso che – anche nella fase amministrativa – i poteri dell'a.f. non possono essere esercitati in guisa tale da violare i diritti che, in ogni caso, spettano al contribuente nella (successiva) fase processuale⁸².

3.3. *Il principio generale della ragionevolezza e la necessità di un accorto bilanciamento tra l'interesse fiscale e l'esigenza di un'effettiva garanzia dei diritti del contribuente (quanto meno in tutti quei procedimenti ove è prevista l'irrogazione di sanzioni).* – Ancora, la CTP di Siracusa rileva come debba ritenersi incompatibile con le disposizioni della Convenzione sopra esaminate (artt. 1 e 6) la

⁸¹ Cfr. PISTONE, *Diritto tributario europeo*, cit., p. 95 ss., secondo cui procedimento tributario e processo tributario sono intrinsecamente collegati in guisa tale che non è possibile realizzare livelli effettivi di giustizia tributaria senza tener conto delle vicende del procedimento tributario. E, ancora, la protezione del diritto al giusto procedimento ricomprende altresì ogni attività inerente all'attuazione del prelievo tributario, anche quando essa sia svolta anteriormente all'emanazione di atti da parte dell'a.f., fino al momento in cui il rapporto inerente il pagamento del tributo assume carattere definitivo per effetto di una pronuncia emessa in sede giudiziale e anche in mancanza della stessa.

⁸² In senso analogo si veda pure CORDEIRO GUERRA, *Diritto tributario internazionale. Istituzioni*, cit., p. 154.

circostanza che il procedimento *a quo* si sia concluso, in assenza di contraddittorio, mediante l'emissione di un atto destinato a diventare titolo esecutivo (anche con riferimento alle sanzioni) dopo un ristretto lasso di tempo dalla sua notifica. Ora – osserva il remittente – è pur vero che la Corte EDU ha più volte ritenuto che né l'art. 6 né altre disposizioni della Convenzione escludono di per sé che delle misure di esecuzione siano adottate prima che le decisioni relative alle maggiorazioni di imposta siano divenute definitive, tuttavia la Corte ha altresì sottolineato che, poiché una tale rapida esecuzione può comportare conseguenze gravi per l'interessato (fino all'espropriazione dei beni), gli Stati sono tenuti a non ricorrere a tali misure di esecuzione se non nei limiti della ragionevolezza, cercando di garantire un corretto bilanciamento tra gli interessi in gioco⁸³. E quanto sopra è ancora più importante nei casi in cui le misure di esecuzione sono state adottate sulla base di decisioni dell'amministrazione finanziaria, ossia ancora prima che un tribunale abbia deciso sulla legittimità delle maggiorazioni in questione.

In proposito, l'interesse finanziario dello Stato, che in principio gode di un peso importante nel bilanciamento tra gli interessi in gioco tenuto conto della necessità di assicurare l'effettività del sistema di imposizione, non possiede la stessa portata nel campo delle sanzioni. Infatti, nonostante tali sanzioni possano costituire somme notevoli, esse non sono concepite come fonte di finanziamento del sistema ma – come noto – hanno funzione deterrente e afflittiva. Di conseguenza, se da una parte l'interesse finanziario può giustificare l'applicazione da parte dello Stato di regole standardizzate e di presunzioni legali (relative) al fine di accertare l'ammontare delle imposte da pagare e delle relative maggiorazioni, dall'altra parte questo stesso interesse può non legittimare, di per sé, l'esecuzione immediata delle sanzioni tributarie.

Ebbene, applicando il remittente tali principi alla problematica in esame, esso conclude che risulta violato il prescritto canone di ragionevolezza, ben potendo un procedimento tributario, svolto in

⁸³ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Janosevic c. Suede*, ricorso n. 34619/97; *Västberga Taxi Aktiebolag et Vulic c. Suede*, ricorso n. 36985/97.

assenza di contraddittorio, terminare con un titolo esecutivo che, a sua volta, consente di avviare l'espropriazione dei beni del contribuente.

Per parte nostra, sul punto specifico, è possibile annotare che il rapporto Stato-contribuente, anche nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, si caratterizza per un'ontologica diversità delle posizioni giuridiche dei due termini della relazione, ancorché le prerogative di ciascuna delle parti stesse siano (seppur diversamente) tutelate. Ne consegue che l'esigenza di un accorto bilanciamento delle rispettive posizioni – anche nella giurisprudenza – è certamente determinante, specie in chiave di tutela del contribuente. Tuttavia, non può non osservarsi come la stessa giurisprudenza abbia spesso messo in luce come tale bilanciamento non possa limitare il diritto del singolo Stato di legiferare discrezionalmente. E, peraltro, va opportunamente considerato come la medesima giurisprudenza riserva a se stessa un ampio margine di apprezzamento al fine di garantire a uno Stato, nel proprio sistema nazionale, di legiferare discrezionalmente⁸⁴. Pertanto, con una certa cautela sembra debba essere riguardato il profilo da ultimo sollevato dal rimettente⁸⁵, pur potendo tale profilo essere proficuamente inquadrato nell'ambito delle questioni sollevate con riferimento all'art. 6, par. 1, CEDU⁸⁶ (su cui, *retro*, al paragrafo che precede).

⁸⁴ In senso analogo si veda SABBI, *Imposizione tributaria e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 77, ove riferimenti.

⁸⁵ Da ultimo, è appena opportuno osservare che nel caso giurisprudenziale sul punto richiamato dal rimettente, la Corte EDU, verosimilmente, avrebbe potuto risultare condizionata – nel suo discrezionale apprezzamento – dall'esito, esiziale, che ha interessato il contribuente, come noto dichiarato fallito a seguito del rigetto dell'appello, da parte del Tribunale amministrativo di Stoccolma, in merito alla decisione con cui le autorità fiscali svedesi avevano negato la sospensione cautelare del provvedimento impositivo (con il quale erano pure state irrogate le relative sanzioni amministrative). V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Janosevic c. Suede*, ricorso n. 34619/97.

⁸⁶ Che, come noto, tutela il diritto di agire in giudizio avanti un giudice indipendente e imparziale, nonché il diritto alla ragionevole durata del relativo processo.

3.4. *Il principio generale del giusto processo di cui all'art. 111 Cost.* – Da ultimo, la CTP di Siracusa richiama altra giurisprudenza di merito⁸⁷ secondo cui, anche a prescindere dalla ormai certa applicabilità dell'art. 6 CEDU alle ipotesi (come quella di cui al giudizio *a quo*) in cui nel processo tributario si discute anche dell'applicazione di sanzioni, non importa se qualificate quali penali o amministrative dall'ordinamento interno⁸⁸, in ogni caso la Convenzione impatta egualmente sui processi tributari italiani, attraverso il principio di eguaglianza e la portata generale dell'art. 111 Cost.

Difatti, secondo il remittente, proprio alla luce di quest'ultima disposizione, l'acquisizione di elementi di prova nel corso dell'istruttoria presso gli uffici dell'amministrazione finanziaria, in carenza di contraddittorio, è suscettibile di pregiudicare un'efficace difesa da parte del contribuente nella successiva fase processuale, con conseguente compromissione del principio della parità delle armi, e quindi del «giusto processo» di cui all'art. 111 Cost. predetto, la cui applicazione (anche) al processo tributario è fuori discussione.

E peraltro, come da ultimo osserva il giudice *a quo*, l'assenza di un pieno contraddittorio nella fase amministrativa comporta, nella migliore delle ipotesi, uno spostamento del contraddittorio stesso nella fase processuale, tanto da poter determinare un irragionevole ampliamento dei tempi di durata del processo, finendo così col vulnerare il canone fondamentale tutelato dall'art. 6 CEDU e dall'art. 111 Cost.

4. *Le questioni sollevate.* – In definitiva la CTP di Siracusa, alla luce degli argomenti di cui sopra si è dato sinteticamente conto, ha quindi rilevato un contrasto tra le norme interne⁸⁹ – nella parte in cui

⁸⁷ V. C.T.P. di Reggio Emilia, ord. n. 280/3/2014, 23 settembre 2014.

⁸⁸ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Jussila v. Finlandia*, 23 novembre 2006, anche in *Rass. trib.*, 2007, p. 228, con nota di M. GREGGI, *Giusto processo e diritto tributario europeo: la prova testimoniale nell'applicazione della Cedu (il caso Jussila)*.

⁸⁹ Si tratterebbe degli artt. 32, 39, 42, d.P.R. n. 600/1973, e 12 Statuto del contribuente.

queste non prevedono l'instaurazione di alcun contraddittorio con il contribuente prima dell'emissione di un avviso di accertamento – e quelle convenzionali. E poiché tale contrasto, da un lato, non sarebbe superabile in via interpretativa e, dall'altro, riguarderebbe norme (quelle convenzionali) che, come noto, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo, assumono la funzione di «norme interposte» tra quelle ordinarie e la Costituzione (specie laddove questa, all'art. 117, co. 1, prevede che la potestà legislativa sia esercitata dallo Stato nel rispetto degli obblighi internazionali⁹⁰), la CTP di Siracusa ha conseguentemente ritenuto di sollevare la relativa questione di costituzionalità per violazione dell'art. 117 Cost.⁹¹.

Peraltro il remittente, avendo altresì rilevato un contrasto tra le medesime disposizioni prima richiamate e taluni principi costituzionali, così come espressi, direttamente, negli artt. 3, 24, 53 e 111 Cost., ha parimenti sollevato le relative questioni.

A quest'ultimo riguardo, in particolare, il remittente ha ritenuto non del tutto persuasiva l'obiezione secondo cui laddove il contraddittorio non è espressamente previsto dalla legge (ad es., nel caso di verifiche svolte in ufficio), ciò è spiegato in ragione della circostanza secondo cui è il contribuente che ha direttamente fornito i documenti ai verificatori e quindi, in fondo, un qualche contraddittorio c'è comunque già stato, seppur per implicito.

Senonché una tale giustificazione – osserva perspicuamente il remittente – non coprirebbe l'intera gamma delle possibili circostanze di fatto. Basti pensare al caso di verifica a carico di un contribuente sulla base di documenti reperiti presso altro soggetto, ovvero da quest'ultimo forniti ai verificatori, ancorché dietro loro richiesta. Ancora, basti pensare al caso – come quello di cui al giudizio *a quo* – in cui il ricorrente, dopo aver ricevuto un invito di comparizione

⁹⁰ Quale l'obbligo assunto con l'adesione alla CEDU, ratificata e posta in esecuzione con l. 4 agosto 1955, n. 848.

⁹¹ Al riguardo, come noto, la Corte costituzionale, a partire dalle celebri «sentenze gemelle» nn. 348 e 349 del 2007, ha precisato che, qualora sussista un conflitto insanabile tra una norma interna e una disposizione della CEDU, il giudice deve sottoporre alla Consulta la questione della incostituzionalità della norma interna; talché spetta al Giudice delle leggi la competenza, esclusiva, a dichiarare l'incostituzionalità della norma interna e la sua abrogazione.

assolutamente generico e volto a fornire delucidazioni in merito ad indagini bancarie già avviate, abbia prodotto documentazione dallo stesso ritenuta utile ma che, dopo essere stata dall'Ufficio esaminata, abbia poi consentito l'emissione di un avviso di accertamento proprio per quelle operazioni che il contribuente medesimo – stante la genericità dell'invito – non aveva ritenuto necessario giustificare.

5. *La posizione della Corte costituzionale in tema di giusto procedimento e di contraddittorio endoprocedimentale.* – Fin qui la posizione – articolata e compiutamente argomentata – del giudice *a quo*. Ora, considerata la (maggior) congruità – a parere di chi scrive – delle questioni sollevate con riferimento all'art. 6 CEDU, nonché all'art. 111 Cost., pare utile soffermarsi, seppur brevemente, a passare in rassegna gli argomenti che, sul punto specifico, la Corte costituzionale ha già espresso in passato in relazione al tema del giusto procedimento (tributario), in ipotesi quale *pendant* rispetto al principio del giusto processo. Al riguardo, tuttavia, non è possibile attingere alle più recenti pronunce della Consulta in *subiecta materia* perché – come già accennato – le ordinanze nn. 187, 188 e 189, tutte depositate in data 13 luglio 2017, dichiarano manifestamente inammissibili le questioni rispettivamente sollevate⁹² e, per l'effetto, in nessun modo entrano nel merito.

5.1. *La sentenza della Corte costituzionale n. 132/2015.* – Stante quanto sopra, pare allora opportuno risalire, a ritroso, alla precedente sentenza n. 132 del 2015 con cui la Corte costituzionale, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale in ordine all'art. 37-bis, co. 4, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 (come detto sollevata dalla Corte di cassazione in riferimento agli artt. 3 e 53 Cost.), svolge

⁹² V. CTR Toscana, ord. 18 gennaio 2016; CTP di Siracusa, ord. 17 giugno 2016; CTR Campania, ord. 6 maggio 2016.

alcune considerazioni in materia di contraddittorio preventivo in ambito tributario⁹³.

In proposito il Giudice delle leggi – in ordine ad alcuno degli argomenti sollevati dall'intervenuto Presidente del Consiglio dei ministri – dichiara anzitutto inconferente il richiamo fatto al principio del «giusto processo», così come introdotto dal novellato art. 111 Cost., giacché la questione sottoposta alla Corte non riguarda la nullità di un atto processuale, bensì quella di un atto impositivo. Quindi, in ordine all'eccezione proposta dall'intervenuto – secondo cui il giudice avrebbe il potere-dovere di conformarsi al diritto comunitario, per l'effetto disapplicando le norme interne che impediscono la piena applicazione delle norme dell'Unione europea – la Corte liquida la questione sia in base alla natura «non processuale» della norma denunciata, sia perché dall'origine comunitaria del principio generale che fa divieto dell'abuso del diritto non deriva, di per sé, l'incompatibilità con lo stesso diritto comunitario di una norma nazionale che prevede misure a garanzia del contraddittorio preventivo con il contribuente. Anzi, al contrario, la Consulta osserva che il rispetto dei diritti di difesa costituisce principio generale del diritto comunitario, che trova applicazione ogniqualvolta l'amministrazione si proponga di adottare nei confronti di un soggetto un atto per esso lesivo⁹⁴. E ancora, più avanti, lo stesso giudice delle leggi osserva che il procedimento amministrativo d'imposizione, così come previsto dall'art. 37-*bis* predetto, rivela in modo evidente la funzione di tutela effettiva demandata al contraddittorio preventivo. Talché la sanzione della nullità dell'atto conclusivo del procedimento

⁹³ Su cui si veda RAGUCCI, *Contraddittorio e "giusto procedimento" nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 477 ss.; ID., *Il principio del contraddittorio nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, cit., p. 1217 ss.; A. GIOVANNINI, *Contraddittorio anticipato, invalidità dell'atto impositivo e rilevanza d'ufficio dell'abuso del diritto*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 1182 ss.; A.E. LA SCALA, *L'effettiva applicazione del principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo tributario tra svolte ripensamenti e attese*, in *Riv. dir. fin. e sc. fin.*, 2015, p. 394 s.

⁹⁴ Con la conseguenza – afferma la Corte – che i destinatari di decisioni che incidono sensibilmente sui loro interessi devono essere messi in condizione di manifestare utilmente il loro punto di vista in merito agli elementi sui quali l'amministrazione intende fondare la propria decisione (*ex plurimis*, v. Corte di giustizia dell'Unione europea, causa C-349/07, *Sopropé*, 18 dicembre 2008).

assunto in violazione del termine stesso trova dunque ragione in una divergenza dal modello normativo che, lungi dall'essere qualificabile come meramente formale o innocua, o come di lieve entità, è invece di particolare gravità, in considerazione della funzione di tutela dei diritti del contribuente, della previsione presidiata dalla sanzione della nullità, e del fatto che la violazione del termine da essa previsto a garanzia dell'effettività del contraddittorio procedimentale impedisce il pieno svolgersi di tale funzione⁹⁵.

Tuttavia, è appena il caso di osservare che le considerazioni della Corte (la sentenza n. 132 risulta depositata in cancelleria in data 26 maggio 2015) sembrano iscriversi all'interno di un quadro secondo cui l'orientamento della giurisprudenza di legittimità – come premesso *retro* – era senz'altro più incline al riconoscimento di una *vis expansiva* rispetto alle garanzie affermate dall'art. 12, co. 7, dello Statuto, per non dire che la fattispecie di cui al relativo giudizio *a quo* riguardava esclusivamente l'applicazione di una norma interna che il diritto al contraddittorio preventivo del contribuente espressamente già prevede(va).

Diversamente, il caso di cui al giudizio oggetto dell'ordinanza in questa sede annotata – specie se letto alla luce della più volte richiamata sentenza delle Sezioni Unite del 9 dicembre 2015, n. 24823⁹⁶ – si colloca evidentemente al di fuori del contesto di riferimento assunto dalla sentenza n. 132/2015 in esame, talché (a

⁹⁵ Difatti – prosegue la Corte – la sanzione prevista dalla norma censurata non è dunque posta a presidio di un mero requisito di forma del procedimento, estraneo alla sostanza del contraddittorio, come assume la rimettente, ma costituisce invece strumento efficace e adeguato di garanzia dell'effettività del contraddittorio stesso, eliminando in radice l'avviso di accertamento emanato prematuramente. E peraltro la necessità che al contribuente sia consentito di partecipare al procedimento e la ragionevolezza della sanzione in caso di violazione del termine stabilito per garantire l'effettività di tale partecipazione, sono ancora più evidenti se si considerano le peculiarità dell'accertamento delle fattispecie elusive e il ruolo decisivo che in esso possono svolgere gli elementi forniti dal contribuente, in particolare in vista della valutazione che l'amministrazione è chiamata a compiere dell'esistenza di valide ragioni economiche sottese alle operazioni esaminate.

⁹⁶ Che, come osservato, rispetto alla sentenza n. 132/2015 assume una valenza marcatamente regressiva. Cfr. RAGUCCI, *Contraddittorio e "giusto procedimento"*, cit., p. 479.

prescindere da pur condivisibili auspici⁹⁷) pare prudente non riporre eccessive aspettative su quest'ultima pronuncia del Giudice delle leggi al fine di risolvere le questioni sollevate dalla CTP di Siracusa⁹⁸.

5.2. *La (risalente) giurisprudenza della Corte in tema di giusto procedimento.* – Rilevato quindi che la giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di contraddittorio preventivo, all'interno del procedimento amministrativo tributario, non sembra particolarmente utile ai fini che in questa sede interessano, non resta che volgere lo sguardo alla giurisprudenza – invero più risalente – resa in materia di «giusto procedimento amministrativo».

Peraltro, al riguardo, pare non inutile premettere che, pur essendo il procedimento d'imposizione obiettivamente differente rispetto a quello amministrativo *tout court*, in quanto (il primo) connotato da una evidente vincolatezza (come noto a motivo del principio della riserva di legge), mentre il procedimento amministrativo si caratterizza per una tendenziale discrezionalità, in tutti i casi, quanto meno nella prospettiva del contribuente, il procedimento tributario d'imposizione, almeno generalmente, si (può) concludere(re) con l'emanazione di un atto, a natura provvedimentoale, suscettibile di determinare effetti giuridicamente rilevanti in capo al destinatario, in questo non dissimilmente da quanto avviene nel diritto amministrativo, sebbene – in quest'ultimo caso – ciò avvenga all'esito di un procedimento nel quale può partecipare anche il c.d. «controinteressato»⁹⁹.

⁹⁷ A che la Corte costituzionale voglia preservare la coerenza sistematica della disciplina dei procedimenti tributari, nonché (voglia) contenere la giurisdizione di legittimità nei limiti propri della nomofilachia. Così RAGUCCI, *Contraddittorio e "giusto procedimento"*, cit., p. 480.

⁹⁸ Difatti è dato osservare che la sentenza della Cass. n. 24823/2015 nega che dalla sentenza della Corte cost. n. 132/2015 possa ricavarsi un contributo utile alla soluzione del problema che qui ci occupa.

⁹⁹ Per una ricostruzione del procedimento amministrativo tributario in termini di non necessaria contrapposizione tra contribuente e amministrazione, laddove quest'ultima è portatrice di un interesse pubblico (metaindividuale) e non suo proprio, si veda FRANSONI, *Discorso intorno al Diritto tributario*, cit., p. 142.

Pertanto, ritenendo che il procedimento amministrativo rispetto a quello tributario d'imposizione si ponga in un rapporto di genere a specie¹⁰⁰, sembra utile passare velocemente in rassegna la giurisprudenza costituzionale che, in passato, si è fatta carico di accertare se possa dirsi sussistente un principio generale che affermi il diritto (dell'amministrato) al «giusto procedimento», giacché tale diritto – in definitiva – sembra costituire la chiave di lettura delle molteplici questioni che la CTP di Siracusa ha inteso sollevare. E comunque, anche a prescindere dal rapporto tra procedimento amministrativo e procedimento d'imposizione appena evocato, la stessa espressione «giusto procedimento amministrativo», nonché gli interessi che a tale espressione risultano sottesi, travalicano i confini tecnico-disciplinari della scienza giuridica di riferimento per assumere una più elevata valenza, di rango costituzionale, invero coesistente alla dialettica autorità/libertà, immanente rispetto ad ogni rapporto di natura pubblicistica¹⁰¹, ivi compreso quello tributario ove, per l'appunto, la dialettica ora richiamata raggiunge la sua massima espressione.

Venendo ora *in medias res*, è possibile anzitutto osservare che, a partire dalla risalente e celebre sentenza n. 13 del 1962¹⁰², la Corte costituzionale, pur con alcune importanti aperture¹⁰³, è comunque

¹⁰⁰ Sul punto è appena il caso di ricordare come, anche recentemente, accorta dottrina abbia osservato che la fase dell'attuazione dei tributi costituisce un settore ordinamentale del diritto tributario che è stato oggetto, negli ultimi anni, di numerose riforme che hanno significativamente modernizzato la disciplina vigente, rendendola conforme ai principali valori di riferimento del diritto amministrativo quali emergenti anche nel processo di sviluppo comunitario (così P. BORIA, *Il nuovo patto fiscale tra lo Stato ed i cittadini*, Napoli, 2018, p. 74).

¹⁰¹ In tal senso L. BUFFONI, *Il rango costituzionale del "giusto procedimento" e l'archetipo del "processo"*, in *Quad. cost.*, 2009, p. 277 ss., ma p. 15 dell'estratto pubblicato in www.forumcostituzionale.it, cui si devono la maggior parte dei riferimenti di dottrina e giurisprudenza più avanti richiamati.

¹⁰² Su cui si veda V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e "giusto procedimento"*, in *Giur. cost.*, 1962, p. 130 ss.

¹⁰³ E così, testualmente, «Quando il legislatore dispone che si apportino limitazioni ai diritti dei cittadini, la regola che il legislatore normalmente segue è quella di enunciare delle ipotesi astratte, predisponendo un procedimento amministrativo attraverso il quale gli organi competenti provvedano ad imporre concretamente tali limiti, dopo avere fatto gli opportuni accertamenti, con la

sempre risultata piuttosto ferma nel negare rango costituzionale al principio del giusto procedimento, seppur riconoscendo ad esso la natura di principio generale dell'ordinamento giuridico, nonché di criterio di orientamento sia per il giudice che per l'interprete¹⁰⁴.

Dunque, a prescindere dall'esame della giustificazione di tale conclusione¹⁰⁵, sui cui, per evidenti ragioni di spazio, non è dato in questa sede soffermarsi, si può comunque osservare che la giurisprudenza successiva, sebbene non abbia avuto la forza argomentativa di discostarsi dall'orientamento prima richiamato, sembra comunque idonea a porre le basi per – almeno in prospettiva – prospettare il ripensamento¹⁰⁶.

5.3. *La prospettiva «soggettivo-garantistica».* – Si allude alla giurisprudenza costituzionale in tema di legislazione urbanistica, ove la partecipazione del privato al procedimento – volto alla limitazione della proprietà privata (emblematico il caso dell'espropriazione) – viene ad assumere un ruolo centrale per la verifica della «funzione sociale» quale limite della proprietà stessa e, dunque, quale garanzia del rispetto che l'art. 42 Cost. assicura alla proprietà privata

collaborazione, ove occorra, di altri organi pubblici, e dopo avere messo i privati interessati in condizioni di esporre le proprie ragioni sia a tutela del proprio interesse, sia a titolo di collaborazione nell'interesse pubblico».

¹⁰⁴ Si vedano altresì: Corte cost., sentenze nn. 59 del 1965; 212 del 1972 (che peraltro statù la non riferibilità della garanzia del giusto procedimento a posizioni giuridiche che non fossero tutelate come diritti); 23 del 1978; 5 del 1980; 7, 91, 148 del 1982; 301 del 1983; 234 del 1985; 48 del 1986; 344 del 1990; 346 del 1991; 103 del 1993; 57 del 1995; 210 del 1995; 312 del 1995; 68 del 1998 e, più recentemente, nn. 103 e 104 del 2007.

¹⁰⁵ Essenzialmente ascrivibile all'esistenza di un principio costituzionale (v. gli artt. 24 e 113 Cost.) che garantisce già la tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione, talché si rende superfluo affermare (ovvero rintracciare), a livello costituzionale, il diritto a una tutela anticipata (anche) nella fase procedimentale.

¹⁰⁶ Per l'esame della portata della sentenza della Corte cost. n. 13/1962, in relazione al tema del contraddittorio endoprocedimentale in ambito tributario, si vedano altresì RAGUCCI, *Contraddittorio e "giusto procedimento"*, cit., p. 480 ss., nonché SCALINCI, *Lo Statuto e l'«auretta» dei principi*, cit., p. 883 ss.

medesima¹⁰⁷. In questa prospettiva (definita «soggettivo-garantistica»), dunque, il giusto procedimento diviene la forma tipica di esercizio dell'azione amministrativa, incentrata sul binomio «funzione sociale-diritti della persona»¹⁰⁸. Sul punto, anche per le analogie con la materia tributaria¹⁰⁹, merita di essere richiamata la sentenza n. 143 del 1989 con cui la Corte non ha escluso che il principio del giusto procedimento possa godere di una copertura costituzionale in forza dell'art. 42, co. 7, Cost., pur all'interno di un procedimento culminante in un'approvazione legislativa e almeno in relazione ai procedimenti comportanti vincoli o limiti per i privati¹¹⁰.

In altre parole, specie in materia di diritti economici, il giusto procedimento viene ad assumere una funzione, anche di natura sostanziale, in grado di assicurare il corretto bilanciamento tra autorità e libertà o, se si vuole per quanto riguarda la nostra materia, tra interesse fiscale e diritti del contribuente.

Ancora, nella stessa prospettiva, è possibile segnalare alcune sentenze che hanno riconosciuto come il principio del giusto procedimento risulti strettamente collegato alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei singoli nei confronti dei pubblici poteri¹¹¹, finendo così per ammettere come il diritto al contraddittorio (quale declinazione del principio del giusto procedimento) valga ad

¹⁰⁷ V. Corte cost., sentenze nn. 4 del 1958; 38 del 1966; 55 del 1968; 59 del 1968; 5 del 1980.

¹⁰⁸ Cfr. BUFFONI, *Il rango costituzionale del "giusto procedimento" e l'archetipo del "processo"*, cit., p. 15, nonché U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione ed ordinamento democratico*, in *Foro it.*, V, 1984, p. 208.

¹⁰⁹ Si noti infatti che sia l'art. 42 Cost. che l'art. 23 Cost. prevedono la riserva di legge.

¹¹⁰ Su cui anche BUFFONI, *Il rango costituzionale del "giusto procedimento" e l'archetipo del "processo"*, cit., p. 9, secondo cui l'art. 42 Cost., se letto in una visione unitaria del giusto procedimento (tale da coniugare l'anima garantista con quella procedimentale), potrebbe arrivare a offrirne il fondamento costituzionale almeno nelle materie coperte da riserva relativa di legge. Per un inquadramento teorico di tale impostazione si vedano altresì: A.M. SANDULLI, *Nuovo regime dei suoli e Costituzione* (1978), in ID., *Scritti giuridici*, vol. VI, Napoli, 1990, pp. 121-122; C. PINELLI, *La pubblica amministrazione. Sub art. 97*, in G. BRANZA - A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1994, pp. 65-66.

¹¹¹ V. Corte cost., sent. n. 151 del 1986, in *Giur. cost.*, 1986, p. 1029 ss.

assicurare – all'interno dei procedimenti amministrativi contenziosi – il principio di proporzionalità della sanzione. In altri termini, secondo quest'impostazione, il contraddittorio endoprocedimentale svolge una funzione di garanzia – sostanziale – al fine della tutela di un nucleo essenziale di valori inerenti ai diritti inviolabili della persona¹¹².

Interessante poi, per la contiguità con la materia tributaria, è la sentenza n. 211 del 1998¹¹³ ove, nella determinazione delle rendite catastali, la necessità di rispettare i principi costituzionali posti a garanzia della tutela giurisdizionale dei diritti (v. artt. 24 e 113 Cost.), nonché degli interessi nella determinazione delle tariffe e delle rendite catastali, a sua volta impone la partecipazione del privato alla formazione dell'atto, contribuendo così a dimensionare opportunamente la determinazione (discrezionale) dell'interesse pubblico.

Ora, sul punto, sembra possibile osservare che: *i*) se è pur vero che nel caso dell'esercizio di un potere discrezionale dell'amministrazione (come quello di determinazione delle rendite catastali) la partecipazione del privato è senza dubbio necessaria, *ii*) è altresì vero che nell'attuazione amministrativa della norma tributaria impositiva – che è attività connotata da evidente vincolatezza rispetto alla norma di legge che, dal canto suo, di per sé, già soddisfa il criterio (formale) di partecipazione del contribuente – si potrebbe ritenere non dovuta, quanto meno dal punto di vista formale, la partecipazione del contribuente (giacché, diversamente, si avrebbe una duplicazione della garanzia assicurata dalla dimensione partecipativa in discorso: dapprima in sede di procedimento legislativo, poi in sede di procedimento amministrativo); *iii*) è però altrettanto vero che – specie se si ricostruisce il principio del giusto procedimento secondo la sua duplice natura (non solo procedimentale ma anche sostanziale, ovvero di garanzia) – nel moderno stato democratico (che, tra l'altro, sempre più mostra una crisi evidente del meccanismo della rappresentanza

¹¹² V. Corte cost., sent. n. 220 del 1995, in *Giur. cost.*, 1995, p. 1647 ss., su cui A. CERRI, *Dalla garanzia del "giusto procedimento" in sede disciplinare al criterio della "proporzionalità": spunti problematici e riflessioni a partire da un'interessante sentenza della Corte*, *ivi*, 1995, pp. 1648-1649; Corte cost., sentenze nn. 128 e 356 del 1995.

¹¹³ In *Giur. cost.*, 1998, p. 1633 ss.

parlamentare¹¹⁴) s'impone di verificare in concreto (dunque sotto il profilo sostanziale) che il procedimento amministrativo d'imposizione (tanto più quando questo sia preordinato ad una limitazione delle libertà economiche del singolo) risulti attuato in conformità alla norma di legge (che, come noto, presuppone una partecipazione del singolo solo formale e non anche sostanziale)¹¹⁵.

A questo punto, in chiave di replica a quanto da ultimo osservato, si potrebbe obiettare che una tale verifica è già rimessa alla fase giurisdizionale e, dunque, non pare necessario anticipare – già nella fase procedimentale – le eccezioni che possono comunque essere svolte nella successiva (ed eventuale) fase giurisprudenziale. Senonché, sempre secondo la chiave di lettura che collega il principio del giusto procedimento all'esercizio del diritto di difesa, come accennato, ben possono verificarsi dei casi in cui il processo (specie quello tributario che si caratterizza per talune significative limitazioni in ordine ai mezzi di prova di cui la parte privata dispone) non consente di rimediare alle lesioni verificatesi nella precedente fase procedimentale¹¹⁶, per tacere del fatto che – sempre più – il moderno legislatore tende ad anticipare il momento della realizzazione delle

¹¹⁴ Per cogliere le dimensioni di tale crisi non è certo necessario, in questa sede, richiamare le proposte che – (per ora) a livello politico – mirano a rafforzare gli istituti di democrazia diretta (ad es. referendum) a scapito di quelli che s'impennano sulla rappresentanza parlamentare.

¹¹⁵ Peraltro, sul punto, è già stato osservato come il giusto procedimento possa costituire garanzia del principio democratico (espresso appunto dall'art. 1 Cost.) proprio attraverso il meccanismo della rappresentanza che, in crisi a livello politico, verrebbe assicurata a livello amministrativo attraverso la partecipazione del privato all'attività dell'amministrazione (tanto più allorché la rappresentanza politica non sembra più in grado di garantire un'elevata quota di legittimità nell'attività dello Stato). In tal senso: L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974, p. 85 ss.; U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione ed ordinamento democratico*, in *Foro it.*, V, 1984, p. 205; M. DOGLIANI, *Riserva di amministrazione?*, in *Dir. pub.*, 2000, p. 698; D. CHIRICO, *Premesse ad uno studio sui rapporti tra poteri autoritativi ed atti consensuali nella regolazione della azione amministrativa*, in *Pol. Dir.*, n. 3, 2004, p. 474.

¹¹⁶ Su cui *retro*, al successivo par. 3.2.

entrate tributarie rispetto alla fase del compiuto accertamento della relativa obbligazione¹¹⁷.

Peraltro la funzione garantista del giusto procedimento (come detto ancorabile all'art. 24 Cost.) non sembra limitata al solo ambito giurisdizionale, potendosi cioè declinare anche nella fase (precedente) dell'attuazione amministrativa che, specie nel nostro settore, essendo preordinata al perseguimento dell'interesse fiscale¹¹⁸, finisce per impingere la sfera giuridica individuale del singolo contribuente cui infatti, specie a seguito dell'emanazione dello Statuto del contribuente, sono espressamente riconosciute determinate garanzie anche nella fase procedimentale.

5.4. *La prospettiva «oggettivo-funzionalistica».* – Infine, terminando l'avviata rassegna giurisprudenziale, è ora venuto il momento di dare (brevemente) conto di quell'orientamento che collega il giusto procedimento (specie nelle sue declinazioni della partecipazione e del contraddittorio) ai principi costituzionali d'imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost., dunque secondo una prospettiva «oggettivo-funzionalistica»¹¹⁹.

In quest'ottica la Corte ha ritenuto di collegare la garanzia del contraddittorio nel procedimento amministrativo al principio

¹¹⁷ E' appena il caso di osservare che, come pure accennato *retro*, nella prospettiva dell'attuazione della norma tributaria, almeno idealmente, procedimento amministrativo d'imposizione e processo tributario si pongono in un rapporto di continuità, talché può ben riconoscersi un diritto di difesa anche nella fase amministrativa ricorrendo agli stessi moduli procedimentali tipici del processo (e ciò ancorché l'azione amministrativa sia affidata ad un soggetto che, invero, persegue un interesse «comunitario», ma, comunque, ciò deve fare nel rispetto dei diritti del contribuente).

¹¹⁸ Che però è interesse generale, ovvero della collettività organizzata.

¹¹⁹ V. Corte cost., sentenze nn. 103 e 104 del 2007 in materia di decadenza da incarichi dirigenziali di aziende sanitarie. Talché le decisioni di revoca di funzioni legittimamente conferite ai dirigenti debbono essere assunte nel «rispetto dei principi del giusto procedimento». E ciò si rivela infatti essenziale al fine di garantire «scelte trasparenti e verificabili [...] in ossequio al precetto costituzionale dell'imparzialità dell'azione amministrativa». Analogamente, Corte cost., n. 390 del 2008.

d'imparzialità¹²⁰, ovvero a quello di buon andamento¹²¹, ovvero ad entrambi contemporaneamente¹²², in guisa tale da mostrare una chiara relazione tra i principi costituzionali in parola e il canone del giusto procedimento, quanto meno in riferimento ai diritti di libertà e ai diritti politici, beninteso senza però espressamente attribuire rango costituzionale al canone in discorso.

In questa chiave, in aggiunta a quel filone che – in una dimensione soggettivo-garantistica – collega il giusto procedimento alla garanzia (sostanziale) delle situazioni giuridiche soggettive (su cui *retro*), si è quindi ritenuto che il rispetto del canone del giusto procedimento – in una dimensione oggettivo-funzionalistica – consente di conferire una particolare obiettività e verificabilità (formale) all'esercizio dell'azione amministrativa¹²³. Peraltro è

¹²⁰ V. Corte cost., sentenze nn. 17 del 1991; 197 del 1994. E qui è dato scorgere l'eco dell'impostazione benvenutiana secondo cui il contraddittorio «non è un istituto proprio solo del processo giurisdizionale, ma è espressione di un principio giuridico generale di carattere costituzionale, che si manifesta ogniqualvolta la funzione svolta sia retta dall'imparzialità»: così F. BENVENUTI, *Contraddittorio (Principio del)*. C) *Diritto amministrativo*, in *Enc. dir.*, vol. IX, 1961, Milano, p. 739.

¹²¹ V. Corte cost., sentenze nn. 57 e 126 del 1995 (in *Giur. cost.*, 1995, p. 481 ss e p. 981 ss.).

¹²² V. Corte cost., sentenze nn. 128 del 1995; 103 e 104 del 2007.

¹²³ Per la dottrina si vedano, in particolare, M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, p. 67 ss.; ID., *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, ora in ID., *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 1996, p. 2039 ss.; C. ESPOSITO, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, p. 257; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, p. 224 ss.; ID., *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993, p. 131 ss.; A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, 1973, p. 120 ss.; C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1982, p. 784; F. SATTA, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, 1989, XV, Roma, pp. 1-7; G. SALA, *Imparzialità dell'amministrazione e disciplina del procedimento nella recente giurisprudenza amministrativa e costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, p. 434 ss.; ID., *Il principio del giusto procedimento nell'ordinamento regionale*, Milano, 1985; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, p. 588 ss.; G. AZZARITI, *Forme e soggetti della*

certamente condivisibile, specie con riferimento al profilo del «buon andamento», l'osservazione secondo cui il ricorso a moduli procedurali partecipati consente di meglio soddisfare le esigenze di completezza dell'istruttoria e, dunque, di perseguire l'efficacia e l'efficienza dell'azione amministrativa che, appunto, del principio del buon andamento costituiscono declinazione¹²⁴.

In ragione di quanto sopra è appena il caso di osservare come la prospettiva oggettivo-funzionalista sopra richiamata finisca per fare del «giusto procedimento» un canone obiettivo alla stregua del quale valutare il concreto esercizio dell'azione amministrativa.

6. *Il principio del giusto processo quale paradigma del giusto procedimento.* – A questo punto, preso atto che la giurisprudenza costituzionale, nonostante alcune aperture, non consente (ancora) di affermare il rango costituzionale del principio del «giusto procedimento», sembra opportuno, seppur brevemente, dare conto delle principali elaborazioni teoriche che, dal canto loro, si sono fatte carico di approfondire i rapporti tra «giusto processo» e «giusto procedimento», giungendo così a prospettare una rilevanza costituzionale del secondo principio¹²⁵. Al riguardo si avverte subito che la ricerca di corrispondenze tra «giusto processo» e «giusto

democrazia pluralista. Considerazioni su continuità e trasformazioni dello stato costituzionale, Torino, 2000, p. 109 ss.

¹²⁴ Cfr. A. ANDREANI, *Buon andamento dell'amministrazione, partecipazione dei cittadini e decentramento dei Comuni*, in *La partecipazione popolare alla funzione amministrativa e l'ordinamento dei consigli circoscrizionali comunali*, Atti del XXII Convegno di Varenna, Milano, 1977, p. 377; ID., *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979, *passim*.

¹²⁵ Rileva il contributo dato dalla dottrina amministrativistica, e poi da quella tributaria, alla codificazione di forme tipicamente partecipative G. MELIS, *Lezioni di Diritto tributario*, Torino, 2018, p. 254 ss. Per una rassegna, anche in chiave storica, delle varie impostazioni teoriche al riguardo si veda BUFFONI, *Il rango costituzionale del "giusto procedimento"*, cit., p. 20. Più in generale, sull'importanza dei principi e sul riflesso che essi dispiegano nell'applicazione del diritto tributario, si veda A. FEDELE, *Il valore dei principi nella giurisprudenza tributaria*, in *Riv. dir. trib.*, I, 2013, p. 875 ss.

procedimento» è tutt'altro che inopportuna: difatti – pure nel diritto tributario¹²⁶ – procedimento e processo costituiscono modalità, seppur differenti tra loro, di attuazione della norma (*legis executio*)¹²⁷. Talché si potrebbe ritenere che talune regole e principi elaborati in sede processuale (anche a livello costituzionale) possano avere rilevanza pure per quanto concerne il procedimento¹²⁸, in particolare, allorquando questo incide direttamente su interessi individuali¹²⁹.

¹²⁶ Laddove, anche senza ripercorrere l'annosa questione della natura del giudice tributario, ovvero anche senza passare in rassegna i principali strumenti con funzione deflattiva del contenzioso tributario, è piuttosto evidente la contiguità tra *administratio* e *jurisdictio*.

¹²⁷ Inutile sul punto ricordare che, secondo Kelsen, tra amministrazione e giurisdizione non vi erano differenze funzionali in quanto, entrambe, attraverso la tecnica del comando giuridico, indirizzate alla concreta e pratica attuazione di norme di legge. Cfr. H. KELSEN, IV. *Die Lehre von der drei Gewalten oder Funktionen des Staates* (1923-4), V. *Justiz und Verwaltung* (1929), trad. it. C. Geraci, *Il primato del parlamento*, IV *La dottrina dei tre poteri o funzioni dello Stato*, V *Giurisdizione e amministrazione*, Milano, 1982, p. 94 ss. e p. 123 ss.; ID., *General theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), 1945, trad. it. S. Cotta-G. Treves, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1966, p. 260 ss.

¹²⁸ Potendosi appunto parlare di «processualizzazione della funzione amministrativa», evidente nell'azione delle autorità amministrative indipendenti, su cui M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, n. 1, 2004, p. 59 ss. A livello normativo, poi, l'accennato fenomeno di «processualizzazione della funzione amministrativa» risulta evidente se si considera il contenuto (e la funzione) di molte disposizioni contenute nelle principali leggi sul procedimento amministrativo. Nell'ambito tributario il riferimento è, anzitutto, alla l. 27 luglio 2000, n. 212, e, in particolare, all'art. 12, co. 7, più volte richiamato.

¹²⁹ Per non dire che, a ben vedere, il processo altro non è che una *species* del più ampio *genus* costituito dal procedimento, inteso quest'ultimo come sequenza di norme, atti e posizioni giuridiche soggettive connessi fra loro, cui sono ammessi a partecipare – in contraddittorio – anche coloro i quali la cui sfera giuridica è destinata a subire gli effetti dell'atto finale con cui il procedimento si conclude, in guisa tale che l'autore dell'atto finale non possa obliterare l'attività di costoro. Questa è la nota impostazione di E. FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957, p. 105 ss.; ID., *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 861 ss.; ID., *Processo (Teoria generale)*, in *NssD.I.*, vol. XIII, 1966, p. 1067 ss.; ID., *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1983, p. 57 ss.; ID., *Procedimento e processo (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, p. 819 ss.; ID., *Valori permanenti del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 1 ss.

Ebbene, non pare revocabile in dubbio che uno degli elementi qualificanti del «processo» (inteso quale «procedimento» di tipo giudiziario) sia proprio il contraddittorio¹³⁰, a sua volta da intendersi quale procedimento dialettico svolto in condizioni di parità fra i relativi partecipanti¹³¹. E peraltro, se si pone mente alla legge generale sul procedimento amministrativo ovvero, per quanto più da vicino ci riguarda, allo stesso Statuto dei diritti del contribuente, è possibile constatare che i caratteri identificativi del processo appena richiamati¹³² si trovano variamente riflessi all'interno del procedimento, talché si è parlato di tendenza alla processualizzazione della funzione amministrativa¹³³, specie allorché il procedimento (come di regola avviene in quello tributario) si caratterizza per l'esercizio di poteri autoritativi, come tali idonei ad incidere unilateralmente su diritti

¹³⁰ Cfr. P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, p. 23 ss.; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, Milano, 1959, p. 358; V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, pp. 37-38 e p. 227; V. ANGIOLINI, *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Torino, 1998, p. 11 ss.; L.P. COMOGLIO, *Contraddittorio (Principio del) – I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, vol. VIII, Roma, 1988, p. 12.

¹³¹ Altri tratti caratteristici del «processo» sono stati individuati: *i*) nel diritto di partecipare al procedimento da parte di coloro i quali nella cui sfera l'atto finale è destinato a spiegare i suoi effetti; *ii*) nella comunicazione, con atto recettizio, del c.d. *thema disputandum*, proprio ai fini della corretta instaurazione del contraddittorio; *iii*) nella pubblicità del relativo procedimento; *iv*) nella equiordinazione delle parti per ciò che concerne l'allegazione dei fatti e delle prove, come pure nelle argomentazioni; *v*) nella libertà di scelta dei modi e dei contenuti della propria difesa; *vi*) nella motivazione dell'atto finale; *vii*) nella correttezza e nella lealtà delle parti tra loro.

¹³² V. la nota che precede.

¹³³ Cfr. BUFFONI, *Il rango costituzionale del "giusto procedimento"*, cit., p. 28 ss., ove si osserva che il «giusto procedimento» amministrativo ben potrebbe apparire come la «processualizzazione» del procedimento amministrativo, ove richiami alla dottrina (a partire da quella tedesca) che, da tempo, aveva rilevato l'indistinzione di natura tra procedimento e processo e, poi, la complementarietà ed integrazione tra procedimento e processo (se non addirittura la strumentalità del primo rispetto al secondo). Peraltro, nel contesto della nostra Costituzione repubblicana, la stessa conformazione dell'amministrazione «secondo fini di giustizia e metodi di giustizia», vale ad affermare l'apertura alla partecipazione e, cioè, in sintesi, la processualizzazione dei relativi metodi di azione (su cui gli studi di Nigro, Allegretti e Lanfranchi ivi richiamati).

soggettivi¹³⁴. Eloquenti, al riguardo, le disposizioni di cui all'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990 (e ciò a prescindere dall'applicabilità o meno di tale disposizione al settore tributario¹³⁵), ovvero quelle di cui alla l. n. 212/2000¹³⁶, e tra esse, in particolare, dell'art. 12, co. 7, laddove (analogamente), con le limitazioni di cui in questa sede si discorre, è fatto obbligo all'amministrazione, prima di emanare un provvedimento atto a incidere negativamente sulla sfera del destinatario, di ad esso comunicarlo onde consentirgli di difendersi nel procedimento (peraltro non dissimilmente da quanto accade nel procedimento penale – e, in specie, nella fase (tutta amministrativa) delle indagini preliminari – con l'informazione di garanzia)¹³⁷.

6.1. (segue) *L'ideale equiordinazione delle parti – sotto il profilo probatorio – all'interno del procedimento preordinato alla*

¹³⁴ Sulla possibilità di, attraverso il contraddittorio, correggere gli squilibri dell'istruttoria, almeno nella misura in cui il concorso del contribuente all'accertamento del fatto prima dell'emanazione dell'atto di imposizione renda superflui i regimi speciali di prova che, in mancanza, l'a.f. dovrebbe poter sempre utilizzare si veda ancora RAGUCCI, *Contraddittorio e "giusto procedimento"*, cit., p. 487 ss.

¹³⁵ Su cui *retro*, al par. 3.

¹³⁶ Sul punto, oltre al già richiamato art. 12, co. 7, si vedano, se si vuole, l'art. 6, co. 1, dello stesso Statuto (laddove si prevede che l'amministrazione finanziaria deve assicurare l'effettiva conoscenza, da parte del contribuente, degli atti a lui destinati), così come pure il successivo co. 2 (laddove si afferma che l'amministrazione deve informare il contribuente di ogni fatto o circostanza a sua conoscenza dai quali possa derivare il mancato riconoscimento di un credito ovvero l'irrogazione di una sanzione) e, ancora, il successivo co. 5 (in base al quale, prima di procedere alle iscrizioni a ruolo, derivanti dalla liquidazione di tributi risultanti da dichiarazioni, sebbene (solo) qualora sussistano incertezze su aspetti rilevanti della dichiarazione, l'amministrazione deve invitare il contribuente [...] a fornire i chiarimenti necessari o a produrre i documenti mancanti entro un congruo termine (non inferiore a trenta giorni)).

¹³⁷ La rilevanza costituzionale del principio del giusto procedimento, per il tramite delle garanzie di cui agli artt. 24 e 111 Cost. (e dunque nella prospettiva «soggettivo-garantistica»), è peraltro – almeno in astratto – ipotizzata anche da RAGUCCI, *Contraddittorio e "giusto procedimento"*, cit., p. 486 ss., ove il richiamo alle correlative esigenze di tutela del contribuente, d'altronde così come fatto nelle precedenti ordinanze di rimessione alla Corte e di cui si è fatto cenno in apertura.

rettifica fiscale. – Ora, venendo al diritto tributario, è pur vero che, specie nella dimensione procedimentale, il contribuente non può essere posto sullo stesso piano ideale dal quale opera l'amministrazione finanziaria, ma, se si presta attenzione all'evidente segmentazione dell'attività amministrativa, nell'ambito della quale è agevole distinguere la fase dell'istruttoria e dell'esercizio dei relativi poteri da quella dell'esercizio del potere impositivo in senso stretto, inteso quest'ultimo come attuazione amministrativa della norma tributaria sulla base del materiale istruttorio raccolto¹³⁸, allora è senz'altro più agevole comprendere che i due protagonisti del rapporto si trovano su di un piano di sostanziale parità, quanto meno sotto il profilo assertorio.

A questo punto potrebbe *ex adverso* eccepirsi che, con particolare riferimento all'allegazione dei fatti e delle prove nel procedimento (amministrativo) tributario, non vi è alcuna equiordinazione nella posizione delle rispettive parti¹³⁹.

Tuttavia, a ben vedere, se è pur vero che il particolarismo del diritto tributario – strumentale alla funzione di apprestare i mezzi atti al funzionamento della collettività organizzata – frequentemente induce il legislatore a servirsi di norme presuntive, ovvero antielusive, è però altrettanto vero che tali norme non valgono a negare tale equiordinazione di principio, ovvero ad invertire l'onere della prova addossandolo sul contribuente. Difatti, quanto alle presunzioni legali, queste – come noto – non determinano un'inversione dell'onere della prova: esse si limitano a considerare dimostrato un dato fatto, ignorato, sulla base della dimostrata esistenza di un fatto noto, laddove tra fatto noto e fatto ignorato vi sia comunque un legame logico, ovvero fondato sulla comune esperienza¹⁴⁰. Analogamente, per quanto

¹³⁸ In questo senso, autorevolmente, F. GALLO, *L'istruttoria nel sistema tributario*, in *Rass. trib.*, 2009, p. 25 ss., ID., *Contraddittorio procedimentale e attività istruttoria*, in *Dir. prat. trib.*, I, 2011, p. 467 ss.

¹³⁹ Al riguardo, *retro*, si è già dato conto delle differenze in ordine all'allegazione dei fatti e delle prove all'interno del processo tributario, con particolare riferimento al principio del giusto processo.

¹⁴⁰ La norma presuntiva, quindi, non ha l'effetto di invertire l'onere della prova; diversamente, ha solo l'effetto di onerare la parte (che dalla presunzione è avvantaggiata) della dimostrazione (più facile da darsi) della verifica del fatto

concerne le norme antielusive o, più genericamente, anti abuso del diritto, giova ricordare che l'onere di dimostrare la sussistenza dell'abuso è di norma posto a carico dell'a.f., mentre spetta al contribuente dimostrare la sussistenza di «*valide ragioni extrafiscali non marginali*» che giustifichino l'operazione compiuta¹⁴¹. E inoltre, quanto alle norme direttamente indirizzate alla qualificazione della concreta fattispecie in termini abusivi, esse – specie se si tiene conto della giurisprudenza comunitaria – non possono giustificare un provvedimento che pregiudichi (radicalmente) gli obiettivi di una direttiva, ovvero l'esercizio di una delle libertà fondamentali garantite dal Trattato¹⁴². Pertanto – come chiarito dalla stessa Corte di giustizia – ciò non significa che gli stati membri devono rendere (ancora) più puntuali le varie norme antielusive, ma, più semplicemente, equivale a dire che le singole amministrazioni fiscali devono, caso per caso, verificare gli elementi concreti da porre a base della presunzione di abuso¹⁴³. Talché, a ben vedere, se pure la norma anti abuso (al pari della norma presuntiva) in qualche modo avvantaggia una delle parti (e ciò fa in ragione della natura strumentale della norma tributaria stessa), questo non determina una negazione del carattere della equiordinazione delle parti stesse nella allegazione dei fatti, delle prove, nonché delle argomentazioni, potendo il contribuente – all'interno del procedimento impositivo – dimostrare con ampia libertà di prova, ad esempio, la mancata verifica del fatto noto da cui (nel meccanismo presuntivo) discende il fatto ignorato, ovvero potendo dare la dimostrazione della genuinità e/o della presenza di

noto, dal quale è possibile presumere l'esistenza del fatto ignorato (cfr., per tutti, P. RUSSO, *Manuale di Diritto tributario. Il processo tributario*, Milano, 2013, p. 205 s.). Opinare diversamente (negando l'equiordinazione delle parti) equivarrebbe giungere a negare l'esistenza stessa del processo ogni volta in cui, nel processo, una delle parti si avvale di una norma presuntiva.

¹⁴¹ V., di recente Cass., 8 marzo 2019, n. 6836; G.d.F., Circ. n. 1/2018, vol. III, parte V, cap. 9, p. 298 ss.

¹⁴² V., di recente, Corte di giustizia dell'Unione europea, causa C-6/16, *Eqiom*, 7 settembre 2017, nella ove si aggiunge che, per verificare se un'operazione persegue un obiettivo di frode e di abuso, le autorità nazionali competenti non possono limitarsi ad applicare criteri generali predeterminati, ma devono procedere, caso per caso, a un esame complessivo dell'operazione interessata.

¹⁴³ V. Corte di giustizia dell'Unione europea, causa C-6/16, cit.

valide ragioni economiche rispetto all'operazione posta in essere allorquando questa sia stata tacciata di elusività.

6.2. (segue) *L'inconsistenza dei rischi paventati rispetto a una processualizzazione – in parte qua – della funzione amministrativa di tipo impositivo.* – Da ultimo, per quanto concerne l'applicazione dei caratteri del giusto processo al (giusto) procedimento amministrativo, specie per quanto attiene il contraddittorio, è possibile svolgere alcune brevissime considerazioni intorno ai rischi che da una tale applicazione, *prima facie*, si potrebbe *ex adverso* prospettare. Si potrebbe, infatti, eccepire che una tale particolare diffusione del contraddittorio nell'esercizio delle funzioni amministrative finirebbe per duplicare forme di tutela già previste dall'ordinamento e, quindi, per essere di ostacolo, anzitutto, alla celerità e speditezza dell'azione amministrativa e, in particolare, della funzione impositiva che, come noto, attua l'interesse fiscale, costituzionalmente tutelato¹⁴⁴.

Sotto il profilo della «duplicazione della tutela», basta in questa sede limitarsi richiamare quanto è già stato osservato a proposito dell'infungibilità (e dell'indifferibilità) del contraddittorio endoprocedimentale che, in quanto tale, ove sostituito con una qualche forma di tutela successiva, sia in sede amministrativa (in seguito alla notifica del provvedimento impositivo¹⁴⁵) che giudiziaria, finirebbe per mutare la sua natura partecipativa in altra¹⁴⁶. D'altro canto, sotto il profilo della celerità e speditezza dell'azione, è possibile osservare

¹⁴⁴ Ma allora, se così fosse, le stesse esigenze di speditezza imporrebbero di rimuovere le ipotesi, invece espressamente previste dall'ordinamento, in cui il contraddittorio è obbligatorio, ovvero si opporrebbero al riconoscimento del contraddittorio in relazione ai tributi c.d. «armonizzati». Vero è che l'interesse fiscale – costituzionalmente tutelato – alla spedita acquisizione dei mezzi finanziari, ben può trovare un ragionevole bilanciamento rispetto al diritto del contribuente – parimenti costituzionalmente tutelato – al «giusto tributo», ovvero al pagamento di una contribuzione richiesta all'esito di un giusto procedimento e/o di un giusto processo. La prospettiva: giusto tributo, giusto procedimento, giusto processo è alla base del lavoro di A. MARCHESELLI - R. DOMINICI, *Giustizia tributaria e diritti fondamentali*, Torino, 2016.

¹⁴⁵ Ad esempio attraverso il ricorso all'autotutela.

¹⁴⁶ Cfr. SCALINCI, *Lo Statuto e l'«auretta»*, cit., p. 885 ss., ove riferimenti.

che, se posto all'interno del procedimento, il contraddittorio è svolto anche nell'interesse dell'a.f.¹⁴⁷ e, dunque, risulta utile nell'esercizio della funzione amministrativa (e, in particolare, di quella impositiva), di tal guisa tutt'altro che pregiudicando le esigenze di celerità e speditezza sopra viste. Difatti il contraddittorio sembra certamente idoneo a elevare la qualità del provvedimento finale (sotto il profilo della verosimiglianza della fattispecie reale rispetto a quella legale), con conseguenti effetti di riverbero sull'eventuale successivo procedimento giurisdizionale, talché è tutto da dimostrare che il contraddittorio abbia l'effetto di ritardare la complessiva attuazione della norma tributaria. In altre parole, il contraddittorio procedimentale pare altresì contribuire a rendere più spedita, oltre che maggiormente effettiva, la tutela nella (eventuale) successiva sede giurisdizionale: sia in ragione della «soggettivazione» degli interessi coinvolti, sia in ragione dell'anticipata definizione degli elementi di fatto e di diritto relativi alla fattispecie cui la norma è preordinata a dare attuazione (*legis executio*)¹⁴⁸; per non dire che un'adeguata istruttoria – nella quale alla parte privata sia stato consentito di esporre le proprie giustificazioni – potrebbe anche avere un effetto deflattivo sul contenzioso, contribuendo così alla complessiva speditezza (e alla certezza) nell'acquisizione del gettito¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Che, come visto sopra, è portatrice di un interesse pubblico, metaindividuale o, più semplicemente, collettivo e, quindi, generale.

¹⁴⁸ Peraltro, si noti che la stessa introduzione nell'art. 257-*bis* c.p.c. della testimonianza scritta, se da un lato rende ancora più anacronistico il divieto di prova testimoniale nel processo tributario (v. art. 7, d.lgs. n. 546/1992), dall'altro potrebbe indurre ad ammettere, in via generalizzata, il contraddittorio enodoprocedimentale (che, nel modello dell'art. 12, l. n. 212/2000, si attua proprio in forma scritta), in guisa tale, da un lato, da riequilibrare quel *deficit* di tutela che, altrimenti, penalizza il contribuente all'interno del processo tributario e, dall'altro, in guisa tale da consentire al processo di concentrarsi sul diritto essendo già stati debitamente istruiti i termini della (successiva) controversia.

¹⁴⁹ E peraltro questa pare – seppur attraverso gli istituti del reclamo e della mediazione (ove il contraddittorio è assicurato) – la strada intrapresa dal legislatore per rendere sempre maggiormente spedita e certa l'acquisizione del gettito.

6.3. (segue) *L'avvenuta costituzionalizzazione del principio del «giusto processo» e i suoi effetti in termini di possibile riconoscimento – nella prospettiva interna – del principio del giusto procedimento.* – Se dunque è possibile convenire che procedimento amministrativo e procedimento giurisdizionale si pongono in una relazione di continuità, o comunque di complementarietà, quanto meno allorquando il procedimento (tributario) sia preordinato alla autoritativa attuazione di norme di legge (di natura impositrice e/o sanzionatoria), e se dunque è possibile osservare che i caratteri salienti del processo si trovano – sebbene differentemente declinati – (anche) nel procedimento (d'imposizione), in guisa tale che il processo può considerarsi un istituto di teoria generale con funzione di archetipo rispetto al procedimento, allora, forse, potrebbe anche riflettersi sulla funzione dell'art. 111 Cost. (della cui applicazione al diritto tributario non è più possibile dubitare¹⁵⁰), in ipotesi, da intendersi quale possibile referente costituzionale (anche) del principio del giusto procedimento¹⁵¹.

Ebbene, seppur l'argomento letterale e quello intenzionale sembrino di ostacolo a una tale ricostruzione, può osservarsi – come anche ammesso per il «diritto di difesa» affermato nell'art. 24 Cost. (che pure, *prima facie*, sembrerebbe limitato a un'applicazione nella

¹⁵⁰ Sull'applicabilità dell'art. 111 Cost. al diritto tributario si veda, di recente, GIOVANNINI, *Il Diritto tributario per principi*, cit., p. 197 ss., ove la riconducibilità del processo tributario al modello c.d. «forte», improntato a regole e principi fissati dalla Costituzione, dal diritto europeo, dal diritto internazionale e dal diritto processuale comune. Ivi ulteriori riferimenti, anche alla giurisprudenza costituzionale tra cui è possibile menzionare, tra le tante, Corte cost. n. 271/2010; n. 209/2012; n. 110/2013. Si noti poi che in tali pronunce il Giudice delle leggi si serve dell'art. 111 Cost. per superare le antinomie, anche attraverso il ricorso all'integrazione per via analogica della relativa disciplina per mezzo di figure di «diritto processuale comune», in quanto ritenute (più) aderenti al modello ricostruttivo processuale di tipo «forte» cui il processo tributario (e così il procedimento) deve essere ricondotto.

¹⁵¹ Sulla natura e sulla funzione dell'art. 111 Cost., quale norma interpretativa in senso proprio, nonché quale norma sull'interpretazione, capace di favorire letture costituzionalmente orientate di disposizioni di legge ordinaria (sebbene limitatamente al processo tributario), si veda ancora GIOVANNINI, *Il Diritto tributario per principi*, cit., p. 206 ss.

sola sede processuale in base agli stessi argomenti di cui sopra) – che ciò non impedisce successive analisi¹⁵².

Difatti, come accennato, il giusto procedimento non ha tanto lo scopo di tutelare i diritti delle parti, quanto quello di garantire che il confronto – svolto in condizioni di parità¹⁵³ – sia strumentale all'esercizio della funzione (giurisdizionale o amministrativa che sia) con obiettività, di tal guisa (e quindi solo indirettamente) assicurando la giusta considerazione delle situazioni giuridiche soggettive che nel procedimento sono coinvolte e che – come rilevato (anche dallo stesso rimettente) – nel processo tributario rischierebbero di non poter essere adeguatamente apprezzate a cagione dei caratteri strutturali ed effettuali di tale procedimento giudiziario¹⁵⁴. Talché – come è già stato osservato (seppur in altro ambito) – una simile lettura, obiettivata, dell'art. 111 Cost., permetterebbe di estendere la copertura costituzionale del «metodo» processuale anche al di fuori della funzione giurisdizionale, senza così snaturare l'istituzionale preordinazione della funzione amministrativa al soddisfacimento dell'interesse pubblico corrispondente alla causa del potere esercitato¹⁵⁵.

¹⁵² Sul punto, è appena il caso di osservare come la Corte costituzionale abbia (condivisibilmente) ritenuto i principi del giusto processo (essenzialmente il principio del contraddittorio e quello della parità delle parti), così come poi espressamente stabiliti nell'art. 111, co. 2, Cost. come già desumibili dagli artt. 3 e 24 Cost. (v., *ex multis*, sentenze n. 56 del 2009; n. 241 del 1999; n. 290 del 1998; n. 432 del 1995; n. 137 del 1984). Talché, se in materia di contraddittorio (anche in sede procedimentale) è ormai pacifico il richiamo al principio di cui all'art. 24 Cost., analogamente, non sembra potersi escludere, nella stessa materia, nemmeno il richiamo al principio di cui all'art. 111 Cost. Ancora, si noti come il caso risolto dalla richiamata sentenza Corte cost. n. 56/2009, nella prospettiva dello scrutinio delle norme denunciate rispetto al parametro di cui all'art. 111 Cost., si caratterizzi per una certa contiguità (funzionale) tra procedimento (tributario) e processo (tributario).

¹⁵³ Non per nulla ulteriore parametro di scrutinio, frequentemente invocato sul punto, risulta proprio il principio di uguaglianza, declinato in senso sostanziale, di cui all'art. 3 Cost. (v. la giurisprudenza costituzionale di cui alla nota che precede).

¹⁵⁴ Cfr. RAGUCCI, *Contraddittorio e "giusto procedimento"*, cit., p. 489 s.

¹⁵⁵ Cfr. BUFFONI, *Il rango costituzionale del "giusto procedimento"*, cit., p. 33, ove ulteriori riferimenti.

In altri termini, proprio il richiamo alle «condizioni di parità» tra le parti non significa «parità delle parti» (che, come noto, nella nostra materia pari non sono) ma – si crede – possa significare parità dialettica e delle armi, tra le parti, nel senso più sopra chiarito, nel rispetto quindi della ontologica diversità (e «pre-valenza») della parte pubblica, cui spetta l'esercizio di un potere autoritativo (c.d. «di autotutela attiva») e, in definitiva, l'emanazione di un provvedimento autoritativo suscettibile di determinare rilevanti effetti nella sfera giuridica del contribuente destinatario; ma proprio tutto ciò impone di ricercare se – in chiave di accorto bilanciamento, secondo un principio di proporzionalità tra il fine e i mezzi per raggiungerlo – non vi possa essere, anche all'interno del procedimento tributario d'imposizione, una modalità per assicurare la parità delle condizioni e, dunque, l'obiettività nell'esercizio della funzione impositiva¹⁵⁶. E non v'è dubbio che, anche senza giungere a teorizzare la separazione organica e funzionale fra ufficio istruttore e ufficio decidente (separazione questa che metterebbe a nudo la distinzione – invero ampiamente conosciuta – tra (sub)procedimento preordinato all'istruttoria e ai controlli e (sub)procedimento preordinato alla rettifica e all'attuazione amministrativa della norma impositiva), peraltro in qualche modo anticipata dall'istituto del reclamo e della mediazione¹⁵⁷, il contraddittorio consente di meglio garantire quelle condizioni di parità

¹⁵⁶ Peraltro, in termini più generali, si noti che il principio del contraddittorio (in diritto amministrativo) ha mostrato una significativa evoluzione: da principio in funzione dell'efficacia della pubblica amministrazione (*ex parte principis*) è divenuto principio in funzione dei diritti dei cittadini (*ex parte civis*). Dunque, da mezzo per assicurare che il potere pubblico fosse efficace, perché gli interessi collettivi e pubblici ad esso affidati fossero pienamente tutelati, ha assunto la fisionomia di strumento per assicurare una difesa dal potere pubblico, perché le situazioni giuridiche soggettive dei privati potessero essere più efficacemente tutelate. In altre parole esso è mutato da principio programmatico (rivolto al legislatore), ovvero da norma di azione, a diritto (anche del singolo) cui corrispondono obblighi in capo alla p.a., ovvero a norma di relazione. Cfr. S. CASSESE, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017, p. 14 ss.

¹⁵⁷ V. art. 17-*bis*, co. 4, d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, ove, come noto, si prevede che l'Agenzia delle Entrate provveda all'esame del reclamo e della proposta di mediazione mediante apposite strutture diverse ed autonome da quelle che curano l'istruttoria degli atti reclamabili.

tra le parti che, alla base del (giusto) processo, non possono non ravvisarsi anche all'interno del procedimento d'imposizione che, infatti, con imparzialità deve essere condotto.

Tutto ciò chiarito, rimane comunque l'ostacolo costituito dal dato testuale. Talché, al fine di ricavare un efficace parametro di scrutinio della questione sollevata, potrebbe al limite prospettarsi un'interpretazione analogica dell'art. 111 Cost. per affermare l'esistenza – a livello costituzionale – del principio del giusto procedimento che però, come visto sopra, è stata sinora negata dalla Corte costituzionale¹⁵⁸. Detto altrimenti, pur non negandosi l'esistenza di una «Costituzione materiale», si può comunque convenire che l'ipotesi dell'eventuale proclamazione, da parte della Corte costituzionale, dell'esistenza di un principio generale inespresso, ovvero di una norma implicita (tanto più se a livello costituzionale), deve essere attentamente ponderata¹⁵⁹.

Tuttavia, pur non potendosi a oggi ancora affermare (nemmeno per il tramite dell'art. 111 Cost.), l'esistenza – a livello costituzionale – del principio del giusto procedimento, può allora forse ipotizzarsi di ricorrere all'art. 111 Cost. medesimo (peraltro debitamente invocato dal giudice *a quo* quale parametro di scrutinio delle questioni

¹⁵⁸ Allora, sotto questo profilo, parrebbe forse più opportuno limitare l'interpretazione «manipolativa» – che pure alla Consulta spetta – al solo art. 12, co. 7, dello Statuto che, precedenza, si è ritenuto possa essere integrato per via analogica al fine di superare le aporie che la ricostruzione effettuata dal «diritto vivente» ha finito per mettere in luce (cfr. COCIANI, *L'applicabilità della CEDU agli atti istruttori d'indagine in materia tributaria*, p. 89 ss.). Sulla rilevanza dei principi, delle regole o clausole generali di comportamento per affermare l'esistenza del principio del contraddittorio (senza tuttavia giungere all'affermazione – a livello costituzionale – del principio del giusto procedimento) si veda ancora SCALINCI, *Lo Statuto e l'«auretta»*, cit. p. 883 ss., in partic. p. 914 ss.

¹⁵⁹ Difatti, come recentemente osservato, essa porrebbe comunque alcuni ulteriori interrogativi (del tipo: come si può risalire alle origini di norme non scritte per comprendere l'intento o volontà originaria? La proclamazione di una norma non scritta può prestarsi a successive manipolazioni? La proclamazione di una norma non scritta non rischia di tradire l'esigenza stessa del costituzionalismo, aprendo così la strada al legislatore ordinario?) che, in questa sede, non è possibile affrontare. Sul punto si veda S. CASSESE, *Le radici e i limiti del costituzionalismo*, in *Il Sole 24 Ore*, 24 marzo 2019, recensione a R. Dixon e A. Stone, *The Invisible Constitution in Comparative Perspective*, Cambridge, 2018.

sollevate) alla stregua di un canone interpretativo (il c.d. «*due process of law*»¹⁶⁰) alla luce del quale valutare la congruità e la coerenza dell'operazione di «bilanciamento» tra garanzia delle situazioni giuridiche soggettive e interesse fiscale che, nella disciplina del procedimento amministrativo-tributario, il diritto vivente ha finito per dare rispetto all'art. 12, co. 7, dello Statuto¹⁶¹.

7. *Conclusioni.* – Conclusivamente, sebbene il percorso volto al riconoscimento – a livello costituzionale – del giusto procedimento non sembri ancora giunto a definitiva maturazione, è comunque possibile osservare come il canone del *due process of law* possa dirsi espressione di principi e diritti costituzionalmente affermati (v., anzitutto, gli artt. 24, 113, 97 e 111 Cost.), di tal guisa venendo ad assumere, quanto meno, la funzione di principio generale dell'ordinamento, suscettibile di diversamente atteggiarsi in ragione della singola fattispecie concreta¹⁶². Con particolare riferimento al caso che qui ci occupa, è poi da osservare come le asimmetrie che caratterizzano il rapporto fisco-contribuente (non solo in sede procedimentale, ma anche in sede processuale) possano essere opportunamente corrette attraverso la valorizzazione del contraddittorio endoprocedimentale che, a sua volta, costituisce uno dei caratteri del giusto procedimento il cui fine ultimo, al pari di

¹⁶⁰ Secondo il quale nessuno può essere privato della vita, della libertà o della proprietà al di fuori di un giusto processo, nonché delle garanzie – anche in termini di contraddittorio – ad esso consustanziali, su cui, per alcuni spunti comparatistici, ancora, BUFFONI, *Il rango costituzionale del “giusto procedimento”*, cit., p. 37 ss.

¹⁶¹ È ora appena il caso di annotare che l'esigenza del rispetto il c.d. «*due process of law*» risulta sentita non solo all'interno dei singoli ordinamenti che riconoscono la c.d. «*rule of law*» (lo Stato di diritto), ma anche in ulteriori contesti, sovranazionali, internazionali o globali *tout court* su cui, al riguardo, G. DELLA CANANEA, *Due Process of Law Beyond the State. Requirements of Administrative Procedure*, Oxford, 2016.

¹⁶² Sul *due process of law* quale principio generale dell'ordinamento, con carattere trasversale e «multifunzionale», dunque difficilmente riconducibile, direttamente, ad uno solo dei riferimenti costituzionali in precedenza richiamati, si veda F. CORTESE, *Tutte le ragioni del “due process of law”*, in *la Costituzione.info*, 30 dicembre 2017.

quello che dovrebbe orientare il giusto processo, altro non è che quello di pervenire alla attuazione della giusta imposta. In termini più generali, rappresentando il principio del giusto procedimento uno dei caratteri dello Stato di diritto¹⁶³, il medesimo non può in alcun modo essere trascurato, specie allorché il concreto agire del pubblico potere finisce per limitare, oltre misura, i diritti e/o le libertà del contribuente.

Vedremo quindi come la Corte costituzionale, chiamata a decidere sul caso sollevato nell'ordinanza in principio richiamata, vorrà in concreto esercitare il suo sindacato. E stavolta, di fronte all'accuratezza dell'ordinanza di remissione, difficilmente la Consulta potrà evitare di prendere posizione nel merito delle varie questioni. La Corte – si crede – dovrà quindi necessariamente attuare un accorto bilanciamento tra interesse fiscale e diritti del contribuente che, in passato, il legislatore tributario sembra aver (in)opinatamente trascurato¹⁶⁴. Peraltro, specie in un momento storico in cui in taluni Stati membri dell'Unione europea è possibile cogliere preoccupanti segnali nella direzione di una qualche erosione delle garanzie poste a

¹⁶³ Su cui, ancora, CORTESE, *Tutte le ragioni del "due process of law"*, cit., ove il principio in discorso viene poi ricostruito «come luogo maggiormente adeguato per il coordinamento di interessi, pubblici e privati, potenzialmente confliggenti».

¹⁶⁴ Peraltro, sembra ci si possano aspettare ulteriori dimenticanze. Difatti, il testo dell'art. 4-*octies*, d.l. 30 aprile 2019, n. 34 (c.d. «decreto crescita»), convertito con modificazioni in l. 28 giugno 2019, n. 58, prevede una disposizione che mira a rendere obbligatorio il contraddittorio endoprocedimentale (a pena di invalidità), tuttavia con alcune rilevanti eccezioni: *i*) in caso di particolare urgenza specificamente motivata, ovvero in caso di fondato pericolo per la riscossione; *ii*) in caso di accertamento parziale *ex art. 41-bis*, d.P.R. n. 600/1973, ovvero *ex art. 54*, commi 3 e 4, d.P.R. n. 633/1972. A quest'ultimo riguardo, è possibile fin da ora osservare che se, da un lato, si tende ad affermare, in termini alquanto generali, l'obbligo dell'Ufficio di assicurare il confronto preventivo con il contribuente, dall'altro, in via di eccezione, si escludono da tale obbligo i casi in cui l'Ufficio si serva dell'accertamento parziale, invero assai frequentemente impiegato (se non abusato). Sicché anche una simile innovazione rischia di risolversi in poco più di un riconoscimento di principio, fiero di modesti risultati sul piano concreto se – come sembra – i casi in cui l'Ufficio rinuncia a ricorrere all'accertamento parziale sono ormai pressoché residuali.

presidio dello Stato di diritto¹⁶⁵, a noi non resta che esprimere l'auspicio che la Corte costituzionale, attraverso il suo alto magistero, voglia cogliere l'occasione per riaffermare, per mezzo del più ampio riconoscimento del principio del contraddittorio endoprocedimentale quale carattere del *due process of law*, la centralità della *rule of law* e, per questa via, altresì rimediare alla crisi di rappresentanza politica tra governanti e governati.

Difatti, il giusto procedimento si presta altresì ad assicurare continuità al principio di partecipazione democratica che – mentre nella fase della produzione legislativa trova il suo baricentro nel Parlamento e poi, nella fase dell'attuazione della norma per via giurisdizionale, trova il suo momento di verifica secondo le regole di partecipazione del singolo così come assicurate dal principio del giusto processo – nella fase dell'attuazione amministrativa della norma rispetto al caso concreto, tanto più allorquando questa (attuazione) avviene all'esito di un procedimento a carattere autoritativo, attraverso il preventivo contraddittorio con il contribuente concorre all'innalzamento del grado di civiltà dell'intero ordinamento¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Su tali temi, e sulla recente iniziativa della Commissione europea (v. Comunicazione del 3 aprile 2019, Com (2019) 163/final), si veda M. CLARICH, *L'Unione a protezione dello stato di diritto*, in *Il Sole 24 Ore*, 23 aprile 2019, ove peraltro il richiamo agli standard in materia elaborati dalla c.d. «*Venice Commission*» (cfr. COUNCIL OF EUROPE, *European Commission for Democracy through Law*, Venice, 11-12 March 2016).

¹⁶⁶ Sull'esigenza che all'incremento dei poteri del fisco faccia da contrappunto il concorso del contribuente, in contraddittorio appunto con l'a.f., al fine della migliore determinazione del presupposto si veda, anche in chiave storica, A. FANTOZZI, *Diritto tributario*, IV ed., Torino 2012, p. 543 ss., ove si sottolinea che la partecipazione del privato riflette il grado di «civiltà» dei rapporti fisco-contribuente, aggiungendosi che, a sua volta, tale civiltà diviene poi parametro di valutazione e di apprezzamento dell'attività legislativa.