

LA NUOVA GIURISPRUDENZA CIVILE COMMENTATA

RIVISTA MENSILE
ANNO XXXII
a cura di
GUIDO ALPA E PAOLO ZATTI

*La Rivista contribuisce a sostenere la ricerca
giusprivatistica nell'Università di Padova*

1/2016

 edicolaprofessionale.com/NGCC

Il diritto privato nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

**Atti del Convegno per i 30 anni di NGCC
(Padova, maggio 2015)**



DISCUSSIONI

Il diritto privato nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

Atti del Convegno per i 30 anni di NGCC (Padova, maggio 2015)

Relazione introduttiva	103
di Stefano Rodotà	
La tutela giurisdizionale dei diritti umani	108
di Guido Alpa	
La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'art. 6 del Trattato sull'Unione europea	119
di Pietro Sirena	
Regole e principi. Un decalogo	124
di Giuseppe Vettori	
Piccoli passi e cautele interpretative delle Corti sui diritti delle unioni omosessuali ..	129
di Marcella Fortino	
Il transessualismo tra legge e giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (e delle Corti costituzionali)	143
di Salvatore Patti	
L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo	148
di Leonardo Lenti	
Interesse del minore: gli aspetti identitari	159
di Francesca Giardina	
La fecondazione assistita nel dialogo tra le Corti	165
di Gilda Ferrando	
Usucapione, acquisti <i>a non domino</i> e Convenzione europea dei diritti dell'uomo	171
di Attilio Guarneri	
Diritti fondamentali e rapporti contrattuali. Sulla efficacia orizzontale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo	183
di Aurelio Gentili	
Locazione ad uso abitativo e diritti fondamentali	197
di Fabio Padovini	

Relazione introduttiva

di Stefano Rodotà *

Ringrazio i colleghi della rivista «*La nuova giurisprudenza civile commentata*» per l'opportunità di parlare in occasione del Convegno odierno. Questa relazione introduttiva, su suggerimento di Paolo Zatti che mi ha peraltro lasciato libero di scegliere il tema da affrontare, si occupa del principio di autodeterminazione, argomento meritevole senza dubbio di una continua attenzione.

Il principio dell'autodeterminazione o dell'autonomia personale rappresenta un elemento costitutivo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, al punto che in Francia e Germania la dottrina ha posto in evidenza come esso abbia «invaso complessivamente l'intero corpo pretorio della giurisprudenza di Strasburgo».

I termini «*autonomia personale*» e «*autodeterminazione*», nonostante le differenze linguistiche, nelle sentenze sono usati sostanzialmente come sinonimi (si veda la sentenza *Pretty c. Regno Unito*¹, in cui essi si trovano affiancati in uno stesso periodo). I termini individuano il principio a fondamento di tutti i criteri interpretativi che riguardano le garanzie dei diritti previsti dalla Convenzione del 1950. In questo senso, pertanto, può ben ritenersi che tale criterio abbia una portata espansiva o anche per così dire «invasiva».

Tale principio si fonda su un uso inflattivo della base legale, che è rappresentata dall'art. 8 che contempla il diritto al rispetto della vita privata e familiare.

L'affermazione esplicita della autonomia personale o autodeterminazione è frutto di una evoluzione giurisprudenziale relativamente nuova della Corte, che si sviluppa a partire dagli anni 2000 e che ha visto come tappe fondamentali le sentenze *Pretty c. Regno Unito* (in tema di suicidio assistito) e il caso *Goodwin c. Regno Unito*² (sul transessualismo), a cui seguiranno l'inquietante caso contro il Belgio promosso da due ricorrenti indicati con le sole iniziali del nome.

Tali criteri da un punto di vista linguistico trovano anche un riferimento nei richiami operati dalla giurisprudenza nazionale. Non è un caso, infatti, che la sentenza del 9 febbraio di quest'anno in tema di unioni tra persone dello stesso sesso statuisca che esse abbiano

uno status dotato di una componente di dignità pubblica, imprescindibile per l'autonomia personale. Il riferimento ci riporta all'art. 8 della Convenzione, che viene ad acquistare in questo modo una nuova portata espansiva, imponendo una interpretazione che metta al centro «*libertà e dignità come essenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*» (sentenza *Pretty c. Regno Unito*).

L'autodeterminazione o l'autonomia personale ha come funzione quella di permettere il libero sviluppo della personalità e l'esercizio del diritto di compiere autonomamente le proprie scelte di vita. Tale principio diviene ancora più stringente e più specificato in tema di vita sessuale, in quanto si ritiene che il disporre del proprio corpo sia parte integrante della autonomia personale e inoltre che esista il diritto di ciascuno di stabilire i dettagli della propria identità come essere umano. D'altra parte, si noti come tutti questi costituiscono riflessi della *vis* espansiva del principio di autodeterminazione, che si è manifestata nella giurisprudenza con un accumulo di pronunce pur in assenza di qualsiasi riferimento testuale nella Convenzione del 1950 alla terminologia «autodeterminazione» o «autonomia personale».

Mi permetto di fare un accostamento con quanto è scritto CORTE COST., 23.12.2008, n. 438, dove si afferma l'associazione tra il diritto fondamentale alla salute e il diritto di autodeterminazione, relazione che, come risulta dalla motivazione da una sentenza del 1988 e in altre sentenze successive, è il precipitato storico e giuridico di una serie di elementi che si erano venuti accumulando nella giurisprudenza costituzionale. Il diritto alla autodeterminazione è quindi per così dire il frutto del risultato di due istanze di tipo «costituzionale».

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha avuto effetti significativi sul diritto interno di vari paesi, sulle giurisprudenze nazionali e anche fuori dalla Unione Europea. Come è noto, ad esempio la sentenza *Dungeon c. Regno Unito*³ (in tema di omosessualità) ha prodotto riflessi ed è richiamata nella famosa sentenza *Lawrence v. Texas*⁴, che ha riaperto negli Stati Uniti il tema dei diritti degli omosessuali.

* N.d.A.: questo testo corrisponde a quel che ho detto in apertura del convegno e viene qui pubblicato per meri fini di documentazione, senza alcuno dei pur necessari approfondimenti.

¹ CORTE EUR. DIR. UOMO, 29.4.2002, ric. 2346/02.

² CORTE EUR. DIR. UOMO, 11.7.2002, ric. 28957/95.

³ CORTE EUR. DIR. UOMO, 22.10.1981, ric. 7525/76.

⁴ U.S.S.C., 539 U.S. 558.

Cercherò adesso di fare un elenco sommario, anche se non completo, delle sentenze in cui è richiamato questo criterio. Partiamo da quella che noi chiamiamo «privacy», precisando che, sebbene l'art. 8 parli di vita privata e familiare, negli anni Cinquanta ci si riferiva ad un concetto di *privacy* che diverge da quello affermatasi in seguito, essendo all'origine ad esso estranee tutte le preoccupazioni e le tutele che solo oggi circondano questo concetto.

Si ricordi che negli anni Cinquanta, la *privacy* aveva una valenza diversa negli U.S.A. e in Inghilterra, con un ruolo molto più importante nell'ordinamento giuridico statunitense, dov'era presente da tempo una ben diversa consapevolezza della sua rilevanza, La Convenzione non menziona la *privacy*, anche se, come ben sapete, il riconoscimento e la tutela della *privacy* si sono poi evoluti grazie alle interpretazioni dell'art. 8, coinvolgendo i profili della riservatezza, della confidenzialità, del segreto.

Si aggiunga che nella giurisprudenza della Corte si manifesta una interessante dialettica tra il comma 1° dell'art. 8, in cui si afferma il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, e il comma 2°, dove si afferma la legittimità di limitazioni che in una società democratica sono necessarie per finalità di sicurezza e di tutela della moralità pubblica. A tal proposito, sono tre i parametri che ritroviamo costantemente nelle giurisprudenze nazionali, in alcuni casi con riferimenti espliciti alla giurisprudenza della Corte eur. dir. uomo e in altri casi no. Come sapete, in questo momento in Europa si discute della legittimità di limitazioni alla tutela dei dati, posto che nella Carta europea dei diritti fondamentali la tutela della vita privata e familiare è contemplata nell'art. 7, mentre nell'art. 8 assume rilevanza come diritto fondamentale e autonomo della persona il diritto alla tutela dei dati personali. È importante ricordarlo, perché le limitazioni alla tutela dei dati personali in nome della sicurezza pubblica hanno una ampiezza particolare nella nuova legislazione francese e spagnola, implicando proprio il problema della garanzia della stessa democrazia. I tre parametri indicati nella giurisprudenza della Corte quando si occupa del problema dei limiti al diritto della vita privata e familiare sono la tutela della democrazia, della sicurezza e della moralità, che sono insieme parametri di interpretazione e strumenti per legittimare le limitazioni ai diritti.

Il concetto di autodeterminazione si ritroverà in seguito dove vengono in gioco integrità fisica e psichica, identità di *gender*, orientamento sessuale, scelta del nome, transessualismo, diritto al libero sviluppo della personalità, diritto a intrattenere libere relazioni con gli altri e con il mondo esterno (la cosiddetta vita privata sociale), conoscenza delle proprie origini, struttura delle relazioni familiari, legittimazione delle unioni tra persone dello stesso sesso, omogenitorialità, procreazione assistita, impianto di embrioni e diritto di stabilire se divenire o

no genitore (è il caso della necessità del mantenimento del consenso qualora vi sia un embrione e vi sia poi dissenso sull'impiantarli o no), maternità di sostituzione, diritto di morire, diritto di vivere in un ambiente sano, libertà di associazione sindacale.

Il terreno si amplia via via e in sintesi si può riassumere affermandosi che si cerca di delineare attraverso la giurisprudenza sulla autodeterminazione lo statuto complessivo della persona, statuto che talora trova all'interno dello stesso *corpus* di pronunce della Corte dei punti di disomogeneità e orientamenti talora non condivisibili. Nella giurisprudenza della Corte, una componente essenziale e centrale è il corpo e in questo senso si scandagliano i limiti della sovranità che ciascuno di noi ha sul proprio corpo. Il corpo non viene visto solo nella logica della fisicità, ma anche come elemento che si disloca in posti diversi e come tale esige protezione.

Tutto ciò ha determinato critiche forti nella dottrina italiana e d'oltralpe. La prima critica nasce dall'opinione secondo la quale, tutte le volte che viene in gioco il concetto di autodeterminazione, si attribuisce un ruolo centrale alla volontà degli interessati, affermando così che si è di fronte ad un nuovo dogma della volontà. In secondo luogo, la dottrina si è chiesta se ci sia una riflessione non solo giuridica intorno ai limiti (o alla inaffidabilità) del consenso per sé solo considerato, quali siano le limitazioni in senso tecnico al consenso e se sia in generale possibile e legittimo poggiare tutto sul consenso degli interessati.

Alla prima critica (dogma della volontà) e alla seconda (limiti eventuali del consenso) se ne aggiunge una terza, relativa all'eccessiva individualizzazione delle decisioni, così aprendo le porte ad una quarta e più radicale riflessione critica, che prende forma nel pensiero di chi ritiene che la Corte stia operando una «giuridicizzazione dei desideri» che transiterebbero dal mondo del piacere a quello dei diritti riconosciuti. Oggetto estremo di queste critiche è la sentenza, di cui vi parlerò tra poco, sugli atti di sadismo, con la quale si darebbe al piacere un ingresso pericoloso nel mondo del diritto, critica tuttavia che ritengo impropria perché in quella sentenza non si può ritrovare una legittimazione degli atti di sadismo oggetto della decisione.

Altre volte la giurisprudenza della Corte è stata oggetto di critiche particolarmente aspre, al punto da essere additata come «il luogo del suicidio del diritto», proprio perché attraverso diverse pronunce la regola giuridica sarebbe trasformata da mezzo per riconoscere diritti in strumento che permette la trasgressione. Critiche che hanno preso avvio dalla sentenza sul caso belga in materia di sadismo e si sono poi diramate in altri settori. Dello stesso avviso è chi ha detto che l'uomo dei diritti dell'uomo descritto dalla giurisprudenza della Corte sarebbe l'uomo «*svincolato da legami sociali e conformato per il mercato*». Vi è poi chi ha criticato la

storia della Convenzione e l'insieme dei diritti dell'uomo li riconosciuti osservando che, sebbene i diritti dell'uomo costituiscano una risorsa comune per l'umanità, la giurisprudenza della Corte avrebbe il difetto di avere irrigidito questa risorsa intorno ad una cultura esclusivamente di estrazione europea. I diritti dell'uomo, si è detto, avrebbero bisogno di una ben diversa apertura, per essere, da una parte, disponibili per il resto del mondo e, dall'altra, capaci di ricevere le suggestioni che dal resto del mondo possono venire, avviando un nuovo processo di autodefinizione del soggetto. Nelle posizioni più estremiste, non è poi mancato chi in dottrina abbia addirittura concluso che sarebbe opportuno abolire del tutto la Corte di Strasburgo.

Naturalmente appare necessario valutare fino a che punto queste critiche radicali, che hanno ad oggetto la giurisprudenza della Corte, siano fondate.

Quanto al carattere di assoluta individualizzazione o individualismo presente nella giurisprudenza della Corte, si deve ricordare che la Conv. eur. dir. uomo è una convenzione che è stata scritta quando non v'era la preoccupazione di costituzionalizzare a livello europeo i diritti sociali. Vi erano già state la Costituzione tedesca e quella italiana, con la loro attenzione per questi diritti, ma la Convenzione si presentava con caratteristiche diverse, legate soprattutto alla necessaria reazione alle violazioni dei diritti dell'uomo da parte dei regimi totalitari e alla volontà di avviare una costruzione dell'Europa su basi diverse. I diritti sociali seguiranno altre vie e entreranno in maniera piena nella dimensione europea attraverso la Carta dei diritti fondamentali, dove compaiono i titoli riguardanti la dignità, l'uguaglianza e la solidarietà, estranei ai precedenti trattati. Bisogna dunque piuttosto storicizzare il ruolo della Corte e il modo in cui essa stessa ha costruito il contesto in cui ha operato.

Secondo una recente critica mossa alla giurisprudenza della Corte, questa sarebbe colpevole della c.d. tendenza alla «contrattualizzazione» di nuovi ambiti e settori del diritto, come nell'ambito della procreazione assistita si avrebbe che l'impianto dell'embrione sarebbe subordinato al consenso di entrambe le persone coinvolte. Vi segnalo da ultimo la tendenza a utilizzare l'art. 8 in molti casi in cui si contesti l'allontanamento di una persona da un luogo o da un Paese, perché questo fatto interromperebbe le sue relazioni sociali (ad esempio, in materia di adozione).

Di particolare interesse è la sentenza *S.A.S. c. Francia*⁵, riguardante l'uso del velo islamico contestato da una dipendente della compagnia aerea. Premesso che non condivido questa sentenza, è bene ricordare che la Corte, dopo una parte introduttiva che costituisce un in-

no ai diritti fondamentali della persona, ragiona in modo analogo ad altre sentenze in cui è venuta in gioco la questione del «diritto a vestirsi come ci pare». Certo va considerato che vi sono paesi in Africa in cui le donne, pur di non rinunciare al diritto di vestirsi come preferiscono, accettano il rischio di essere frustate. Può ritenersi, quindi, che in questi casi non venga in gioco ancora un diritto universalmente acquisito. In quest'ultima sentenza si fa riferimento alla *fraternité*, parola che non è presente nella Convenzione: la sentenza statuisce che, se è vero che la società si crea anche attraverso la reciprocità e l'interazione tra le persone, allora un modo per favorire l'interazione è proprio andare in giro con il volto scoperto, in modo tale da essere riconoscibili e riconosciuti. Si potrebbe ritenere che vi sia un uso abusivo della «fraternità», anche se si potrebbe osservare che si riprende un uso che la parola aveva in origine, quando si alludeva alla fraternità come ad uno strumento basilare per costruire la nazione. Nella sentenza, comunque, si sommano diversi elementi, a partire dal riconoscimento della laicità francese, la nuova versione della fraternità e un superamento di un a logica puramente individualistica. La sentenza, peraltro, è stata criticata anche oltre oceano da Martha Nussbaum, la quale ha ironicamente affermato: «(...) io vivo a Chicago, dove fa un freddo terribile! D'inverno, vado in giro con un cappello di lana fino agli occhi e il bavero del cappotto alzato; mi metto sopra una sciarpa e si vede un solo occhio... e allora mi chiedo cosa dovrebbe dire la municipalità di Chicago?!!». In realtà, il discorso sul velo islamico riprende una questione che si poneva già con la legge di Pubblica Sicurezza, la quale prevedeva il divieto di mascherarsi tranne che per carnevale e, in maniera analoga, oggi la legge Antiterrorismo prevede il divieto di partecipare a manifestazioni pubbliche con caschi o passamontagna.

In generale, si può invece osservare che talora manca una omogeneità tra le sentenze, che non sempre corrispondono alla stessa *ratio decidendi*. Quanto alla cosiddetta «riduzione all'economico», non credo che valga l'argomento della estensione all'impresa di alcuni diritti dell'uomo, quali la tutela della reputazione e della riservatezza.

Quanto alla prostituzione, essa tocca il problema della legittimazione a disporre del corpo per ragioni economiche e rappresenta secondo alcuni una rinnovata conferma che nella giurisprudenza della Corte vi sia una riduzione della persona alla sua mera dimensione economica, essendo la prostituzione considerata come esercizio di lavoro autonomo. Qui si può appunto cogliere una contraddizione nella giurisprudenza della Corte.

Ci viene in soccorso, anche se parzialmente, la Carta dei diritti fondamentali della Unione Europea, che non

⁵ CORTE EUR. DIR. UOMO, 1°7.2014, ric. 43835/11.

è innocente in questa materia, in quanto all'art. 3, parlando di integrità della persona, fissa una serie di divieti operanti nell'ambito della biologia e della medicina. Come risulta dalle discussioni preparatorie e dai suggerimenti interpretativi del segretariato della Convenzione che ha scritto la Carta, l'intenzione del legislatore era di imporre il divieto di fare del corpo l'oggetto del profitto, e la limitazione alla biologia e alla medicina avrebbe lo scopo di lasciare fuori l'attività sportiva e la prostituzione, situazioni in cui pure si fa del corpo un mezzo per il profitto, poiché si ritiene che lo sport sia un fenomeno sociale universalmente riconosciuto e che la prostituzione sia un dato sociale comunque non contrastabile con una diversa previsione normativa.

Con la sentenza resa nel caso *Jany*⁶, si pose all'attenzione della giurisprudenza il problema se chi si prostituisce debba pagare per tale attività dei tributi. La risposta della Corte europea stata positiva, argomentando nel senso che si era di fronte ad una attività economica liberamente esercitata. Nella rivista «Quaderni costituzionali», è comparsa una nota critica di Massimo Luciani, ma si era rilevato che la Corte nel 2001 non si era potuta servire del riferimento alla dignità, che pure apre la Carta di Nizza, perché all'epoca la Carta non aveva valore giuridico vincolante, situazione ora modificata dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che riconosce alla Carta lo stesso valore giuridico dei Trattati. Ad ogni modo, per quanto riguarda la prostituzione permangono una ambiguità sociale e una ipocrisia giuridica nelle posizioni di chi ritiene che la dignità sarebbe violata solo ove manchi il consenso della persona interessata, con una pericolosa riduzione del principio di dignità.

La tesi della riduzione all'economico da parte della giurisprudenza della Corte europea viene smentita ove si ponga mente alle seguenti circostanze. Premetto che nella giurisprudenza della Corte dell'ultimo periodo sono state individuate delle aperture che potrebbero mettere in discussione l'economicismo della Corte di Lussemburgo. Con le due sentenze *Viking*⁷ e *Laval*⁸ i diritti dei lavoratori sono stati subordinati ai diritti dell'impresa; mentre la sentenza *Schmidberger c. Austria*⁹ del 2003 statuisce che la libertà di espressione è legittima anche quando determina ostacoli alla libera circolazione delle merci (anche se si invita al boicottaggio di un certo prodotto). In questi casi quindi la dimensione economica cede e non prevale ove intervenga un momento formativo e necessario di sviluppo della persona. Allo stesso modo, nella sentenza *Enerji Yapi c. Turchia*¹⁰ il fondamento del diritto di

promuovere azioni collettive viene individuato nella autodeterminazione del lavoratore, il quale non solo deve essere libero di aderire al sindacato, ma anche di esercitare azioni che potrebbero interferire con la concorrenza. Appare dunque che all'interno della Corte di Strasburgo vi siano elementi per mettere in discussione la assoluta preminenza dell'interesse economico, che troverebbe invece maggiore spazio nella giurisprudenza della Corte del Lussemburgo. Il condizionale è d'obbligo perché la sentenza del maggio dello scorso anno pronunciata nel caso *Google*¹¹, riconoscendo il diritto all'oblio, ha statuito che i diritti fondamentali della persona prevalgono sul profitto dell'imprenditore. Di certo le giurisprudenze delle due Corti si guardano a vicenda e l'argomento della riduzione all'economico non trova alcun conferma nella giurisprudenza della Corte europea.

Nell'ambito della giurisprudenza della Corte, il tema della democrazia assume rilievo con riguardo alle intercettazioni, con pronunce permissive; in alcune materie, mentre in altre la garanzia è stata mantenuta (ad esempio in tema di tempi di conservazione delle informazioni raccolte). Nella sentenza *Rotaru c. Romania*¹² del 2000, dove si affronta il tema della conservazione dei dati genetici, talora conservati indipendentemente dal fatto che la persona sia condannata o prosciolta, e in un altro caso contro il Regno Unito, la Corte aumenta la tutela per ragioni di democrazia, di tutela della sfera privata e del libero sviluppo della personalità.

Con riguardo alla morale, l'art. 8, comma 2°, Conv. eur. dir. uomo la inserisce tra le giustificazioni del limite all'esercizio del diritto di cui al comma 1° dello stesso articolo. Questo riferimento è sempre stato contestato e scompare nella Carta di Oviedo, cioè nella Convenzione europea sulla genetica e la biomedicina in cui, quando si parla della vita privata, si afferma che ci possono essere delle limitazioni ma non si fa riferimento alla morale. La ragione può essere cercata nel fatto che, quando si fa riferimento alla morale, questa è sempre la «morale degli altri», di quelli contrari alla espansione dei diritti, venendo a coincidere con una «morale corrente», che costituisce sempre un limite alla interpretazione evolutiva del diritto.

Dunque piuttosto che riferirsi ad un dato sociale di per sé contraddittorio, la Carta ha preferito riferirsi alla dignità, che è un parametro con un fondamento giuridico che può essere ricostruito anche attraverso la riflessione sulla giurisprudenza. In questo senso la dignità costituisce un principio giuridico. Si ricordi che l'essenza della Convenzione è il rispetto della dignità e

⁶ CORTE GIUST. CE, 20.11.2001, causa C-268/99.

⁷ CORTE GIUST. CE, 11.12.2007, causa C-438/05.

⁸ CORTE GIUST. CE, 18.12.2007, causa C-341/05.

⁹ CORTE GIUST. CE, 12.6.2003, causa C-112/2000.

¹⁰ CORTE EUR. DIR. UOMO, 21.4.2009, ric. 68959/2001.

¹¹ CORTE GIUST. UE, 13.5.2014, causa C-131/12.

¹² CORTE EUR. DIR. UOMO, 4.5.2000, ric. 28341/95.

della libertà, operando quindi in modo analogo all'art. 36 della Costituzione italiana, dove si garantisce la vita libera e dignitosa attraverso la retribuzione (prospettiva che oggi in Italia appare alquanto problematica). Queste premesse hanno mutato quella giurisprudenza che era contraria a riconoscere i diritti dei transessuali e che ha portato alla sentenza *Goodwin* del 2002, a cui ha fatto seguito una Risoluzione del Consiglio d'Europa, ai cui lavori ho partecipato.

È necessario ricordare la sentenza relativa al caso *K.A. e A.D. c. Belgio*¹³ relativa ad un magistrato ed un medico che avevano esercitato atti di sadismo sul corpo della moglie di uno dei due. La dottrina che ha criticato questa pronuncia ha addirittura sostenuto che la Corte abbia legittimato l'uomo sadico. Nel caso di specie, i due soggetti erano stati condannati dal tribunale ordinario belga e avevano fatto ricorso alla Corte di Strasburgo sostenendo la contraddittorietà rispetto alla giurisprudenza della Corte sulla libertà di disporre del proprio corpo. In realtà, la pronuncia belga condannava i due in quanto dalle registrazioni risultava che ad un certo punto la donna vittima degli atti sadici avesse gridato «pietà», circostanza che andava assolutamente intesa come revoca del consenso. La osservazione critica che è stata mossa è quindi stata che se non ci fosse stato quel grido, il giudice belga avrebbe fatto male a condannare.

Sul punto si registra invero un *revirement* giurisprudenziale, in quanto in un caso precedente del 1997 (sentenza *Laskey, Jaggard e Brown c. Regno Unito*¹⁴) la Corte era stata molto più rigorosa (si trattava di un caso di pratiche sadiche di gruppo). Ironicamente la dottrina ha quindi osservato che, se nel caso più risalente «per fortuna è stato assassinato Sade», in occasione della più recente pronuncia contro il Belgio «Sade avrebbe vinto».

Personalmente ritengo invece che il diritto al sadismo vinca davvero solo nel caso in cui lo Stato nazionale non condanni l'autore delle violenze e la persona abbia fatto ricorso alla Corte di Strasburgo lamentando di essere stata sottoposta a atti sadici e la Corte argomenti in base a un consenso eventualmente prestato. Nel caso indicato, invece, la Corte ha ritenuto legittima la condanna della corte belga fondata sulla re-

voca del consenso e si è fermata qui. D'altra parte, non può ammettersi in questa materia, come hanno fatto alcuni critici, una argomentazione *a contrario* basata sul silenzio. Alla Corte si può certo rimproverare la mancanza di un riferimento al principio di dignità, ma da ciò non si può poi dedurre la legittimazione degli atti di sadismo perché, in presenza di tali atti, la Corte può sempre invocare l'art. 3 della Convenzione che vieta i trattamenti inumani e degradanti. Solo in presenza di sentenze che avessero omesso questo riferimento – legittimando atti sadici, sarebbe legittimo parlare di un riconoscimento de «l'*homme sadien*». Si può aggiungere che nella giurisprudenza della Corte la sessualità è la sfera in cui l'abuso del corpo assume una particolare rilevanza.

Con riguardo all'«autofondazione», e alla centralità della volontà della persona, ci si è chiesti in quale misura il singolo possa godere della garanzia alla sua libertà individuale assicurata dallo Stato senza fare riferimento ad un elemento unificatore o principio preesistente a tale libertà. Si può ben rispondere che lo Stato costituzionale di diritto ha fondato la sua legittimità sui principi qui invocati, che sono la fraternità, l'egualianza, la libertà e la dignità. Principi che costituiscono appunto il fondamento, la base concettuale che non richiede alcun appello ad un «ordine morale e istituzionale», che non può essere liberamente attinto dal «sentire comune» da parte del giudice, che deve passare attraverso il filtro rappresentato dai principi ricordati.

Nessuna autofondazione e nessun dogma della volontà, ma svolgimento coerente di principi generali. Si può aggiungere che, in questa prospettiva, la ricordata ultrattività dell'art. 8 è legata al fatto che proprio quell'articolo impone alla Corte di dare alla «vita privata e familiare» una piena garanzia.

Montaigne diceva che la vita è «un movimento ineguale, irregolare, multiforme», ponendo il problema del ruolo del diritto, che invece deve essere eguale, regolare e uniforme. La Corte ha cercato di sciogliere questo dilemma, di uscire da questo dilemma, di sciogliere questa contraddizione, con una giurisprudenza «prensile», che scelga di «accompagnare» la vita piuttosto che porsi «contro» di essa.

¹³ CORTE EUR. DIR. UOMO, 17.2.2005, ricc. 42758/98 e 45558/99.

¹⁴ CORTE EUR. DIR. UOMO, 19.2.1997, ricc. 21627-21628-21974/1993.

La tutela giurisdizionale dei diritti umani

di Guido Alpa

SOMMARIO: 1. La protezione dei diritti umani in ambito comunitario: il primo parere della Corte di giustizia del 1996 e il Trattato di Amsterdam. - 2. Il processo di costituzionalizzazione del diritto privato. La Carta dei diritti fondamentali siglata a Nizza (2000). - 3. L'applicazione giurisprudenziale della Carta di Nizza da parte della Corte di giustizia. - 4. Le relazioni dell'Agenzia europea per i diritti fondamentali. - 5. Tre vie per applicare direttamente i diritti fondamentali della Carta ai rapporti tra privati. - 6. L'applicazione diretta dei diritti fondamentali della Carta europea ai rapporti tra privati. - 7. Il secondo parere della Corte di giustizia e la mancata adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU).

1. La protezione dei diritti umani in ambito comunitario: il primo parere della Corte di Giustizia del 1996 e il Trattato di Amsterdam.

L'opinione secondo la quale nell'ambito del diritto comunitario vi sia un riconoscimento dei diritti umani dovuto al fatto che (quasi) tutti i Paesi appartenenti all'Unione li riconoscono nelle rispettive costituzioni si è venuta formando lentamente negli ultimi anni; il rispetto dei diritti umani può essere riguardato come principio generale di diritto comunitario. Su questo punto vorrei tornare in conclusione del discorso, perché la configurazione dei diritti fondamentali come «principi generali» può essere una delle vie per l'affermazione dell'applicabilità diretta dei diritti fondamentali ai rapporti tra privati¹.

Con il parere reso il 28.3.1996 la Corte di giustizia ha risposto al quesito proposto dal Consiglio della Comunità in ordine alla compatibilità della adesione da parte della Comunità alla Convenzione europea sui diritti umani con il Trattato². Il parere ha precisato che, atteso il testo del Trattato in quel momento in vigore,

la Comunità non aveva competenza a sottoscrivere la Convenzione. Solo un emendamento del testo lo avrebbe consentito, anche se in ambito comunitario si riteneva che il rispetto dei diritti umani costituisca un requisito di legittimità degli atti della Comunità (in questo senso si esprime il § 34, del parere cit.). Il parere è stato criticato da opposti angoli di visuale: da alcuni si era osservato che i diritti fondamentali classici non investono il diritto comunitario, per sua natura dedito al diritto patrimoniale; da altri, all'opposto, che il parere non avrebbe impedito la redazione di un *bill of rights* elaborato a livello comunitario³. Entrambe le critiche si sono rivelate infondate: la prima, perché gli stessi atti comunitari hanno smentito la unidirezionalità economica del diritto comunitario; la seconda, perché il catalogo dei diritti fondamentali è stato finalmente realizzato.

Il Trattato di Amsterdam del 1997 ha modificato il testo originario del Trattato di Roma con una formula più agevole per la soluzione del problema della *Drittwirkung*⁴.

È rilevante, ai nostri fini richiamare l'attenzione

¹ La rassegna delle pronunce della Corte di giustizia sui diritti fondamentali intesi come «principi generali» si rinviene in MENGOLZI (a cura di), *Casi e materiali di diritto comunitario*, Cedam, 1998, 580 ss.

² Parere 28.3.1996, n. 2/94, in *ECR*, 1996, I, 1759.

³ Così BETTEN-GRIEF, *EU Law' and Human Rights*, Londra-New York, 1998, 120. Il parere è stato reso sulla base del testo del Trattato di Maastricht del 1992, il cui art. F, come è noto, recitava: «1. L'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri, i cui sistemi di governo si fondano sui principi democratici.

2. L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novem-

bre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario.

3. L'Unione si dota dei mezzi necessari per conseguire i suoi obiettivi e per portare a compimento le sue politiche».

⁴ «1. L'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri.

2. L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario.

sulla formulazione additiva del comma 1° dell'art. 6.

Il testo – che non è ambiguo, e neppure restrittivo, come pure si era sostenuto, rafforza il rispetto dei diritti umani in ambito comunitario.

Si era anche segnalato che il nuovo testo ha un significato politico di rilievo, in quanto subordina l'adesione di nuovi Paesi all'Unione al rispetto dei diritti umani (art. O, ora 49 del Trattato). Ma si era tuttavia osservato che le modifiche introdotte «restano per più versi (...) al di sotto delle aspettative che erano maturate in materia»⁵.

Il testo ha introdotto una procedura sanzionatoria degli Stati che violino persistentemente i principi con cui si proteggono i diritti umani (art. 7). Ma la procedura si esauriva nell'ambito della competenza del Consiglio, restandone esclusa la Corte di giustizia. La conclusione era che la Corte avrebbe potuto applicare i principi del diritto comunitario con cui si riconoscono implicitamente i diritti fondamentali avendone riconosciuta una competenza esplicita (art. 42), ma non si sarebbe potuto far leva su di un catalogo comunitario di tali diritti, né si era ammesso uno specifico ricorso diretto alla Corte da parte dei singoli per la violazione dei diritti.

In compenso, il Trattato di Amsterdam ha rafforzato alcuni diritti della personalità come i diritti relativi ai dati personali, alcuni diritti in materia di accesso agli atti della Comunità, e i diritti dei consumatori.

Inoltre, ha rafforzato l'impegno della Comunità contro le discriminazioni basate sul sesso, sulle origini «razziali o etniche», sulle credenze religiose, sull'età e sull'orientamento sessuale (art. 6 a).

Da quel momento la via per l'applicazione diretta delle disposizioni comunitarie, in sintonia con quelle della Convenzione di Strasburgo è divenuta più agevole⁶.

2. Il processo di costituzionalizzazione del diritto privato. La Carta dei diritti fondamentali siglata a Nizza (2000).

I giuristi italiani hanno salutato la Carta di Nizza con largo favore. Il dibattito sulla sua rilevanza politica e sui suoi contenuti giuridicamente rilevanti è stato diffuso e colto. Dal punto di vista politico e giuridico si è sottolineato che la Carta segna una vera e

propria discontinuità nel processo di costruzione europea⁷ in quanto si presenta come il nucleo di una vera e propria Carta. A differenza della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, la Carta include i diritti sociali e risolve molti problemi interpretativi a cui avevano dato adito i Trattati delle Comunità europee. La Carta ha dato luogo dunque ad una pluralità di letture: come un prodotto storico, come un esperimento istituzionale, come un documento politico, come un documento tecnico⁸. L'Europa ha quindi abbandonato la sua dimensione riduttiva, essenzialmente economica, per aprirsi alla protezione dei valori fondamentali della convivenza civile: la Carta non può quindi essere oggetto di una lettura riduttiva, non ha accolto una concezione «molecolare» dei diritti individuali, ma ha sottolineato la loro connessione con la dimensione sociale, dimensione poi accolta nel testo della Carta⁹.

Nel cammino storico tracciato dal costituzionalismo europeo la Carta ha manifestato caratteri di originalità e peculiarità notevoli, perché non rappresenta una volontà costituente, ma piuttosto un patrimonio già esistente¹⁰. In altri termini – ha sottolineato Paolo Grossi¹¹ – «(...) è una carta di identità europea almeno a livello di diritti fondamentali». Lo stesso a. ha però precisato che una «carta» non può rimanere un testo, per l'appunto cartaceo – avulso dal diritto praticato, né il soggetto come un ente cementato dal diritto: e i diritti non possono essere estrapolati dal loro contesto politico¹², né dalla fissazione dei limiti ai diritti riconosciuti, anche se essi esprimono valori condivisi¹³.

Dal punto di vista del diritto privato, la Carta, incentrandosi sulla tutela della persona, «è uno strumento per la ricerca di valori unitivi e per ridefinire i rapporti fra privati e fra questi e le Istituzioni in un ambito che supera i confini di ciascuno Stato»¹⁴. Tenendo conto dei diritti fondamentali che essa riconosce – ivi compresi i nuovi diritti collegati all'incidenza delle tecnologie, della bioetica, della raccolta di dati personali – e di quelli che ormai erano acquisiti (quanto alla proprietà, alla libertà contrattuale, alla libertà di concorrenza e di libera intrapresa di attività economiche) anche la natura stessa dei diritti sogget-

3. L'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri.

4. L'Unione si dota dei mezzi necessari per conseguire i suoi obiettivi e per portare a compimento le sue politiche».

⁵ TIZZANO, *Il trattato di Amsterdam*, Cedam, 1998, 38.

⁶ Sul punto v. per tutti E. POCAR, *La tutela dei diritti del cittadino davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo*, Giuffrè, 1989.

⁷ RODOTÀ, *La Carta come atto politico e documento giuridico*, in MANZELLA-MELOGRANI-PACIOTTI-RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa*, Il Mulino, 2001, 59.

⁸ ID., *op. cit.*, 64.

⁹ CONDINANZI, *Il singolo e la «comunità di diritto» nel nuovo testo*

di Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, in *Corr. giur.*, 2004, 1545 ss.

¹⁰ FIORAVANTI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nella prospettiva del costituzionalismo moderno*, in *Carta europea e diritti dei privati*, a cura di VETTORI, Cedam, 2002, 206 ss.

¹¹ GROSSI, *L'ultima Carta dei diritti*, *ivi*, 249.

¹² P. BARCELLONA, *L'Europa, la politica ed i diritti*, *ivi*, 114 ss.

¹³ BUSNELLI, *Importanza e limiti dei valori fondamentali nella Carta europea*, *ivi*, 138.

¹⁴ VETTORI, *Carta europea e diritti dei privati*, *ivi*, 53.

tivi sembra riformulata in un contesto che di volta in volta deve essere specificato, in quanto essi sono protetti da nuovi organi e con nuovi strumenti tecnici. La sua formulazione tecnica lascia adito a dubbi interpretativi e a molte vaghezze¹⁵ e contiene anche lacune, se confrontata con i testi costituzionali di alcuni Stati membri, come, ad es., il diritto al lavoro o la libertà contrattuale¹⁶. Ma la Carta non può essere letta come si legge una costituzione, avulsa dal suo contesto e dal suo processo originante: la Carta si pone come un preambolo ad una Carta ed ha il merito di «territorializzare» gli spazi in cui i diritti che essa riconosce sono protetti¹⁷.

In ogni caso, il suo inserimento nella Carta ne esalta la valenza giuridica e la trasforma in un testo suscettibile di essere utilizzato per ottenere rimedi giurisdizionali¹⁸.

a) *I valori del Preambolo.*

Dal punto di vista giuridico e politico il significato pregnante del nuovo testo è racchiuso in modo icastico nel Preambolo in cui si evidenziano i valori comuni dei popoli d'Europa, valori qualificati come indivisibili e universali; essi sono la dignità umana, la libertà, l'uguaglianza, la solidarietà; questi valori rispettano la diversità delle culture e delle tradizioni dei popoli d'Europa, sono radicati nel patrimonio spirituale e morale europeo, e sono considerati l'espressione più alta della nozione di persona, posta al centro dell'azione dell'Unione; una nozione qualificante della cittadinanza e dello spazio di libertà, sicurezza, giustizia che essa intende promuovere e garantire. Lo sviluppo «equilibrato e sostenibile» volto ad assicurare la libera circolazione delle persone, dei servizi, delle merci e dei capitali, la libertà di stabilimento, è dunque condizionato dalla tutela della persona. Analoga precisazione non è fatta per la concorrenza, l'altro pilastro (dal Trattato di Roma certo il più importante) sul quale si fonda il mercato unico. Ma, attesa la formulazione ampia e onnipervasiva della nozione di persona e della sua tutela, non occorre fare particolari sforzi interpretativi per assoggettare anche la disciplina della concorrenza al rispetto dei diritti fondamentali.

L'Unione si impegna, inoltre, a rafforzare la tutela

dei diritti fondamentali «alla luce della evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici». Per parte sua, il principio di sussidiarietà consente di riaffermare le tradizioni costituzionali e gli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, i diritti garantiti dalla Convenzione europea di Strasburgo e dalle Carte sociali adottate dall'Unione e dal Consiglio d'Europa e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

b) *La Carta come «processo».*

Come si è detto da più commentatori, prima di tutto la Carta è un «processo» che porta ad un testo che, a sua volta, con l'approvazione di tutti gli Stati membri, sarà collocato nell'ambito delle fonti comunitarie, sarà interpretato e applicato, e comporterà non solo un rafforzamento politico dell'Unione, ma anche una più qualificata «cittadinanza» europea, un rafforzamento dei diritti individuali, un arricchimento dei valori che fondano il diritto dei privati.

Questo processo è anzitutto un processo di natura culturale, e presenta una forte componente di valori giuridici; il suo è stato un avvio complesso, perché – se si vuol considerare solo la dimensione giuridica dei problemi – si sono riflessi prima sul testo della Carta di Nizza, poi sul testo della Carta, i dubbi e gli interrogativi che avevano contrassegnato l'applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, siglata a Strasburgo nel 1950, ai quali si sono poi aggiunti problemi inerenti il diritto comunitario: dalla legittimazione stessa dell'Unione ad elaborare una «carta dei diritti», al suo valore giuridico, alla sua applicabilità diretta, alla definizione dei diritti fondamentali, alla loro classificazione, alla tassonomia dei valori da essi incorporati, e così via.

c) *La definizione dei «diritti fondamentali».*

Il tema oggetto della prima sessione di questo convegno è intitolato ai «diritti fondamentali» e alla loro efficacia «diretta». La Carta non definisce i «diritti fondamentali» ma ne fornisce un elenco; i diritti sono identificati all'interno dei titoli dedicati per l'appunto alla dignità, alla libertà, all'uguaglianza e alla solidarietà. Il significato della categoria – peraltro assai discusso nella letteratura recente¹⁹ – è relazionale, sia

¹⁵ FURGIUELE, *Valore e limiti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, ivi, 226.

¹⁶ COLLURA, *Cenni introduttivi sulla Carta dei diritti*, ivi, 166 ss.

¹⁷ FALZEA, *Osservazioni introduttive*, ivi, 202.

¹⁸ BRUN, *La Charte des droits fondamentaux. De la proclamation politique à la constitutionnalisation formelle*, in *Quelle justice pour l'Europe?*, Bruxelles, 2004, 39 ss.

¹⁹ V. tra i tanti esemplari contributi, che riflettono le diverse posizioni formulate a questo riguardo, OESTREICH, *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Zanichelli-Foro it., 2001; HA-

BERMAS, *Fatti e norme*, Laterza, 1996; VIOLA, *Danna natura ai diritti. I luoghi dell'etica contemporanea*, Zanichelli-Foro it., 1997; LUHMANN, *I diritti fondamentali come istituzione*, Dedalo, 2002; FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, 2001; PALOMBELLA, *L'autorità dei diritti*, Laterza, 2002; LIPARI, *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*, Studium, 2004. Sempre attuali sono le riflessioni di P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Jovene, (s.d. ma) 1972; per la curvatura dei diritti fondamentali all'interno delle categorie di «capacità giuridica» e «status» v. ALPA, *Status e capacità*.

perché la nozione si deve ricavare dal preambolo e dalle tradizioni culturali delle singole esperienze, sia dalla storia interna dei diritti fondamentali come segnata dall'evoluzione del diritto comunitario, sia dalle pronunce della Corte di giustizia. In più, è una nozione legata, per un verso, al diritto positivo, perché i diritti fondamentali sono individuati ed elencati nel testo, per altro verso all'evoluzione culturale connessa al divenire dei «valori» a cui si richiama il preambolo. Spetta all'interprete calibrare i limiti fissati nello stesso preambolo e contemperare i diritti fondamentali in conflitto tra loro.

Il titolo presuppone dunque una triplice sineddoche, in quanto allude sia alla nozione di «diritti fondamentali» sia alla nozione di «efficacia diretta»; muovendo dall'analisi della Carta, si deve perciò presumere (i) che l'applicazione dei diritti sia riferibile alle disposizioni che nella Carta definiscono o includono «diritti fondamentali», che (ii) nonostante le numerose limitazioni previste dalla stessa Costituzione (artt. II-111, II-112, II-113, II-114) queste disposizioni siano giuridicamente – e non solo politicamente – vincolanti, (iii) che questi diritti si possano applicare al di là dell'ambito delineato dal testo, per poter essere estesi ai rapporti tra i privati.

L'*excursus* dei diritti fondamentali in ambito europeo costituisce allora la premessa per poter risolvere la questione della applicabilità diretta dei diritti fondamentali come previsti dalla Carta ai rapporti tra privati. Non si possono infatti ignorare l'evoluzione dei diritti fondamentali all'interno del diritto comunitario e la loro affermazione, prima del loro ingresso del diritto comunitario, nell'*humus* culturale e giuridico delle istituzioni europee. È probabile infatti che si ripresentino per l'applicazione della Carta i medesimi problemi che si sono dovuti risolvere per le altre Carte dei diritti già in vigore.

Rispetto alle altre Carte si nota subito, tuttavia, una grande differenza: la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo sono atti internazionali; la Carta di Nizza aveva – originariamente – solo un significato politico; la Carta è considerato un atto costituzionale che, pur nella peculiarità dell'ordinamento comunitario, non assimilabile *tout court* ad un ordinamento nazionale, rappresenta pur sempre la «norma di base» dell'intero sistema. Ma permangono i dubbi che il sistema di valori espressi dalle singole Carte costituzionali siano

davvero integralmente riflessi in questa Costituzione²⁰ e che la elencazione come la formulazione dei diritti fondamentali così come recepiti nel testo possano scoraggiare la competizione tra ordinamenti al livello costituzionale²¹.

Il processo di costituzionalizzazione non si è però concluso. Si è ripiegato, dopo la mancata ratifica della Costituzione europea da parte della Francia e dell'Olanda, nella sottoscrizione del Trattato di Lisbona (2007) con il quale, dal 1° 1.2009, la Carta di Nizza è considerata uno strumento di natura giuridica equiparato ai Trattati.

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

Dal punto di vista formale, se ci arrestassimo a considerare solo la lettera della Carta, si potrebbe discutere se i diritti fondamentali della persona siano da intendersi come «principi» di diritto in quanto tali. Leggendo il Preambolo della Carta sembrerebbe di capire che i diritti fondamentali sono valori che si fondano sui principi di democrazia e dello Stato di diritto²². Così recita il testo: «Consapevole del suo patrimonio spirituale e morale, l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà; essa si basa sul principio della democrazia e sul principio dello Stato di diritto. Pone la persona al centro della sua azione istituendo la cittadinanza dell'Unione e creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia».

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

Ma il passo più rilevante riguarda la natura di questi valori/principi/diritti: «Il godimento di questi diritti fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle generazioni future. Pertanto, l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi enunciati in appresso».

Non si tratta dunque di enunciazioni enfatiche che esauriscono la loro funzione nel dipingere l'immagine ideale della Carta: i diritti fondamentali sono o espri-

La costruzione giuridica delle differenze individuali, Laterza, 1994; per la curvatura dei diritti fondamentali all'interno della categoria della «cittadinanza» v. MOCCIA, *La cittadinanza europea*, Laterza, 2002.

²⁰ ALBINO, in *Costituzione italiana e diritto comunitario*, a cura di S. GAMBINO, Giuffrè, 2002, 453 ss.

²¹ Sul punto v. gli interventi in ZOPPINI (a cura di), *La concor-*

renza tra ordinamenti giuridici, Laterza, 2004. Sul trapianto e sulla circolazione dei valori e dei modelli v. SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Giuffrè, 2001; CANIVET-ANDENAS-FAIRGRIEVE (eds), *Comparative Law Before the Courts*, Londra, 2004; MARKESINIS, *Il metodo della comparazione*, Giuffrè, 2004.

²² RODOTÀ, *op. cit.*

mono principi che hanno valore giuridico, che fanno sorgere responsabilità e doveri nei confronti dello Stato o dell'Unione e nei confronti degli altri.

Nel 2007 con una Risoluzione del Parlamento europeo viene ribadito il rilievo politico della Carta, anche se da tempo la Corte di giustizia e le Corti nazionali si erano determinate autonomamente a considerare vincolante la Carta e ad ispirarsi ad essa per risolvere le questioni e decidere le controversie²³. La Carta è entrata subito nel corpo di «diritto vivente», e ha assommato al suo valore politico anche un valore giuridico²⁴.

Di più. Il Trattato dell'Unione Europea è stato modificato dal Trattato di Lisbona di cui si tratterà nei prossimi paragrafi.

3. L'applicazione giurisprudenziale della Carta di Nizza da parte della Corte di giustizia.

Nonostante l'affermazione secondo la quale la Carta di Nizza, finché non fosse incorporata in una Costituzione approvata dai Paesi membri secondo le procedure proprie di ogni sistema nazionale, non dovesse essere considerata un testo giuridicamente vincolante, ma avesse un significato solo politico, la Carta è stata applicata dai giudici nazionali e invocata più volte dagli Avvocati generali nel corso dei procedimenti celebrati dinanzi alla Corte di giustizia. Ma si trovano tracce di riferimenti alla Carta di Nizza anche in alcuni Statuti regionali italiani.

Una accurata, dettagliata e corposa rassegna delle pronunce dei tribunali, della Corte costituzionale e di talune decisioni del Tribunale europeo, e di qualche accenno contenuto nelle sentenze della Corte di giustizia è offerta da Alfonso Celotto e Giovanna Pistorio, e non è il caso, in questa sede, di ripercorrere i risultati della loro ampia ricerca²⁵. Val la pena però di sottolineare come – facendo appello alla libertà dell'interprete – i giudici non si siano fatto scrupolo di applicare, o di richiamare, o di riprendere, i diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta di Nizza come se le disposizioni della Carta fossero al tempo stesso di natura giuridica, vincolanti per l'interprete e applicabili ai rapporti tra privati.

Proprio le pronunce delle Corti dimostrano che i diritti fondamentali sono intesi come principi generali,

di volta in volta presentati sotto forma di valori della persona.

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

Il mercato del lavoro, e quindi il contratto di lavoro, è stato il bersaglio più frequentemente colpito dalla Corte di giustizia dell'Unione sulla base di principi generali quali il principio di eguaglianza (qui sotto forma di parità tra uomo e donna nel trattamento pensionistico), diritto fondamentale riconosciuto da tutte le Costituzioni moderne, e dalle prime dichiarazioni dei diritti. Si può leggere il testo anche nel senso inverso, e cioè come applicazione del principio di non discriminazione. Non è il caso in questa sede di passare in rassegna i casi più eclatanti, come il caso *Bartsch* (del 13.9.2008, causa C-46/07), o i casi di applicazione del principio di dignità della persona (del 13.11.1990, causa C-152/82) o i casi riguardanti il principio di libera circolazione dei lavoratori. In materia di contratti è esemplare il caso *Omega Spielhallen* (causa C-36/02) in cui si sono vietati giochi che usavano strumenti elettronici in cui figure umane fungevano da bersaglio (causa C-36/02).

Più di recente, in materia di contratti di assicurazione, la Corte di giustizia ha stabilito che l'art. 5, n. 2 della direttiva 2004/113/CE sul principio di eguaglianza tra uomini e donne è invalido e quindi le clausole contenute nelle polizze assicurative che discriminano le donne, per età, rispetto agli uomini, sono nulle (causa C-236/09)²⁶.

4. Le relazioni dell'Agenzia europea per i diritti fondamentali.

L'applicazione delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali nei singoli Paesi membri è monitorata dall'Agenzia europea per i diritti fondamentali (*European Union Agency for Fundamental Rights*), che annualmente redige una relazione sullo «stato delle cose». La Relazione viene ripresa dalla Commissio-

²³ CELOTTO-PISTORIO, *L'efficacia giuridica della carta dei diritti fondamentali dell'unione europea (rassegna giurisprudenziale 2001-2004)*, in *Giur. it.*, 2005.

²⁴ COLLINS, *The Impact of Human Rights Law on Contract Law in Europe*, in ANDENAS-ANDREW-TAMARUYA (eds), *Legal Studies Research, Paper Series*, Paper No. 13/2011, University of Cambridge; ma v. anche GRUNDMANN (ed), *Constitutional Values and European Contract Law*, Alphen aan den Rijn, 2008; HESSELINK-MAK, *Constitutional Aspects of European Private Law: Freedoms, Rights and Social Justice in the Draft Common Frame of Reference*,

Center for the Study of European Contract Law Working, Papers Series No. 2009/05. E ora v. NAVARRETTA, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 547 ss.

²⁵ CELOTTO-PISTORIO, *op. cit.*, 427-440.

²⁶ Una ricca e dotta raccolta di casi commentati si deve ora a COSIO-FOGLIA (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Giuffrè, 2012; in argomento v. RUGGERI (a cura di), *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno*, Esi, 2012.

ne che ne fa a sua volta una relazione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni. Fondamentale è sempre la giurisprudenza della Corte di giustizia.

Nella causa *Pringle* (causa C-370/12), la Corte ha stabilito che, nell'istituire un meccanismo permanente di risoluzione delle crisi per i paesi della zona euro, gli Stati membri non attuano il diritto dell'Unione. Nella causa *Fierro e Marmorale* (causa C-106/13) la Corte, si legge nella Relazione per il 2013 (COM 2014, 224 *final*) ha esaminato la normativa italiana che impone l'annullamento di un contratto di compravendita di un immobile nel caso in cui l'immobile sia stato modificato senza tenere conto della normativa urbanistica.

Un siffatto annullamento automatico osta all'esercizio del diritto di proprietà (art. 17), però la Corte ha dichiarato irricevibile la questione pregiudiziale che era stata sollevata non ravvisando alcun nesso tra le norme nazionali in materia urbanistica e il diritto dell'Unione.

Vi sono attualmente tre situazioni nelle quali l'applicabilità della Carta è evidente.

In primo luogo «l'attuazione del diritto dell'Unione» comprende l'attività legislativa e le prassi giudiziarie e amministrative poste in atto da uno Stato membro per assolvere gli obblighi derivanti dal diritto dell'UE. È quanto si verifica, ad esempio, quando gli Stati membri assicurano una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti conferiti ai cittadini dall'ordinamento dell'Unione, in ottemperanza all'obbligo previsto all'art. 19, paragrafo 1, del TUE. La direttiva sulla libera circolazione autorizza gli Stati membri a limitare la libertà di circolazione dei cittadini dell'Unione per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica.

In secondo luogo la Corte ha stabilito che la Carta si applica quando l'autorità di uno Stato membro esercita un potere discrezionale di cui è investita in virtù del diritto dell'Unione.

Con la sentenza *Åkerberg Fransson* (causa C-617/10) del 2013 la Corte è stata sollecitata a chiarire se le fattispecie di diritto interno che rispondono agli obiettivi fissati dal diritto dell'Unione costituiscano anch'esse situazioni in cui viene data «attuazione» al diritto dell'Unione conformemente all'art. 51 della Carta. La Corte è stata adita in via pregiudiziale da un tribunale di primo grado svedese, che ha chiesto se è ammessa l'imputazione per reati fiscali qualora all'imputato è già stata inflitta una pena pecuniaria nell'ambito di un precedente procedimento amministrativo, a seguito di una stessa comunicazione di dati inesatti. La questione andava esaminata in relazione al principio *ne bis in idem* (secondo il quale una persona non deve essere punita due volte per lo stesso reato), sancito dall'art.

50 della Carta, anche se la normativa nazionale su cui si fondano le sanzioni amministrative e i procedimenti penali non era stata adottata in applicazione del diritto dell'Unione.

La Corte ha sottolineato che il diritto dell'Unione impone agli Stati membri di garantire che l'IVA sia interamente riscossa, di lottare contro le attività illecite lesive degli interessi finanziari dell'Unione e, per combattere la frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione, di adottare le stesse misure che adottano per combattere la frode lesiva dei loro stessi interessi.

Nella Relazione per il 2015 (COM 2015 191 *final*) la Commissione ha riferito della sentenza *Digital Rights Ireland* (cause causa C-293/12 e causa C-594/12) con cui la Corte ha dichiarato invalida la direttiva sulla conservazione dei dati 2006/24/CE a causa di violazioni dei diritti fondamentali alla vita privata e alla protezione dei dati personali garantiti dagli artt. 7 e 8 della Carta. La sentenza ha stabilito che la legislazione derivata dell'UE deve contenere specifiche garanzie per la tutela dei diritti fondamentali, comprese disposizioni sulle eccezioni al segreto professionale e sulla revisione preventiva di un'autorità amministrativa o giudiziaria, che non possono essere lasciate alla discrezionalità del legislatore nazionale. La Corte di giustizia dell'Unione europea ha statuito che la conservazione dei dati persegue un obiettivo legittimo di interesse generale, segnatamente la lotta contro le forme gravi di criminalità organizzata, e costituisce uno strumento adeguato per il raggiungimento di tale obiettivo. Tuttavia, essa ha ritenuto che l'impatto della direttiva sui diritti fondamentali alla vita privata e alla protezione dei dati personali non fosse limitato a quanto strettamente necessario.

Si è istituito anche l'ECLI, una banca dati per l'identificazione dei casi in cui i giudici nazionali applicano direttamente la Carta dei diritti fondamentali.

5. Tre vie per applicare direttamente i diritti fondamentali della Carta ai rapporti tra privati.

Per riassumere quanto fin qui si è sinteticamente osservato, possiamo allora concludere nel senso che i diritti fondamentali, come riconosciuti dalla Carta, si possono applicare ai rapporti tra privati attraverso tre operazioni ermeneutiche. Come ogni operazione ermeneutica, si tratta di manipolazioni del testo che possono essere giustificate o in modo formale oppure tenendo conto del dato fattuale, che è uno dei capisaldi del giusrealismo.

(i) Sul piano formale, si può fare appello innanzitutto alla nozione e al ruolo dei principi generali. È noto che i principi generali sono considerati norme a tutto tondo e a tutti gli effetti, in quanto derivati per proce-

dimento induttivo, dalle norme vigenti in un determinato ordinamento²⁷. Già il Parere reso dalla Corte di giustizia, le pronunce della stessa Corte e ora il testo della Costituzione qualificano i diritti fondamentali come principi generali. In questa prospettiva, essi presiedono alla applicazione delle norme: di più, essendo principi generali già vigenti nel diritto costituzionale dei Paesi membri e facenti parte del diritto costituzionale europeo emergente dalla cultura giuridica europea e dai valori sui quali essa si fonda, non è difficile poter argomentare nel senso che il valore fondante di tali principi pervade, si «irradia», direbbero i giuristi tedeschi, anche negli ordinamenti nazionali, e quindi tali principi non sarebbero vigenti solo nell'ordinamento comunitario, ma sarebbero applicabili anche negli ordinamenti nazionali; spetta all'interprete stabilire se essi si debbano applicare solo ai rapporti che si collocano nelle materie in cui è competente l'Unione o se, data la loro natura, siano estensibili anche alle altre materie.

(ii) Sempre sul piano formale, si può seguire la via inglese alla *Drittwirkung*, sostenendo che le disposizioni della Carta debbono essere applicate dai giudici nazionali; la loro applicazione dunque passa attraverso la ratifica della Costituzione. Ed occorre allora capire se negli ordinamenti in cui la Carta è già stata ratificata – ancorché non sia ancora entrata in vigore – tali disposizioni possano già considerarsi vincolanti (unilateralmente) per lo Stato membro che ha effettuato la ratifica della Convenzione.

(iii) Sul piano fattuale, cioè del diritto vivente, i diritti fondamentali sono già applicati così come incorporati nella Carta di Nizza: la ricerca di Celotto e Pistorio sta proprio a dimostrare ciò. E poiché non dobbiamo «aver paura» del diritto vivente, possiamo registrare l'attuale «vigenza» di tali diritti anche nella nostra esperienza.

L'azione comunitaria relativa alla promozione dei diritti umani è comunque in corso: anche in questo settore si sono sollevate critiche sia alle scelte politiche degli organi comunitari sia alle modalità di applicazione delle direttive, specie in materia di discriminazione delle persone nel mondo del lavoro²⁸. Ma il quadro complessivo non sembra così scoraggiante.

6. L'applicazione diretta dei diritti fondamentali della Carta europea ai rapporti tra privati.

In sintesi l'effettività dei diritti fondamentali come

riconosciuti dalla Carta non si misura soltanto nel rispetto che essi trovano da parte delle istituzioni dell'Unione e da parte degli Stati membri e delle loro istituzioni – quindi nella dimensione pubblicistica dei diritti fondamentali, se si vuol perpetuare la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato – ma si misura anche dalla applicazione diretta di quei diritti ai rapporti tra privati. È la tecnica che in Germania si denomina *Drittwirkung* e in *common law* «applicazione orizzontale». Le vie sono molteplici, come si è visto: anche l'applicazione dei principi generali consente di investire i rapporti di diritto privato, in modo meno eclatante della applicazione pura e semplice delle disposizioni della Carta. E questa è stata la via privilegiata degli Avvocati Generali, seguita anche dalla Corte per diversi anni²⁹.

Ma è un passaggio un po' complicato dal fatto che mentre all'art. 6 del TFUE i diritti fondamentali sono distinti dai principi e i diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo sono considerati come principi del diritto dell'Unione, all'art. 52 della Carta sembra sussistere una restrizione nella applicazione di diritti e principi, poi corretta dall'art. 53.

L'art. 52 sulla «portata dei diritti garantiti» recita: «1. 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 siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

2. I diritti riconosciuti dalla presente Carta che trovano fondamento nei trattati comunitari o nel trattato sull'Unione europea si esercitano alle condizioni e nei limiti definiti dai trattati stessi.

3. Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa».

Nei commi successivi si incontrano le precisazioni di applicazione che possono essere intese come altrettanti limiti: «4. Laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costi-

²⁷ Sulla costruzione giuridica dei principi generali rinvierci ad ALPA, *I principi generali*, Giuffrè, 1993, e ALPA-ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, Giuffrè, 2005.

²⁸ WARD, *A Critical Introduction to European Law*, Londra, 2003, soprattutto il cap. III; in argomento v. TORIELLO, *I principi*

generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione, Giuffrè, 2000.

²⁹ TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione Europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Giappichelli, 2013.

tuzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni.

5. Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti.

6. Si tiene pienamente conto delle legislazioni e prassi nazionali, come specificato nella presente Carta.

7. I giudici dell'Unione e degli Stati membri tengono nel debito conto le spiegazioni elaborate al fine di fornire orientamenti per l'interpretazione della presente Carta».

E l'art. 53 sul «livello di protezione» recita: «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la Convenzione».

Diversi sono i casi che si possono richiamare per precisare le linee di questo indirizzo che ammette l'applicazione diretta dei diritti fondamentali ma con qualche limitazione, di volta in volta corretta a seconda del diritto considerato e della fattispecie sottoposta all'attenzione della Corte. Rimane ferma la distinzione tra applicazione diretta dei diritti fondamentali ed esclusione dell'applicazione diretta dei principi.

Il 22 maggio 2014 è stata depositata la sentenza causa C-356/12 del caso *Wolfgang Glatzel c. Freistaat Bayern*, riguardante il rifiuto da parte dell'Autorità competente di rilasciare la patente d'auto per un difetto visivo sussistente ad un occhio dell'attore. Il principio invocato era quello di «non discriminazione». La Corte ha deciso la questione di rinvio pregiudiziale sollevata dal giudice tedesco affermando che le soglie minime di acutezza visiva per il rilascio delle patenti C1 e C1E previste dalla Direttiva 2006/126/CE sono conformi agli artt. 20, 21 e 26 della Carta (rispettivamente, «Uguaglianza davanti alla legge», «Non discriminazione» e «Inserimento delle persone con disabilità»).

La sentenza è interessante perché si occupa di diritti inerenti i rapporti sociali e li considera equiparati ai diritti fondamentali sulle libertà, lasciando intendere che non vi è una graduatoria dei diritti fondamentali e che i diritti sociali non godono di una tutela differenziata e minore rispetto agli altri diritti. Ma lascia intatta la distinzione tra diritti fondamentali e principi.

La distinzione era stata ribadita nel caso *Association Médiation sociale*, (causa C-176/12) in cui sempre a

proposito di diritti relativi alla informazione e consultazione dei lavoratori la Corte, rispondendo ad una questione sollevata dalla Corte di cassazione francese, ha precisato che è possibile disapplicare le norme del diritto nazionale quando in contratto con direttive anche se il problema si pone nell'ambito di rapporti tra privati.

Resta fondamentale il caso *Mangold* concernente il principio di non discriminazione per ragioni di età nel contratto di lavoro (22.11.2005, causa C-144/04). In quella occasione la Corte ha precisato che: «Il principio di non discriminazione in ragione dell'età deve (...) essere considerato un principio generale del diritto comunitario. Quando una normativa nazionale rientra nella sfera di applicazione di quest'ultimo, come è il caso dell'art. 14, n. 3, del TzBfG, modificato dalla legge del 2002, in quanto misura di attuazione della direttiva 1999/70 (v., a questo proposito, i punti 51 e 64 della presente sentenza), la Corte, adita in via pregiudiziale, deve fornire tutti gli elementi di interpretazione necessari alla valutazione, da parte del giudice nazionale, della conformità della detta normativa con tale principio (v., in questo senso, sentenza 12 dicembre 2002, causa C442/00, *Rodríguez Caballero*, Racc. pag. I-11915, punti 30-32).

76 Di conseguenza, il rispetto del principio generale della parità di trattamento, in particolare in ragione dell'età, non dipende, come tale, dalla scadenza del termine concesso agli Stati membri per trasporre una direttiva intesa a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sull'età, in particolare per quanto riguarda l'organizzazione degli opportuni strumenti di ricorso, l'onere della prova, la protezione contro le ritorsioni, il dialogo sociale, le azioni positive e altre misure specifiche di attuazione di una siffatta direttiva.

77 Ciò considerato, è compito del giudice nazionale, adito con una controversia che mette in discussione il principio di non discriminazione in ragione dell'età, assicurare, nell'ambito della sua competenza, la tutela giuridica che il diritto comunitario attribuisce ai singoli, garantendone la piena efficacia e disapplicando le disposizioni eventualmente configgenti della legge nazionale (v., in questo senso, sentenze 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*, Racc., pag. 629, punto 21, e 5 marzo 1998, causa C 347/96, *Solred*, Racc. pag. I-937, punto 30).

78 Considerato tutto quanto sopra, la seconda e la terza questione vanno risolte dichiarando che il diritto comunitario e, in particolare, l'art. 6, n. 1, della direttiva 2000/78 devono essere interpretati nel senso che ostano ad una normativa nazionale quale quella controversa nella causa principale, la quale autorizza, senza restrizioni, salvo che esista uno stretto collegamento con un precedente contratto di lavoro a tempo indeterminato stipulato con lo stesso datore di lavoro, la stipula di contratti di lavoro a tempo determinato qualora il lavoratore abbia raggiunto l'età di 52 anni.

È compito del giudice nazionale assicurare la piena efficacia del principio generale di non discriminazione in ragio-

ne dell'età disapplicando ogni contraria disposizione di legge nazionale, anche quando il termine di trasposizione della detta direttiva non è ancora scaduto».

Sono preziose le relazioni redatte annualmente a partire dal 2010 dalla Commissione europea e dalla Corte di giustizia sulla protezione dei diritti fondamentali.

Il controllo sul rispetto dei diritti fondamentali viene effettuato innanzitutto sulle attività degli uffici della Commissione e poi sugli atti. La Corte di giustizia ha dichiarato la invalidità della direttiva 2006/24/CE sulla conservazione dei dati personali per violazione degli artt. 7 e 8 della Carta, come si dirà tra poco, in materia di identità virtuale.

Nella sentenza del 26 febbraio 2013, (causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*), la Corte ha innanzitutto osservato, richiamando la sua giurisprudenza costante sulla portata dei diritti fondamentali dell'Unione e le spiegazioni relative all'art. 51 della Carta dei diritti fondamentali, che i diritti fondamentali garantiti da quest'ultima devono essere rispettati quando una normativa nazionale rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione³⁰.

7. Il secondo parere della Corte di giustizia e la mancata adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU).

Nonostante che, come precisato nella Relazione del 2010 sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, la Commissione si preparasse alla adesione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la vicenda non ha avuto esito positivo.

Nel 2010 la Commissione riteneva che fosse un imperativo dettato dal Trattato sull'Unione Europea di aderire alla Convenzione e per questa ragione aveva chiesto mandato al Consiglio per avviare le trattative richieste dalla procedura di adesione.

L'adesione dell'UE alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo – si era detto – completerà la solida protezione dei diritti fondamentali già prevista nell'ordinamento giuridico dell'Unione mediante la Carta

dei diritti fondamentali dell'UE e la giurisprudenza in materia emanata nel corso degli anni dalla Corte di giustizia, introducendo un ulteriore controllo giudiziario in termini di protezione dei diritti fondamentali all'interno dell'Unione. Tale adesione contribuirà inoltre a radicare ulteriormente nell'Unione una cultura comune sui diritti fondamentali e dimostrerà l'appoggio di essa al sistema di protezione dei diritti attuato da Strasburgo. Infine, garantirà che la giurisprudenza della Corte di giustizia e quella della Corte europea dei diritti dell'uomo evolvano in piena armonia.

La Corte di giustizia, tuttavia, nel parere reso il 18.12.2014 (2/13), ha espresso contrario avviso, sicché i negoziati si sono interrotti e dovranno riprendere in tempi più maturi.

La Corte si era già espressa in senso negativo con un precedente parere. Ciò per ragioni di carattere formale, ritenendo che l'art. 235 del Trattato dell'Unione non consentisse di istituire questo tipo di accordi a livello internazionale.

Un po' sbrigativamente la Corte aveva precisato che: «secondo costante giurisprudenza, i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza. A tal fine la Corte si ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo a cui gli Stati membri hanno cooperato e aderito. In tale contesto la Corte ha precisato che la Convenzione riveste un significato particolare (v., in particolare, la sentenza 18 giugno 1991, *ERT*, causa causa C-260/89, *Racc. pag. I-2925, punto 41*). 34. Se il rispetto dei diritti dell'uomo costituisce, quindi, un requisito di legittimità degli atti comunitari, si deve tuttavia rilevare che l'adesione alla Convenzione determinerebbe una modificazione sostanziale dell'attuale regime comunitario di tutela dei diritti dell'uomo, in quanto comporterebbe l'inserimento della Comunità in un sistema istituzionale internazionale distinto, nonché l'integrazione del complesso delle disposizioni della Convenzione nell'ordinamento giuridico comunitario. 35. Una siffatta modifica del regime della tutela dei diritti dell'uomo nella Comunità, le cui implicazioni istituzionali risulterebbero parimenti fondamentali sia per la Comunità sia per gli Stati membri, rivestireb-

³⁰ Al di là delle materia di diritto privato la Corte ha fatto ampia applicazione delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali.

A tale riguardo, si possono citare le sentenze, tutte del 26.11.2013, CORTE GIUST. UE, causa C-40/12 P, *Gascogne Sack Deutschland (già Sachsa Verpackung) c. Commissione*; CORTE GIUST. UE, causa C-50/12 P, *Kendrion c. Commissione*, e CORTE GIUST. UE, causa C-58/12 P, *Groupe Gascogne c. Commissione*; nonché CORTE GIUST. UE, 27.6.2013, causa C-93/12, *Agrokonsulting-04*, e CORTE GIUST. UE, 17.10.2013, causa C-101/12, *Schaible*, in materia di agricoltura; CORTE GIUST. UE, 17.10.2013, causa C-291/12, *Schwarz*; CORTE GIUST. UE, 6.6.2013, causa C-648/11, *MA e a.*, e CORTE GIUST. UE, 10.12.2013, causa C-394/12, *Abdul-lahi*, sull'asi-

lo; infine, CORTE GIUST. UE, 11.4.2013, causa C-260/11, *Edwards e Pallikaropoulos*, sull'ambiente.

Gli standard nazionali di tutela non possono essere inferiori a quelli della Corte.

La Corte ha dichiarato che il diritto dell'Unione implica l'obbligo di disapplicare ogni disposizione che sia in contrasto con un diritto fondamentale garantito dalla Carta dei diritti fondamentali alla condizione che tale contrasto risulti chiaramente dal tenore della medesima o dalla relativa giurisprudenza, dal momento che tale prassi priva il giudice nazionale del potere di valutare pienamente, se del caso con la collaborazione della Corte di giustizia, la compatibilità di tale disposizione con la Carta medesima.

be rilevanza costituzionale ed esulerebbe quindi, per sua propria natura, dai limiti dell'art. 235. Essa può essere quindi realizzata unicamente mediante modifica del Trattato».

Tuttavia, a seguito della introduzione della Carta di Nizza, nel 2000, e della sua omologazione ai Trattati effettuata nel 2009 dal Trattato di Lisbona, questo argomento avrebbe potuto essere superato.

Si potevano utilizzare altri argomenti, eventualmente di natura sostanziale. Ad es., che la Carta dei diritti fondamentali, rispetto alla Convenzione europea, ha un contenuto più moderno, è più estesa e articolata, e quindi assicura ai diritti fondamentali una più sostanziosa garanzia. Oppure che, avendo la Convenzione per l'appunto natura di atto convenzionale, mentre la Carta, equiparata ai Trattati, vincola gli Stati Membri e fa parte dell'ordinamento degli Stati Membri, essendosi affermato il principio di unitarietà di ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali, ha una forza impositiva più grande. Oppure ancora che tutti gli Stati membri già aderiscono alla Convenzione, e che il rispetto dei diritti fondamentali all'interno degli uffici comunitari era già controllato dalla Commissione e dalla Corte di giustizia. E quindi l'adesione avrebbe comportato solo una valutazione di opportunità politica, peraltro rilevante, anche ai fini del consolidamento del modello giuridico europeo.

Per contro la Corte, con un parere molto elaborato e formalmente tecnico ha opinato diversamente.

Il parere muove dalla ricostruzione del quadro istituzionale e illustra i contenuti della Convenzione, si sofferma sui rapporti tra l'Unione e la Convenzione e riassume le valutazioni formulate dalla Commissione nella sua domanda di parere.

Superato il problema della ricevibilità, la Commissione aveva esaminato la conformità del Progetto di accordo rispetto alle varie prescrizioni enunciate sia all'art. 6, § 2, TUE sia nel Protocollo n. 8 UE. Inoltre, aveva invocato anche argomenti intesi a dimostrare che l'accordo previsto avrebbe rispettato l'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione in riferimento al perseguimento degli obiettivi propri di quest'ultima. Infatti, secondo la Commissione, occorre evitare che la Corte europea od anche il Comitato dei Ministri potessero essere chiamati, nell'esercizio delle loro competenze a titolo della Convenzione, allorché investiti di una controversia vertente sull'interpretazione o sull'applicazione di una o più disposizioni di tale Convenzione o dell'accordo di adesione, ad interpretare nozioni contenute in tali strumenti in un modo che li avrebbe portati a statuire sulle rispettive competenze dell'Unione e dei suoi Stati membri. La Commissione aveva perciò concluso per la compatibilità dell'accordo con i Trattati.

Di contro, la Corte di giustizia richiama, oltre al dialogo instaurato con la Corte dei diritti umani, alcune

disposizioni contenute nell'art. 52, comma 3°, e nell'art. 53 della Carta che sembrerebbero già aderire alla Convenzione nella sostanza, perché proclamano l'eguale portata dei diritti riconosciuti dalle due Carte, ed escludono che la Carta dei diritti possa essere lesiva della Convenzione.

In più, richiama la natura particolare acquisita dall'ordinamento giuridico comunitario: «Orbene, la circostanza che l'Unione sia dotata di un ordinamento giuridico di nuovo genere, avente una sua specifica natura, un quadro costituzionale e principi fondativi che sono suoi propri, una struttura istituzionale particolarmente elaborata, nonché un insieme completo di norme giuridiche che ne garantiscono il funzionamento, determina delle conseguenze quanto alla procedura e ai presupposti per un'adesione alla CEDU. 159. È proprio in considerazione di tale circostanza che i Trattati subordinano tale adesione al rispetto di varie condizioni». È la natura del diritto dell'Unione che impedirebbe – a dire della Corte – l'adesione alla Convenzione.

Come rilevato più volte dalla Corte, «il diritto dell'Unione si caratterizza per il fatto di derivare da una fonte autonoma, costituita dai Trattati, per il suo primato sul diritto dei singoli Stati membri (v., in tal senso, sentenze *Costa*, EU:C:1964:66, pagg. 1144 e 1145, nonché *Internationale Handelsgesellschaft*, EU:C:1970:114, punto 3; *parere 1/91*, EU:C:1991:490, punto 21; *parere 1/09*, EU:C:2011:123, punto 65, e sentenza *Melloni*, causa C-399/11, EU:C:2013:107, punto 59), nonché per l'effetto diretto di tutta una serie di disposizioni applicabili ai cittadini di detti Stati membri nonché agli Stati stessi (sentenza *van Gend & Loos*, EU:C:1963:1, pag. 23, e *parere 1/09*, EU:C:2011:123, punto 65). 167. Tali caratteristiche essenziali del diritto dell'Unione hanno dato vita ad una rete strutturata di principi, di norme e di rapporti giuridici mutualmente interdipendenti, che vincolano, in modo reciproco, l'Unione stessa e i suoi Stati membri, nonché, tra di loro, gli Stati membri, ormai impegnati – come ricordato all'art. 1, comma 2°, TUE – in un "processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa". 168. Una siffatta costruzione giuridica poggia sulla premessa fondamentale secondo cui ciascuno Stato membro condivide con tutti gli altri Stati membri, e riconosce che questi condividono con esso, una serie di valori comuni sui quali l'Unione si fonda, così come precisato all'art. 2 TUE. Questa premessa implica e giustifica l'esistenza della fiducia reciproca tra gli Stati membri quanto al riconoscimento di tali valori e, dunque, al rispetto del diritto dell'Unione che li attua. 169. Al centro di tale costruzione giuridica si collocano proprio i diritti fondamentali, quali riconosciuti dalla Carta – che, ai sensi dell'art. 6, paragrafo 1, TUE, ha lo stesso valore giuridico dei Trattati –, e il rispetto di tali diritti costituisce un presupposto della legittimità degli atti dell'Unione, sicché non possono ammettersi in quest'ultima misure incompatibili con questi medesimi diritti (v. sentenze *ERT*, causa C-260/89, EU:C:1991:

254, punto 41; *Kremzow*, causa C-299/95, EU:C:1997:254, punto 14; *Schmidberger*, causa C-112/00, EU:C:2003:333, punto 73, nonché *Kadi e Al Barakaat International Foundation/Consiglio e Commissione*, EU:C:2008:461, punti 283 e 284)».

In realtà, la ragione non è giuridica, ma è politica: l'Unione, dice la Corte in modo esplicito, al § 181 del parere, al pari di qualsiasi altra Parte contraente, sarebbe sottoposta ad un controllo esterno avente ad oggetto il rispetto dei diritti e delle libertà che l'Unione si impegnerebbe a rispettare ai sensi dell'art. 1 della Convenzione. Poiché della Convenzione fanno parte 47 Stati di cui solo 28 appartenenti all'Unione, attraverso la Corte gli Stati esterni all'Unione potrebbero esercitare forme di controllo sugli atti dell'Unione, e la stessa Corte di Strasburgo diventerebbe corte di ultima istanza avverso le sentenze della Corte di Giustizia; questo primato non è riconosciuto dalla Corte di giustizia. Con la sentenza *Melloni* causa C-2013/107 la Corte di giustizia ha ribadito il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione.

L'adesione, al contrario, avrebbe potuto consentire un maggiore coordinamento nella tutela dei diritti fondamentali che, ancorché formulati più modernamente dalla Carta, non differiscono da quelli della Convenzione. Anziché di dialogo, si sarebbe potuto parlare di connessione stretta tra le Corti, senza per ciò arrivare alla conclusione che la Corte di giustizia avrebbe visto vulnerato il suo potere giurisdizionale in materia di diritti fondamentali. D'altra parte poiché ancora sussistono ostacoli ad una uniforme ed efficace applicazione dei diritti fondamentali, attese le posizioni delle diverse Corti costituzionali nazionali – pure della nostra Corte, con la teoria dei «controlimiti» (CORTE COST., 22.10.2014, n. 238) – l'adesione avrebbe potuto appianare queste divergenze.

La mancata adesione è stata molto dibattuta in dottrina. Si era già osservato che la mancata adesione avrebbe implicato che l'Unione non avrebbe potuto essere ammessa al Consiglio d'Europa, nonostante che possa concludere trattati internazionali³¹. Si era osservato che la Corte di Strasburgo, in virtù della cooperazione con i giudici di Lussemburgo, avrebbe osservato

un comportamento discreto, di *self-restraint*, nelle sue decisioni riguardanti l'Unione³².

E che l'adesione avrebbe rafforzato politicamente l'Unione³³.

Con la sentenza *Bosforus c. Irlanda* del 30.6.2005 la Corte aveva escluso che fossero stati violati i diritti fondamentali della società ricorrente da parte dell'Irlanda, in cui le autorità avevano applicato un regolamento comunitario. Ciò perché aveva ritenuto che in ambito comunitario i diritti fondamentali fossero rispettati in modo ineccepibile.

La società ricorrente era una compagnia aerea *charter* di nazionalità turca; le autorità irlandesi avevano sequestrato alcuni aeromobili che la società aveva preso in locazione dalla compagnia di bandiera jugoslava (JAT), applicando misure di embargo dettate da regolamenti comunitari. I giudici della Corte di giustizia aveva già accertato la legittimità del sequestro (CORTE GIUST. CE, 30.7.1996, causa causa C-84/95, *Bosphorus*) e la compagnia si era rivolta ai giudici di Strasburgo. La Corte ha concluso che l'Unione garantisce un livello di tutela dei diritti equivalente a quello della Convenzione e che quindi l'Irlanda, nel caso di specie, ha agito conformemente ai suoi obblighi internazionali (§ 165), ma anche che dall'esame dei fatti di causa non emerge alcuna «*insufficienza manifesta*» nella protezione dei diritti della società ricorrente (§ 166).

Non sempre, per la verità, la Corte per la salvaguardia dei diritti umani ha valutato positivamente il comportamento dei Paesi aderenti all'Unione quando applicano la disciplina comunitaria. Ad es., nel caso *Matthews c. Regno Unito*, del 18.2.1999, riguardante l'esclusione dal voto al Parlamento europeo di una signora residente a Gibilterra, la Corte ha tenuto un atteggiamento più severo. Ha infatti ritenuto che il Regno Unito avesse violato il principio di parità di trattamento e non discriminazione decidendo di non organizzare le votazioni al Parlamento europeo nella città di Gibilterra.

Si teme perciò che ora la Corte di Strasburgo possa non esercitare più il *self-restraint* al quale si era votata negli anni successivi.

³¹ POPESCU, *Les exigences conventionnelles de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Atti delle XV Giornate franco-rumene di diritto comparato*, Strasburgo, 17-18.6.2011, 99 ss.

³² TIZZANO, *Quelques réflexions sur les rapports entre le cours eu-*

ropéennes dans la perspective d'adhésion de l'Union à la Convention EDH, in *RTDE*, 2011, 9.

³³ BERROD, *La protection de l'autonomie de l'Union européenne est-elle une condition existentielle de son adhésion à la CEDH?*, in *Atti delle XV Giornate*, cit., 121 ss.

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'art. 6 del Trattato sull'Unione europea

di Pietro Sirena

SOMMARIO: 1. L'incorporazione della CEDU nel diritto dell'Unione. - 2. Il potenziale conflitto tra la Corte di giustizia e quella dei diritti dell'uomo. - 3. La Carta dei diritti fondamentali e il doppio *standard* europeo della loro tutela.

1. L'incorporazione della CEDU nel diritto dell'Unione.

Nonostante la mancanza di apposite disposizioni nel Trattato istitutivo della Comunità (economica) europea, la Corte di giustizia ha tutelato fin dagli anni Settanta i diritti dell'uomo riconosciuti dalle «*tradizioni costituzionali comuni agli Stati Membri*»¹. Con specifico riguardo al principio di non discriminazione, tale tutela è stata successivamente basata dalla Corte di giustizia anche sui trattati internazionali che vincolano gli Stati membri, e segnatamente sulla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali².

È stata così realizzata una massiccia integrazione giu-

risprudenziale (*Rechtsfortbildung*) del diritto positivo, principalmente determinata dall'esigenza di dare una risposta alle sollecitazioni del *Bundesverfassungsgericht* tedesco: quest'ultimo aveva infatti proclamato solennemente che, fino a quando (*solange*) la Comunità economica europea non avesse apprestato una tutela dei diritti fondamentali equivalente a quella garantita dal *Grundgesetz*, le decisioni della Corte di giustizia non avrebbero potuto precludere il controllo di legittimità costituzionale di una legge nazionale, in quanto essa si ponesse appunto in contrasto con tali diritti³. In virtù della sopravvenuta giurisprudenza della Corte di giustizia di cui si detto, il *Bundesverfassungsgericht* tedesco poté finalmente riconoscere che il requisito di un'adeguata tutela dei diritti fondamentali era stato

¹ Una delle prime affermazioni del genere si rinviene in CORTE GIUST. CE, 17.12.1970, C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, in *Racc.*, 1134 ss., n. 4: «*La tutela dei diritti fondamentali costituisce parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza. La salvaguardia di questi diritti, pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, va garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità*». Per uno sguardo d'insieme sull'evoluzione del diritto europeo in questa materia, v. DI STASI, *La tutela dei diritti fondamentali dell'Unione europea con particolare riferimento alla Carta*, in *EAD., Spazio europeo e diritti di giustizia. Il capo VI della Carta dei diritti fondamentali nell'applicazione giurisprudenziale*, Cedam, 2014, 45 ss.

² CORTE GIUST. CE, 14.5.1974, C-4/73, *Nold c. Commissione Europea*, in *Racc.*, 273 ss., n. 13; CORTE GIUST. CE, C-36/75, *Rutili c. Ministre de l'Intérieur*, in *Racc.*, 1219 ss., n. 32; CORTE GIUST. CE, 13.12.1979, C-44/79, *Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, in *Racc.*, 3727 ss., n. 17 ss. Più di recente, i precedenti più noti (e discussi) hanno riguardato la (dubbia) applicabilità diretta del principio di non discrimi-

minazione: si tratta di CORTE GIUST. CE, 22.11.2005, C-144/04, *Mangold c. Helm*, in *Racc.*, I-9981 ss., e di CORTE GIUST. CE, 15.10.2009, C-101/08, *Audiolux v. Bertelsmann*, in *Racc.*, I-9823 ss. Per un illuminante commento, v. METZGER, *Allgemeine Grundsätze in Europa - dargestellt am Beispiel des Gleichbehandlungsgrundsatzes*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und Internationales Privatrecht*, 2011, 75, 845 ss. Più in generale, v. SCHERMERS, *Human Rights as General Principles of Law*, in *General Principles of European Community Law*, edited by BERNITZ and NERGELIUS, The Hague, 2000, 61 ss.; GROUSOT, *General Principles of Community Law*, Groningen, 2006, 56 ss.

³ Sentenza c.d. *Solange I*, 29.5.1974, in *BVerfGE* 37, 271 ss. L'esigenza che fu avvertita in tale decisione (e in altre analoghe) di porre potenzialmente un argine alla cessione di sovranità nazionale a favore dell'Unione Europea è stata formalizzata mediante la teoria dei cc.dd. controlimiti (al riguardo, v. TESAURO, *Relazioni tra Corte costituzionale e Corte di giustizia*, e, per quanto riguarda specificamente l'esperienza tedesca, CURCUTO, *L'integrazione europea tra Bundesverfassungsgericht e Corte di giustizia*, entrambi in *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, a cura di COSIO e FOGLIA, Giuffrè, 2013, rispettivamente, I ss., e 11 ss.).

nel frattempo soddisfatto dal diritto dell'Unione, giungendo così alla conclusione secondo cui, laddove sia prospettata l'incompatibilità di una legge nazionale con il diritto europeo, il controllo di legittimità costituzionale sarebbe ormai precluso dalla giurisdizione della Corte di giustizia, a meno che non si tratti di atti cc.dd. *ultra vires*, ossia esorbitanti dai limiti delle competenze attribuite alla Comunità europea, ovvero comunque incompatibili con l'identità costituzionale dello Stato⁴.

La giurisprudenza della Corte di giustizia di cui si è detto è stata incorporata nel Trattato di Lisbona del 2007⁵, segnatamente nella parte in cui esso ha riformulato l'art. 6 del Trattato sull'Unione europea (TUE)⁶: per quanto qui rileva, tale disposizione statuisce ormai che «i diritti fondamentali dell'uomo, 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» (§ 3)⁷. Statuisce inoltre che «l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali» (§ 2).

In virtù di tali nuove disposizioni, la Conv. eur. dir. uomo è stata pertanto integrata nel diritto (primario) del-

l'Unione Europea⁸, ponendosi così il problema se goda anch'essa di quel primato che caratterizza ormai da tempo tale diritto nei confronti di quello di ciascuno degli Stati membri⁹. Com'è noto, le disposizioni legislative dell'Unione Europea che siano direttamente applicabili (c.d. *self executing*) prevalgono infatti su quelle di ciascuno Stato membro, le quali, in caso di contrasto, dovranno essere pertanto automaticamente disapplicate dal giudice interno, senza che possano essere invece assoggettate a un giudizio di legittimità costituzionale.

In se stessa considerata, viceversa, la Conv. eur. dir. uomo «non crea un ordinamento giuridico sovranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati membri. Essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale (...) da cui derivano "obblighi" per gli Stati contraenti, ma non l'incorporazione dell'ordinamento giuridico in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, omisso medio, per tutte le autorità interne degli Stati membri»¹⁰. Tenuto conto di quanto statuisce il nuovo art. 117, comma 1°, Cost., la Conv. eur. dir. uomo concorre piuttosto a determinare il contenuto degli «obblighi internazionali» che vincolano l'esercizio del potere legislativo dello Stato, integrando il parametro di costituzionalità della legge ordinaria¹¹; d'altro canto, poi-

⁴ Sentenza c.d. *Solange II*, 22.10.1986, in *BVerfGE* 73, 339 ss.; sentenza c.d. *Maastricht*, 12.10.1993, in *BVerfGE* 89, 155 ss.

⁵ Si è trattato di un notevole passo in avanti nel processo di c.d. costituzionalizzazione del diritto europeo, sul quale v. i saggi raccolti in *Constitutionalization of Private Law*, edited by MICKITZ, Oxford, 2014, e segnatamente quelli di COLLINS, *On the (In)compatibility of Human Rights Discourses and Private Law*, e di COLOMBI CIACCHI, *European Fundamental Rights, Private Law, and Judicial Governance*, ivi, rispettivamente, 26 ss., e 102 ss.

⁶ Nel senso che, per quanto qui rileva, il nuovo art. 6 TUE abbia confermato la precedente giurisprudenza della Corte di giustizia, v. CORTE GIUST. UE, 29.9.2011, C-521/09 P, *Elf Aquitaine SA c. Commissione europea*, in *Racc.*, I-8947 ss., n. 112 (con specifico riguardo ai diritti della difesa nel corso dei procedimenti amministrativi in materia della politica della concorrenza).

⁷ ALPA, *CESL, Fundamental Rights, General Principles, Rules of Contract Law*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2012, 837 ss.; BUSNELLI, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 287 ss.; NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 878 ss.; VETTORI, *I principi comuni del diritto europeo dalla CEDU al Trattato di Lisbona*, in *Pers. e merc.*, 2009, 1 ss.; ADAR-SIRENA, *Principles Versus Rules in the Emerging European Contract Law*, in *Rules and Principles in European Contract Law*, edited by RUTGERS and SIRENA, Antwerp-Cambridge-Portland, 2015, 7 ss., spec. 29 ss. Con particolare riguardo all'art. 6, § 1, Conv. eur. dir. uomo, v. CAPORUSSO, *Effettività della tutela giurisdizionale e art. 6, par. 1, CEDU*, in *Scritti in memoria di Giuseppe Degennaro*, Cacciuci, 2014, 65. Nella letteratura internazionalistica, v. le indicazioni di CARBONE, *I diritti della persona tra CEDU, diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesauero*, I, Editoriale Scientifica, 2014, spec. 96 s., nt. 1.

⁸ In virtù del nuovo art. 6, § 1, TUE è stata altresì integrata nel diritto (primario) dell'Unione Europea anche la Carta dei diritti

fondamentali del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo; tale disposizione ha infatti solennemente proclamato che «l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti» in tale Carta, dall'altro che essa «lo stesso valore giuridico dei Trattati». A tale proposito, v. *infra*, § 3.

⁹ Il primato del diritto europeo su quelli nazionali fu proclamato in CORTE GIUST. CE, 15.7.1964, C-6/64, *Costa c. E.N.E.L.*, in *Racc.*, 1135 ss., spec. 1144 s. ed è stato più recentemente ribadito in CORTE GIUST. UE, 19.1.2010, C-555/07, *Kücükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*, in *Racc.*, I-365 ss., punti 53-54. Nella diciassettesima delle *Dichiarazioni allegati all'atto finale della Conferenza Intergovernativa che ha adottato il trattato di Lisbona* si legge: «La conferenza ricorda che, per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza». Anche tale scelta, e più in generale il nuovo assetto istituzionale dell'Unione europea, furono assoggettati al vaglio del *Bundesverfassungsgericht* tedesco, il quale li ritenne compatibili con il *Grundgesetz* (sentenza c.d. *Lissabon*, 30.6.2009, in *BVerfGE* 123, 267 ss.).

¹⁰ CORTE COST., 24.10.2007, n. 348, § 3.3. A tale proposito, v. ampiamente CARBONE, *op. cit.*, 100 ss.

¹¹ CORTE COST., n. 348/2007, § 4.6, secondo cui la Conv. eur. dir. uomo rientrerebbe pertanto nel novero delle cc.dd. fonti interposte, le quali si collocano in un rango intermedio fra la Costituzione e la legge ordinaria. Riprendendo la giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo, è stato peraltro ripetutamente affermato dalla Corte costituzionale che sussisterebbe un «margine di apprezzamento» nazionale rispetto ai principi formulati in sede europea (CORTE COST., 19.11.2012, n. 264, § 4.1; CORTE COST., 9.11.2011, n. 303, § 4.2; a tale proposito, v. APA, *Il margine di apprezzamento statale nel sistema della CEDU*, in *Il costituzionalismo multilivello. Profili sostanziali e processuali*, a cura di CERRI e DONNARUMMA, Aracne, 2013, 135 ss.).

ché le fonti cc.dd. interposte sono pur sempre sub-costituzionali, le disposizioni della Conv. eur. dir. uomo, così come interpretate dalla Corte dei diritti dell'uomo, sono esse stesse assoggettate al giudizio di legittimità costituzionale¹².

Ai sensi del nuovo art. 6, § 2, TUE, l'integrazione della Conv. eur. dir. uomo nel diritto primario dell'Unione Europea è pertanto avvenuta nei soli limiti delle competenze che nei trattati sono attribuite all'Unione dagli Stati membri per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti, secondo la regola generale che è posta dall'art. 5, § 2, TUE. Resta infatti fermo che, come statuisce l'art. 5, § 1, TUE, la delimitazione delle competenze dell'Unione è fondata sul principio di attribuzione.

A ciò consegue che l'art. 6, § 3, TUE di per sé «non disciplina il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale convenzione e una norma di diritto nazionale»¹³. Tali questioni devono essere piuttosto esaminate e risolte in base ai generali principi di primato del diritto dell'Unione Europea e di attribuzione delle sue competenze che sono stati sopra richiamati.

Si deve pertanto ritenere che, nelle materie che rientrano nei limiti delle competenze dell'Unione europea, non spetti più alla Corte costituzionale di risolvere il conflitto tra le norme italiane e quelle della Conv. eur. dir. uomo che siano direttamente applicabili: laddove il giudice interno sollevasse una questio-

ne di legittimità per risolvere tale conflitto, essa dovrebbe essere dichiarata non ammissibile dalla Corte costituzionale, trattandosi appunto di una materia che, rientrando nelle competenze dell'Unione, è assoggettata alla giurisdizione della Corte di giustizia¹⁴.

In altri termini, la Corte di giustizia può ormai applicare (almeno indirettamente) la Conv. eur. dir. uomo per sindacare la compatibilità con il diritto europeo non soltanto dei regolamenti, delle direttive e degli altri atti dell'Unione Europea, ma anche quella del diritto nazionale che sia vigente nelle materie attribuite alle competenze dell'Unione.

Pertanto, la Corte di giustizia è ormai in grado di rimuovere in forma specifica gli effetti dei provvedimenti nazionali che essa reputi contrari ai diritti fondamentali garantiti dall'Unione, sempre che si tratti di una delle materie attribuite alla sua competenza. Si deve peraltro tener presente che è considerata conforme al diritto dell'Unione la restrizione dell'esercizio di tali diritti che risponda effettivamente a finalità di interesse generale e rispetti in modo rigoroso il principio di proporzionalità¹⁵.

Viceversa, e nonostante i notevoli sforzi di interpretazione evolutiva compiuti dalla Corte dei diritti dell'uomo, la «equa soddisfazione» che l'art. 41 della Conv. eur. dir. uomo accorda alla parte lesa avviene per equivalente, e in ogni caso, anche laddove implichi una *restitutio in integrum* della situazione della vittima¹⁶, presuppone la volontà (di tutti gli organi) dello Stato di adempiere l'obbligo che gli incombe ai sensi dell'art. 46 della Conv. eur. dir. uomo¹⁷, quando una

¹² CORTE COST., n. 348/2007, § 4.7.

¹³ CORTE GIUST. UE, 24.4.2012, C-571/10, *Servet Kamberaj c. Istituto per l'edilizia sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES) e altri*, in *Racc.*, I-6057 ss., nn. 62-63: «Il rinvio operato dall'art. 6, paragrafo 3, TUE alla CEDU non impone al giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e detta convenzione, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto con essa»; CORTE GIUST. UE, 26.2.2013, C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, in <http://eur-lex.europa.eu>, n. 44. Nello stesso senso, v. CORTE COST., 7.3.2011, n. 80, § 5.5. A tale proposito, v. CARBONE, *op. cit.*, 101 s.; GESTRI-SILINGARDI, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa dopo il Trattato di Lisbona*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano. Problematiche attuali e prospettive per il futuro*, a cura di SONELLI, Giappichelli, 2015, 29 ss.

¹⁴ In generale, la Corte costituzionale italiana ha ritenuto inammissibili le questioni di illegittimità che siano state sollevate dal giudice remittente senza valutare pregiudizialmente la compatibilità delle relative norme italiane con quelle dell'Unione (*ex plurimis*, v. CORTE COST., 31.3.1994, n. 117, 13.7.2007, n. 284, e 30.3.2012, n. 75). Solo nel caso in cui non siano direttamente applicabili, le norme del diritto dell'Unione costituiscono un parametro di legittimità costituzionale delle leggi italiane (CORTE COST., 5.6.1984, n. 170, e 24.6.2010, n. 227), tenuto anche conto che, ai sensi del nuovo art. 117, comma 1°, Cost., la potestà normativa dello Stato e delle Regioni è esercitata nel rispetto «dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

¹⁵ CORTE GIUST. CE, 13.7.1989, C-5/88, *Wachauf c. Repubblica Federale di Germania*, in *Racc.*, 2069, n. 18; CORTE GIUST. CE, 13.4.2000, C-292/97, *Kjell Karlsson e altri*, in *Racc.*, I-2737 ss., n. 45. Nella *Spiegazione relativa all'art. 52* della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (sulla quale, v. *infra*, § 3), si afferma che: «Il riferimento agli interessi generali riconosciuti dall'Unione comprende sia gli obiettivi citati nell'articolo 3 del trattato sull'Unione europea sia altri interessi tutelati da disposizioni specifiche dei trattati come l'articolo 4, paragrafo 1 del trattato sull'Unione europea e gli articoli 35, paragrafo 3, 36 e 346 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea».

¹⁶ CORTE EUR. DIR. UOMO, 13.7.2000, *Scozzari e Giunta c. Italia*; CORTE EUR. DIR. UOMO, 8.4.2004, *Assanidze c. Georgia*; CORTE EUR. DIR. UOMO, 1°3.2006, *Sejdovic c. Italia*; CORTE EUR. DIR. UOMO, 17.9.2009, *Scoppola c. Italia*, tutte in <http://hudoc.echr.coe.int>.

¹⁷ Sul ruolo quanto meno «persuasivo» od «orientativo» della giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo nella configurazione *erga omnes* dei diritti protetti dalla Convenzione, v. CARBONE, *op. cit.*, 114 ss. In ogni caso, il giudice nazionale ha il dovere di interpretare il diritto interno in senso conforme alla giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo, al fine di evitare che, per quanto possibile, esso si ponga in contrasto con la Convenzione (CORTE COST., 26.11.2009, n. 311 e già, sia pure più cautamente, CORTE EUR. DIR. UOMO, ord. 27.3.2003, *Scordino c. Italia*). Più di recente, è stata prospettata una soluzione più radicale, secondo la quale il giudice nazionale potrebbe eseguire direttamente la sentenza della Corte dei diritti dell'uomo nel caso da quest'ultima deciso, laddove

sentenza abbia constatato una sua violazione dei diritti dell'uomo¹⁸.

2. Il potenziale conflitto tra la Corte di giustizia e quella dei diritti dell'uomo.

Dal punto di vista della diarchia che si è venuta a creare tra le due giurisdizioni di cui si tratta, non vi è dubbio che si rafforzi così il rischio di un loro conflitto.

A tale proposito, si deve premettere che la Corte dei diritti dell'uomo non si è in passato peritata di condannare alcuni Stati membri della Comunità europea per aver sottoscritto un atto di quest'ultima che è stato ritenuto suscettibile di violare i diritti fondamentali garantiti dalla Conv. eur. dir. uomo¹⁹.

Attraverso una graduale evoluzione della propria giurisprudenza, la Corte dei diritti dell'uomo è giunta ad affermare che, per quanto siano vincolati a dare esecuzione a un provvedimento dell'Unione Europea, gli Stati membri sono responsabili della violazione dei diritti fondamentali garantiti dalla Conv. eur. dir. uomo, laddove il provvedimento dell'Unione europea al quale danno esecuzione non offra una «*protezione equivalente*» di tali diritti.

In particolare, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha potuto affermare che tale responsabilità degli Stati membri sussiste anche nel caso in cui il provvedimento vincolante dell'Unione Europea al quale essi diano esecuzione sia costituito da una sentenza della Corte di giustizia²⁰. Ciò risulta tanto più significativo se si considera che, come si è già detto²¹, il nuovo art. 6, § 2, TUE, prevede l'adesione della stessa Unione Europea alla Conv. eur. dir. uomo.

Il rischio di un conflitto tra le due giurisdizioni è aggravato dal delicato problema della c.d. *Drittwirkung* dei diritti fondamentali, il quale, com'è noto, è tuttora controverso²².

È indubbio che tanto la Corte dei diritti dell'uomo,

quanto quella di giustizia abbiano in generale negato che i diritti fondamentali siano direttamente tutelati in senso orizzontale, ossia nei rapporti interprivatistici, per quanto sia stato affermato in numerosi precedenti che gli Stati hanno non soltanto il dovere negativo di astenersi dalla violazione dei diritti fondamentali, ma anche l'obbligo positivo di proteggere almeno alcuni di tali diritti, intervenendo affinché il loro titolare non ne subisca la violazione da parte di un altro privato. In particolare, l'adempimento di tale obbligo positivo di protezione (*Schutzpflicht*) può esigere l'emanazione di veri e propri provvedimenti nazionali a tutela dei diritti fondamentali nei rapporti interprivatistici²³.

Si deve tuttavia rilevare che, mentre tale dottrina è stata tenuta generalmente ferma dalla Corte dei diritti dell'uomo, quella di giustizia è giunta ad affermare che il divieto di discriminazioni tra privati (basate sull'età) è direttamente applicabile ai loro rapporti intersoggettivi, in quanto costituisce un principio generale del diritto europeo²⁴.

Ciò è tanto più significativo, se si considera che, nella materia del contratto, il cuore della tutela dei diritti fondamentali è costituito appunto dal principio della parità di trattamento. Fin dal Trattato di Roma del 1957, il diritto primario dell'allora Comunità Economica Europea ha vietato la discriminazione fondata sul sesso in materia di occupazione e lavoro, e più generalmente il cuore del progetto politico di un mercato comune europeo, poi mercato interno unico, non poteva non basarsi sulla rimozione delle ingiustificate diversità di trattamento tra gli imprenditori e tra i lavoratori, segnatamente a causa della loro nazionalità (ma anche della loro religione, origine etnica, ecc.). Negli anni Duemila, la logica antidiscriminatoria che sta costituzionalmente alla base del mercato interno unico è stata estesa anche ai consumatori, in particolare per quanto riguarda l'accesso ai beni e ai servizi. Infine, la Corte di giustizia ha fatto espressamente riferimento ai trattati internazionali e dalle tradizioni

avrebbe il dovere di sollevare la questione di illegittimità della norma interna, laddove debba applicare tale sentenza in un altro caso identico (CORTE COST., 3.7.2013, n. 210, § 8, sulla quale v. VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche. Corte costituzionale italiana e Corte europea tra «guerra» e «dialogo»*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, a cura di SONELLI, cit., 207 ss.; VIGANÒ-LAMARQUE, *Sulle ricadute interne della sentenza Coppola (ovvero: sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte costituzionale nell'adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo)*, in *Giur. it.*, 2014, 392 ss. – si tratta del c.d. caso *Coppola*, il quale è stato principalmente esaminato a proposito della crisi del principio di intangibilità del giudicato penale).

¹⁸ PADELLETTI, *L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani tra obblighi internazionali e rispetto delle norme costituzionali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, 349 ss.

¹⁹ CORTE EUR. DIR. UOMO, 18.2.1999, *Matthews c. Regno Unito*, in <http://hudoc.echr.coe.int>.

²⁰ CORTE EUR. DIR. UOMO, 30 giugno 2005, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda*, *ivi*. A tale proposito, v. KUHNERT, *Bosphorus - Double standards in European human rights protection?*, in *Utrecht Law Journal*, 2006, vol. 2, 177 ss.

²¹ V. *supra*, nt. 1.

²² MÜLLER GRAF, *Drittwirkung der Grundfreiheiten und Grundrechte im Recht der Europäischen Union*, in *Vorträge und Berichte*, hrsg. von den MITGLIEDERN DES ZENTRUMS FÜR EUROPÄISCHES WIRTSCHAFTSRECHT, Bonn, 202, 2012.

²³ SAFJAN-MIKŁASZEWICZ, *Horizontal Effect of the General Principles of EU Law in the Sphere of Private Law*, in *European Review of Private Law*, 2010, 475 ss.

²⁴ CORTE GIUST. UE, 19.1.2010, C-555/07, *Kücükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*, cit. Per una rassegna delle decisioni in materia, v. KOHLER-PUFFER MARIETTE, *EuGH und Privatrecht - Ein Rückblick nach 60 Jahren*, in *ZeUP*, 2014, 728 ss.

costituzionali comuni agli Stati Membri, al fine di estendere il divieto di discriminazioni tra privati al di là dei casi espressamente previsti dai regolamenti e dalle direttive²⁵.

Pronunciandosi a tale proposito, la Corte di giustizia ha sostanzialmente incorporato la casistica che risulta dalla giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo, facendo espresso riferimento alle decisioni di quest'ultima. Infatti, non solo l'art. 14 della Conv. eur. dir. uomo ha fin dall'inizio garantito la parità di trattamento nel godimento dei diritti riconosciuti dalla Convenzione, ma la sua portata è stata successivamente estesa dal protocollo n. 12 del 2000 al godimento di qualsiasi diritto, anche non riconosciuto *ex se* dalla Convenzione.

Si spiega pertanto la ricorrente affermazione della Corte di giustizia, secondo cui le proprie decisioni non intendono porsi in contrasto con quelle della Corte dei diritti dell'uomo, ma semmai rafforzare ulteriormente la tutela dei diritti fondamentali.

3. La Carta dei diritti fondamentali e il doppio standard europeo della loro tutela.

Si deve altresì tener presente che il nuovo art. 6 TUE ha integrato nel diritto (primario) dell'Unione Europea (non solo la Conv. eur. dir. uomo²⁶, ma) anche la Carta dei diritti fondamentali del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo. In virtù del § 1 dell'art. 6 TUE, è stato infatti da un lato solennemente proclamato che «l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti» in tale Carta, dall'altro precisato che essa ha «lo stesso valore giuridico dei Trattati».

È stato così introdotto nel diritto dell'Unione un doppio *standard* di tutela dei diritti dell'uomo, il quale risulta particolarmente problematico non solo dal punto di vista giurisdizionale, ma anche da quello sostanziale²⁷.

Al fine di disinnescare il potenziale conflitto, l'art. 52, § 3, della Carta europea dei diritti fondamentali così prevede: «Laddove [tale] Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata [di tali diritti] sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa». Si è inteso in tal modo assicurare che il diritto dell'Unione soddisfi la clausola di «protezione equivalente» che è stata elaborata dalla Corte dei diritti dell'uomo²⁸.

Inoltre, ai sensi dell'art. 53 della Carta, nessuna delle sue disposizioni dev'essere interpretata come «come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri» (corsivo aggiunto)²⁹.

Tuttavia, laddove gli Stati membri abbiano raggiunto un accordo sulla portata da attribuire, secondo il diritto dell'Unione, ad alcuni dei diritti dell'uomo, è stato deciso dalla Corte di giustizia che l'art. 53 della Carta non consenta di rimettere in discussione tale *standard* di tutela, perché ciò determinerebbe «una lesione dei principi di fiducia e riconoscimento reciproci che [tale uniformità] mira a rafforzare e, pertanto, un pregiudizio per l'effettività della suddetta decisione quadro»³⁰.

Resta pertanto aperto il problema se la diarchia che si è venuta a creare tra la Corte di giustizia e di quella dei diritti dell'uomo possa essere tuttora considerata come virtuosa, ovvero se non si debba progettare in futuro un suo eventuale superamento.

²⁵ CORTE GIUST. UE, 22.11.2005, C-144/04, *Mangold c. Helm*, cit.

²⁶ V. *supra*, nt. 1.

²⁷ A tale proposito, v. HERRENSTHAL, *Grundrechtscharta und Privatrecht. Die Bedeutung der Charta der Grundrechte für das europäische und das nationale Privatrecht*, in *ZeUP*, 2014, 238 ss.

²⁸ Questa disposizione, e in particolare il suo periodo finale, ingenerano peraltro un singolare paradosso, in base al quale la Carta europea dei diritti fondamentali si proietta nel futuro come una sorta di versione potenzialmente più estesa e rafforzata della Convenzione. Il paradosso sta nel fatto che l'Unione Europea, tradizionalmente «accusata» di essere sensibile più alle ragioni dell'economia che a quelle dei diritti fondamentali, sembra invece destinata a svolgere un ruolo di avanguardia proprio nella tutela di tali diritti. Viceversa, la Convenzione, la quale fu creata appositamente a tal fine, risulta così potenzialmente relegata a un ruolo ancillare, in quanto si limita a fissare uno *standard* minimo di tutela dei diritti fondamentali, lasciando per il resto spazio alla Carta europea, almeno per

quanto riguarda le materie attribuite alle competenze dell'Unione.

²⁹ Nella *Spiegazione relativa all'art. 53* della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, si legge quanto segue: «Il paragrafo 3 intende assicurare la necessaria coerenza tra la Carta e la CEDU affermando la regola secondo cui, qualora i diritti della presente Carta corrispondano ai diritti garantiti anche dalla CEDU, il loro significato e la loro portata, comprese le limitazioni ammesse, sono identici a quelli della CEDU. (...) Il riferimento alla CEDU riguarda sia la convenzione che i relativi protocolli. Il significato e la portata dei diritti garantiti sono determinati non solo dal testo di questi strumenti, ma anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte di giustizia dell'Unione europea. L'ultima frase del paragrafo 1 è intesa a garantire una protezione più ampia. La protezione accordata dalla Carta non può comunque in nessun caso situarsi a un livello inferiore a quello garantito dalla CEDU».

³⁰ CORTE GIUST. UE, 26.2.2013, C-399/11, *Melloni c. Ministero Fiscal*, nn. 62-63, in <http://curia.europa.eu>.

Regole e principi. Un decalogo

di Giuseppe Vettori

SOMMARIO: 1. Una premessa. - 2. Il ragionamento giuridico nel saggio di Bobbio sul primo numero della Rivista di diritto civile nel 1955. - 3. Con il nuovo millennio si volta pagina: i principi come tratto della contemporaneità. - 4. I principi generali nell'Unione Europea. - 5. Un metodo di lavoro. Il decalogo.

1. Una premessa.

Il tema va ricondotto alla sua essenza. Al giusto atteggiamento sul positivismo che ha attraversato gran parte del novecento.

Un testo sapienziale che ho sempre apprezzato può servire a rifletterci su. Dice così. All'origine di ogni comprensione umana le montagne sono montagne le acque sono acque. C'è poi un periodo di evoluzione e di negazione che può portare alla perdita di ogni riferimento. Acquisita la giusta dimensione della realtà, le montagne tornano ad essere montagne e le acque, acque.

La metafora, filtrata dalle grandi narrazioni filosofiche del secolo passato, può essere letta in modo diverso.

Può significare che essere saggi consiste nel vedere sempre le montagne, le acque e non altro. Ma può anche significare qualcosa di più. Può volere dire che la dimensione soggettiva originaria è legata al tempo, in modi diversi. Per ognuno l'assetto conoscitivo più appropriato è quello in cui si è formata la propria identità. Solo che essa, per il saggio appunto, non è un orizzonte finito, ma un punto di appoggio per guardare al futuro.

Se è così non ha senso demonizzare o arroccarsi sul positivismo. Il diritto è ordine e l'ordine si esprime con regole da interpretare e applicare. Questo sistema è edificato da leggi e giudici ed è frutto del tempo. Non ha senso rimpiangere il passato. Ciò che conta in ogni vicenda umana e sociale è la lucida consapevolezza dell'esserci. E la contemporaneità indica un sistema di norme e di loro applicazioni diverse dal passato perché

si articolano in regole (con fattispecie) e in principi (senza fattispecie). Entrambe essenziali per interpretare e applicare il diritto qual è *hinc et nunc*.

Che cosa sta accadendo è chiaro a tutti pur con diversi atteggiamenti.

Si guarda all'ordine del passato. Si osserva il presente dominato da norme senza fattispecie¹. Si parla di un'eclisse del diritto civile oscurato dall'irrompere, nel lavoro quotidiano del giurista, delle norme costituzionali, del protagonismo dei giudici e del diritto europeo². Si studia a fondo l'esperienza giuridica di principi e il loro uso ragionevole e realistico³. Non solo.

Appare sempre più evidente come tutto ciò incida sulla forma del nostro ordinamento democratico e le analisi dei costituzionalisti sono diverse. Alcuni riconoscono che i diritti operano come «trasformatori permanenti» nella mani delle Corti, ma osserva che tale mutamento nel sistema delle fonti può essere legittimo solo riconoscendo il formarsi di una consuetudine costituzionale che configuri una competenza concorrente fra legislatore e giudice. Consuetudine che giustifica un ruolo normativo della giurisprudenza in caso di protratto silenzio del legislatore. Il quale, si osserva, mantiene l'ultima parola, con la legge ordinaria e con la legge costituzionale⁴.

Per altri l'esaltazione dei principi degrada i diritti a raccomandazioni etiche e sovverte la gerarchia delle fonti attribuendo un ruolo creativo alla scienza e alla giurisprudenza, in contrasto con le esigenze più avanzate della modernità e a ciò si contrappone un assetto costituzionale che deve essere attuato dal legislatore

¹ Così, IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 38 ss.; ID., *Calcolabilità Weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 987 ss.; ID., *Un diritto incalcolabile*, *ivi*, 2015, 11 ss. ID., *Un contratto «incalcolabile»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, 17 ss. e per un'impostazione diversa CATAUDELLA, *Nota breve sulla fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 245 ss.

² CASTRONOVO, *L'eclissi del diritto civile*, Giuffrè, 2015, in part. 10 ss.

³ JANNARELLI, *I principi nell'elaborazione del diritto privato moderno: un approccio storico*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2014, 33 ss. (numero

speciale), ed *ivi* ALPA, *I principi generali. Una lettura giusrealistica*, 77 ss.; BRECCIA, *Principi: luci e ombre nel diritto contemporaneo*, 121 ss.; CERRI, *Riflessioni aperte sulle origini e sul ruolo dei principi nell'esperienza giuridica*, 193 ss.; GAMBARO, *La dinamica dei principi: due esempi e un'ipotesi*, 229 ss.; DEL PRATO, *I principi nell'esperienza civilistica: una panoramica*, 265 ss.

⁴ V. per questa posizione DOGLIANI, *I diritti fondamentali*, in FIORAVANTI (a cura di), *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Laterza, 2009, 41 ss.

re e solo completato dalla dottrina e dai giudici⁵.

Più credibile in base all'analisi dell'attuale sistema delle fonti è una ricostruzione diversa. La trasformazione dello Stato costituzionale pone sempre più in posizione di parità la funzione legislativa e giurisdizionale, escludendo la primazia dell'una o dell'altra, come espressione di un vero e proprio progetto politico che domina il presente⁶.

E se ciò è vero, la scienza giuridica civilistica non può cedere di fronte alla filosofia dell'incertezza e della catastrofe, ma deve continuare il suo compito in un nuovo orizzonte. Si tratta di precisare come e uno sguardo al passato, come sempre, aiuta.

2. Il ragionamento giuridico nel saggio di Bobbio sul primo numero della Rivista di diritto civile nel 1955.

Il codice civile, è noto, riduce nell'art. 12 delle Preleggi il ruolo dei principi entro i confini «dell'ordinamento giuridico dello Stato», sicché la giuridicità è contrassegnata dalla statualità e dalla positività e il ruolo del giurista è confinato in un metodo preciso. Basta un esempio.

Un saggio di Bobbio sul ragionamento giuridico apre nel 1955⁷ la lunga stagione della Rivista di diritto civile. L'attenzione si concentra sulla natura della giurisprudenza intesa, sin dal diritto romano, come attività logica o come attività ispirata dall'*aequitas*. Bobbio liquida subito il problema.

Il compito del giurista è determinato da «una valutazione dei fini del diritto» in un determinato ambiente storico e in quegli anni il fine è chiaro. Prevale la esigenza della stabilità delle relazioni orizzontali (fra cittadini) e verticali (fra cittadini e lo Stato) e per conseguire questo scopo si debbono esaltare alcune tecniche di organizzazione giuridica. Prime fra tutte la supremazia della legge e l'auto-integrazione dell'ordine giuridico.

Ciò porta alla centralità del ragionamento logico e all'equazione fra soluzione giusta e soluzione conforme alla norma. Non vi è posto per i giudizi di valore per un motivo chiaro. «Il linguaggio dei valori non si può ridurre a linguaggio logico o descrittivo». Per provare un valore «non si può ricorrere né alla dimostrazione logica né alla verifica empirica, ma soltanto ad argo-

menti di carattere soggettivo che sfuggono al dominio della logica e della scienza»⁸.

Da qui la conclusione che il giurista deve eliminare tali giudizi dal suo ragionamento che verte, non sulla giustizia delle norme ma sulla loro validità. Il suo compito si ferma qui. Le sue operazioni sono ispirate ad un ragionamento deduttivo, logico, sistematico, senza trascurare che le leggi sono prodotti culturali da collocare in un tempo e in un ordine sistematico, ma ciò non altera il suo ruolo. Il giurista è «uno storico e un sociologo quando stabilisce le premesse e un logico quando dalle premesse stabilite ricava tutte le conclusioni implicite»⁹.

È noto che questa visione è solo il primo passo del percorso di Bobbio attraverso il positivismo, sino al saggio del 1969, sulla funzione promozionale del diritto, che inaugura lo studio della funzione privilegiata da allora rispetto ad una visione strutturale del diritto¹⁰. Ma il tema dei principi toglie il sonno ai civilisti già dalla seconda metà del novecento e le certezze entrano in crisi.

Gli studiosi già negli anni sessanta, iniziano a sottolineare la forza espansiva dei principi di eguaglianza e solidarietà e si impegnano negli anni successivi in una vera e propria rilettura degli istituti civilistici. Si mostra intolleranza verso l'apriorismo dei dogmi e verso l'assolutismo della legge. Si inizia a parlare di un diritto vivente e di un principio di effettività. L'interprete e la sua dimensione esistenziale rispetto alla norma acquistano centralità. Si nega che la lettera della legge sia espressione di un significato oggettivo¹¹.

I magistrati nel convegno di Gardone del 1965 danno vita ad un vero e proprio manifesto sull'applicazione diretta della Costituzione.

La Corte costituzionale, dagli anni novanta, afferma che «le norme si dichiarano incostituzionali solo se non si può trarre da esse un'interna costituzionalità», invitando i giudici e gli interpreti ad un controllo diffuso che spinge ad un'interpretazione costituzionalmente orientata¹².

Con il nuovo millennio, insomma, muta l'orizzonte. C'è un diffuso desiderio di ordine e di concetti ordinanti, ma ciò esige di coordinare fra loro regole e principi, giudizi di validità e di valore. Con un procedere non facile.

⁵ V. fra molti FERRAJOLI, *Costituzionalismo principia lista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, 2771 ss.

⁶ FIORAVANTI, *La trasformazione costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 295 ss.; ID., *Legge costituzionale: il problema storico della garanzia dei diritti*, in *Quaderni fiorentini*, 2014, 1077 ss.

⁷ BOBBIO, *Sul ragionamento dei giuristi*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, 3 ss.

⁸ ID., *op. ult. cit.*, 6 s.

⁹ ID., *op. ult. cit.*, 12.

¹⁰ ID., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Laterza, 2007 (prefazione di LOSANO).

¹¹ V. per tutti R. SACCO, *Prospettive della scienza civilistica italiana all'inizio del nuovo secolo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 418 ss.

¹² V. da ultimo BARTOLE, *I principi generali fra due convegni (1940-1991), dall'ordinamento statutario-fascista all'ordinamento repubblicano ed alle sue aperture sovranazionali*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2014, 3 ss.

3. Con il nuovo millennio si volta pagina: i principi come tratto della contemporaneità.

Luigi Mengoni ha indicato con chiarezza il senso di questa svolta.

I diritti e i principi costituzionali appartengono, in pari tempo, al diritto e alla morale ma sono soggetti «ai modi, alle procedure e ai vincoli dell'argomentazione giuridica»¹³.

La fine dell'assolutismo della modernità e l'abbandono della stagione debole del post-moderno è segnata da questa consapevolezza per il giurista. La necessità di costruire nuovi modi, tecniche e vincoli di un'argomentazione giuridica che deve tener conto di un sistema delle fonti ove concorrono rigide fattispecie e affermazioni di valore che sono un *prius* e non un *posteriorius* rispetto alle norme esistenti.

Questo nuovo metodo è ancora, in gran parte, da definire ma si può indicarne qualche tratto.

L'argomento classico del positivismo giuridico per espellere i giudizi di valore da ogni riflessione teorica sul diritto è basata sulla convinzione, erronea, che i giudizi di valore sono sempre privi di fondamento razionale. Questa convinzione è errata perché l'intreccio fra fatti e valori è una delle costanti del nuovo sistema delle fonti composto di regole e principi. Centrale dunque è un modo di argomentare basato non solo sul metro della conformità a una regola, ma da criteri di correttezza, ragionevolezza, proporzionalità, imposti dal nuovo ordine giuridico¹⁴.

Le clausole generali sono ancora una singolarità e un problema. Una singolarità perché non hanno una fattispecie e consentono l'ingresso nel sistema di valori extragiuridici. Un problema perché pur essendo tecniche disciplinate nel codice «sfuggono allo stretto principio di legalità» e sono in netto contrasto con il metodo positivo su aspetti centrali, dall'illecito all'inaidempimento¹⁵.

Da qui l'attenzione prestata di recente.

Si valorizza il loro ruolo di frammenti di norme. Si sollecita l'uso del sillogismo sulla scelta dello standard interno o esterno al diritto positivo. Si precisa che non

sono principi ma sono destinate ad operare nell'ambito dei principi per fondare la regola di valutazione di un contegno o la disciplina di un atto¹⁶.

Le tecniche di diritto comunitario spingono alla ricerca di un rimedio effettivo, espressione di un sistema da costruire nel dialogo fra norma e giudici. Con una centralità del caso da cui è possibile trarre elementi di risposta e di indirizzo, tramite anche il precedente. Senza erodere il valore della certezza che non è mai stato, nella storia, affidato solo alla legge.

Basta pensare al *code civil*, vero manifesto della modernità. Dopo aver affermato la forza di legge del contratto, nell'art. 6, si sottopone l'atto di autonomia ad un controllo di validità delimitato da principi di ordine pubblico e buon costume che esigono, come si è detto benissimo, la ricerca da parte del diritto positivo dell'utile e del giusto¹⁷.

Insomma se il giuspositivismo stabilizzò i valori espressi dal nuovo ordine democratico, nei primi decenni della seconda metà del novecento, sin dagli anni settanta si è avvertito l'insufficienza dei presupposti di quell'ordine e si sono rivalutati la funzione individuale, i contegni, la correttezza.

A quella fase storica è seguita la stagione del nichilismo del pensiero leggero e debole espressione, si disse, di una condizione post-moderna¹⁸ che la crisi del 2007 ha spazzato via con un ritorno di attenzione alla realtà, alle esigenze vitali, all'esistenza messa alla prova da povertà inedite.

La letteratura e l'arte per prime hanno avvertito la fine di quella fragile utopia affidata alla fede astratta nel mercato e alla auspicata dissoluzione della verità oggettiva¹⁹.

Il diritto stenta ad afferrare il nuovo.

4. I principi generali nell'Unione Europea.

Le opere più recenti nel dibattito europeo, non sottovalutano certo le difficoltà anche se assumono atteggiamenti diversi²⁰ che è facile immaginare.

La discussione fra regole e principi attiene alla stessa

¹³ MENGONI, *Diritto e tecnica*, 2001, ora in ID., *Scritti, Metodo e teoria giuridica*, Giuffrè, I, 2011, 47; ID., *I Principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *I principi generali del diritto*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 1992, 317 ss.

¹⁴ V. da ultimo GROSSI, *Ritorno al diritto*, Laterza, 2015, 51 ss.

¹⁵ GENTILI, Prefazione a VELLUZZI, *Le clausole generali, Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, 2010, XIII ss.

¹⁶ V. da ultimo PATTI, *L'interpretazione delle clausole generali*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 264 ss.; *Le clausole generali nel diritto privato*, in *Giur. it.*, 2011, 1689 ss. ed ivi i saggi di RESCIGNO, CARUSI, CHIASSONI, MAZZAMUTO, ROSELLI, D'AMICO, ASTONE, CUFFARO, MOSCATI, VELLUZZI; *Le clausole generali nel diritto commerciale e industriale*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, Roma 11.2.2011, ed ivi LIBERTINI, *Clausole generali, norme generali e principi fondamen-*

tali nel diritto commerciale. Riflessioni introduttive; v. anche VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, cit., 74 ss.

¹⁷ GHESTIN, *L'utile e le juste dans les contracts*, in *Archiv. Phil. d.*, 1981, 35 ss.

¹⁸ V. il classico volume di LYOTARD, *La condizione postmoderna*, Feltrinelli, 1979; VATTIMO, *La fine della modernità*, Garzanti, 1985; HABERMAS, *Il discorso filosofico della modernità*, Laterza, 2003; BAUMAN, *Il disagio della postmodernità*, Mondadori, 2007; LUPERINI, *La fine del postmoderno*, Guida, 2005.

¹⁹ V. FERRIS, *Manifesto del neorealismo*, Laterza, 2012; LUPORINI, *Tramonto e resistenza della critica*, Quodlibet, 2014, 233.

²⁰ V. in particolare per un'efficace sintesi il bel volume di REICH, *General principles in EU Civil law*, Intersentia, 2014, 1-16.

organizzazione politica basata sullo Stato di diritto che l'EU accoglie. Solo che assicurando il rispetto della legge si è scoperto il ruolo dei principi che guidano l'interpretazione. Ma ecco il punto.

Se le regole creano diritti e obblighi, i principi per loro natura (in quanto astratti, flessibili e non specifici) non hanno di per sé questa funzione. È necessaria una applicazione giudiziaria perché essi diventino parte dell'ordine legale («*they are linked to rules, but are not rules themselves*») ²¹.

Il dibattito, è noto, deve molto alle classiche opere di Esser ²² che respinge, già negli anni cinquanta del novecento, la irrilevanza per il diritto dei giudizi di valore e di Dworkin ²³ che dimostra l'importanza dei principi nelle domande di senso e nelle scelte tragiche del diritto. Seguendo tali tracce l'opera fondamentale di Tridimas ²⁴ descrive e fonda il ruolo dei principi nel diritto amministrativo e costituzionale europeo, ma il tema non è stato affrontato, con eguale profondità, nel diritto dei privati. Il motivo è chiaro.

La legislazione, sino al Trattato di Maastricht, privilegia le relazioni verticali (fra cittadini e istituzioni) e trascura le relazioni orizzontali (fra cittadini) e solo progressivamente si sviluppa, nelle sentenze della Corte di giustizia, il ruolo dei principi attinenti alla non discriminazione e ai rapporti di consumo. Per molto tempo si dubita che esistano perfino le competenze e le ragioni per intervenire, con provvedimenti normativi, sulla disciplina generale del contratto o della responsabilità.

Stenta insomma a svilupparsi un forte dialogo perché «*the community legal order is a new and young legal order which needs to be developed further*» ²⁵ è insieme un *prius* e un *posterius*, potremo dire.

Ciò che manca, come si osserva esattamente, sono molte buone proposte ²⁶ e la letteratura recente sta colmando quel vuoto. In modo molto articolato.

Norbert Reich ²⁷ individua gli scettici e gli ostili. Fra questi un autorevole giurista inglese ²⁸ che solleva una questione di fondo. Anche se si costruisse un ruolo dei Principi nel solo *acquis* legislativo dell'EU, il risultato inevitabile finirebbe per limitare l'area dell'autonomia nazionale nei settori interessati. Insomma, un più coe-

rente sistema nella UE potrebbe condurre ad una minore coerenza del diritto nazionale e tale risultato appare preoccupante.

Si può osservare che ciò è frutto di una pre-comprensione negativa sul ruolo dell'Unione Europea. Ma il numero delle opinioni critiche è molto ampio.

Alcuno si stupisce di come dal «*patchwork*» della regolazione contrattuale in Europa si possano trarre principi generali e osserva che «*the only principles of an intermediate level can be found in EU contract law*» ²⁹. Altri osserva che alcuni principi utilizzati dalle Corti (come l'equità e l'eguale trattamento) è basata su di una valutazione dei giudici che è difficile applicare in termini generali ³⁰.

A ciò si replica appunto con alcune buone proposte che individuano pochi e certi principi tratti dalle fonti legislative della UE e dell'attività della Corte di giustizia.

Si fa leva sugli artt. 114 TFUE sul funzionamento del Mercato Unico, 53 TFEU sulle politiche sociali, 157/19 TFEU sulla non discriminazione, 81 sulla cooperazione giudiziale nella materia delle controversie civili. Su tali basi si analizzano nelle pronunzie della Corte di giustizia i presupposti e gli argomenti per fondare sette principi generali: «*Framed*» *autonomy*, *Protection of the Weaker Party*, *Non discrimination*, *Effectiveness*, *Balancing*, *Proportionality* e con qualche perplessità *Good Faith and Prohibition of Abuse of Rights*. Tutto ciò nell'ambito dell'*acquis* e della casistica giudiziale in tema di contratto e responsabilità al solo scopo di fornire una «*specific contribution of civil law provision of EU law in the "shadow" of the EU Charter*» ³¹.

Credo che sia questo il metodo più giusto ³² e provo a spiegare il perché. In breve e solo come un programma di un lavoro.

5. Un metodo di lavoro: il decalogo.

La distinzione fra regole, diritti e principi è stata al centro della riflessione dei filosofi e della dottrina civilistica nell'ultimo decennio in particolare. Reputo alcune acquisizioni utilissime e riassumo, brutalmente, cose già dette.

²¹ *Id.*, *op. cit.*, 3.

²² ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Mohr-Siebeck, 1956.

²³ DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977.

²⁴ TRIDIMAS, *The General Principles of EU law*, Oxford University Press, 2006.

²⁵ *Id.*, *op. cit.*, 1729, nt. 2, richiamato da REICH, *op. cit.*, 7.

²⁶ HARTKAMP, *General Principles of EU Law*, in *RabelsZ*, 2011.

²⁷ REICH, *op. cit.*, 6 ss.

²⁸ WEATHERILL, *The Principles of civil law as a basic for interpreting the legislative acquis*, in *ERCL*, 2010, 74; e LECZYKIEWICZ-WEATHERILL (eds), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, 2013, 131.

²⁹ Questa l'opinione di HESSELINK, in LECZYKIEWICZ-WEATHERILL (eds), *op. cit.*, riferita da REICH, *op. cit.*, 7.

³⁰ BASEDOW, *The Court of Justice and civil law: vacillations, general principles and the architecture of the European Judiciary*, in *ERPL*, 2010, 475.

³¹ REICH, *op. cit.*

³² V. ora RUTGERS-SIRENA (eds), *Rules and Principles in European Contract Law*, in *Intersentia*, 2015 ed ivi i saggi di ADAR-SIRENA, *Principles versus Rules in the Emerging European Contract Law*, 7 ss., PATTI, *Contractual Autonomy and European Private Law*, 123 s., NAVARRETTA, *Good Faith and Reasonableness in European Contract Law*, 135 ss.

I. La distinzione fra regole e principi poggia sulla loro struttura e sulla loro funzione. Le prime esigono conformità ad una fattispecie e sono frutto di una tipizzazione legislativa. I secondi hanno una dimensione diversa. Orientano in presenza di problemi altrimenti non facilmente risolvibili: «*it make sense to ask how important or how weighty it is. Rules do not have this dimension*»³³.

II. Le norme che contengono diritti e i principi se non sono precise, determinate e se hanno necessità di essere completate da qualche altra autorità, non fondano di per sé diritti obblighi e doveri. Hanno necessità di un'attività ulteriore della legge o del giudice. Nel primo caso il problema è attenuato. Nel secondo al giudice si richiede una particolare tecnica argomentativa. Deve creare una *rule of construction*, una regola di decisione rigorosa e convincente. Ma il termine inglese non è qui facilmente traducibile³⁴. «Il termine *rule* non coincide nella *civil law* con il riferimento alla norma e assume nella stessa *common law* un significato da accertare caso per caso. Indica per lo più la regola giurisprudenziale ma anche il principio, il regolamento, l'ordine, la misura, a seconda del sostantivo a cui si lega. Unito alla parola *construction*, la *rule* assume il senso di canone di costruzione giuridica»³⁵.

III. Nella *rule of construction* si concreta in modo tangibile il limite e la funzione creativa del giudicare. Che esige conformità ad un ordine giuridico in modo peculiare. Impone in taluni casi decisioni *extra legem*, ma *intra jus*³⁶, quando la risposta implichi un problema di vita che le regole non hanno previsto o e che non può essere risolto con l'analogia (ciò oltre l'art. 12 delle Preleggi superato dall'art. 117 Cost. che pone sopra la potestà legislativa ordinaria la costituzione, l'ordine comunitario e i vincoli internazionali come la Conv. eur. dir. uomo).

IV. L'irrompere dei principi supera in molti casi il problema delle lacune e l'impiego dell'analogia. Per un motivo chiaro. L'assenza di una regola in presenza di un principio, non crea il vuoto ma implica una decisione basata su di una diversa argomentazione. Certo un principio attinge sempre elementi fuori da sé. Per evitare elementi devianti (il sacro, l'ideologia) occorre grande attenzione alla giuridicità del fatto che emerge da una pluralità di fonti³⁷.

V. Tutto ruota attorno a nuove tecniche argomentative che conoscano e sappiano utilizzare tutte le potenzialità del sistema integrato delle fonti e i precedenti delle Corti nazionali ed europee.

VI. Il problema se esista già una regola o una tutela tipica e su come in tal caso il principio operi non va posto in astratto, ma calato nel concreto di precetti da sottoporre al vaglio dell'effettività richiesta da fonti costituzionali interne (art. 24 Cost.) comunitarie (art. 47 Carta di Nizza) e sovranazionali (artt. 6 e 13 Conv. eur. dir. uomo).

VII. Contro l'abuso dei principi ci sono antidoti precisi. Il fatto e l'argomentazione. La ricostruzione puntuale ed esatta della fattispecie concreta indica subito i termini entro cui deve articolarsi la risposta al problema di vita. La tecnica argomentativa darà conto di come dovranno essere impiegate regole e principi.

VIII. Le une e gli altri vanno sottratti dall'astrattezza. Dovrà essere isolato il dato normativo specifico e il principio da cui si trae la *rule* e si dovrà motivare come questa *rule* può risolvere il caso.

IX. Non occorrono sentenze di cento pagine, ma un ragionamento stringente capace di convincere e di porsi in sintonia con un ordine oggettivo che esiste in ogni tempo e in ogni contesto sociale.

X. L'argomentazione necessita di tecniche e di strumenti nuovi. Non una scatola degli attrezzi, ma una condivisione dei fini che è compito della scienza giuridica promuovere e saldare.

Tutto ciò richiede un grande impegno della dottrina e dei giudici nello studio dei precedenti e nell'analisi di ogni singolo principio³⁸, riconosciuto come tale, per fissare la sua origine e il suo fondamento operativo, sino a indicare come e in che modo da esso può trarsi un modello di decisione che integri o in certi casi sostituisca una regola che non c'è o non è adeguata o effettiva.

La distinzione fra regole e principi, insomma, come quella (usata da Berlin) fra il riccio (ove sono compresi coloro che riferiscono tutto ad una visione centrale) e la volpe (espressiva di chi ricerca molti fini senza ricondurre tutto ad una visione unica) «offre un punto di vista per un'indagine autentica»³⁹ su aspetti complessi del pensiero giuridico in un momento che esige flessibilità ma grande responsabilità nello *jus dicere*⁴⁰.

³³ DWORKIN, *op. cit.*, 26 ss.

³⁴ VETTORI, *Il diritto dei contratti fra costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, ora in *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Giuffrè, 2009, 173 ss.

³⁵ *Id.*, *op. ult. cit.*, 177 e DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico-Law Dictionary*, Giuffrè, 1984, 1304 s.

³⁶ V. METZGER, *Extra legem-intra jus*, 2009, 352.

³⁷ GROSSI, *op. cit.*, 33 ss. e GLIOZZI, *Postmodernismo giuridico e giuspositivismo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, 801 ss.

³⁸ V. da ultimo per il diritto italiano, NAVARRETTA, *Principio di eguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in *Riv. dir.*

civ., 2014, 547 ss.; GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 228 ss.; MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, 2007; e per il diritto comunitario i recenti volumi di REICH, *op. cit.*, 17 ss., e di RUTGERS-SIRENA (eds), *op. cit.*, 7 ss.

³⁹ BERLIN, *Il riccio e la volpe*, Adelphi, 1998, 69. Il frammento di Archiloco (da cui la distinzione è tratta) dice che «la volpe sa molte cose ma il riccio ne sa una grande».

⁴⁰ V. questa citazione e conclusione già in VETTORI, *op. cit.*, 178 s.

Piccoli passi e cautele interpretative delle Corti sui diritti delle unioni omosessuali

di Marcella Fortino

SOMMARIO: 1. Le unioni omosessuali e il diritto al matrimonio. - 2. La decisione della Corte di Strasburgo nel caso *Schalk e Kopf c. Austria*. - 3. La Corte costituzionale e il matrimonio delle coppie *same-sex*. - 4. Ciò che la Corte costituzionale avrebbe potuto fare e... non ha fatto. - 5. La rettificazione del sesso di un coniuge e l'incidenza sul matrimonio: l'intervento del legislatore diventa condizione risolutiva temporale. - 6. Il matrimonio contratto all'estero da due persone dello stesso sesso e il problema della sua trascrivibilità. - 7. L'adozione coparentale da parte del convivente omosessuale del genitore biologico e l'interesse del minore. - 8. I diritti sociali delle unioni omosessuali nella giurisprudenza della Corte europea e della Corte di giustizia. La tutela apprestata dalle autonomie territoriali. - 9. Il disegno di legge sulla regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e la disciplina delle convivenze.

1. Le unioni omosessuali e il diritto al matrimonio.

Leggendo le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte costituzionale italiana, che si sono occupate dei diritti delle unioni omosessuali, in particolar modo in relazione al diritto al matrimonio, risuona nella mente il canto di Zerlina, in risposta alle *avances* di Don Giovanni: «vorrei e non vorrei»¹. Sì, perché il dato comune alle pronunce delle richiamate Corti risiede in affermazioni di principio tese al riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali – senza dubbio importanti, in quanto costituiscono i tasselli necessari per completare la composizione di un mosaico che appare di difficile e delicata realizzazione – nella successiva individuazione di un ostacolo, che non consente l'applicazione del principio proclamato al caso oggetto di valutazione e nell'ulteriore precisazione, contenuta, in particolare, nella sentenza della Corte costituzionale, di un possibile futuro intervento, in relazione ad ipotesi specifiche che richiedano un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia *same-sex*.

In presenza di un diritto fondamentale, come quello al matrimonio, ed in assenza di una norma che ricono-

sca esplicitamente la titolarità di tale diritto in capo a persone appartenenti al medesimo sesso – situazione che si ritrova in termini pressoché uguali nelle Carte dei diritti internazionali, sovranazionali e nella Costituzione italiana – le Corti hanno dovuto affrontare un problema nuovo e diverso che esula dall'ormai consolidato meccanismo interpretativo attraverso cui i supremi giudici hanno dato tutela a diritti fondamentali, non sanciti in una precisa norma giuridica, ma impliciti nel sistema, tendente ad attuare, attraverso l'incrocio e l'integrazione dei rispettivi ordinamenti, quello che è stato definito il «*principio della massima espansione dei diritti*»². In questo caso, infatti, il diritto fondamentale esiste e, non è il caso di ricordarlo, viene riconosciuto in tutte le Carte citate; il problema riguarda l'estensibilità di tale diritto a tutti i cittadini, senza distinzione di sesso. L'ovvio richiamo al principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) o al principio di non discriminazione (art. 14 Conv. eur. dir. uomo) si scontra con il muro di resistenza opposto dalla «ultramillennaria tradizione» che concepisce il matrimonio solo come unione tra un uomo e una donna, nutrita da visioni etiche largamente condivise, che troverebbe consacrazione implicita nell'eloquente silenzio delle Carte sul

¹ Altrettanto si può dire con riferimento CASS., 15.3.2012, n. 4184, in relazione alla trascrizione del matrimonio omosessuale celebrato all'estero.

² CORTE COST., 30.11.2009, n. 317; ma v. già BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, 1984, 41 s.

punto. La soluzione proposta dalle Corti, in relazione al silenzio normativo, anche se diversificata nel percorso motivazionale, approda ad un risultato che, pur con i dovuti distinguo, potrebbe definirsi analogo, che nega, a livello internazionale, il dovere degli Stati di introdurre nei loro ordinamenti un diritto al matrimonio che prescindia dal sesso dei nubendi, e che esclude, a livello nazionale, la tutela costituzionale del diritto al matrimonio per persone del medesimo sesso, con buona pace del principio di eguaglianza o di non discriminazione.

Il quadro appena tratteggiato, volto a delineare il nodo essenziale del problema, assume contorni e sfumature diverse nella giurisprudenza delle Corti, in relazione alla peculiare struttura delle Carte cui esse devono dare attuazione. Vero è, infatti, che l'esigenza di tutelare i diritti fondamentali dei cittadini ha spinto la Corte di giustizia di Lussemburgo ad affermare già nel lontano 1969 (sentenza *Stauder*)³ l'esistenza di un unico sistema di protezione dei diritti fondamentali, costituito da ordinamento comunitario e ordinamenti costituzionali dei singoli Stati membri, tal che «*tutela comunitaria e tutele nazionali formano un tutto unitario*». Orientamento, che ha trovato formalizzazione sia nel Trattato di Maastricht – che richiama, esplicitamente e contemporaneamente all'art. 6, la Convenzione dei diritti dell'uomo e le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, come fonti da cui ricavare i principi generali del diritto comunitario – sia nel Trattato di Lisbona, che ha attribuito alla Carta di Nizza lo stesso valore giuridico dei Trattati e ha previsto l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea⁴, adesione che allarga ancora lo spazio di tutela e «segna la chiusura del circuito tra le Corti (Corte di giustizia, CEDU) e Corti nazionali»⁵. Ma è altrettanto vero che, se appare un dato incontrovertibile la tendenza volta alla costruzione di quel che è stato definito uno *ius commune* dei diritti fondamentali, le Carte internazionali ed europee, che, insieme alle Costituzioni dei singoli Stati membri, ne costituiscono gli assi portanti, sono «documenti normativi forgiati per le peculiari esigenze di sistemi composti, alla cui formazione parte-

cipano più ordinamenti (o sistemi), ciascuno dotato di una sua identità»⁶, che riflette il modello culturale, la storia, l'evoluzione sociale e giuridica dei singoli Stati membri, con la conseguenza che le Corti internazionali e sopranazionali, a differenza della Corte nazionale, devono tener conto, nelle loro decisioni, di fattori plurimi.

2. La decisione della Corte di Strasburgo nel caso *Schalk e Kopf c. Austria*.

E sono stati prevalentemente questi fattori «altri», rispetto all'interpretazione delle disposizioni della Convenzione, a costituire l'ostacolo che ha impedito alla Corte europea di sancire il dovere degli Stati aderenti alla Convenzione di riconoscere e regolamentare il matrimonio omosessuale nell'ormai famosa sentenza *Schalk e Kopf c. Austria* del 2010⁷, la prima e l'unica che, sino ad oggi⁸, si sia occupata in modo espresso del diritto degli omosessuali a contrarre matrimonio. Il caso è noto: due cittadini austriaci del medesimo sesso – la cui richiesta di accesso al matrimonio era stata respinta dalle autorità civili austriache – dopo aver presentato ricorso alla Corte costituzionale che, nella sua sentenza, aveva ribadito la incontrovertibile natura eterosessuale del matrimonio statuita nella norma sospettata di incostituzionalità, lamentano davanti alla Corte di Strasburgo il carattere discriminatorio della nozione di matrimonio eterosessuale, alla luce di una lettura evolutiva dell'art. 12 della Convenzione e, in subordine, la violazione da parte del legislatore austriaco del combinato disposto degli artt. 8 e 14 della stessa Convenzione che, garantendo a tutti i cittadini il diritto alla vita familiare, oltre che a quella privata, non tollera discriminazioni legate all'orientamento sessuale.

Sulla prima questione, la Corte prende le mosse da quanto aveva già affermato nel caso *Goodwin*⁹: l'art. 12 Conv. eur. dir. uomo, che riconosce espressamente all'uomo e alla donna il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, deve essere interpretato alla luce dell'art. 9 della Carta di Nizza, che, «*deliberatamente*» (l'avver-

³ CORTE GIUST. CE, 12.11.1969, C-29/69, *Stauder*.

⁴ Adesione non ancora formalizzata. Attualmente, il progetto di accordo di adesione alla Convenzione europea, redatto nell'aprile 2013 dai negoziatori dei 47 Stati membri del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea, è rimesso al vaglio della Corte di giustizia.

⁵ SILVESTRI, *Fonti interne, fonti esterne e tutela integrata dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, Esi, 2011, 3406 ss.

⁶ RUGGERI, *Famiglie, genitori e figli attraverso il «dialogo» tra Corti europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?*, *Relazione al convegno «Vecchie e nuove famiglie nel dialogo tra Corti europee e giudici nazionali»*, Catania, 29.5.2014, in www.giurcost.it.

⁷ CORTE EUR. DIR. UOMO, 24.6.2010, ric. 30141/04, *Schalk e Kopf c. Austria*.

⁸ Risultano pendenti, per quanto riguarda l'Italia, di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo, tre ricorsi presentati da alcune coppie di omosessuali, che lamentano la violazione della propria sfera familiare rispetto ad un ordinamento che non consente il matrimonio tra persone dello stesso sesso (CORTE EUR. DIR. UOMO, ric. 36030/11, *Felicetti ed altri c. Italia*), la mancata trascrizione del matrimonio omosessuale, concluso all'estero da cittadini italiani (CORTE EUR. DIR. UOMO, ric. 26413/12, *Orlandi e altri c. Italia*), la mancata trascrizione del matrimonio omosessuale contratto all'estero tra un cittadino italiano e un cittadino extracomunitario (CORTE EUR. DIR. UOMO, ric. n. 26742/12, *Isita e Bray c. Italia*).

⁹ CORTE EUR. DIR. UOMO, G.C., *Goodwin c. Regno unito*, 11.7.2002, ric. 28957/95.

bio è della Corte) ha ommesso ogni riferimento al sesso degli sposi, delineando, come è confermato dal Commentario relativo alla Carta, una nozione di matrimonio più ampia di quella contenuta nella Convenzione. Da questa premessa, la presa di posizione di principio: non è più possibile sostenere che il diritto al matrimonio, sancito dall'art. 12 Conv. eur. dir. uomo, debba, in ogni circostanza, essere riconosciuto solo alle persone di sesso opposto (n. 61).

In merito al secondo motivo di ricorso, i supremi giudici, considerando «artificioso» il precedente orientamento della Corte¹⁰, volto a riconoscere alle coppie omosessuali il solo diritto alla vita privata, ma non alla vita familiare, affermano che la coppia omosessuale, che convive in maniera stabile, ha diritto alla vita familiare, così come prevede l'art. 8 Conv. eur. dir. uomo, allo stesso titolo di una coppia eterosessuale, non essendoci tra le due situazioni alcuna differenza.

Il contraltare di queste affermazioni, che sono state definite «storiche»¹¹, è rappresentato dal rilievo della insussistenza, in particolare sulla prima questione, di un consenso sufficientemente ampio da parte degli Stati aderenti alla Convenzione: pur se l'istituto del matrimonio è stato «profondamente sconvolto» (la locuzione è usata dalla Corte) dall'evoluzione della società dopo l'adozione della Convenzione; pur se l'interpretazione delle norme convenzionali, alla luce di tale evoluzione, consente di riconoscere alle coppie omosessuali il diritto al matrimonio, «solo sei Stati su quarantasette autorizzano il matrimonio tra persone dello stesso sesso». In altri termini, mancando un consenso ampio degli Stati membri, è spianata la via al riconoscimento del margine di apprezzamento di cui godono i legislatori nazionali, che possono, ma non devono, introdurre nei loro ordinamenti un diritto a contrarre matrimonio, che prescindendo dal sesso dei nubendi, come peraltro specificano sia l'art. 12 Conv. eur. dir. uomo che l'art. 9 della Carta di Nizza, che, entrambi, attribuiscono al legislatore nazionale il compito di regolare l'esercizio del diritto al matrimonio.

Il richiamo al consenso, il cui fondamento è rinvenuto nel carattere composito delle istituzioni cui la Corte di Strasburgo appartiene, non viene utilizzato quale tecnica argomentativa volta ad una lettura della Convenzione in linea con le scelte operate dalla mag-

gioranza degli ordinamenti, in base a tradizioni nazionali consolidate e diffuse¹², ma quale fattore che, al di là dell'interpretazione delle norme convenzionali, orienta la decisione. La rilevata mancanza dello stesso non ha impedito, infatti, alla Corte di ritenere sussistente, in base all'art. 12 Conv. eur. dir. uomo e all'art. 9 Carta di Nizza, interpretati alla luce dell'evoluzione sociale, il diritto delle coppie omosessuali al matrimonio, ma ha costituito l'elemento decisivo per non sancire un dovere degli Stati al riconoscimento del matrimonio omosessuale e per rigettare, conseguentemente, la richiesta dei ricorrenti, sottolineando, peraltro, che, per le medesime norme, è il legislatore nazionale che deve regolare l'esercizio di tale diritto. In altre parole, la Corte opera una scissione tra una valutazione di principio – costituita dalla rilevata evoluzione dell'istituto matrimoniale nell'ambito della società europea, che consente di fornire un'interpretazione evolutiva delle norme internazionali e sopranazionali, da cui è possibile trarre la sussistenza di un diritto al matrimonio esteso alle coppie omosessuali – e una valutazione riconnessa al suo ruolo di istituzione internazionale: il numero degli stati che riconoscono il matrimonio omosessuale è ancora troppo esiguo «perché la Corte europea possa registrare la formazione di uno standard di tutela, assorbendolo di conseguenza all'interno delle garanzie della Convenzione»¹³. Il criterio del margine di apprezzamento, riservato ai legislatori nazionali – che, pur non contemplato dalla Conv. eur. dir. uomo, è sovente, anche se non sempre a proposito, utilizzato dalla Corte, posto l'impianto pluralista di tutela dei diritti fondamentali – diventa così l'*escamotage* che permette alla Corte di non imporre agli Stati membri una tutela che il carattere fondamentale del diritto esigerebbe, facendo leva, anche, come detto, sulla previsione, contenuta nelle due norme ricordate, in base a cui l'esercizio di tale diritto è rimesso al legislatore nazionale. La cautela della Corte di Strasburgo, ritenuta eccessiva da chi sottolinea che «a norma dell'art. 12 CEDU (e del corrispondente art. 9 della Carta di Nizza)» gli ordinamenti nazionali «sono chiamati a regolare soltanto l'esercizio» del diritto al matrimonio¹⁴, sembra insufficiente, invece, a chi osserva, con preoccupazione, il ruolo attribuito dalla Corte al consenso¹⁵, che, se «per il momento» sostiene la decisione dei giu-

¹⁰ CORTE EUR. DIR. UOMO, 11.5.2001, ric. 56501/2000, *Mata Estevez c. Spagna*.

¹¹ FERRANDO, *Diritti delle persone e comunità familiare nei recenti orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Fam., pers. e succ.*, 2012, 284.

¹² Sul ruolo del consenso sull'attività interpretativa della Corte europea, v. RUGGERI, *Famiglie, genitori e figli*, cit., 8.

¹³ REPETTO, *Il matrimonio omosessuale al vaglio della Corte di Strasburgo, ovvero la negazione «virtuosa» di un diritto*, in *Riv. AIC*, 2.7.2010, 4.

¹⁴ SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia ad oggi. Parte seconda «Pluralizzazione» e «riconoscimento» anche in prospettiva europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1311.

¹⁵ CARTABIA, *In tema di nuovi diritti*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, 636, che ritiene che la generazione di «nuovi diritti» originati dalla *privacy* diffonde sempre più la versione libertaria dei diritti umani di origine anglosassone, in cui l'autodeterminazione dei singoli costituisce il meta valore dominante e in cui l'eguaglianza tende a ridursi ad una forma di neutralità giuridica.

dici di Strasburgo, ove dovesse estendersi, aprirebbe definitivamente agli omosessuali le porte della casa coniugale. Il «vorrei» della Corte-Zerlina, che attribuisce riconoscimento formale al diritto delle coppie *same-sex* al matrimonio, appare, in definitiva, più gravido di effetti positivi del «non vorrei», che, essendo nutrito da un dato suscettibile di variazioni – il consenso – può attenuarsi fino a scomparire. Basti pensare che, nei quasi cinque anni che ci separano dalla sentenza della Corte europea, il numero degli Stati aderenti che ha dato riconoscimento e regolamentazione al matrimonio tra omosessuali è più che raddoppiato: a Spagna, Olanda, Belgio, Portogallo, Svezia, Norvegia, si sono aggiunti: Francia, Lussemburgo, Regno Unito, Danimarca, Islanda, Finlandia¹⁶ e, in data 3 marzo 2015, Slovenia. In Irlanda, infine, l'apertura ai matrimoni *gay* è stata consacrata nel referendum svoltosi il 22 maggio 2015¹⁷, il cui risultato dovrà essere ratificato dal Parlamento, attraverso l'approvazione di una legge sul matrimonio egualitario. Certo, il percorso appare ancora lungo, se è vero che nel 2014, quando il numero degli Stati che aveva regolamentato il matrimonio omosessuale era già salito a dieci, la Corte di Strasburgo, nel caso *Hämäläinen c. Finlandia*¹⁸ – relativo alla richiesta di un transessuale di poter conservare lo *status* coniugale anche dopo la rettificazione di sesso, nel corso di un'ampia motivazione sui molteplici aspetti della vicenda, ribadisce ancora l'insussistenza di un obbligo degli Stati di estendere il matrimonio anche alle coppie omosessuali, sempre sulla base dell'insussistenza di un consenso ampio all'interno degli Stati aderenti. È stato, tuttavia, sottolineato che l'effetto della combinazione delle due argomentazioni, che sostengono la decisione della Corte, non appare quello di affidare *in toto* la scelta agli Stati, ma «quello di inquadrare il pluralismo di soluzioni all'interno di un protocollo che, almeno per il futuro, non sottrae la discrezionalità statale ad una supervisione della Corte europea»¹⁹.

3. La Corte costituzionale e il matrimonio delle coppie *same-sex*.

Anche la pluricommentata sentenza della Corte costituzionale 5.4.2010, n. 138 (che precede di qualche mese la pronuncia della Corte europea) se, come è stato detto, «chiude le porte al matrimonio omosessuale»²⁰, apre,

invece, quello che può definirsi, vista la perdurante (almeno sino ad oggi) inerzia del legislatore italiano, «un portone» ai diritti delle unioni omosessuali. Una apertura, per il vero, non richiesta dai giudici rimettenti²¹, che sollevavano questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 2, 3, 29 e 117, comma 1°, Cost., di una serie di articoli del codice civile (93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 *bis*, 156 *bis*) nella parte in cui, sistematicamente interpretati, non consentono agli individui di contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso. L'obiettivo era una pronuncia di incostituzionalità delle norme citate, volta a consentire alle coppie omosessuali l'accesso al matrimonio. La Corte, che ha ritenuto, com'è noto, infondata, *ex artt.* 3 e 29 Cost., la questione sollevata, ma che probabilmente avvertiva, anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea e della comparazione con ordinamenti vicini, la insostenibilità di un vuoto normativo che assume l'aspetto di una voragine, dentro la quale in Italia scompaiono le coppie omosessuali e i loro diritti, affrontava una questione non sollevata dai giudici ma, come è stato sottolineato, «creata» da essa stessa: «la compatibilità con la Costituzione (*sub art.* 2) della mancanza di una disciplina che regoli e tuteli la coppia omosessuale»²². La scelta di valutare, in primo luogo, la questione di costituzionalità sollevata, con esclusivo riferimento all'art. 2 Cost. – che, secondo i giudici rimettenti, è necessariamente inclusivo del diritto inviolabile al matrimonio e alla formazione della famiglia – ha avuto, nel contesto dell'intera pronuncia, un suo preciso significato, perché ha consentito ai giudici di esprimersi sul diritto della coppia omosessuale a veder riconosciuta giuridicamente la propria unione, al di là della sussistenza di un diritto al matrimonio, che, *ex artt.* 29 e 3 Cost., sarà negato. La questione, in relazione all'art. 2 Cost., infatti, non è stata dichiarata infondata, ma inammissibile perché diretta ad ottenere una pronuncia additiva non costituzionalmente obbligata, ossia una pronuncia che, non costituendo l'unica possibile soluzione direttamente discendente dai principi costituzionali, avrebbe implicato una scelta costruttiva, che non spettava alla Corte effettuare. Una simile decisione si spiega solo alla luce della circostanza che la Corte, ritenendo che la totale assenza di tutela per le coppie omosessuali – al di là del riconoscimento del diritto al matrimonio – si ponesse in contrasto con l'art. 2 Cost., avrebbe dovuto riempire il vuoto normativo con scelte che non le com-

¹⁶ Paese in cui la relativa legge, approvata dal Parlamento il 24.11.2014, entrerà in vigore il 1°3.2017.

¹⁷ *Referendum* con il quale si è concluso il procedimento di revisione costituzionale, volto ad inserire nell'art. 41 della Costituzione irlandese un paragrafo che riconosce il diritto al matrimonio anche alle coppie omosessuali.

¹⁸ CORTE EUR. DIR. UOMO, G.C., 16.7.2014, ric. 37359/09, *Hämäläinen c. Finlandia*.

¹⁹ REPETTO, *op. cit.*, 5.

²⁰ DAL CANTO, *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla «aspirazione al matrimonio» al «diritto» alla «convivenza»*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, cit., 1221.

²¹ TRIB. VENEZIA, ord. 3.4.2009, in www.altalex.com; APP. TRENTO, ord. 29.7.2009, in www.articolo29.it.

²² ROMBOLI, *La sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, in *Riv. AIC*, 2011, 3, 7.

petevano: l'estensione, o non, della disciplina prevista per il matrimonio civile alle unioni omosessuali, o la previsione di forme di tutela differenziata, che presuppone l'individuazione di quali dei diritti, nascenti dal matrimonio, possano essere attribuiti anche alle unioni *same-sex*.

Anche se «creata» dalla Corte, la questione ha avuto il merito di rompere il perdurante silenzio, quanto meno del legislatore nazionale, che circondava nel nostro Paese le coppie omosessuali attraverso affermazioni di principio che, posto il contesto, possono definirsi «rivoluzionarie»: l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, va qualificata come formazione sociale, che, in base all'art. 2 Cost., ha il diritto fondamentale di vivere liberamente la sua condizione di coppia e di ottenerne il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri, pur se l'aspirazione a tale riconoscimento non deve trovare necessaria realizzazione attraverso il riconoscimento del diritto al matrimonio, considerato invece, dalle Corti di alcuni Paesi di *common law*²³, essenziale ai fini dell'attuazione della pari dignità delle coppie omosessuali, non assicurata dall'attribuzione ad esse di singoli diritti, pur al matrimonio riconducibili. Ciò premesso, la Corte ribadiva come non spettasse ad essa individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, ma al Parlamento nell'esercizio della sua discrezionalità, cui rivolgeva una sollecitazione che, secondo parte dei commentatori, non può definirsi monito²⁴ mentre, secondo altri, costituirebbe un monito implicito²⁵, peraltro, secondo alcune opinioni, fortemente attenuato: non solo «i modi e i limiti», ma anche «i tempi» di tale riconoscimento sono rimessi alla scelta del legislatore. Monito ben più imperioso verrà rivolto nello stesso senso, al legislatore, come si vedrà, nella sentenza 11.6.2014, n. 170. È stato, sul punto, tuttavia rilevato, per un verso, che sul legislatore comunque graverebbe «un'obbligazione positiva», *ex art. 2 Cost.*, di riconoscere tutela e dignità alle unioni non coniugali²⁶, e, per altro verso, che il ri-

ferimento ai «tempi» potrebbe intendersi come possibilità di dare un'attuazione progressiva all'avvertimento della Corte, ai fini dell'effettivo riconoscimento del diritto²⁷. Nell'attesa, la Corte si è riservata la possibilità di intervenire a tutela di specifiche situazioni ove, in base al controllo di ragionevolezza, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra le coppie coniugate e le coppie omosessuali. Si prefigura in tal modo quella tutela a macchia di leopardo – già sperimentata in relazione alle unioni di fatto degli eterosessuali, in cui il riconoscimento di singoli diritti, ad opera della giurisprudenza costituzionale e della giurisprudenza ordinaria, ha eliminato le punte più aspre di una disuguaglianza non sostenuta dalla diversità delle due situazioni – che, se non è in grado di garantire, data la sua necessaria episodicità, la certezza dei diritti spettanti alle coppie omosessuali, può aprire – ed in realtà ha aperto, soprattutto nella giurisprudenza italiana – scenari, prima di tale sentenza imprevedibili, soprattutto ove il canone della ragionevolezza venga utilizzato non per verificare se la non estensione alle coppie omosessuali dei diritti e doveri della coppia sposata, assunta quale regola, debba subire un'eccezione, ma, al contrario, per giustificare la discriminazione²⁸.

I passi avanti della Corte costituzionale si fermano qui: «*la questione, sollevata con riferimento ai parametri individuati negli artt. 3 e 29 Cost., non è fondata*». È stato detto che il martello del giudice non può sostituire la decisione del legislatore²⁹. Proprio questa osservazione spinge a chiedersi perché i supremi giudici, proprio al fine di riservare al legislatore la ponderazione delle istanze provenienti dalla società, non abbiano seguito la strada percorsa, a distanza di qualche mese, dalla Corte di Strasburgo: effettuare, cioè, un'interpretazione realmente evolutiva dell'art. 29, consentita peraltro, come è stato da più parti rilevato, da quella espressione «società naturale» – che, nella sua voluta neutralità, tesa essenzialmente a garantire la stessa da un'eccessiva ingerenza dello Stato³⁰, rimanda ad una nozione di famiglia non storicamente delineata – e, su

²³ CORTE SUPREMA CALIFORNIA, *Re Marriage cases*, 15.5.2008; CORTE SUPREMA MASSACHUSSET, 18.11.2003.

²⁴ PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sentenza n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, cit., 2709.

²⁵ CALZARETTI, *Coppie di persone dello stesso sesso: quali prospettive?*, in www.forumcostituzionale.it; CRIVELLI, *Il matrimonio omosessuale e la ripartizione di competenze tra legislatore ed organo di giustizia costituzionale: spunti da una recente decisione del Tribunale costituzionale Portoghese*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it. Critico sul monito CAPOTOSTI, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza versus inammissibilità, nella sentenza n. 138/2010*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, 361 ss., che lo considera come una sorta di compromesso tra orientamenti opposti all'interno della Corte.

²⁶ FERRANDO, *Il diritto al matrimonio delle coppie dello stesso sesso:*

dalla discriminazione alla pari dignità, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Giuffrè, 2014, 574.

²⁷ CALZARETTI, *op. cit.*, 2; ROMBOLI, *La sentenza 138/2010*, cit., 12; FERRANDO, *op. loc. ult. cit.*

²⁸ ROMBOLI, *Il matrimonio fra persone dello stesso sesso: gli effetti nel nostro ordinamento dei dicta della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo, nell'interpretazione della Corte di Cassazione*, in *Foro it.*, 2012, 2758.

²⁹ SILEONI, *Perché la Consulta ha detto no al matrimonio gay. Invitando il Parlamento a non nascondersi*, in www.libertiamo.it.

³⁰ FERRANDO, *Il diritto al matrimonio*, cit., 573, che ricorda le parole di Aldo Moro, in assemblea costituente, in relazione alla formula «società naturale», secondo cui la stessa «non è affatto una definizione» ma è tesa a «definire la sfera di competenza dello Stato nei confronti di una delle formazioni sociali alle quali la persona umana dà liberamente vita».

tale base, giungere alla conclusione che il silenzio dell'art. 29 non impone, ma, al contempo, non esclude il matrimonio della coppia omosessuale. Con la conseguenza che la questione avrebbe potuto essere dichiarata inammissibile, perché diretta, anche in questo caso, ad ottenere una pronuncia additiva non costituzionalmente obbligata, dovendo la Corte individuare quali dei diritti nascenti dal matrimonio fosse possibile riconnettere al nuovo istituto, problema che, come dimostrano le diverse scelte legislative dei Paesi che hanno riconosciuto e regolamentato il matrimonio *same-sex*, non ha una soluzione necessitata. Una decisione di tal tipo avrebbe aperto al legislatore la strada maestra per regolamentare e dare tutela al matrimonio tra omosessuali. Le cose, come sappiamo, non sono andate così: la Corte, pur affermando che «*i concetti di famiglia e matrimonio non possono ritenersi "cristallizzati"*», ha adottato un'interpretazione «originalista» della norma costituzionale, rifacendosi all'intenzione dei Costituenti, e, attraverso essa, alla nozione di famiglia disegnata dal codice del '42, giungendo, per tal via, con un'inversione di metodo³¹, ad interpretare il precetto costituzionale alla luce di norme ordinarie, che avrebbero il merito di consacrare la famosa «ultramillenaria tradizione». Delineata, in tal modo, la nozione di matrimonio, la cui essenza sta nell'eterosessualità, confermata anche da un improbabile richiamo alla finalità procreativa desumibile dall'art. 30 Cost.³², la Corte ha potuto, con poche parole, affrontare la questione in relazione al principio di eguaglianza, di cui all'art. 3 Cost.: la diversità di situazioni – matrimonio, così come consacrato, secondo la ricordata interpretazione originalista, all'art. 29, e unioni omosessuali – legittima, sul piano costituzionale, un differente trattamento normativo, che «*non dà luogo ad un'irragionevole discriminazione*», senza tener conto che, come affermato dalla Corte Suprema della California nel 2008³³, «*la storia di per sé non è invariabilmente una guida appropriata per la determinazione del significato e dello scopo*» della garanzia costituzionale racchiusa nel principio di non discriminazione. Basti pensare alle discriminazioni razziali, che hanno attraversato secoli di storia e che, con riferimento al matrimonio, hanno sostenuto la legislazione italiana del '38, in cui, com'è noto, ve-

niva proibito al cittadino italiano di razza «ariana» il matrimonio con persone appartenenti ad altra «razza».

L'inammissibilità è stata invece statuita dalla Corte, in relazione all'ultimo parametro evocato dai giudici rimettenti, l'art. 117, comma 1°, Cost. Secondo i giudici – posto che l'art. 12 CEDU e l'art. 9 Carta di Nizza rimettono ai legislatori nazionali il compito di disciplinare l'esercizio del diritto al matrimonio e che, peraltro, le spiegazioni relative alla Carta dei diritti chiariscono che l'art. 9 citato non vieta né impone la concessione dello *status* matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso – la materia è affidata alla discrezionalità del Parlamento.

4. Ciò che la Corte costituzionale avrebbe potuto fare e... non ha fatto.

La timidezza interpretativa della Corte – il cui operato trova spiegazione, se non giustificazione, nell'immobilità politica e culturale che, sotto questo profilo, caratterizza il nostro Paese, alla cui luce è già apprezzabile il passo avanti compiuto verso il riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali – proietta i suoi riflessi sul futuro, ponendo, in particolare, il problema se il legislatore, posto il *dictum* della Corte, possa, con legge ordinaria, riconoscere e regolamentare il matrimonio tra persone dello stesso sesso. La risposta più frequente è negativa: la modifica del paradigma eterosessuale, che la Corte ha ritenuto di rinvenire, quale nucleo non modificabile del matrimonio, nell'art. 29 Cost., impone la procedura di revisione costituzionale³⁴. Non manca, tuttavia, sia chi sostiene la possibilità di procedere con legge ordinaria³⁵ sia chi ritiene che introdurre nel nostro ordinamento il matrimonio omosessuale non sia possibile neppure attraverso la detta revisione, anche ove la Corte europea, sulla base di un consenso sempre più esteso, dovesse configurare come obbligatorio il riconoscimento di tale matrimonio³⁶. La revisione dovrebbe infatti poggiare su un consenso interno diffuso che ripudi il rigido meccanismo eterosessuale posto a base dell'art. 29 Cost., che non sembra, allo stato, riscontrabile nel nostro Paese. Né l'eventuale cambio di indirizzo della giurisprudenza europea potrebbe determinare un obbligo del legislatore nel senso descritto, posto che le norme della Convenzione,

³¹ EAD., *op. ult. cit.*, 573.

³² Sostenuto da GIACOBBE, *Famiglia: molteplicità di modelli o unità categoriale?*, in *Dir. fam.*, 2006, 1224. In senso opposto: VERONESI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, in *Studium iuris*, 2010, 10, 997 ss.; GATTUSO, *Il matrimonio*, cit., 800.

³³ CORTE SUPREMA CALIFORNIA, *Re marriage Cases*, 15.5.2008.

³⁴ ROMBOLI, *La sentenza della Corte n. 138/2010*, cit., 8; SPADARO, *Il matrimonio fra «gay»: mero problema di ermeneutica costituzionale – come tale risolubile dal legislatore ordinario e dalla Corte*, re *melius* per pensa – o serve una legge di revisione costituzionale?, in *www.*

gruppodopisa.it, *passim*; DAL CANTO, *op. cit.*, 1222; CRIVELLI, *Il matrimonio omosessuale e la ripartizione di competenze*, cit., 10.

³⁵ PUGIOTTO, *Una lettura non reticente*, cit., 2721; MASSA PINTO-TRIPODINA, *Sul come per la Corte costituzionale «le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio»*. Ovvero tecniche argomentative impiegate per motivare la sentenza, in *Arch. dir. e storia cost.*, disponibile su *www.dirittocost.unito.it*; GATTUSO, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, nel *Trattato dir. fam.*, diretto da ZATTI, I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di LENTI e MANTOVANI, Giuffrè, 2011, 813 s.; FERRANDO, *Il diritto al matrimonio*, cit., 574.

³⁶ RUGGERI, *Famiglie, genitori e figli*, cit., 14.

come interpretate dalla Corte di Strasburgo, hanno natura di norme interposte: una eventuale legge che introduca il matrimonio omosessuale, ove sottoposta al vaglio della Corte sulla base del contrasto tra norme convenzionali e Costituzione, dovrebbe essere dichiarata incostituzionale, non potendo, nel conflitto, che prevalere la Costituzione³⁷.

Al di là di queste posizioni estreme – che rivelano l'incidenza di una precomprensione dei testi normativi e delle interpretazioni giurisprudenziali, presente, peraltro, pur se maggiormente mediata, anche nella decisione del giudice delle leggi – non vi è dubbio che la netta pronuncia della Corte nel senso dell'infondatezza, per contrasto con la struttura eterosessuale del matrimonio sancita nell'art. 29 Cost., della questione sollevata (confermata peraltro da due successive ordinanze³⁸ e dall'impianto motivazionale della sentenza del 2014³⁹, nella quale il giudice delle leggi ha affrontato e risolto la questione di legittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della l. 14.4.1982, n. 164, che impongono il divorzio, ove uno dei coniugi abbia esercitato il diritto di cambiare identità di genere in corso di vincolo) esclude la possibilità di risolvere il problema, così come accaduto in Francia, Portogallo e Spagna, attraverso una legge ordinaria. Se infatti il *Conseil constitutionnel* ha potuto, con la pronuncia del 2013⁴⁰, respingere il ricorso avanzato avverso la legge ordinaria n. 2013/404, che ha introdotto nell'ordinamento francese l'accesso al matrimonio per le coppie omosessuali, ciò è anche dovuto al fatto che nella precedente pronuncia, risalente al gennaio 2011⁴¹, lo stesso *Conseil*, investito della opposta questione della incostituzionalità delle norme del codice civile preclusive dell'accesso al matrimonio per le coppie *same-sex*, aveva ritenuto conformi alla Costituzione tali norme, precisando,

tuttavia, che, in base all'art. 61-1 della Costituzione, non tocca al *Conseil constitutionnel* sostituire il suo apprezzamento a quello del legislatore. Un percorso analogo hanno seguito il Tribunale costituzionale portoghese⁴² e il Tribunale costituzionale spagnolo⁴³.

Se dunque, come dimostrano i ricordati esempi di altri Paesi a noi vicini, la Corte non avrebbe potuto accogliere *tout court* la questione di legittimità costituzionale sollevata, introducendo nell'ordinamento un istituto nuovo, riservato alla scelta del legislatore, anche in omaggio al principio della separazione dei poteri⁴⁴, avrebbe potuto, tuttavia, attraverso una lettura sistematica ed evolutiva dell'art. 3 e dell'art. 29 Cost., affermare, in via di principio, che la necessità di un trattamento eguale senza distinzione di sesso, sancita all'art. 3 Cost., esige che il diritto al matrimonio, non riservato esplicitamente dall'art. 29 alle coppie eterosessuali, sia esteso anche alle coppie *same-sex*. Non si sarebbe trattato, infatti, della creazione, come pure è stato detto, di un diritto «nuovo»⁴⁵, ma di attribuire a «nuove» categorie di soggetti un diritto «vecchio»⁴⁶, ossia di rimuovere, in base al principio di eguaglianza «interpretato come principio di non discriminazione»⁴⁷, un divieto all'accesso ad un diritto fondamentale⁴⁸ in favore di soggetti, le cui aspirazioni, prima fra tutte, quella al riconoscimento della pari dignità, traggono fondamento ed alimento in un diverso e rinnovato costume sociale, che, ormai, costituisce un settore non trascurabile di quella «società naturale», cui i Costituenti intesero garantire tutela. Né ciò avrebbe comportato, come pure è stato affermato nella sentenza n. 170/2014, una scelta tra un non ben precisato interesse dello Stato a non modificare il modello eterosessuale del matrimonio e l'opposto interesse della coppia omosessuale⁴⁹, in quanto il valore posto su uno

³⁷ *Id.*, *op. loc. ult. citt.*

³⁸ CORTE COST., ord. 22.7.2010, n. 276 e ord. 5.1.2011, n. 4.

³⁹ CORTE COST., 11.6.2014, n. 170, con la quale la Corte dichiara «l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164, nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento automatico del matrimonio o della cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore».

⁴⁰ CONS. CONSTITUTIONNEL, 17.5.2013, n. 2013/669.

⁴¹ CONS. CONSTITUTIONNEL, 28.1.2011, n. 2010/92.

⁴² Con le due pronunce rese, prima (TRIB. CONSTITUCIONAL, n. 359/2009) – in sede di controllo preventivo – e dopo (TRIB. CONSTITUCIONAL, n. 121/2010) l'emanazione della legge che consente il matrimonio omosessuale (8.1.2010).

⁴³ Che riconosce, in TRIB. CONSTITUCIONAL, n. 198/2012, con ampia ed incisiva motivazione, la piena legittimità costituzionale della legge spagnola del 2005 che disciplina il matrimonio omosessuale, superando una risalente ordinanza (1994) che aveva ritenuto

conforme a Costituzione l'impianto eterosessuale del matrimonio, senza tuttavia sancirne il carattere costituzionalmente necessario. Sul punto v. ADAMO, *Il matrimonio omosessuale in Spagna dalla L.N. 13/2005 alla S.T.C. 198/2012*, in www.gruppodipisa.it.

⁴⁴ MASSA PINTO, *Il potere di definire la sostanza veicolata dalla parola «matrimonio» tra politica e giurisdizione: note in margine alle recenti sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in www.costituzionalismo.it.

⁴⁵ CARTABIA, *In tema di nuovi diritti*, cit., 636.

⁴⁶ D'AMICO, *LGBTI e diritti*, in *Diritti e territorio: il valore delle autonomie nell'ordinamento repubblicano*, a cura di MORELLI, Trucco, 2014, 178.

⁴⁷ C. FUSARO, *Non è la Costituzione a presupporre il paradigma omosessuale*, in *La «società naturale» e i suoi «nemici»*, Atti del Seminario Ferrara, 26.2.2010, a cura di BIN, BRUNELLI, GUAZZAROTTI, PUGIOTTO e VERONESI, Giappichelli, 2010, 43.

⁴⁸ GATTUSO, *op. cit.*, 802.

⁴⁹ Si è rilevato che, in una prospettiva di bilanciamento di valori, il diritto al matrimonio ad un omosessuale non può essere negato se non in base alla obiettiva dimostrazione della necessità di tutelare un altro diritto costituzionalmente rilevante che risulterebbe altrimenti pregiudicato: PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fa-*

dei due piatti della bilancia, non desumibile da una specifica norma costituzionale, né da un'interpretazione sistematica della stessa, appare frutto esclusivo dell'interpretazione originalista effettuata dalla Corte in relazione all'art. 29 Cost., peraltro esaminato solo in relazione al concetto e alla nozione di matrimonio, senza un analogo approfondimento della locuzione «società naturale», che ad altri risultati avrebbe potuto condurre. Né è possibile prefigurare la lesione di interessi riconducibili a singoli soggetti, se è vero, come dice Karl Popper, che anche «la libertà di movimento dei pugni (...) di un bullo» è limitata solo «dalla posizione del naso altrui»⁵⁰. Nasi che impediscano l'esercizio di tale libertà, peraltro, in sé, non produttiva di effetti dannosi, non se ne scorgono. In tal modo la Corte, pur non invadendo le prerogative del legislatore, avrebbe potuto rivolgere un monito al Parlamento, così come ha fatto in relazione al riconoscimento dei diritti delle unioni omosessuali, monito quest'ultimo che – ove il legislatore si adegui, come pare stia facendo – avrebbe potuto avere anche il merito di evitare una condanna della Corte di Strasburgo⁵¹, come quella subita dalla Grecia nel 2013⁵², per aver approvato una legge sulle unioni civili delle coppie eterosessuali, escludendo tuttavia dalla tutela le coppie omosessuali.

5. La rettificazione del sesso di un coniuge e l'incidenza sul matrimonio: l'intervento del legislatore diventa condizione risolutiva temporale.

L'eco delle pronunce delle due Corti, si avverte immediato nella giurisprudenza di legittimità del nostro Paese. L'univoca affermazione, contenuta in entrambe le decisioni, del diritto delle unioni omosessuali ad una vita familiare, con la conseguente attribuzione dei connessi diritti e doveri, e la proclamazione, da

parte della Corte di Strasburgo, della sussistenza di un diritto al matrimonio anche per le coppie *same-sex*, determina la continua prospettazione, da parte della giurisprudenza, di soluzioni sempre più avanzate, che imprimono una sicura accelerazione al processo di riconoscimento anche dello stesso diritto al matrimonio. Il riferimento è alla recentissima sentenza della Suprema Corte – 21.4.2015, n. 8097 – che, giudice *a quo* nel giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della l. n. 164/1982 – ha dovuto risolvere il caso sottoposto alla sua valutazione sulla base della sentenza n. 170/2014 della Corte costituzionale. Nel solco delle argomentazioni contenute nella citata sentenza, che, com'è noto, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di tali norme, nella parte in cui «non prevedono che la sentenza di rettificazione di sesso di uno dei due coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con modalità da statuirsi dal legislatore», la Suprema Corte ha deciso che i coniugi, divenuti omosessuali, conservino i diritti ed i doveri propri del matrimonio legittimamente contratto, sottoposti, tuttavia, «alla condizione temporale risolutiva, costituita dalla futura regolamentazione legislativa delle unioni civili omosessuali»⁵³. Quella seguita dalla Corte di cassazione è una delle diverse strade, proposte dalla dottrina, di fronte alla additiva di principio *sui generis*⁵⁴ pronunciata dalla Corte costituzionale. Di norma, infatti, tali sentenze⁵⁵ – che, da un verso, dichiarano, con efficacia vincolante, l'illegittimità costituzionale di una norma e, dall'altro, si limitano ad immettere un principio nell'ordinamento⁵⁶, lasciando al legislatore il compito di dettare norme attuative di

re. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale, in *Giur. cost.*, 2010, 10. Secondo GATTUSO, *Il matrimonio*, cit., 801: «non è stato mai indicato alcun interesse o diritto dei terzi che possa assumersi leso nel momento in cui due adulti consenzienti decidano di sposarsi».

⁵⁰ POPPER, *La società aperta e i suoi nemici*, Armando Editore, 1994.

⁵¹ Condanna che, successivamente alla redazione del presente testo, è, invece, puntualmente arrivata. CORTE EUR. DIR. UOMO, 21.7.2015, ricc. 18766/11 e 36030/11, *Oliari e altri c. Italia*, ha condannato l'Italia, ritenendo che il Governo italiano ha mancato di adempiere l'obbligo positivo, discendente dall'art. 8 Conv. eur. dir. uomo, di introdurre una disciplina generale delle unioni omosessuali. Ed è proprio la circostanza che il legislatore italiano abbia lasciato inascoltati i ripetuti appelli e le raccomandazioni provenienti dalla Corte costituzionale e, successivamente, anche dalla Corte di cassazione, che, secondo i giudici di Strasburgo, concorre a denunciare che lo Stato italiano ha ecceduto il suo margine di apprezzamento. Cfr. WINKLER, *Lo statuto giuridico delle coppie omosessuali (di nuovo) dinanzi la Corte di Strasburgo: il caso Oliari e altri c. Italia*, in *SIDBlog*.

⁵² CORTE EUR. DIR. UOMO, G.C., 7.11.2013, ricc. 29381/09 e 32684/09, *Vallianatos e altri c. Grecia*, su cui v. CONTI, *La Corte dei diritti umani e le unioni civili «negate» alle coppie omosessuali. Osservazioni a primissima lettura su Corte dir. uomo*, *Grande Camera 7 novembre 2013*, Vallianatos e altri c. Grecia, in www.questionegiustizia.it.

⁵³ I giudici di legittimità sottolineano che tale «opzione ermeneutica è costituzionalmente obbligata e non determina l'estensione del modello di unione matrimoniale alle unioni omoaffettive».

⁵⁴ VERONESI, *Un'anomala additiva di principio in materia di «divorzio imposto»: il «caso Bernaroli» nella sentenza n. 170/2014*, in www.forumquadermicostituzionali.it.

⁵⁵ BIONDI, *La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio imposto: un caso di accertamento, ma non di tutela della violazione di un diritto*, in www.forumcostituzionale.it, sottolinea come la problematicità di tali sentenze aveva, da tempo, indotto la Corte a non farne uso.

⁵⁶ ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2008-2010)*, a cura di ROMBOLI, Giappichelli, 2011, 112.

dettaglio del principio stesso – si adattano con difficoltà alla natura incidentale della questione sollevata, tesa ad ottenere una pronuncia applicabile al giudizio *a quo*, in quanto si può verificare un doppio effetto paralizzante: da un lato, il giudice non può applicare la norma dichiarata incostituzionale, dall'altro, può verificarsi il paradosso che lo stesso giudice rinvii *sine die* la decisione del caso in attesa di un futuro ed incerto atto legislativo⁵⁷. Nel caso *de quo*, è stato rilevato, la situazione appare ancora più complessa: per la Corte infatti non è affatto illegittimo il divorzio imposto – che non è possibile sostituire col divorzio a domanda, in quanto ciò equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo tra soggetti dello stesso sesso, in contrasto con l'art. 29 Cost. – è invece incostituzionale che l'ordinamento non preveda alcun istituto «alternativo» al matrimonio, che consenta alla coppia di conservare, ad altro titolo, il rapporto nato dal matrimonio originariamente eterosessuale⁵⁸: da qui, il monito «forte» al legislatore. L'impostazione ricalca quella seguita dalla Corte europea, nel caso *Hämäläinen c. Finlandia*⁵⁹, che non ritiene sussistere violazione dell'interesse alla vita familiare, ove lo Stato preveda che la coppia, divenuta omosessuale, possa transitare al diverso regime giuridico, previsto per le unioni civili; regime, tuttavia, già sussistente – e qui sta la non trascurabile differenza – in Finlandia. Di fronte alle interpretazioni della pronuncia n. 170/2014 – che, proprio per l'assenza nel nostro ordinamento di una qualsivoglia disciplina sulle unioni civili e, in particolare, di quelle tra persone dello stesso sesso – da qualcuno è stata equiparata ad una sentenza di rigetto con monito⁶⁰, analoga alla n. 138/2010, da altri, invece, considerata priva di utilità per risolvere il caso concreto⁶¹, la Corte di cassazione non si è fatta disarmare e ha deciso di valorizzare la parte *destruens* della sentenza: il divorzio imposto è incostituzionale se non è accompagnato dalla possibilità di «transito» della coppia ad una dimensione giuridicamente caratterizzata come convivenza registrata. L'efficacia immediata della sentenza della Corte costituzionale, in tal modo ricostruita, non consente al giudice *a quo* di utilizzare, per deci-

dere il giudizio, una norma che – posto l'attuale vuoto normativo, definito dagli stessi giudici di legittimità «*costituzionalmente intollerabile*» – è incostituzionale, ma non le consente, altresì, di limitarsi a sancire, *sic et simpliciter*, la persistenza del rapporto matrimoniale tra due persone diventate dello stesso sesso, posta la decisa presa di posizione sul punto della Corte costituzionale. Da qui la decisione, che accoglie l'interpretazione già prospettata da un'attenta dottrina⁶²: «la conservazione» dei diritti e doveri propri del modello matrimoniale, «*sottoposta alla condizione risolutiva temporale costituita dalla nuova regolamentazione*». «*Tale opzione ermeneutica* – precisa la Corte – *determina l'estensione del modello matrimoniale alle unioni omoaffettive, svolgendo esclusivamente la funzione, temporalmente definita e non eludibile, di non creare quella condizione di massima indeterminatezza, stigmatizzata dalla Corte costituzionale, in relazione ad un nucleo affettivo e familiare che, avendo goduto legittimamente dello statuto matrimoniale, si trova invece in una condizione di assenza radicale di tutela*». Posta tale condivisibile finalità, è possibile ricostruire, sotto il profilo tecnico-giuridico, l'impianto che sorregge la decisione, nel senso che l'avvenuta rettificazione del sesso viene assunta come fatto giuridico nuovo, che impone una sorta di conversione del matrimonio stesso che, da *actus legitimus*, diventa atto sottoposto alla condizione risolutiva, costituita dal futuro intervento del legislatore, con la conseguenza che i suoi effetti, tendenzialmente permanenti, diventano transitori, senza tuttavia subire alcuna modificazione sostanziale di contenuto.

Se si considera che la soluzione adottata dalla Corte di cassazione non era necessitata, posto il tipo di pronuncia emanata dalla Corte costituzionale, non si può far a meno di rilevare che il mutato clima culturale intorno ai diritti degli omosessuali appare fortemente influenzato da una giurisprudenza che diventa sempre più coraggiosa: «chi si oppone, per ragioni ideologiche, ad una legge sulle unioni civili riservate alle coppie gay e lesbiche, da oggi sa che negare» una tale legge «non rappresenta un ostacolo alla permanenza in Italia»⁶³, anche per tali coppie, di effetti uguali a quelli del matrimonio, pur se transitori.

⁵⁷ PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Giappichelli, 1996, 180.

⁵⁸ VERONESI, *op. ult. cit.*

⁵⁹ CORTE EUR. DIR. UOMO, 13.11.2012, ric. 37359/09, *Hämäläinen c. Finlandia*, confermata CORTE EUR. DIR. UOMO, G.C., 16.7.2014.

⁶⁰ RUGGERI, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)*, in *www.giurcost.org*. Su tale soluzione si appunta la critica di BIANCHI, *Divorzio imposto incostituzionale ma non troppo*, in *www.forumquadernicostituzionali.it*; e di BIONDI, *op. cit.*

⁶¹ *Id.*, *op. cit.*, che rileva come la decisione in commento avreb-

be potuto essere condivisa laddove la regolamentazione delle unioni civili omosessuali già esistesse.

⁶² PEZZINI, *A prima lettura (la sentenza 170/2014 sul divorzio imposto)*, in *www.articolo29*. Sulla stessa linea: BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. divorzio imposto*, in *www.forumquadernicostituzionali.it*; BIANCHI, *op. cit.*; DI BARI, *Commento «a caldo» della sentenza n. 170/2014 della Corte costituzionale: quali prospettive?*, in *www.associazioneeitalianadeicostituzionalisti.it*.

⁶³ GATTUSO, *La vittoria delle due Alessandre: le due donne restano sposate sino all'entrata in vigore di una legge sulle unioni civili*, in *www.articolo29*.

6. Il matrimonio contratto all'estero da due persone dello stesso sesso e il problema della sua trascrivibilità.

Ed è sempre la Corte di legittimità che, nell'ormai famosa sentenza del 2012⁶⁴, risolve in modo nuovo il problema relativo alla trascrivibilità del matrimonio contratto all'estero da due persone dello stesso sesso. Il rifiuto della trascrizione, che la Suprema Corte ritiene legittimo, non poggia più, come sostenuto dalla precedente e consolidata giurisprudenza di legittimità, sulla inesistenza o invalidità dell'atto matrimoniale, ma sulla sua inidoneità a produrre effetti giuridici nell'ordinamento italiano. Pur se la chiarezza non è il dato che illumina la lunghissima motivazione della sentenza, due sembrano gli argomenti posti a base della pronuncia: il primo, che rimane sullo sfondo, relativo al riconoscimento, a livello convenzionale e costituzionale, di una nozione di famiglia non più strettamente legata al carattere eterosessuale della coppia, che porta la Corte ad escludere la contrarietà all'ordine pubblico del matrimonio considerato⁶⁵, il secondo, che sostiene direttamente la decisione, individuato nel principio, affermato dalla Corte di Strasburgo, in base al quale l'interpretazione evolutiva dell'art. 12 Conv. eur. dir. uomo ha privato di rilevanza giuridica la differenza di sesso tra i nubendi. In questa prospettiva, il carattere eterosessuale del matrimonio⁶⁶ non può considerarsi «*presupposto indispensabile, per così dire "naturalistico" per la stessa "esistenza" del matrimonio*». L'atto di matrimonio tra due persone dello stesso sesso esiste ed è valido, e, pertanto, conclude la Corte, con laconica finale affermazione, l'intrascrivibilità è dovuta alla sua inidoneità a produrre, quale atto di matrimonio, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano. Inefficacia che, probabilmente può essere ricondotta alla circostanza che non si è verificata, né si poteva verificare, la condizione desumibile dal combinato disposto dell'art. 115 cod. civ. e delle norme di diritto internazionale privato (art. 27 l. 31.5.1995, n. 218), secondo cui il matrimonio celebrato all'estero può essere riconosciuto, e quindi può acquistare efficacia, solo ove sia stata rispettata la forma, prevista dalla legge straniera, e sus-

sistano i requisiti sostanziali, relativi allo stato e alla capacità matrimoniale, stabiliti dalla legge italiana.

Sia pur con argomentazioni eccessive e, a volte, contraddittorie, anche dovute alla delicatezza del problema, un'altra tappa del lento e graduale processo di riconoscimento del diritto in questione, è stata segnata⁶⁷. Dalla giurisprudenza di merito si levano, sul punto, voci discordi: se il Tribunale di Milano, con decreto 17.7.2014, sulla base della commentata pronuncia del 2012 della Suprema Corte, di cui sottolinea la rilevata inidoneità del matrimonio tra persone del medesimo sesso a produrre effetti giuridici, esclude la trascrivibilità di tale matrimonio celebrato all'estero, il Tribunale di Grosseto, con ordinanza 9.4.2014, fondandosi sulla medesima pronuncia, ed, in particolare, sull'argomento relativo alla «non inesistenza» per lo Stato italiano del matrimonio tra persone dello stesso sesso, ritiene invece trascrivibile il matrimonio celebrato all'estero da una coppia di omosessuali. Tale ordinanza verrà poi annullata, pur se per un vizio procedurale *ex art. 354 cod. proc. civ.*, in sede di reclamo, dalla Corte d'appello di Firenze, con decreto 19.9.2014, e riconfermata dallo stesso tribunale di Grosseto, il 17.2.2015.

Al di là della condivisibilità delle soluzioni adottate dai giudici di merito, non vi è dubbio che il continuo incremento di simili questioni appare sintomo, anche nel nostro Paese, del lento ma costante mutamento del costume, che – unito ad una maggiore apertura culturale della società ed, in particolare, dei giudici, molto sensibili all'orientamento della Corte europea, sempre richiamato nei loro provvedimenti – può costituire premessa per la futura consacrazione formale del relativo diritto⁶⁸. In questa prospettiva vanno valutati i provvedimenti di diversi sindaci di Comuni italiani, volti a prescrivere agli ufficiali di Stato civile la trascrizione dei matrimoni celebrati all'estero tra cittadini italiani dello stesso sesso. Ed è stato proprio per il valore anche simbolico di tali iniziative – che, unite alle decisioni giurisprudenziali richiamate, iniziano ad assumere un significato, giudicato da alcune forze politiche «pericoloso» – che il Ministro dell'interno, con circolare 7.10.2014, dopo aver ricostruito il quadro

⁶⁴ Cass., 15.3.2012, n. 4184, in *Foro it.*, 2012, 2727, con nota di ROMBOLI, *Il matrimonio fra persone dello stesso sesso*, cit.; sulla sentenza cfr. PATTI, *I diritti delle persone omosessuali e il mancato riconoscimento del matrimonio contratto all'estero*, in *Fam., pers. e succ.*, 2012, 456 ss.

⁶⁵ Tale interpretazione può definirsi autentica in quanto proviene dalla stessa Corte: Cass., 9.2.2015, n. 2400, in *Guida al dir.*, 7.3.2015, 11, 44 ss., con nota di GALLUZZO, *Indispensabile uno status protettivo delle coppie di fatto*. Ritiene che la Corte abbia «risolto il *thema decidendum* circumnavigando brillantemente l'ostacolo dell'ordine pubblico» SCHUSTER, *Il matrimonio e la famiglia omosessuale in due recenti sentenze*, in *www.academia.edu*.

⁶⁶ Carattere che tuttavia la Corte, accogliendo in pieno la pro-

nuncia della Consulta, ritiene, con motivazione chiaramente contraddittoria, consacrato nell'ordinamento del nostro Paese, e che comporta conseguentemente l'esclusione il diritto al matrimonio per le coppie omosessuali (n. 4.2 dei motivi della decisione).

⁶⁷ Nel solco della sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale, si pone una recentissima pronuncia della stessa Cass., 9.2.2015, n. 2400, cit., che, dovendo scrutinare un caso identico a quello sottoposto alla valutazione della Corte, conferma la legittimità del diniego da parte dell'ufficiale di stato civile di procedere alle pubblicazioni matrimoniali relative ad un'unione tra due persone dello stesso sesso.

⁶⁸ D'AMICO, *op. cit.*, 177.

normativo che non consente simili trascrizioni, ordina ai Prefetti di rivolgere ai Sindaci formale invito al riti-ro dei provvedimenti e alla cancellazione delle trascrizioni effettuate sulla loro base e, in caso di inerzia, di procedere essi stessi all'annullamento d'ufficio degli atti illegittimamente adottati. Annullamento che, eseguito dal Prefetto di Roma⁶⁹, è stato impugnato al T.A.R. Lazio, dal Sindaco dello stesso comune. Com'è noto, il giudice adito ha annullato, con sentenza 9.3.2015,⁷⁰ per motivi attinenti alla competenza, sia la circolare del ministro che il provvedimento attuativo del prefetto, in quanto «*spetta in via esclusiva all'autorità giudiziaria disporre la cancellazione di un atto che si assuma indebitamente iscritto nel registro degli atti di matrimonio*», ma ha ribadito, sotto il profilo sostanziale, l'intrascrivibilità del matrimonio tra persone dello stesso sesso.

7. L'adozione coparentale da parte del convivente omosessuale del genitore biologico e l'interesse del minore.

Egual riconoscimento è da tributare alla giurisprudenza di merito e di legittimità che affronta il problema relativo all'adozione o all'affidamento di un minore da parte della coppia omosessuale. Il desiderio di avere figli, naturali o adottati, sottolinea un giudice di merito⁷¹, costituisce «*una delle espressioni più rappresentative del diritto alla vita familiare*», riconosciuto alla coppia *same-sex* sia dalla Corte costituzionale che dalla Corte di Strasburgo. Il riferimento è alla nota sentenza del Tribunale dei minorenni di Roma del luglio 2014 che – sottolineando come l'evoluzione giurisprudenziale dell'art. 44, comma 1°, lett. d), l. 4.5.1983, n. 184, che disciplina una delle ipotesi della c.d. adozione

in casi particolari, abbia attribuito la possibilità di effettuare una adozione non legittimante al convivente eterosessuale del genitore biologico del minore⁷², sulla base del dato che «*il trattamento privilegiato accordato al matrimonio deve trovare un limite nei diritti inviolabili del minore, che non può subire effetti lesivi da un'interpretazione restrittiva della norma*»⁷³ – estende tale possibilità al convivente omosessuale del genitore biologico. Tale estensione, che presuppone comunque l'accertamento, nel caso concreto, del superiore interesse del minore, poggia sia sul rilievo, fatto proprio dalla Suprema Corte – in relazione al diverso caso dell'affidamento esclusivo del minore ad un genitore convivente con persona dello stesso sesso⁷⁴ – che gli effetti negativi sullo sviluppo del bambino, derivanti dalla circostanza di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale, appaiono più frutto di un pregiudizio che di certezze scientificamente acquisite, sia sulle pronunce della Corte costituzionale e della Corte europea. Dalle prime traendo il presupposto che sostiene l'interpretazione adottata – il diritto fondamentale di vivere liberamente la condizione di coppia (sentenza n. 138/2010) – dalle seconde, il principio in base a cui il divieto di adozione, fondato sull'orientamento sessuale degli adottanti, determina una limitazione nel godimento dei diritti riconosciuti dall'art. 8, limitazione che, se priva di una giustificazione «*particolarmente grave e persuasiva*», costituisce, alla luce della Convenzione, che, quale «*strumento vivente*» va interpretata tenendo presenti le attuali condizioni della società, una illegittima discriminazione: caso *E.B. c. Francia*, del 2008, in relazione al diritto di adottare del *single* omosessuale⁷⁵ e caso *X e altri c. Austria* del febbraio 2013, con riferimento all'adozione coparentale⁷⁶. Ed è proprio il richiamo alla giurisprudenza della Corte di Stra-

⁶⁹ Annullamento eseguito pure dal Prefetto di Milano, in relazione alle tredici trascrizioni di matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all'estero, effettuate dallo stesso Comune.

⁷⁰ T.A.R. LAZIO, 9.3.2015, n. 3912, in *Guida al dir.*, 28.3.2015, 86, con nota di PONTE, *Serve un intervento legislativo chiarificatore*, 95 ss.

⁷¹ TRIB. MIN. ROMA, 30.7.2014, n. 299, in *Dir. e giust.*, Settembre 2014.

⁷² L'ostacolo maggiore, rappresentato dalla formulazione della norma, che rinviene nell'impossibilità di affidamento preadottivo il presupposto per consentire questa particolare forma di adozione, viene superato interpretando la ricordata impossibilità non solo come presupponente uno stato di abbandono del minore, ma anche come impossibilità di diritto di effettuare tale affidamento – situazione riscontrabile nel caso della richiesta di adozione da parte del convivente del genitore biologico del minore, che non risulta dunque versare in stato di abbandono – sempre alla luce dell'interesse del minore. In questo senso: TRIB. MILANO, 28.3.2007, n. 626, in *www.altalex.com*; APP. FIRENZE, 4.10.2012, n. 1274, in *www.cameraminorilefirenze.it*.

⁷³ APP. FIRENZE, n. 1274/2012, cit.

⁷⁴ CASS., 11.1.2013, n. 601, in *Foro it.*, 2013, I, 1193, con nota di CASABURI.

⁷⁵ CORTE EUR. DIR. UOMO, G.C., 28.1.2008, ric. 435466/02, *EB. c. Francia*, in cui, rilevato che l'ordinamento francese riconosce al *single* eterosessuale il diritto di adottare, afferma che costituisce violazione dell'art. 8 in combinato disposto con l'art. 14 della Convenzione, il rifiuto opposto dalle autorità competenti fondato esclusivamente sull'orientamento sessuale della richiedente.

⁷⁶ CORTE EUR. DIR. UOMO, G.C., 19.2.2013, *X e altri c. Austria*, ric. 19010/07, in cui, rilevato che l'ordinamento austriaco consente alle coppie eterosessuali l'adozione coparentale, afferma il carattere discriminatorio della norma che impedisce alle coppie omosessuali l'adozione, sulla base del duplice rilievo che gli *status* di coppia eterosessuale ed omosessuale sono fra loro comparabili e che il Governo, su cui grava l'onere di provare la necessità della misura discriminatoria, non ha adempiuto in modo adeguato tale onere. Bisogna ricordare, tuttavia, che la successiva legge austriaca del 2013, ha riconosciuto alle coppie omosessuali il diritto di effettuare l'adozione coparentale, pur ribadendo, per tali coppie, il divieto dell'adozione congiunta di figli non biologici. Su tale legge si è abbattuta la scure della Corte costituzionale austriaca, che, con sentenza 14.1.2015, ha dichiarato non conforme a Costituzione il divieto di adozione congiunta di figli non biologici.

sburgo – che, com'è noto, ha ribaltato, pur se con cautela⁷⁷, il precedente orientamento espresso nel caso *Fretté c. Francia*, del gennaio 2002⁷⁸ e nel caso *Gas et Dubois* del marzo 2012⁷⁹, utilizzando il criterio del consenso degli Stati e del correlativo margine di apprezzamento loro riservato, in modo molto meno incisivo rispetto ad altri casi⁸⁰ – che costituisce l'argomentazione decisiva, anche in relazione alla natura di fonte interposta della Convenzione, per fondare la ricordata pronuncia. Uguale riferimento è riscontrabile nell'ordinanza, con cui il Tribunale per i minorenni di Bologna ha sollevato, nel novembre 2014, questione di legittimità costituzionale degli artt. 35 e 36 della l. n. 184/1983, nella parte in cui – come interpretati dal diritto vivente – non consentono al giudice di valutare, nel caso concreto, se risponda all'interesse del minore, il riconoscimento di una sentenza straniera di adozione a favore del coniuge omosessuale del genitore. In senso analogo si muovono i giudici del Tribunale di Palermo che, con decreto del 6.4.2015, hanno sancito il diritto dei minori di frequentare la compagna della madre, c.d. genitore sociale, dopo la rottura della convivenza di fatto, proprio sulla base di un'interpretazione convenzionalmente orientata degli artt. 337 bis e 337 ter cod. civ., introdotti dall'art. 55, comma 1°, del d. legis. 28.12.2013, n. 154.

Ed è proprio l'interesse del minore il valore che, posto su un piatto dell'ideale bilancia, la fa necessariamente pendere nel suo verso, quale che sia il valore posto sull'altro piatto. Di fronte ad una bambina che, come risulta dalle consulenze psicoterapeutiche, vive serena da anni con due donne, chiamate entrambe «mamma»⁸¹, svanisce il peso della codificata tradizione che vede la coppia genitoriale costituita da un «padre» ed una «madre», così come, di fronte all'eventuale disagio riscontrato nel minore, risulta irrilevante la discriminazione subita dalla coppia *same-sex*. La conseguente necessità di consentire, in via generale, l'adozione anche alle unioni omosessuali, investendo il giu-

dice della responsabilità di verificare, caso per caso, quale sia lo specifico interesse del minore, è la strada seguita dalla maggior parte dei Paesi europei, che hanno riconosciuto il matrimonio omosessuale. Fa eccezione il Portogallo che attribuisce solo al *single* omosessuale il diritto di adottare⁸².

8. I diritti sociali delle unioni omosessuali nella giurisprudenza della Corte europea e della Corte di giustizia. La tutela apprestata dalle autonomie territoriali.

Infine, è da sottolineare il peso che le pronunce della Corte europea e della Corte di giustizia, hanno avuto, con riferimento ai diritti economico-sociali ed in materia di lavoro, dei componenti dell'unione omosessuale, sia sul versante giurisprudenziale, che, sul piano della regolamentazione affidata alle autonomie locali. Sul piano dei diritti economici, già nel caso *Kozak c. Polonia*, del 2010⁸³, la Corte di Strasburgo ha ritenuto discriminatorio non riconoscere al convivente omosessuale il diritto alla successione nel contratto di locazione, ammesso dalla legge polacca per il convivente eterosessuale. E, in relazione al diritto al lavoro, con pronuncia 12.12.2013⁸⁴, la Corte del Lussemburgo, richiamando le precedenti sentenze *Maruko*⁸⁵ e *Romer*⁸⁶, ha risolto la questione pregiudiziale sollevata dalla *Cour de cassation*, nel senso che il diritto del lavoratore a ottenere i benefici stipendiali e i congedi, concessi ai dipendenti in occasione del matrimonio, non può essere negato, in base alla direttiva 2000/78 CE, al lavoratore omosessuale che abbia concluso un PACS, anche in considerazione del fatto che la normativa francese non consentiva ancora, nel 2012, agli omosessuali di contrarre matrimonio. Nello stesso senso, la sentenza della Corte d'appello di Milano⁸⁷, che, richiamando le decisioni della Corte costituzionale e della Corte europea del 2010, ritiene discriminatorio escludere dai benefici assistenziali previsti dallo Statu-

⁷⁷ Sottolinea l'attenzione della Corte di Strasburgo volta ad evitare un *revirement* esplicito rispetto al caso *Fretté*, LONG, *I giudici di Strasburgo socchiudono le porte dell'adozione agli omosessuali*, in questa *Rivista*, 2008, I, 673.

⁷⁸ CORTE EUR. DIR. UOMO, 26.2.2002, ric. 36515/97, *Fretté c. Francia*, in cui la Corte rigetta il ricorso del cittadino francese – che lamenta la discriminazione nascente dall'interpretazione giurisprudenziale della legislazione francese, secondo cui solo il *single* etero-sessuale avrebbe il diritto di adottare – sottolineando, da un verso, l'incertezza sul piano scientifico sull'incidenza che tale situazione può determinare sul prevalente interesse del minore, d'altro verso, la mancanza di un comune sentire sul tema tra gli Stati del Consiglio d'Europa.

⁷⁹ CORTE EUR. DIR. UOMO, 15.3.2012, ric. 25951/07, *Gas et Dubois c. Francia*, in cui la Corte, rilevato che per l'ordinamento francese anche le coppie eterosessuali che hanno concluso un PACS non possono adottare, ritiene che il rigetto della richiesta di adozione avanzata da una coppia omosessuale unita da un PACS non

integri una discriminazione basata sull'orientamento sessuale. Successivamente, con legge 17.5.2013, n. 2013-404, il Parlamento francese ha riconosciuto alle coppie omosessuali sia il diritto al matrimonio che alla adozione.

⁸⁰ MANNELLA, *I diritti delle unioni omosessuali. Aspetti problematici e casistica giurisprudenziale*, Editoriale Scientifica, 2013, 76.

⁸¹ È il caso affrontato da TRIB. MIN. ROMA, 30.7.2014, cit.

⁸² Il Parlamento portoghese, nel gennaio 2015, ha bocciato la proposta di legge che estendeva alle coppie omosessuali il diritto di adottare.

⁸³ CORTE EUR. DIR. UOMO, 3.3.2010, ric. 13102/2002.

⁸⁴ CORTE GIUST. UE, 12.12.2013, causa C-267/12, *Hay c. Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et Deux-Sèvres*.

⁸⁵ CORTE GIUST. CE, G.C., 1°.4.2008, causa C-267/06, *Maruko c. Versorgungsanstalt der Deutschen Bühnen*.

⁸⁶ CORTE GIUST. UE, G.S., 10.3.2011, causa C-147/2008, *Romer c. Freie und Hansestadt Hamburg*.

⁸⁷ APP. MILANO, 31.8.2012, n. 7176, in *www.personaedanno.it*.

to della Cassa Mutua, un convivente risultante dallo stato di famiglia, solo per una questione legata all'orientamento sessuale.

Nel campo dei diritti più propriamente sociali, non può non rilevarsi «il crescente attivismo delle autonomie territoriali, che sembrano dimostrare una maggiore sensibilità verso il tema»⁸⁸. Il riferimento è, in primo luogo, ai registri delle unioni civili, comprensive delle unioni tra persone dello stesso sesso, istituiti presso molti Comuni italiani, al fine di assicurare anche a tali soggetti l'erogazione dei servizi previsti per le coppie coniugate. Se è vero, infatti, che si registrano riserve e critiche su tali iniziative – da alcuni considerate «rimedi palliativi» all'inerzia del legislatore statale, e, peraltro, inutili, considerato che analoghe finalità potrebbero raggiungersi attraverso la qualificazione di tali unioni come «famiglia anagrafica», già prevista nel regolamento anagrafico⁸⁹, e basata sull'esistenza dei requisiti della «coabitazione e del legame affettivo», che consente l'accesso ai servizi erogati dall'ente comunale – è stato, tuttavia, sottolineato il valore «simbolico» di questi provvedimenti che «contribuiscono ad “inoculare” nel corpo sociale un modello di famiglia diverso da quello tradizionale»⁹⁰. Ben diverso peso assume la recentissima legge della Regione siciliana, 20.3.2015, n. 6 (*Norme sulla discriminazione determinata dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere. Istituzione del registro regionale delle unioni civili*), la prima legge regionale ad occuparsi del tema, che, individuando come destinataria delle norme proprio la ricordata famiglia anagrafica, istituisce il registro regionale delle unioni civili ed impone a tutti i comuni della Regione di adeguare i propri regolamenti al fine di garantire a tutti i cittadini, senza distinzione di sesso o di orientamento sessuale, e a tutti i nuclei familiari, comprese le unioni omosessuali, i servizi sociali erogati in sede locale. In particolare, con riferimento alle unioni omosessuali, la legge disegna il diritto dei componenti di quest'ultima ad accedere alle prestazioni sanitarie, facendo obbligo agli operatori sanitari di comunicare al compagno omosessuale dell'assistito ogni notizia sullo stato di salute dello stesso, ai fini delle relative decisioni. La sicura competenza regionale ad emanare leggi che, relative all'erogazione di servizi sociali, non incidono sullo *status* o sulla capacità delle persone, può far

prefigurare la situazione che si verrebbe a creare, ove tutte le Regioni emanassero leggi analoghe: lo Stato si troverebbe di fronte ad un intero settore ove la formazione sociale costituita da persone non legate in matrimonio, ivi comprese le unioni omosessuali, è «riconosciuta». E «l'accerchiamento» diverrebbe totale se si considera l'ennesima sollecitazione⁹¹, contenuta nell'atto di indirizzo proveniente dal Parlamento europeo che, in data 12.3.2015, ha approvato la «*Relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2013*», in cui si sottolinea che il riconoscimento del matrimonio o delle unioni civili tra persone dello stesso sesso costituisce «questione politica, sociale e di diritti umani e civili».

9. Il disegno di legge sulla regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze.

I richiami provenienti dall'Europa, ma soprattutto l'impatto che le pronunce della Corte di Strasburgo hanno avuto sulla giurisprudenza interna e, per suo tramite, sui diritti delle unioni omosessuali, non consentono più di condividere quanto affermato, nel 2002, da Pietro Rescigno, che, a ragione, manifestava «la ragionevole impressione che un documento così importante», quale era la Convenzione, avesse avuto «un'influenza scarsa sul diritto privato»⁹² ed, anche, sul diritto di famiglia. Come visto, la Convenzione – così come interpretata, pur se con qualche cautela, dalla Corte europea, alla luce sia dell'evoluzione della società che della Carta di Nizza – ha influenzato in maniera determinante sia la giurisprudenza della Corte costituzionale, che, ancor di più, la giurisprudenza di legittimità e di merito, che ha molto spesso utilizzato – soprattutto dopo l'inquadramento della Convenzione come fonte interposta – un'interpretazione convenzionalmente conforme delle norme di diritto interno giungendo, come visto, a risultati, certamente impensabili tredici anni fa. Il graduale, ma continuo, *input*, che, partendo da Strasburgo, ha determinato un incessante e reciproco intreccio di influenze tra Corte costituzionale, giurisprudenza di merito e di legittimità, proiettando i suoi riflessi nel sentire comune – come dimostrano le iniziative delle autonomie locali – sem-

⁸⁸ D'AMICO, *op. cit.*, 178.

⁸⁹ Art. 4 d.p.r. 30.5.1989, n. 233, che ha modificato il testo precedente (d.p.r. 31.1.1958, n. 136), eliminando il riferimento alla componente economica, ossia «la messa in comune di tutto o parte del reddito», che integrava, in tale testo, la nozione di famiglia anagrafica. Tale istituto viene utilizzato da alcuni Comuni (tra i quali, Bologna, Bari, Padova e Torino) che hanno rinunciato ad istituire appositi registri per le unioni civili.

⁹⁰ Tali osservazioni sono di D'AMICO, *op. cit.*, *passim* e bibliografia ivi citata, che, nel suo saggio, effettua un accurato esa-

me delle iniziative degli enti territoriali sul problema in esame.

⁹¹ Si vedano: la Raccomandazione 211 del 2007 del Congresso dei poteri locali e regionali del Consiglio d'Europa; la Raccomandazione CM/Rec (2010) 5, del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa; la risoluzione del 4.2.2014 del Parlamento europeo a favore di una *roadmap* dell'Unione Europea contro l'omofobia e le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere.

⁹² RESCIGNO, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto privato (famiglia, proprietà, lavoro)*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2002, 325.

bra aver trovato riscontro anche nel Parlamento italiano. È datata 26.3.2015 l'approvazione, da parte della Seconda Commissione permanente del Senato, di un disegno di legge unificato volto a regolamentare le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto.

Mi limito a qualche rapida osservazione, a prima lettura. Sulla scia di Paesi, come la Germania⁹³, le unioni civili registrate, quale istituto alternativo al matrimonio, sono riservate solo a coppie formate da persone dello stesso sesso, sulla base della duplice considerazione che gli eterosessuali hanno la possibilità di consacrare la loro unione con il matrimonio, e che consentire anche ad essi di formalizzare il loro vincolo attraverso l'unione civile potrebbe minare la nozione tradizionale di famiglia, fondata sul matrimonio. Per le coppie eterosessuali, come per le coppie *same-sex* conviventi, sono previste, nel titolo secondo del disegno di legge, una serie di norme che, recependo le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza costituzionale, di legittimità e di merito, individuano gli effetti della convivenza di fatto, sia con riferimento ai diritti sociali (diritto di reciproca assistenza in caso di malattia, diritto all'inserimento nelle graduatorie per l'assegnazione di alloggi di edilizia popolare, diritto al medesimo trattamento riservato ai coniugi dall'ordinamento penitenziario), che con riferimento ad alcuni diritti economici collegati alla stessa convivenza (diritto di abitazione, in caso di morte del convivente, e facoltà di succedere nel contratto di locazione, partecipazione agli utili dell'impresa familiare) o alla sua cessazione (obbligo di mantenimento o alimenti). All'art. 16, si regola anche il relativo contratto, in cui è rimessa alla volontà delle parti la scelta del regime patrimoniale e le modalità della contribuzione alle necessità della vita comune. Le unioni civili riservate agli omosessuali, invece, sembrano produrre gli stessi diritti e gli stessi doveri nascenti dal matrimonio, sia nella fase fisiologica dell'unione che in quella patologica della

crisi, fatto salvo il diritto all'adozione legittimante, che rimane riservata ai coniugi, spettando ai *partner* registrati solo il diritto all'adozione in casi particolari, di cui all'art. 44 l. n. 184/1983.

La speranza è che questo disegno di legge, per quanto escluda le persone omosessuali dal matrimonio, riesca a superare il passaggio in aula, anche in considerazione della ricordata condanna inflitta all'Italia dalla Corte di Strasburgo⁹⁴. Sarebbe, in Italia, un segno inequivocabile del superamento definitivo di quelle «politiche del disgusto» – che hanno segnato, fino a questo momento, le scelte del nostro Paese, fondate, come è stato autorevolmente detto, fino a questo momento, su «rappresentazioni deformate dell'altro»⁹⁵ – in favore, come dice Martha Nussbaum, di una «politica dell'umanità»⁹⁶. Sarebbe il segno che si è finalmente compreso che la dignità della persona – che per la nostra Costituzione non è valore bilanciabile con altri, ma sintesi dei valori costituzionali – esige che l'uomo sia considerato nella sua interezza, quale esso è e non quale dovrebbe essere secondo visioni filosofiche, religiose, culturali, anche se largamente condivise. E tale necessità impone di considerare parte integrante dell'identità della persona anche l'orientamento sessuale, perché, come dice Vito Mancuso, «l'essere umano è un fenomeno complesso fatto di un corpo biologico, di una psiche e di una dimensione spirituale, le cui relazioni non sempre sono lineari»⁹⁷. Ed è la dignità di questa persona nella sua globalità che bisogna tutelare, abbandonando valutazioni ispirate a quello che Marx avrebbe definito «crasso materialismo». D'altronde, dalle parole dello stesso Papa Francesco che ha detto: «Se una persona è *gay* e cerca il Signore e ha buona volontà, chi sono io per giudicarla?»⁹⁸, sembra emergere un'analogia valutazione. Ancora più esplicita nelle parole del cardinal Martini: «Se due persone dello stesso sesso ambiscono a firmare un patto per dare una certa stabilità alla coppia, perché vogliamo assolutamente che non sia?»⁹⁹.

⁹³ Le unioni civili riservate agli omosessuali sono state introdotte in Germania con la *Lebenspartnerschaftsgesetz* del 2001.

⁹⁴ V. nt. 51.

⁹⁵ RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012, 291 ss.

⁹⁶ NUSSBAUM, *Disgusto e umanità. L'orientamento sessuale di fronte alla legge*, Il Saggiatore, 2011, 75 ss.

⁹⁷ MANCUSO, *Perché la Chiesa accetterà la «teoria del gender»*, in *la Repubblica*, 30.3.2015.

⁹⁸ Cfr. *la Repubblica* del 30.7.2013.

⁹⁹ Riportate da VASSALLO, *Il matrimonio omosessuale è contro natura. (Falso!)*, Laterza, 2015, 17.

Il transessualismo tra legge e giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (e delle Corti costituzionali)

di Salvatore Patti

SOMMARIO: 1. Il transessualismo e la Corte europea dei diritti dell'uomo: un lungo e complesso percorso. - 2. Le prime decisioni. Il caso *Danielle Van Oosterwijck*. - 3. L'influenza della Corte europea nell'emanazione delle prime leggi (e sui loro contenuti). - 4. I nuovi aspetti della problematica: dalla richiesta degli interessati di sottoporsi agli interventi medico-chirurgici al rifiuto del «costringimento al bisturi». - 5. *Segue:* dal divorzio «automatico» al rifiuto di subire lo scioglimento del matrimonio. - 6. La prevalenza degli aspetti soggettivi dell'identità sessuale. - 7. L'affermazione del principio di autodeterminazione.

1. Il transessualismo e la Corte europea dei diritti dell'uomo: un lungo e complesso percorso.

Mi sia consentito, anzitutto, un ringraziamento agli organizzatori di questo seminario e in particolare a Paolo Zatti, anche per la lunga e serena collaborazione alla Rivista.

Riflettendo sul tema che mi è stato assegnato, ho constatato che mi occupo di questa problematica da circa trentacinque anni. Come spesso accade ho iniziato per caso, perché all'inizio degli anni ottanta del secolo scorso, con alcuni dei miei studenti sassaresi, ho partecipato a un seminario sul diritto di famiglia e delle persone, organizzato presso l'Università di Lovanio dal collega Walter Pintens, e uno dei temi che vennero trattati era quello del transessualismo. Al seminario presero parte anche alcune persone transessuali, tra cui un uomo diventato donna che esercitava la professione forense in quel settore e conosceva quindi la problematica non soltanto sotto il profilo umano, ma anche dal punto di vista giuridico. In quell'occasione mi resi conto dell'importanza e della difficoltà del tema.

La problematica, infatti, si dimostrò subito affascinante per il civilista in quanto ha ad oggetto la rettificazione degli atti dello stato civile, gli atti di disposizione del proprio corpo, la salute, la riservatezza, lo scioglimento del matrimonio, ma soprattutto perché, come ho scritto nella presentazione di un libretto che ha raccolto i primi saggi, concerne la persona, il miste-

ro dell'essere umano e il suo bisogno di tutela. Sotto questo profilo, pur riguardando minoranze, interessa tutti noi.

Desidero aggiungere subito che la conclusione del mio intervento ha ad oggetto l'evoluzione più recente della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e corrisponde a quanto prima segnalato da Stefano Rodotà circa il ruolo centrale dell'autodeterminazione e dell'autonomia decisionale della persona. Ciò emerge non soltanto nell'importante caso *Goodwin c. Regno Unito* del 2002, che comunque testimonia questo punto di arrivo, ma soprattutto da alcune recenti sentenze, in cui, come dirò, la Corte europea ha chiaramente attribuito rilievo decisivo alla volontà della persona, cioè all'aspetto soggettivo dell'identità sessuale piuttosto che a elementi di natura oggettiva.

2. Le prime decisioni. Il caso *Danielle Van Oosterwijck*.

I primi procedimenti affrontati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo risalgono agli anni settanta del secolo scorso.

La Germania è stata chiamata in giudizio nel 1974 e per evitare la condanna ha seguito il procedimento della regolamentazione amichevole della controversia sulla base del rispetto dei diritti dell'uomo, previsto dall'art. 28 Conv. eur. dir. uomo. In quella occasione il

governo tedesco si impegnò a disciplinare il mutamento di sesso ed infatti la legge venne emanata nel 1980, poco prima di quella italiana. Mi sembra interessante ricordare che in quel periodo non è stata investita di questo problema soltanto la Corte europea dei diritti dell'uomo, essendoci stato un grande impegno di molte Corti supreme: la Corte di cassazione italiana, ad esempio, tra la fine degli anni settanta e l'inizio degli anni ottanta ha reso ben nove decisioni.

Il caso che ha portato la problematica in esame all'attenzione del grande pubblico riguardava una cittadina belga, Danielle Van Oosterwijck, la quale nel 1976 agì contro il governo belga per ottenere il mutamento del sesso. La Corte di Strasburgo rispose in senso negativo per motivi processuali: l'interessata, infatti, era risultata soccombente in primo grado e in appello, ma non aveva fatto il ricorso per Cassazione, perché non disponeva di mezzi economici adeguati e prevedeva un risultato negativo. Il mancato ricorso al terzo grado di giudizio consentì alla Corte europea di applicare la regola secondo cui non si può adire la Corte stessa se non sono stati percorsi tutti i gradi di giudizio previsti nel proprio paese. Quindi sotto questo profilo è più interessante esaminare quello che sul caso Van Oosterwijck scrisse la Commissione, la quale mise in luce che la giustizia belga aveva violato alcuni principi della Conv. eur. dir. uomo, precisamente con riguardo alla riservatezza e alla dignità della persona, alla capacità di autodeterminarsi e al diritto di contrarre matrimonio, visto che Danielle Van Oosterwijck, diventata uomo, faceva valere anche questa pretesa, desiderando sposarsi con una donna.

I primi procedimenti non appaiono quindi estremamente significativi: il caso di Danielle Van Oosterwijck si conclude con un rigetto, mentre la Germania riesce ad evitare la condanna, ma sono importanti perché servono a rendere nota la problematica sul piano giuridico e spingono il legislatore di diversi paesi a intervenire.

3. L'influenza della Corte europea nell'emanazione delle prime leggi (e sui loro contenuti).

Il programma del Convegno invita ad una riflessione sull'influenza della giurisprudenza della Corte europea sul diritto privato italiano, ma è interessante esaminare sotto il profilo in esame, anche l'esperienza di altri paesi e soprattutto l'influenza che una sentenza di condanna resa nei confronti di uno Stato ha avuto (anche) nel contesto europeo.

La legge tedesca, ad esempio, contiene soluzioni che almeno in parte corrispondono al dettato della più risalente giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la quale nelle prime decisioni è stata molto prudente, mirando a garantire soltanto la modifica dei documenti in modo che le persone transessuali potessero evitare le difficoltà della vita di ogni giorno: si pensi all'imba-

razzo del soggetto che, pur risultando uomo nei registri dello stato civile e nei documenti, si veste da donna e viene invitato a consegnare in albergo la carta di identità dove risulta un nome maschile (o viceversa). La Corte europea, nella fase iniziale, si accontenta di questo risultato minimo e di questo orientamento si vede un riscontro nella legge tedesca perché, come è nota, furono previste due soluzioni: una «piccola» (*kleine Lösung*) e una «grande» (*große Lösung*). I primi sette articoli della legge sono destinati alla «piccola» soluzione che disciplina soltanto la modifica del nome: per ottenerla basta dimostrare il convincimento di appartenere all'altro sesso mentre non è richiesto che la persona si sottoponga a interventi di nessun tipo. Soltanto se la persona intende ottenere anche il mutamento di sesso – cioè la «grande» soluzione – è (ma ormai, a seguito di una sentenza del *Bundesverfassungsgericht*, deve dirsi era) necessario sottoporsi a interventi chirurgici. La legge tedesca è interessante per questa «piccola» soluzione che tra l'altro – aspetto in genere trascurato – ha permesso alla persona transessuale unita in matrimonio di non divorziare, poiché, dato che la modifica riguarda soltanto il nome ma non il sesso, il matrimonio continua tra persone di sesso diverso.

La Corte europea inizialmente è sembrata considerare sufficiente la «piccola» soluzione, e in alcune decisioni ha sostenuto che non esiste un dovere dello Stato di attuare la rettificazione dell'indicazione del sesso nei registri dello Stato civile, ritenendosi ancora prevalente il sesso biologico rispetto a quello ottenuto a seguito delle operazioni medico-chirurgiche, e non ha neanche affermato il diritto della persona transessuale a contrarre matrimonio. Soltanto dopo molti anni, con la sentenza *Goodwin*, già ricordata, la Corte enuncia entrambi i diritti: cioè il diritto alla modifica dell'indicazione del sesso nei registri e quello a contrarre matrimonio. Nella sentenza si rileva che è contraddittorio, da un lato, consentire che vengano effettuate le operazioni di adeguamento dei caratteri sessuali e, dall'altro, non prevedere la corrispondente modifica nei registri. La sentenza *Goodwin* rappresenta quindi un passaggio di grande rilievo nell'evoluzione della materia.

Peraltro, tenendo conto di tutte le decisioni dei Paesi europei e non soltanto di quelle della Corte di Strasburgo, si vede che la giurisprudenza di questa Corte è stata spesso preceduta da sentenze di Corti costituzionali, di Corti supreme o di merito e altresì da leggi di diversi paesi. Ad esempio, la modifica dei registri è stata prevista fin dal 1982 dal legislatore italiano, così come la possibilità di contrarre matrimonio dopo la modifica del sesso era stata garantita da quello tedesco e da quasi tutte le leggi che sono entrate in vigore in quel periodo negli stati europei. In altri termini, non soltanto legislatori e giudici di diversi Stati europei hanno raccolto le indicazioni della Corte, ma in alcuni

casi hanno autonomamente individuato soluzioni che in larga misura hanno soddisfatto le aspirazioni e i desideri delle persone transessuali.

4. I nuovi aspetti della problematica: dalla richiesta degli interessati di sottoporsi agli interventi medico-chirurgici al rifiuto del «costringimento al bisturi».

Mentre nel 1978 il *Bundesverfassungsgericht* aveva dichiarato la illegittimità costituzionale degli articoli di legge che impedivano la rettificazione di attribuzione di sesso, la Corte costituzionale italiana nella prima sentenza in materia, nel 1979, aveva invece escluso che gli artt. 2 e 24 della Costituzione comprendessero tra i diritti inviolabili quello di fare riconoscere un sesso diverso da quello originario. Quindi mentre in Germania si perviene alla legge sulla spinta della Corte europea dei diritti dell'uomo e dopo una sentenza favorevole della Corte costituzionale, il legislatore italiano ha invece capovolto la decisione negativa della Corte costituzionale raccogliendo alcuni dei suggerimenti provenienti da Strasburgo.

Occorre peraltro segnalare che le Corti costituzionali e la Corte europea dei diritti dell'uomo negli anni più recenti hanno dovuto affrontare problemi nuovi – e si tratta di un aspetto ancora da approfondire – essendo mutate le aspirazioni e le domande delle persone transessuali.

Mentre nella fase iniziale gli interessati chiedevano di potersi sottoporre all'intervento medico-chirurgico, e prima del 1982, dato il divieto vigente in Italia si ricavavano in altri paesi, nonché desideravano sciogliere il matrimonio eventualmente esistente per poterne contrarre un altro con persona di sesso diverso rispetto a quello acquisito, con il trascorrere del tempo queste aspirazioni sono cambiate e da alcuni anni molte persone transessuali chiedono di ottenere la rettificazione senza affrontare l'intervento chirurgico. Deve essere quindi rivista la concezione stessa che si aveva del transessualismo per quanto concerne il «bisogno» della persona di correggere le caratteristiche sessuali, e appaiono superate le tesi secondo cui il compito dei tribunali era in primo luogo quello di soddisfare l'aspirazione della persona autorizzandola a sottoporsi all'intervento medico-chirurgico. In altri termini, pur se molte persone transessuali desiderano ancora le modifiche dei caratteri sessuali per le quali è necessario sottoporsi ad un intervento chirurgico, aumentano i casi di persone che non lo vogliono e anzi ad esso si oppongono, ma chiedono comunque la rettificazione del nome e del sesso. È emerso così un problema, che in verità commentando la legge italiana avevo intravisto, cioè quello della liceità dell'imposizione – sia pure *de facto* – dell'intervento chirurgico, ad esempio nel caso di persone anziane o malate. Ormai è attuale – anche nelle sedi giudiziarie – l'interrogativo se l'intervento

chirurgico (in particolare quello riguardante i caratteri sessuali primari) possa essere considerato condizione per l'attribuzione del sesso desiderato. Il testo della legge italiana lascia la possibilità di una interpretazione evolutiva, poiché prevede che «quando sono necessarie modifiche, (...) il giudice le consente». Sembra quindi consentire quello che altri ordinamenti vietano o hanno permesso soltanto a seguito di interventi delle Corti costituzionali e di modifiche legislative, cioè la rettificazione di attribuzione di sesso senza la necessità dell'intervento medico-chirurgico. In questo senso si è orientata di recente la Corte di cassazione sulla scia di una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (*YY c. Turchia*), che ha condannato lo Stato turco poiché le Corti di quel paese avevano rifiutato, sulla base dell'art. 40 del codice civile turco, che prevede la definitiva incapacità di procreare come presupposto, il desiderato cambiamento di sesso. Si noti che la Corte europea ha accolto il ricorso basato sulla violazione dell'art. 8 Conv. eur. dir. uomo, la norma che tutela la vita privata da interferenze illecite, violata dallo Stato turco che (di fatti) costringerebbe le persone a ricorrere a pratiche di sterilizzazione nell'applicazione dell'art. 40 del codice civile.

In definitiva, il diritto al mutamento del sesso viene visto sotto il profilo del diritto all'autodeterminazione, essendo la persona – secondo la concezione più moderna – che deve decidere quali sono le modifiche fisiche che ritiene adeguate per soddisfare la propria aspirazione ed il proprio benessere fisico-psichico. Di conseguenza al cambiamento di sesso attuato ed accertato con riferimento ad elementi oggettivi si sostituisce un cambiamento di sesso e un accertamento basato soltanto sull'elemento soggettivo, cioè sul convincimento della persona di appartenere all'altro sesso e sulla sua volontà di vivere in modo corrispondente.

I termini del problema nel corso degli anni si sono quindi capovolti: mentre nella fase iniziale lo Stato si poneva il problema di consentire o meno gli interventi chirurgici, estremamente invasivi (nel caso *Van Oostervijk* la persona si è sottoposta a ben tredici interventi chirurgici), anche sotto il profilo del tradizionale divieto degli atti di disposizione del proprio corpo, oggi il problema è un altro, precisamente se nell'ordinamento giuridico siano ravvisabili interessi di tipo pubblicistico che contrastino con la realizzazione e il desiderio della persona di mutare sesso, quando dal punto di vista fisico nulla o poco è cambiato rispetto all'accertamento – basato su caratteri oggettivi – compiuto al momento della nascita.

Alcune delle più recenti problematiche si pongono pertanto in termini diversi da quelli che la Corte europea dei diritti dell'uomo aveva affrontato per alcuni decenni o sono del tutto nuove. Per esempio, la questione del divorzio c.d. automatico, cioè dello scioglimento del matrimonio della persona transessuale spo-

sata che non desidera divorziare pur avendo cambiato sesso, non è stato ancora affrontato dalla Corte di Strasburgo e la Corte costituzionale italiana – pur accogliendo le istanze degli interessati – ha affermato che non è pertinente il riferimento agli articoli 8 e 12 della Convenzione dal momento che la Corte europea ritiene riservate alla discrezionalità del legislatore nazionale le eventuali forme di tutela per le coppie di soggetti appartenenti al medesimo sesso.

5. Segue: dal divorzio «automatico» al rifiuto di subire lo scioglimento del matrimonio.

Le persone transessuali alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, delle leggi di quasi tutti i paesi europei e delle sentenze delle Corti costituzionali, hanno visto riconosciuto il diritto di sottoporsi ad interventi chirurgici, precedentemente vietati, e il diritto di sposarsi con persone del sesso diverso rispetto a quello ottenuto a seguito della rettificazione. Peraltro, come detto, alcune delle esigenze sono cambiate e di questo ha dovuto tener conto, in primo luogo, la Corte costituzionale tedesca che in due sentenze ha affrontato le nuove problematiche finendo per modificare profondamente la disciplina del *Transsexuellengesetz* del 1980. La prima riguarda una persona transessuale che, avendo optato per la «piccola» soluzione, e quindi dopo il cambiamento (soltanto) del nome, desiderava convivere con una persona dello stesso sesso e chiedeva l'applicazione del *Lebenspartnerschaftsgesetz*, cioè della legge che in Germania disciplina la convivenza delle persone dello stesso sesso. Ma la legge non era stata ritenuta applicabile perché la persona non aveva cambiato sesso, bensì soltanto il nome, con la conseguenza di non poter ricevere la tutela riservata dalla legge a chi convive con una persona dello stesso sesso. L'interessato aveva optato per la «piccola» soluzione perché non voleva sottoporsi all'intervento chirurgico e la Corte costituzionale tedesca in quell'occasione ha giudicato contrario al *Grundgesetz* il presupposto dell'operazione chirurgica, previsto per ottenere (altresì) il mutamento di sesso, determinando la scomparsa della «grande» soluzione, in quanto il mutamento di sesso deve essere riconosciuto pur senza l'intervento chirurgico. Non a caso un commentatore ha osservato che da quel momento non c'è più una «grande» e una «piccola» soluzione, ma soltanto una «piccola», nel senso che è venuto meno il costringimento al bisturi che caratterizzava – costituendone un presupposto – la «grande» soluzione.

La seconda sentenza concerne invece un caso analogo a quello ben noto di Alessandro/Alessandra che ha impegnato il tribunale di Modena, la Corte d'appello di Bologna, la Corte di cassazione e la Corte costituzionale, del c.d. scioglimento automatico del matrimo-

nio. Al riguardo, per comprendere la problematica nei suoi esatti profili, occorre ricordare che la legge tedesca, a differenza di quella italiana, non disciplina lo scioglimento automatico del matrimonio come effetto della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso, ma lo scioglimento del matrimonio come presupposto per poter chiedere il mutamento di sesso. Soluzione interessante perché nel primo procedimento vengono tutelati gli interessi che in Italia non possono essere presi in considerazione a causa dello scioglimento automatico, riguardanti il coniuge ed eventualmente i figli. Il ricorrente tedesco aveva dichiarato che voleva cambiare sesso ma, d'accordo con il coniuge, non intendeva tuttavia sciogliere il matrimonio, e la Corte costituzionale tedesca, pur nell'ambito di un ordinamento giuridico che non prevede il matrimonio tra persone dello stesso sesso, ha accolto la domanda mettendo in luce la peculiarità della fattispecie, poiché al momento del matrimonio, le persone erano di sesso diverso ed avevano conseguito lo *status* matrimoniale, cosicché, pur se divenute dello stesso sesso, deve ritenersi prevalente l'interesse al mantenimento del matrimonio.

La Corte costituzionale italiana nel caso Alessandro/Alessandra ha seguito in parte questa impostazione, stabilendo che fino al momento dell'entrata in vigore di una normativa sulle convivenze registrate di persone dello stesso sesso gli effetti del matrimonio permangono in capo ai ricorrenti, che pertanto mantengono lo stato matrimoniale. Dopo l'(eventuale) entrata in vigore della legge si produrrà, per così dire, uno scadimento da stato matrimoniale a stato di convivenza registrata. La Corte costituzionale italiana e la Corte di cassazione hanno fatto espresso riferimento alla sentenza della Corte costituzionale tedesca, senza tuttavia attribuire il dovuto rilievo alla circostanza che pur essendo in Germania in vigore la legge sulle convivenze registrate di persone dello stesso sesso, la Corte costituzionale tedesca non ha ritenuto applicabile quella normativa (che tra l'altro in Germania garantisce gli stessi diritti del matrimonio), ma ha affermato che rimane in vita il matrimonio. Quindi, la soluzione accolta dalla Corte costituzionale italiana non coincide in verità con quella della Corte costituzionale tedesca.

6. La prevalenza degli aspetti soggettivi dell'identità sessuale.

Da quanto esposto emerge che le caratteristiche fisiche dell'accertamento del sesso hanno perduto rilevanza, mentre è divenuto decisivo (e sufficiente) il convincimento e l'autodeterminazione della persona. In tal modo, superato il costringimento al bisturi e attribuito rilievo alla volontà della persona, risultano obsoleti gli antichi orientamenti e le regolamentazioni

che imponevano un avvicinamento alle caratteristiche fisiche dell'altro sesso.

Tra le sentenze della Corte di Strasburgo mi sembrano particolarmente importanti per l'affermazione del principio dell'autodeterminazione le recenti sentenze *Van Kück c. Germania* e *YY c. Turchia*. Nel primo caso la persona transessuale aveva agito in giudizio in Germania chiedendo all'assicurazione di sopportare le spese per i trattamenti ormonali e per il trattamento chirurgico. L'interessato godeva di un diritto al rimborso per il 50% nei confronti dello Stato tedesco essendo impiegato statale e per il 50% nei confronti di un'assicurazione privata. La domanda è stata respinta in primo e in secondo grado con la motivazione che le spese mediche vengono rimborsate soltanto se sono necessarie e questo presupposto, ad avviso delle corti tedesche, non ricorreva nel caso in esame. Precisamente, poiché la persona aveva manifestato il proprio desiderio di cambiare sesso da uomo a donna in età piuttosto matura, dopo avere fatto il servizio militare, e risultava la circostanza che era impotente, i giudici erano pervenuti alla conclusione che si trattava di una scelta della persona, ma che non sussisteva l'oggettiva esigenza del mutamento di sesso e, di conseguenza, a causa della mancanza di necessità dei trattamenti, intesa come imprescindibile bisogno della persona, era stato negato il rimborso delle spese dell'operazione. L'interessato si era allora rivolto alla Corte di Strasburgo, la quale ha analizzato tutti gli atti del procedimento e in particolare una consulenza medica su cui si era basata la risposta negativa nei due gradi di giudizio in Germania. Secondo la suddetta consulenza, alla luce degli esami effettuati, poteva considerarsi raccomandabile l'intervento chirurgico, visto che questo può soddisfare un'aspirazione della persona, mentre non era stata ravvisata la necessità del suddetto intervento per superare o risolvere la sindrome transessuale. Il parere, in definitiva, – come spesso avviene in questi casi – si esprimeva nel senso di una mera possibilità che l'intervento chirurgico, soddisfacendo il desiderio della persona, avrebbe potuto darle serenità e benessere.

La Corte di Strasburgo ha stravolto la suddetta impostazione perché ha affermato che, alla luce dei principi della Convenzione, non occorre una necessità oggettiva, dovendo considerarsi sufficiente la volontà della persona. Di conseguenza, in una fattispecie in cui mancavano i riscontri «oggettivi» ritenuti necessari dai tribunali tedeschi per potere soddisfare la domanda, la Corte di Strasburgo ha affermato che non rilevano i dati oggettivi ma l'elemento psicologico e soprattutto che devono essere soddisfatti il desiderio, la volontà e la corrispondente decisione della persona e ha

quindi condannato lo Stato tedesco a rimborsare le spese. Pertanto, una questione che potrebbe sembrare secondaria (quella del rimborso delle spese) ha consentito di superare la tradizionale concezione secondo cui il trattamento medico-chirurgico doveva essere necessario per soddisfare l'esigenza della persona basata su dati oggettivi ed è stato attribuito invece rilievo alla volontà, per cui da un sesso «biologico» – come si legge nella sentenza – si passa a un sesso «sociologico», legato esclusivamente alla volontà della persona.

Di grande interesse è anche il caso *YY c. Turchia*, in cui lo Stato convenuto è stato condannato per il costringimento al bisturi di una persona transessuale donna – uomo, alla quale era stata negata l'autorizzazione al mutamento desiderato a causa della mancata eliminazione degli organi femminili che consentono la riproduzione. Le terapie ormonali, alle quali la persona si era sottoposta, non erano state considerate sufficienti in quanto inidonee a dimostrare la definitiva privazione della capacità di procreare. Nel ricorso alla Corte di Strasburgo era stata lamentata la violazione dell'art. 8 Conv. eur. dir. uomo che tutela la vita privata, anche sotto il profilo della tutela della salute. La Corte ha riconosciuto la suddetta violazione sottolineando che la richiesta incapacità di generare costringeva, *de facto*, gli interessati a sottoporsi ad operazioni di sterilizzazione. È stato quindi ribadito che l'ingerenza dello Stato in questioni che riguardano la vita privata delle persone può considerarsi ammissibile soltanto se risponde ad un «bisogno sociale imperativo» e se risulta proporzionata allo scopo legittimo perseguito. Non ricorrendo questi presupposti – come nel caso in esame – deve prevalere il diritto della persona di realizzare la propria identità di genere nell'esplicazione del diritto all'autodeterminazione, come stabilito nel caso *Van Kück c. Germania*.

7. L'affermazione del principio di autodeterminazione.

All'inizio del mio intervento ho osservato che in alcuni casi i legislatori nazionali e le Corti costituzionali hanno preceduto la Corte di Strasburgo oppure hanno deciso in modo più innovativo. Tuttavia, l'affermazione dei principi di dignità dell'essere umano, di tutela della persona, e dell'autodeterminazione che provengono dalla Corte europea dei diritti dell'uomo – come testimonia la giurisprudenza più recente – sono estremamente importanti e possono continuare a guidare le Corti nazionali non soltanto per la soluzione di problematiche attinenti al transessualismo, ma più in generale per affrontare tutte le questioni che riguardano la persona e la dignità dell'essere umano.

L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo

di Leonardo Lenti

SOMMARIO: 1. L'ambiguità e l'indeterminatezza dell'interesse del minore. - 2. La particolare prospettiva della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'interesse del minore. - 3. Il principio di legalità e l'interesse del minore. - 4. La Corte europea dei diritti dell'uomo e il sistema dei servizi sociali. - 5. L'affidamento dei figli in seguito alla separazione dei genitori e l'interesse del minore. - 6. L'allontanamento dei figli dalla famiglia nucleare e l'interesse del minore.

1. L'ambiguità e l'indeterminatezza dell'interesse del minore.

Qualsiasi pronuncia o azione riguardante un minore, posta in essere da autorità pubbliche (magistratura, servizi sociali) o da autorità private (genitori, tutore, curatore speciale), dovrebbe avere il fine di proteggere l'interesse del minore, in inglese i *best interests of the child*. È un principio fondamentale comune a tutti gli ordinamenti giuridici europei, che ha origine nel *common law* americano di due secoli fa. Anche la giurisprudenza in materia minorile della Corte europea dei diritti dell'uomo, cui sono dedicate le osservazioni che seguono, pone la protezione dell'interesse del minore al centro del sistema.

Ma che cos'è l'interesse del minore?

È una nozione confusa e ambigua, sfuggente e indeterminata, idonea a essere impiegata con modalità molto fortemente condizionate dalle scelte di valore di chi vi ricorre¹. È una nozione che nella giurisprudenza si espande instancabilmente, fino a essere diventata onnipervasiva, con il pericolo che la sua menzione si riduca a clausola di stile. Ma è anche una nozione che

si trasforma, che cambia continuamente contenuto, manifestando una natura proteiforme.

La sua crescente diffusione nella giurisprudenza di tutti i livelli si iscrive in una linea di tendenza che va pericolosamente dilagando nel diritto d'oggi: fare sempre più ricorso a clausole generali, di solito postulate come modalità di maggiore efficacia per perseguire il valore della giustizia nel caso concreto, sottovalutando così i gravi rischi che ne derivano per un altro valore non meno importante, la certezza del diritto.

Mi limito qui a quattro osservazioni.

a) Un rilevante fattore di confusione è dato dal lessico. La parola inglese *best* è un evidente superlativo relativo: indica che tra più possibilità in gioco, dev'essere scelta quella che più e meglio si conforma a ciò che è bene per il minore. Nel corrispondente testo francese degli strumenti internazionali, però, questo aggettivo è purtroppo reso con *supérieur*, parola di ben diverso valore semantico. In italiano si è accolta la parola francese, con il risultato che *superiore* appare come una sorta di via di mezzo fra un superlativo assoluto e un superlativo relativo, anche per l'uso ampiamente retorico che ne facciamo di solito, quasi a voler dire: il minore innanzi tutto!

¹ Per ovvie ragioni di spazio, in questa sede non posso trattare con il dovuto approfondimento i mille significati che emergono dal continuo ricorso a una nozione così sfuggente, né le conseguenze spesso contraddittorie che derivano dal suo impiego pratico, né l'ampiezza del margine di discrezionalità che consente al giudice, sicuramente eccessiva. Qui, come in altri passi di questo scritto, sono costretto a rinviare, per una trattazione più ampia e articolata,

al mio *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, *passim*, in corso di pubblicazione. La sua stesura ha trovato occasione proprio nella preparazione dell'intervento al convegno, ai cui atti è destinato il presente scritto. I due scritti sono in rapporto di vicendevole, necessaria integrazione: il presente è, idealmente, un lungo paragrafo che completa l'altro, colmandone una lacuna.

Il dato lessicale ha un importante risvolto pratico: l'interesse del minore è soggetto a bilanciamento? L'unica risposta ragionevole credo sia quella affermativa, benché molta giurisprudenza italiana in materia minorile faccia intendere il contrario².

b) La più grave ambiguità che presenta l'interesse del minore riguarda le sue funzioni³. Per un verso è indicato come finalità prioritaria sul piano della politica del diritto: in questa veste detta l'orientamento cui devono attenersi sia il legislatore, nel redigere le norme di legge, sia l'interprete, che dovrebbe sempre darne una lettura orientata a privilegiarlo. Per un altro verso permette al giudice di disapplicare singole regole di diritto, venendo così a fungere da valvola di sfogo rispetto a eventuali rigidità del sistema legislativo: gli consente di dare a un singolo, determinato caso concreto una decisione «giusta», cioè tale da realizzare il maggior benessere per quel determinato minore⁴. La Corte eur. dir. uomo privilegia per lo più questa seconda funzione, quanto meno a livello di proclami generali.

c) Un'altra ambiguità molto importante è quella fra due diverse prospettive: ciò che appare meglio per il minore nell'immediato o nel breve periodo e ciò che invece si ipotizza sarà meglio per lui nel futuro, per la sua formazione in vista dell'età adulta, e poi nell'età adulta stessa. È chiaramente ben diverso privilegiare il suo benessere contingente, del momento in cui la decisione dev'essere presa, o invece quello orientato al futuro, a tempi successivi e magari lontani, secondo previsioni inevitabilmente molto incerte e soprattutto altamente opinabili.

d) Un ulteriore elemento di confusione è dato dall'incerto rapporto che intercorre fra interesse del minore e diritti del minore. Credo che, tralasciando la molta retorica che si fa sul punto, il rapporto possa es-

sere definito in modo semplice e chiaro: il minore ha il diritto a che gli adulti che hanno qualche responsabilità nei suoi confronti agiscano nel suo specifico e individuale interesse, cioè si adoperino per porre in essere le condizioni necessarie a garantirgli quanto di meglio per la sua vita⁵.

2. La particolare prospettiva della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'interesse del minore.

Prima di scendere nell'analisi dei principali contenuti che la giurisprudenza di Strasburgo attribuisce all'interesse del minore – la mole del materiale è molto ampia, sicché devo limitarmi alle linee di tendenza fondamentali⁶ – è bene precisare quale sia la particolare prospettiva dalla quale la Corte eur. dir. uomo guarda all'interesse del minore.

Il principio di priorità dell'interesse del minore non è contenuto nel testo della Conv. eur. dir. uomo; ciononostante è indicato nella Corte come aspetto essenziale del diritto di ciascuno al rispetto della propria vita privata e soprattutto della propria vita familiare (art. 8, comma 1°, Conv. eur. dir. uomo).

Più precisamente, com'è noto, diritto al rispetto della vita familiare significa anzitutto diritto a che l'autorità pubblica non interferisca, con ingerenze indebite, nei rapporti personali che intercorrono tra i componenti del gruppo *famiglia*, cioè principalmente nei rapporti fra genitori e figli (obbligazioni negative dello Stato). Significa inoltre diritto a che l'autorità pubblica ponga in essere tutti gli interventi di sostegno necessari affinché le persone siano messe in grado di godere effettivamente della relazione familiare reciproca (obbligazioni positive dello Stato). Le interferenze sono ammissibili soltanto se sono previste dal diritto con

² Cfr. in proposito *Note critiche*, cit., § 1, per le osservazioni lessicali, e soprattutto § 5, per l'indagine sui testi normativi della delicata e complessa questione del bilanciamento. Nella giurisprudenza delle Corti eur. dir. uomo il bilanciamento è chiaramente ammesso in linea di principio: cfr. CORTE EUR. DIR. UOMO, 7.8.1996, ric. 17383/90, *Johansen c. Norvegia*, in particolare § 78, e da ultimo CORTE EUR. DIR. UOMO, 13.10.2015, ric. 52557/14, *S.H. c. Italia*, § 39.

³ Quest'ambiguità è presente anche nell'art. 3 della Convenzione ONU sui diritti dei minori del 1989, il principale testo normativo del sistema internazionale di tutela dei minori: cfr. in proposito *Note critiche*, cit., § 3; nella letteratura di lingua inglese, ove si trova la maggior parte dei contributi in proposito, cfr. per tutti FREEMAN, *Article 3. The best interests of the Child*, in *Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Nijhoff, 2007.

⁴ Quest'ultima è la funzione che originariamente svolgeva nel *common law* americano. Cfr. *Note critiche*, cit., §§ 1-3; cfr. inoltre LENTI, «Best interests of the child» o «best interests of children»? in questa *Rivista*, 2010, II, 157, ove riprendo cose comunque ben note nella letteratura anglosassone.

⁵ Anche qui rinvio a *Note critiche*, cit., § 3.

⁶ Tralascio i molti casi in cui il tema effettivo è la discriminazione, quanto alla sua vita privata e familiare, del figlio nato fuori dal matrimonio, dal caso CORTE EUR. DIR. UOMO, 13.6.1979, ric. 6833/74, *Marckx c. Belgio*, in poi: qui la decisione è fondata anzitutto sul principio di non discriminazione (art. 14 Conv. eur. dir. uomo) e l'interesse preso in considerazione è quello del figlio, qualunque sia la sua età, piuttosto che quello del minore in quanto tale. Tralascio pure i casi in cui l'interesse del minore è indicato solo indirettamente, come quando, in caso di suo affidamento, la discriminazione colpisce il genitore a causa della propria fede religiosa, come per esempio nel caso CORTE EUR. DIR. UOMO, 22.6.1993, ric. 12875/87, *Hoffmann c. Austria* o del proprio orientamento sessuale, come per esempio nel caso CORTE EUR. DIR. UOMO, 21.3.2000, ric. 33290/96, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*. Tralascio infine anche i casi in cui l'interesse del minore (meglio: del figlio) è evocato solo marginalmente, a sostegno di decisioni fondate soprattutto sul principio del diritto al rispetto della vita privata del minore stesso o di un altro congiunto, mentre la loro vita familiare manca o ne appare dubbia l'esistenza stessa, come per esempio nei casi CORTE EUR. DIR. UOMO, 21.12.2010, ric. 20578/07, *Anayo c. Germania* e CORTE EUR. DIR. UOMO, 15.12.2011, ric. 17080/07, *Schneider c. Germania*.

sufficiente analiticità e se appaiono, in una società democratica, *necessarie* per perseguire uno scopo legittimo, il cui elenco è contenuto nell'art. 8, comma 2°, Conv. eur. dir. uomo, e proporzionali, cioè non eccessive sul piano funzionale rispetto agli scopi perseguiti. Il principio di proporzionalità ha un'importanza essenziale: impone di bilanciare in modo ragionevole fra la protezione dell'interesse generale, alla cui salvaguardia dovrebbe essere ispirata l'azione delle autorità pubbliche degli Stati, e la protezione dei diritti fondamentali della singola persona interessata.

La prospettiva dalla quale la giurisprudenza della Corte guarda all'interesse del minore nelle relazioni familiari è dunque peculiare e merita alcune osservazioni.

Anzitutto è diversa da quella consueta nelle convenzioni internazionali in materia minorile, a causa del contenuto stesso della Conv. eur. dir. uomo, e precisamente del suo art. 8. Oggetto fondamentale di tutela, infatti, non è tanto l'interesse del minore considerato in sé e per sé, in quanto singolo, isolato essere umano di età infantile o adolescenziale, quanto invece il suo diritto di intrattenere con i genitori una relazione affettiva reciproca, avente carattere familiare. È un diritto che ha una caratteristica particolare e che per questo è spesso qualificato come relazionale, cioè diritto a un rapporto⁷: siccome questo non può che essere reciproco, il diritto relazionale che spetta al figlio, tanto più se minore, spetta ovviamente al tempo stesso anche a ciascuno dei suoi genitori e, seppur con minore intensità, anche agli altri familiari più stretti.

È questo il diritto tutelato dalla Corte eur. dir. uomo, con piena fedeltà ai principi del liberalismo individualistico di matrice anglosassone: è dunque solo in questo ambito che prende in considerazione l'interesse del minore. È pertanto frequente, nella lettura delle sentenze della Corte, che sia difficile tracciare una linea distintiva chiara e precisa tra l'interesse alla continuità della relazione reciproca che è proprio del minore e il corrispondente interesse che è proprio dei genitori⁸.

In estrema sintesi, la Corte adotta una sorta di presunzione, secondo la quale nel miglior interesse dei figli è il fatto stesso in sé e per sé considerato di mantenere rapporti con i propri genitori, salvo ricorrano circostanze di particolare gravità, l'onere della cui prova incombe sullo Stato, alle cui autorità pubbliche è ascrivibile l'interferenza.

Ma vi è dell'altro, che mi suscita perplessità sul signi-

ficato effettivo dell'operato della Corte eur. dir. uomo, al di là delle costanti declamazioni retoriche sulla priorità dell'interesse del minore, di cui cosparge ampiamente i suoi giudicati.

La lettura dei fatti, analiticamente riportati nella prima parte di ogni sua sentenza, rende a mio avviso manifesto che la Corte, nel guardare al diritto relazionale reciproco dei genitori e dei figli, si pone soprattutto dal punto di vista dei genitori: è una conseguenza forse inevitabile del fatto che sono loro i ricorrenti, che la causa è impostata da loro, che al suo centro vi sono la loro visione dei fatti, le loro richieste e le loro argomentazioni, sicché anzitutto a loro la Corte deve rispondere. Ciò fa comunque sì che l'eventuale inadempiamento dello Stato alle sue obbligazioni, che essi asseriscono, sia indagato dalla Corte in modo molto attento e analitico con riguardo sia alle loro condotte sia ai comportamenti dell'autorità pubblica nei loro confronti. Le ragioni della protezione poi eventualmente accordata al loro diritto relazionale sono esplicitate in modo ben circostanziato e soprattutto concreto, con l'indicazione dei singoli comportamenti delle autorità nazionali che meritano censura e perché⁹.

Riguardo ai figli minori l'indagine della Corte appare invece molto meno attenta alla loro specificità, alle peculiarità personali della loro condizione e dei loro bisogni, secondo le risultanze della vicenda in cui sono Stati coinvolti; a volte sembra quasi stereotipata. Le ragioni della protezione poi eventualmente accordata al loro diritto relazionale si limitano spesso a indicazioni astratte, generiche, poco individualizzate e circostanziate.

Quando i figli minori hanno raggiunto un grado sufficiente di capacità di discernimento, le ragioni della protezione poi eventualmente accordata sono invece espresse in modo concreto e individualizzato, attento alla specificità della loro condizione personale. È allora frequente che la Corte ritenga siano i minori stessi a essere i migliori interpreti del proprio interesse: attribuisce un ruolo spesso decisivo alle loro scelte e non mette comunque in dubbio che non siano eseguibili in via forzata le decisioni dell'autorità che se ne discostano.

Le censure della Corte mi sembra che molte volte riguardino non tanto la sostanza delle decisioni prese, quanto piuttosto le procedure seguite o, soprattutto, l'adeguatezza argomentativa delle motivazioni dei provvedimenti giudiziari adottati¹⁰.

⁷ Sulla nozione di diritto relazionale cfr., per tutti, SERGIO, *La giustizia minorile. Dalla tutela del minore alla tutela civile dei diritti relazionali*, nel *Trattato dir. fam.*, diretto da ZATTI, VI, *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, a cura di LENTI, Giuffrè, 2012, 26.

⁸ Per un maggiore approfondimento rinvio ancora a *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., § 3.

⁹ Un recente esempio di particolare evidenza è la sentenza COR-

TE EUR. DIR. UOMO, 16.7.2015, ric. 9056/14, *Akinnibosun c. Italia*, in particolare §§ 76-83.

¹⁰ Questi dovrebbero essere sempre scritti – se mi è concesso di esprimermi così – a prova di Corte europea diritti dell'uomo, cioè ribadendo i principi affermati nelle sue sentenze e magari ricorrendo alle formule che abitualmente accoglie.

La prospettiva dalla quale la Corte guarda alla materia minorile presenta anche un'altra particolarità: quella di trovarsi in una posizione fortemente privilegiata dalla quale osservare l'azione delle autorità nazionali.

Infatti il suo giudizio interviene a posteriori, su fatti già avvenuti, dunque sul passato; l'autorità giudiziaria nazionale, invece, non può giudicare altrimenti se non in via prognostica, dunque sul futuro. Quando interviene a giudicare, la Corte è già a conoscenza degli sviluppi successivi della vicenda, dell'evoluzione esistenziale dei minori e dei loro genitori, delle loro condotte successive ai singoli interventi, della completa sequela provvedimenti presi: tutte cose di cui le autorità nazionali erano invece all'oscuro, nei singoli momenti in cui avevano assunto le decisioni destinate a spiegare i loro effetti nel futuro; né potrebbe essere altrimenti.

È doveroso sottolineare come sia relativamente facile, quando si giudica a posteriori, criticare e condannare l'operato delle autorità nazionali, osservare che in quella o in quell'altra circostanza avrebbero potuto o dovuto agire diversamente. I servizi sociali e il giudice, quando si chiedono se e come intervenire, si trovano invece davanti, com'è ovvio, a situazioni in *feri*, i cui sviluppi sono incerti e spesso molto difficili da prevedere. È frequente, direi quasi naturale, che essi non possano avere una conoscenza corretta e soprattutto completa delle variabili in gioco e delle possibili conseguenze; ma che al tempo stesso l'urgenza imponga loro decisioni immediate, o in tempi comunque relativamente brevi. Può ovviamente accadere, e non è raro, che decisioni, le quali poi a posteriori sono risultate sbagliate, apparissero ben fondate per il modo in cui si presentavano le circostanze nel momento in cui erano state prese; in altre parole, che con il senno di allora fossero sensate, fondate su una ragionevole previsione del futuro, che però i fatti successivi avrebbero smentito.

Gli aspetti dolenti del diritto italiano che più di frequente sono oggetto di condanna nella giurisprudenza della Corte – non solo in quella contro l'Italia – sono in sintesi i seguenti¹¹:

- la conservazione dei rapporti di fatto tra i figli e ciascun genitore, nonostante la fine della convivenza del nucleo familiare al completo, a qualunque ragione ciò sia dovuto;
- l'adeguatezza e l'effettività del controllo giudiziario sull'attività dei servizi sociali;
- l'applicazione effettiva del principio di bigenitorialità.

3. Il principio di legalità e l'interesse del minore.

La Corte eur. dir. uomo non attribuisce un valore di per sé decisivo all'interesse degli Stati al rispetto del principio di legalità. I casi in cui il rapporto fattuale di tipo familiare fra il minore e gli adulti si è formato grazie a condotte illegali di questi ultimi non sono troppo rari: il principio di legalità entra allora inevitabilmente in conflitto con l'interesse del minore, inteso come interesse alla conservazione del rapporto. Nel trentennio qui considerato i giudicati in proposito hanno subito un'evoluzione significativa, che mostra una crescente preferenza accordata all'interesse del minore alla conservazione del rapporto rispetto al principio di legalità.

Un esempio chiaro in proposito è dato dal confronto tra due giudicati riguardanti direttamente l'Italia, la decisione (della commissione) *Giubergia c. Italia*¹² e la sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia*¹³. In entrambi i casi la convivenza tra il minore e la famiglia, che non avevano legami genetici né legali, si era protratta nei fatti per molti mesi: circa 14 nel primo caso, che riguardava una bambina di poco meno di 3 anni, circa 8 nel secondo, che riguardava un neonato.

In linea generale di principio, la Corte considera degna di tutela una convivenza che si sia protratta per un lasso di tempo sufficiente affinché si formi un *legame affettivo* di rilievo tra gli adulti e i minori coinvolti. Nel primo caso era stata presa in considerazione a questo fine solo la convivenza anteriore al primo intervento giudiziario del tribunale per i minorenni, cioè quella corrispondente al periodo di tempo nel quale la consapevolezza dell'illegalità del comportamento degli adulti non era ancora inequivocabilmente acclarata: essendo questa inferiore a 1 mese, era stata giudicata troppo breve per meritare tutela, mentre non erano stati ritenuti degni di tutela i successivi 13 mesi circa, poiché l'illegittimità della condotta della coppia era divenuta patente. Nel secondo caso, invece, non era stata fatta alcuna distinzione e la Corte aveva ritenuto il supposto legame instauratosi durante la convivenza degno di protezione per tutta la sua durata, nonostante fosse acclarato fin dall'inizio che la coppia era consapevole dell'illegittimità della sua condotta.

4. La Corte europea dei diritti dell'uomo e il sistema dei servizi sociali.

Il rapporto fra la Corte eur. dir. uomo e il sistema dei servizi sociali, non solo di quello italiano, è molto dif-

¹¹ Ne tratterò in seguito nel § 5, riguardante l'affidamento che segue la separazione dei genitori, e nel § 6, riguardante l'affidamento che segue l'allontanamento del minore dalla sua famiglia nucleare.

¹² CORTE EUR. DIR. UOMO, 5.3.1990, ric. 15131/89.

¹³ CORTE EUR. DIR. UOMO, 27.1.2015, ric. 25358/12. Al momento in cui consegno questo scritto per la pubblicazione è attesa la decisione definitiva su questo caso della Grande Camera della Corte eur. dir. uomo.

ficile: ciascuno ha una forte difficoltà di fondo a comprendere e accettare le ragioni e i principi d'azione dell'altro. Il motivo decisivo credo si trovi nella profonda diversità delle loro radici culturali.

La Convenzione europea e la relativa Corte, come già accennato, sono improntate al forte liberalismo individualista che il mondo anglosassone, soprattutto statunitense, ha dispensato all'Europa continentale fin dall'inizio del secondo dopoguerra, dopo le devastazioni del 1939-1945. Hanno lo scopo primario di garantire la tutela dei diritti individuali di libertà e il rispetto della personalità umana sotto ogni aspetto: per quanto qui interessa, contro le interferenze indebite dello Stato nella vita privata, che i regimi totalitari di ogni colore compiono in modo costanti e pervasivo.

Le radici culturali dell'attività dei servizi sociali, per lo più espressione del governo locale, sono ben diverse. Nel campo del diritto minorile e familiare sono proprio i servizi, insieme con l'autorità giudiziaria, le principali autorità pubbliche che hanno il potere e il compito di intervenire nella vita privata delle persone e delle famiglie.

Lasciando da parte per il momento l'intervento dell'autorità giudiziaria, che è ordinato alla tutela dei diritti, non vi è dubbio alcuno che gli interventi dei servizi sociali nella vita dei privati hanno il fine di offrire solidarietà sociale e sostegno alle famiglie fragili e ai soggetti deboli, in primo luogo ai bambini e agli adolescenti; proprio per ciò i principi ispiratori e i presupposti d'azione che li governano sono ovviamente ben lontani dalle intromissioni illibatarie tipiche dei regimi totalitari.

Tuttavia nello svolgere l'attività pratica quotidiana il confine tra l'intervento sociale solidaristico gestito dai servizi e l'intervento statale di marca totalitaria può purtroppo offuscarsi, fino a diventare addirittura, in qualche caso estremo, labile e incerto. Politiche dei servizi sociali fortemente interventiste riguardo ai minori, condotte in nome di un modello astratto e generale di famiglia positiva, di genitori adeguati, che spesso si concretano nell'allontanamento del minore dalla sua famiglia nucleare, portano con sé questo rischio. Lo stesso afflato morale soggettivo che connota l'agire di chi si dedica professionalmente all'intervento sociale – fare del bene a persone in difficoltà, sofferenti – può indurre a sottovalutare l'aspetto impositivo che vi è inevitabilmente contenuto. In questi casi lo slancio quasi missionario («io ti salverò») non giova alla luci-

dità di chi agisce e alla consapevolezza del fatto che la sua azione – pur volta nell'intenzione al benessere di un minore in difficoltà – può incidere pesantemente sui diritti fondamentali sia del minore stesso, sia di altre persone, soprattutto dei suoi familiari più stretti.

Non è casuale che le prime condanne della Corte eur. dir. uomo per gli interventi dei servizi in materia minorile abbiano colpito proprio i paesi nei quali i loro interventi a protezione dei minori si erano sviluppati più precocemente e intensamente, segno di una maggiore capacità di sviluppare prassi d'azione incisive¹⁴.

La formazione del sistema italiano dei servizi sociali presenta delle peculiarità rispetto ad altri paesi dell'Europa che un tempo era detta occidentale, con i quali siamo abituati a confrontarci. Anzitutto è avvenuta con un forte ritardo rispetto a quei paesi che hanno avuto fin dalla fine degli anni '40 una tradizione di governi socialdemocratici, come i paesi scandinavi e la Gran Bretagna. Inoltre il motore della sua formazione a livello locale non è stato tanto il potere pubblico (con l'eccezione di alcune aree della penisola), quanto piuttosto il volontariato sociale, cresciuto dall'inizio degli anni '70 nell'incontro tra il volontariato del mondo cattolico post-conciliare e il volontariato dell'ala umanistica e non economicistica dei movimenti comunista, socialista e «sessantottino»: sono qui le sue radici culturali e politiche. Infine ha ricevuto una spinta molto forte, spesso decisiva, da parte dalla giustizia minorile, che aveva bisogno di disporre di strumenti operativi efficaci per svolgere le ampie funzioni attribuitele dalla legge sull'adozione speciale del 1967.

Quest'ultimo aspetto è soprattutto importante per una conseguenza che merita di essere qui ricordata, benché ci si stia ormai avviando verso il suo superamento. Ha infatti prodotto una certa tendenza alla commistione, alla sovrapposizione, all'intreccio tra funzioni diverse: da un lato quella di giudicare, propria del giudice, autorità per antonomasia terza e indipendente dalle parti in conflitto, cui spetta il compito fondamentale della garanzia giurisdizionale; dall'altro lato quella di offrire solidarietà e sostegno sociale ai bambini e agli adolescenti e più in generale ai soggetti deboli e alle loro famiglie, propria dei servizi.

Questo intreccio, per di più assecondato da regole processuali che lasciavano ampio spazio all'iniziativa d'ufficio del tribunale per i minorenni¹⁵, ha consentito che qua e là si siano verificate situazioni nelle quali il

¹⁴ Cfr. CORTE EUR. DIR. UOMO, 24.3.1988, ric. 10465/83, *Olsson I c. Svezia*; CORTE EUR. DIR. UOMO, 22.6.1989, ric. 11373/85, *Eriksson c. Svezia*; CORTE EUR. DIR. UOMO, 7.7.1989, ric. 10454/83, *Gaskin c. Regno Unito*; CORTE EUR. DIR. UOMO, 30.10.1992, ric. 13441/87, *Olsson II c. Svezia*; CORTE EUR. DIR. UOMO, 24.2.1995, ric. 16424/90, *McMichael c. Regno Unito*; CORTE EUR.

DIR. UOMO, 7.8.1996, ric. 17383/90, *Johansen c. Norvegia*.

¹⁵ Non c'è coerenza logica tra la doverosa terzietà del giudice e il potere di iniziare un procedimento d'ufficio, com'era per quelli di adottabilità fino al 2007. Oggi per fortuna l'iniziativa d'ufficio è limitata al caso di cui all'art. 336, comma 4°, cod. civ., che dovrebbe essere del tutto eccezionale.

giudice non è stato in grado di controllare in modo adeguato l'operato dei servizi e questi al contempo, di propria iniziativa, hanno assunto decisioni e compiuto azioni illegittimamente incisive sui diritti fondamentali delle persone coinvolte. Con riguardo a queste situazioni, e proprio per l'inadeguatezza dei controlli del tribunale sui servizi, l'Italia ha subito alcune importanti condanne da parte della Corte eur. dir. uomo, sulle quali ritornerò tra poco.

5. L'affidamento dei figli in seguito alla separazione dei genitori e l'interesse del minore.

La Corte eur. dir. uomo è costante nel ritenere che corrisponda all'interesse del figlio minore – ovvero, in altre parole, sia un suo primario diritto – mantenere un legame significativo con entrambi i genitori e in particolare anche con quello che, in seguito alla fine della loro convivenza, non è affidatario né collocatario. A tale scopo la Corte è costante nell'affermare che grava sull'autorità pubblica un'obbligazione positiva, alla quale è inadempiente qualora non riesca a garantire che tale rapporto sia mantenuto; e per di più che lo sia con modalità tali da renderlo effettivo sul piano esistenziale.

Il principio di bigenitorialità è dunque ormai considerato come un fondamento del sistema; per di più con un crescente accento sull'esigenza di trattare in modo eguale madri e padri¹⁶, abbandonando la regola dell'affidamento prevalentemente materno, che prima dominava incontrastata. Un trattamento eguale, che non discrimini i padri, significa che dev'essere data ai figli la possibilità di mantenere con entrambi una relazione di analogo livello qualitativo, anche se ciò non comporta che i tempi di permanenza debbano essere necessariamente eguali¹⁷.

Merita di essere sottolineato che i presupposti culturali e valoriali di questo indirizzo in materia di affidamento dei figli sono relativamente recenti: in Europa hanno iniziato a diffondersi soltanto negli anni '80 del XX secolo e in Italia ancora più tardi, alla fine degli anni '90, per essere poi recepiti nella legge sull'affidamento condiviso del 2006.

In precedenza l'indirizzo dominante, comune nella giurisprudenza non solo italiana, preferiva l'affidamento alla madre, come meglio corrispondente all'interesse del minore. Alla sua base vi erano presupposti culturali e valoriali assai diversi. Si ipotizzava in linea di principio che ogni figlio avesse il bisogno psicologico primordiale, prioritario della figura materna e che necessitasse di un riferimento stabile, continuo e sicuro, senza controversie e dissensi tra le due figure genitoriali, quindi preferibilmente unitario: ciò poteva essergli garantito solo dal genitore con il quale conviveva.

La logica conseguenza, accolta nella riforma del 1975, era che l'esercizio della potestà parentale doveva essere attribuito in via esclusiva a quest'ultimo¹⁸, a meno che i genitori fossero in perfetta armonia e optassero consensualmente per l'esercizio comune della potestà.

Com'è ovvio, trattandosi di un diritto relazionale, al diritto del figlio è perfettamente speculare il diritto del genitore di mantenere tale relazione: con la difficoltà, accennata in precedenza e non rara, di distinguere fra il diritto del figlio, che dovrebbe essere prevalente in nome del principio di priorità dell'interesse del minore, e il diritto del genitore; il quale genitore è la persona ha fatto ricorso alla Corte eur. dir. uomo, quindi – ribadisco – la persona alle cui domande la Corte deve rispondere.

Le controversie in materia riguardano per lo più casi di violazioni ripetute, costanti dei provvedimenti sulle visite, cioè sul tempo che il figlio dovrebbe trascorrere presso il genitore non affidatario né collocatario. Come tutti sanno, il risarcimento del danno di cui all'art. 709 *ter* cod. proc. civ. dovrebbe appunto disincentivare questi comportamenti; ha una certa efficacia immediata, ma non sempre raggiunge il risultato sperato. Sono infatti molti i casi in cui la situazione degenera e si giunge a una vera e propria alienazione del rapporto parentale, nella quale il figlio finisce con il rifiutare ogni rapporto con il genitore con il quale non convive¹⁹.

Proprio a partire da questi problemi e in presenza dell'ormai completa affermazione del principio di bigenitorialità, almeno a livello teorico, inizia in Italia a

¹⁶ Ciò ben esprime il progressivo offuscamento della tradizionale differenza di ruoli tra maschio e femmina all'interno della famiglia e nell'allevamento dei figli, ampiamente rilevato e discusso da psicologi e sociologi.

¹⁷ La bozza di risoluzione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa (doc. n. 13870, 1°.10.2015) raccomanda di adeguare la legislazione e le prassi al principio della «condivisione della responsabilità genitoriale», con l'esplicito fine di garantire ai padri una condizione di eguaglianza, e di determinare i tempi di vita dei figli presso ciascun genitore «secondo i bisogni e gli interessi dei figli» stessi (punto 5.5).

¹⁸ Anche su questo punto le osservazioni accennate vanno com-

pletate con quanto scritto nel mio *Note critiche*, cit., § 6. Mi limito qui a ricordare l'importanza decisiva dell'opera di BOWLBY, *Maternal Care and Mental Health*, World Health Organisation, 1951, e le tesi accolte nell'opera di GOLDSTEIN-FREUD-SOLNIT, *Beyond the Best Interests of the Child*, The Free Press, 1973, che continuano ad avere un'influenza significativa sulla cultura e sulla prassi quotidiana dei servizi sociali italiani.

¹⁹ In questi casi, com'è noto, la giurisprudenza italiana è orientata in modo ormai netto a riconoscere che il genitore escluso dal rapporto con il figlio abbia diritto al risarcimento di un danno non patrimoniale di entità significativa.

dare i primi segni di vita un nuovo criterio per decidere l'affidamento o la collocazione abitativa dei figli: evitare di collocarli presso il genitore che ostacola fattivamente i loro rapporti con l'altro.

Se l'alienazione del rapporto parentale si va formando quando il figlio è ancora in età infantile, per lo più è conseguenza diretta e immediata della condotta del genitore affidatario o collocatario, il quale denigra in modo sistematico l'altro. A volte la denigrazione ha un fondamento obiettivo, come per esempio quando l'altro genitore si sottrae abitualmente ai suoi obblighi verso il figlio stesso: tanto a quelli non patrimoniali, trascurando gravemente la funzione educativa, quanto a quelli patrimoniali, non collaborando al suo mantenimento. Altre volte è invece espressione di insofferenza, esasperazione, spesso vero e proprio odio da parte del genitore affidatario o collocatario, ma non ha riscontro in condotte scorrette dell'altro verso il figlio.

Se l'alienazione del rapporto parentale si va invece formando quando il figlio è ormai già entrato nell'età adolescenziale, è frequente che nasca anche o soltanto da problemi che hanno radice nella relazione tra il figlio e quel genitore.

I casi del primo tipo non danno occasione per interventi della Corte eur. dir. uomo, perché un genitore simile non ha alcun interesse a condurre lunghe e costose battaglie giudiziarie per mantenere i rapporti con il figlio; anzi. Nei casi del secondo tipo, al contrario, il genitore denigrato, quand'anche fosse responsabile di condotte gravemente scorrette nei confronti dell'altro genitore, resta pur sempre una persona che ha l'intenzione di svolgere la sua funzione genitoriale, oltre ad averne ovviamente il diritto, e che non ha demeritato in modo rilevante come genitore. È in casi questo tipo, infatti, che la Corte si è più volte pronunciata²⁰.

Le «colpe» che la Corte eur. dir. uomo addossa all'Italia consistono anzitutto nell'inadeguatezza del-

l'azione dei servizi, che spesso non operano per imporre il rispetto delle regole stabilite dal giudice, o addirittura le modificano di propria iniziativa, magari con la buona intenzione di meglio garantire, così facendo, il benessere quotidiano del minore. In molti casi questa inadeguatezza si traduce in comportamenti passivi, poco attenti e a volte acquiescenti verso le condotte alienanti del genitore collocatario o affidatario²¹. In altri casi appaiono addirittura conniventi con quest'ultimo, sul presupposto che in caso di forte tensione fra i genitori il figlio abbia come necessità prioritaria quella di avere un riferimento ben stabile, fermo, chiaro e quindi unico²².

La Corte sottolinea con estrema forza che i servizi sociali non hanno il potere di modificare le decisioni giudiziarie, né che possono essere loro delegate decisioni limitatrici della frequenza e delle modalità dei contatti tra genitore non collocatario e figlio²³. Infatti ogni limitazione di tali rapporti, incidendo sui diritti fondamentali della persona, dev'essere decisa dal giudice.

La Corte contesta all'Italia, inoltre, la scarsa capacità dell'autorità giudiziaria di controllare l'operato dei servizi, per evitare che vengano meno al loro obbligo di adoperarsi affinché siano pienamente rispettate le regole sulle visite, finalizzate a realizzare il principio di bigenitorialità.

La Corte sottolinea con costanza che le autorità pubbliche – sia il giudice sia i servizi – hanno il preciso dovere di contrastare le condotte alienanti di un genitore, agendo fin dal primo segnale di pericolo con la massima rapidità, prontezza, efficacia, onde evitare che la relazione tra il figlio e il genitore con il quale non convive vada progressivamente deperendo e porti alla conseguenza ulteriore, gravissima, di consolidare in via definitiva il rifiuto del figlio di avere un rapporto effettivo con tale genitore.

²⁰ Per limitarsi alle condanne subite dall'Italia, ricordo i casi CORTE EUR. DIR. UOMO, 30.6.2005, ric. 30595/02, *Bove*; CORTE EUR. DIR. UOMO, 2.11.2010, ric. 36168/09, *Piazzini*; CORTE EUR. DIR. UOMO, 29.1.2013, ric. 25704/11, *Lombardo*; CORTE EUR. DIR. UOMO, 17.12.2013, ric. 51930/10, *Santilli*; CORTE EUR. DIR. UOMO, 17.11.2015, ric. 35532/12, *Bondavalli*.

²¹ Si può immaginare che i servizi valutino che intervenire in questi casi non sia una priorità, poiché si tratta di minori che hanno almeno un genitore che si occupa di loro, e che la priorità debba invece essere attribuita ai casi in cui si ipotizza l'adozione dei provvedimenti di cui agli artt. 333 e 330 cod. civ., o all'art. 10 l. n. 184/1983.

²² Ciò indica come le tesi di GOLDSTEIN-FREUD-SOLNIT, *op. cit.*, continuino a influenzare la cultura dei servizi sociali. Mi permetto inoltre di ipotizzare che possa avere qualche rilievo un atteggiamento psico-culturale sotterraneo, spesso inconsapevole, di solidarietà di genere: infatti il genitore collocatario è per lo più la madre e gli operatori dei servizi sono per lo più di sesso femminile. Ciò non toglie che la scarsa affidabilità dei padri, spesso in tutt'altro affaccendati, sia un fenomeno purtroppo diffuso.

²³ Ciononostante il giudice – anche quello ordinario, cui è ormai attribuita la competenza in materia – dà questa delega con crescente frequenza, soprattutto ricorrendo alla figura dell'affidamento al servizio sociale: un affidamento lecito, naturalmente, se comporta l'allontanamento del minore da entrambi i genitori, a causa della loro inadeguatezza, purché la regolazione dei rapporti tra figli e genitori sia data dal giudice e non demandata alla discrezionalità dei servizi; per un recentissimo esempio, non commendevole, di delega amplissima cfr. TRIB. MILANO, 16.6.2015, in *www.ilcaso.it*. Qualora invece comporti la collocazione abitativa presso uno dei due genitori, come spesso accade, mi sembra sia in conflitto frontale con la prescrizione dell'art. 337 *ter*, comma 2°, cod. civ., che ammette l'affidamento a persone diverse dai genitori solo in caso di «temporanea impossibilità» di affidamento a loro. Ma com'è pensabile – mi chiedo – che in presenza di questa «temporanea impossibilità» di «affidamento», possa ciononostante trovare «collocazione» presso uno di loro? La questione è delicatissima e meriterebbe un'attenzione che finora non le è stata data. Cfr. le opportune precisazioni sull'esatto significato della locuzione «affidamento ai servizi» fatte da TRIB. MIN. TRIESTE, 23.8.2013, in questa *Rivista*, 2014, I, 41.

Nel caso particolare della sottrazione internazionale del figlio minore da parte di un genitore, il quale lo trasferisce o lo trattiene con sé nel proprio paese d'origine in violazione di un provvedimento giudiziario, la Convenzione de L'Aja del 1980 in materia esclude il ritorno immediato se vi è il rischio di generare pericoli fisici o psichici per il minore, o di metterlo «in una situazione intollerabile», oppure se il minore, essendo capace di discernimento, vi si oppone (art. 13); tutto ciò soprattutto se dall'inizio della sottrazione è trascorso un lasso di tempo di lunghezza significativa per la vita del minore.

La Corte in questi casi assume un punto di vista radicalmente diverso da quello tipico del diritto internazionale privato, nel cui ambito si colloca la Convenzione de L'Aja, che stabilisce in linea di principio l'immediato rientro. La Corte è molto attenta a salvaguardare il valore della conservazione della situazione esistenziale in cui si trova il minore ogniqualevolta, al momento dell'intervento dell'autorità giudiziaria in attuazione delle regole convenzionali, appaia stabile e per lui soddisfacente, indipendentemente dalla legittimità della condotta del genitore che compiuto la sottrazione. La Corte esclude inoltre che possa esserne ordinato il ritorno, qualora risulti che il genitore presso il quale il minore dovrebbe ritornare non sia atto a prendersene cura in modo pienamente adeguato ai bisogni del figlio stesso e all'esperienza di vita che questi avesse nel frattempo maturato, soprattutto quanto a lingua, rete parentale, scuola, cerchio della amicizie²⁴.

6. L'allontanamento dei figli dalla famiglia nucleare e l'interesse del minore.

Anzitutto va ribadito ancora una volta che la Corte eur. dir. uomo afferma costantemente che allontanare un minore dai suoi genitori è, in linea di principio, un'interferenza molto forte nella vita familiare, che può essere ammessa solo quando restarvi sarebbe gravemente negativo, pericoloso per la sua salute fisica o

psichica oppure per il suo equilibrato sviluppo²⁵. Il fatto che un bambino possa venire a trovarsi in una situazione più favorevole per la sua educazione se accolto da una famiglia affidataria non può di per sé solo giustificare che lo si sottragga alle cure dei suoi genitori biologici contro la loro volontà²⁶.

Inoltre sospendere gli incontri tra genitori e figli o limitarli nella frequenza, al punto da renderli insufficienti a mantenere un'effettiva relazione reciproca, è un'interferenza ancor più forte, da ammettere solo in casi estremi. E ancora più estremi sono i casi in cui è ammissibile la scelta più radicale di tutte, quella di dare il minore in adozione piena, troncando così in via definitiva ogni rapporto con la famiglia d'origine.

È abbastanza raro che la Corte censuri l'allontanamento nella sua fase iniziale: nella gran parte dei casi non dissente dall'autorità nazionale, la quale aveva giudicato la situazione del minore a tal punto pregiudizievole da giustificare l'allontanamento, nel sottinteso presupposto di non avere elementi adeguati a sostegno di una valutazione diversa.

È invece abbastanza frequente che la Corte censuri la mancanza o l'inadeguatezza degli interventi di sostegno sociale alla famiglia del minore allontanato, che lo Stato dovrebbe porre in essere onde permetterle di uscire dalla sue difficoltà, in vista della ripresa della convivenza. Qualora poi il minore non abbia potuto rientrare in famiglia, come accade nella maggior parte dei casi sottoposti al giudizio della Corte, ma sia rimasto in affidamento extra-familiare per lungo tempo o addirittura in via definitiva, oppure sia stato dichiarato adottabile, è frequente che la Corte condanni lo Stato per non aver adeguatamente adempiuto questa sua obbligazione positiva²⁷.

Con particolare riguardo all'adozione piena, tralasciando il risalente e particolare caso *E.P. c. Italia* (1999), vi sono alcuni recenti casi di condanna dell'Italia che meritano di essere segnalati, poiché alla loro base vi era principalmente proprio l'inadempimento dell'obbligazione positiva di offrire tutto l'aiuto sociale

²⁴ Quali esempi di prevalenza accordata alla regola della Convenzione de L'Aja sul ritorno cfr. CORTE EUR. DIR. UOMO, 6.12.2007, ric. 39388/05, *Maumousseau e Washington c. Francia* e CORTE EUR. DIR. UOMO, 8.1.2009, ric. 41615/07, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*; quale esempi opposti CORTE EUR. DIR. UOMO, G.C., 6.7.2010, ric. 41615/07, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera* e CORTE EUR. DIR. UOMO, 12.10.2011, ric. 14737/09, *Neersone e Campanella c. Italia*.

²⁵ Restare nella propria famiglia è spesso qualificato dalla Corte come «necessità primordiale»: cfr., da ultimo, CORTE EUR. DIR. UOMO, 16.7.2015, ric. 9056/14, *Akinnibosun c. Italia*.

²⁶ Così, quasi testualmente, si esprime la Corte nella citata sentenza CORTE EUR. DIR. UOMO, *Akinnibosun*, cit., § 78.

²⁷ I casi sono molti. Per i più noti tra i primi che sono stati oggetto di giudizio della Corte rinvio sopra, alla nt. 13. Tra quelli successivi limo a segnalare anzitutto il caso CORTE EUR. DIR. UOMO, 24.9.2012, ric. 19554/09, *Pontes c. Portogallo*, 2012, per la paradigmaticità dei fatti di causa e per la chiarezza e analiticità degli elementi presi in considerazione nella sentenza; inoltre i casi più significativi fra quelli nei quali l'Italia è stata condannata: CORTE EUR. DIR. UOMO, 16.11.1999, ric. 31127/96, *E.P.*; CORTE EUR. DIR. UOMO, 13.7.2000, ric. 39221/98 e 41963/98, *Scozzari e Giunta*; CORTE EUR. DIR. UOMO, 9.5.2003, ric. 52763/99, *Covezzi & Morselli*; CORTE EUR. DIR. UOMO, 21.11.2006, ric. 10427/02, *Roda e Bonfatti*; CORTE EUR. DIR. UOMO, 21.10.2008, ric. 19537/03, *Clemeno e al.*; CORTE EUR. DIR. UOMO, 24.2.2009, ric. 29768/05, *Errico*; CORTE EUR. DIR. UOMO, 21.1.2014, ric. 33773/11, *Zhou*; CORTE EUR. DIR. UOMO, *Akinnibosun*, cit.; CORTE EUR. DIR. UOMO, 20.1.2015, ric. 107/10, *Manuello e Nevi*; CORTE EUR. DIR. UOMO, S.H., cit. Riguardo ai casi italiani, colpisce e preoccupa il fatto che nascono – tranne *Zhou*, *Akinnibosun* e S.H. – da vicende di supposti abusi sessuali su minori, risultati poi insussistenti in sede penale.

necessario alla madre (caso *Zhou*, 2014), al padre (caso *Akinnibosun*, 2015), ai due genitori (caso *S.H.*, 2015), onde consentire loro di tenere con sé i propri figli. In tutti e tre i casi erano stati mossi anche altri addebiti alle autorità italiane. Nel caso *Akinnibosun* si era addebitato loro di non avere svolto alcun accertamento obiettivo sulle capacità genitoriali del padre e non aver tenuto conto del fatto che il rapporto con la figlia si era interrotto a causa di un arresto ingiustificato, per il quale aveva anche ottenuto un risarcimento del danno per ingiusta detenzione. Nel caso *S.H.* si era addebitato loro che la sentenza dichiarativa dell'adottabilità non aveva tenuto conto dei suggerimenti del consulente tecnico d'ufficio, senza darne adeguata motivazione: questi aveva consigliato invece un processo di recupero della relazione con i genitori. Nel caso *Zhou* la condanna era stata fondata anche sul fatto che la pronuncia dell'adozione – pur non censurata, vista la situazione ormai consolidata – non permetteva di conservare la relazione tra madre e figlia, nonostante fosse in astratto possibile pronunciare l'adozione in casi particolari [art. 44, lett. d), l. 4.5.1983, n. 184], che ne permette il mantenimento, qualora ciò corrisponda all'interesse del minore; invece l'adozione piena, che tronca ogni legame con il passato, non lo permette. Si tratta di un'esplicita presa di posizione a favore dell'adozione cosiddetta mite²⁸. Un analogo accenno si trova anche nella successiva sentenza *S.H. c. Italia* (§ 57).

È poi frequentissimo che la Corte censuri l'interruzione dei rapporti o la loro insufficienza, soprattutto quantitativa, in quanto non proporzionale rispetto alla finalità dell'intervento, eccessiva; mi sembra invece meno preoccupata del loro aspetto qualitativo²⁹. La Corte è infatti molto rigida nel pretendere la conservazione dei rapporti: soppesa con la massima attenzione la quantità degli incontri tra genitori e figli. È invece abbastanza elastica riguardo alla loro qualità, cioè alle modalità con le quali avvengono: spesso non censura decisioni del giudice nazionale che limitano gli incontri sul piano qualitativo magari anche fortemente. Non si preoccupa dunque troppo se sono ridotti a un simulacro formale, come accade quando sono autorizzati solo nel cosiddetto luogo neutro e in presenza del personale dei servizi sociali. Modalità di incontro, queste, nelle quali mi sembra che sia nei fatti pressoché impossibile coltivare un rapporto affettivo reale e profondo.

La Corte manifesta qui un atteggiamento un po' diverso da quello che manifesta in caso di affidamento conseguente alla rottura della convivenza dei genitori, accennato nel paragrafo precedente. Il valore fondamentale tutelato sembra essere quindi più la formale conservazione del rapporto che la sua qualità; ovvero più la forma che la sostanza.

La condanna degli Stati per l'interruzione degli incontri può riguardare, secondo i casi, tanto il provvedimento giudiziario che li sospende, qualificato come violazione di un'obbligazione negativa, quanto l'insufficiente cura dei servizi sociali nell'organizzare gli incontri prescritti dal giudice, qualificata come violazione di un'obbligazione positiva.

La Corte esplicita con chiarezza la premessa logica del suo orientamento sui contatti tra i genitori e i figli in caso di allontanamento: questo dovrebbe sempre essere rigorosamente temporaneo e finalizzato al rientro in famiglia. È proprio in vista di ciò che conservazione dei rapporti appare essenziale. Se la prospettiva del rientro non è realistica, la Corte richiede che la via dell'adozione sia scelta immediatamente; se neppure ciò sembra realistico, perché la situazione resta fluida, aperta a esiti diversi, allora richiede che i rapporti con i genitori siano comunque mantenuti.

Si tratta di un'impostazione – schematica e alquanto astratta – che sta anche alla base del diritto italiano, in particolare della l. n. 184/1983, e che è stata spesso oggetto di critiche che ritengo giuste. Dalla lettura dei fatti di causa narrati nelle sentenze della Corte europea emerge infatti come la maggior parte degli allontanamenti e delle interruzioni dei rapporti rientri fra i casi che nella prassi italiana sono comunemente detti di semiabbandono permanente. Per questa ragione la giurisprudenza della Corte europea penso meriti le stesse critiche – di scarso senso della realtà – rivolte sul punto alla l. n. 184/1983: non è però questa la sede opportuna per approfondire il tema³⁰.

Al caso dell'allontanamento dalla casa dei suoi genitori la Corte assimila qualche caso in cui il minore è allontanato dalla casa di persone adulte con le quali ha costruito un legame affettivo assimilabile a quello tra genitori e figli, purché protrattosi per un periodo di tempo significativo. I casi sottoposti al suo giudizio sono disparati: quello dell'acquisizione di un bambino che la legge italiana considera illegittima, nato in seguito a una maternità di sostituzione e privo di rapporti genetici con i pretesi genitori³¹; quello di un affida-

²⁸ Sull'adozione «mite», realizzata ricorrendo all'art. 44, lett. d), l. n. 184/1983, cfr., per tutti, OCCHIOGROSSO, *Manifesto per una giustizia minorile mite*, Franco Angeli, 2009, *passim*.

²⁹ Cfr., tra i molti, i casi citati sopra, alla nt. 26.

³⁰ Rinvio alle considerazioni che ho svolto in *Qualche riflessione sui modelli di affidamento e di adozione accolti nell'ordinamento italia-*

no, in *Minorigiustizia*, 2001, fasc. 3-4, 86, e in *Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva*, nel *Trattato dir. fam.*, diretto da ZATTI, II, *Filiazione*, a cura di COLLURA, LENTI e MANTOVANI, Giuffrè, 2012, *passim*, ma in part. 818.

³¹ Come nel caso CORTE EUR. DIR. UOMO, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., sopra al § 3, ove la Corte aveva valutato che l'allon-

mento di lungo periodo cosiddetto a rischio giuridico, in vista dell'adozione, quando poi la dichiarazione di adottabilità era stata revocata³²; quello della minore che in seguito alla rottura della convivenza dei genitori aveva convissuto principalmente con il padre legale, ma i cui rapporti con quest'ultimo erano stati troncati di diritto in conseguenza del vittorioso esercizio dell'azione di disconoscimento da parte della madre³³; quello dell'affidamento di lungo periodo, ove il minore era stato successivamente dichiarato adottabile e adottato da altre persone, senza tener conto del legame che si era formato con gli affidatari³⁴.

Alcune previsioni della recentissima l. 19.10.2015, n. 173 di modifica dell'adozione e dell'affidamento, mirano a evitare casi come quest'ultimo: (a) ai fini dell'adozione dev'essere preferita la famiglia affidataria, se ha i requisiti necessari per l'adozione piena, onde garantire la conservazione del rapporto familiare che nel frattempo si è formato (art. 4, comma 5° bis, l. n. 184/1983)³⁵; (b) dev'essere garantita la continuità dei rapporti del minore, poi collocato altrove o adottato da altri, con la famiglia collocataria (in caso di affidamento del minore ai servizi) o affidataria, purché vi sia rimasto per un tempo significativo (art. 4, comma 5° ter, l. n. 184/1983); (c) la famiglia collocataria o affidataria ha diritto di partecipare ai procedimenti di responsabilità genitoriale, di affidamento e di adottabilità (art. 5, comma 1°, l. n. 184/1983).

In conclusione, tento di sintetizzare le prescrizioni in tema di interesse del minore che dà la giurisprudenza della Corte nei multiformi casi in cui la vicenda giudiziaria ha avuto inizio con l'allontanamento.

a) Il miglior interesse del minore è restare nella propria famiglia, con i propri genitori, salvo che ciò gli sia gravemente pregiudizievole. Qualora ne sia allontanato, è nel suo interesse rientrarvi il più presto possibile, a meno che la situazione di grave pregiudizio permanga. Il pregiudizio che secondo la giurisprudenza della Corte giustifica il protrarsi dell'allontanamento è palesemente molto più grave di quello ritenuto sufficiente in Italia secondo la prassi delle autorità giudiziarie e dei servizi sociali. Non si deve fare una valutazione comparativa tra le prospettive di equilibrato sviluppo che si presentano al minore se resta a vivere presso la sua famiglia d'origine e quelle che gli si presentano se viene allontanato e collocato presso una famiglia affidataria. Facendo una simile comparazione, è altamente probabile che la famiglia affidataria garantisca migliori prospettive. Si deve invece fare una valutazione di adeguatezza minima accettabile della famiglia d'origine e allontanarlo solo se questa è gravemente inadeguata e neppure è in grado di migliorare in modo sufficiente, accogliendo e mettendo a frutto gli aiuti che il sistema dei servizi sociali ha l'obbligo di offrirle³⁶.

b) In caso di allontanamento, sono comunque contrarie all'interesse del minore sia l'interruzione sia l'eccessiva rarefazione degli incontri, salvo ragioni molto gravi, come per esempio condotte violente del genitore verso il figlio³⁷, o turbamenti di rilievo indotti nel figlio da suoi comportamenti censurabili e obiettivamente accertati³⁸.

c) È contrario all'interesse del minore che le autorità nazionali non adempiano all'obbligazione positiva di predisporre tutti gli interventi di sostegno necessari

tanamento dalla coppia committente fosse stata un'interferenza indebita.

³² Come nel caso CORTE EUR. DIR. UOMO, 9.6.1998, ric. 22430/93, *Bronda c. Italia*, ove la Corte aveva respinto il ricorso della famiglia d'origine, concordando con l'operato del tribunale per i minorenni, il quale aveva lasciato presso la famiglia affidataria, ove era rimasta per 8 anni, una minore che era ormai quattordicenne e aveva manifestato con chiarezza il desiderio di restarvi.

³³ Come nel caso CORTE EUR. DIR. UOMO, 16.10.2015, ric. 39438/13, *Nazarenko c. Russia*, ove la Corte aveva giudicato come interferenza indebita l'applicazione della regola legislativa russa, che non prevede la possibilità di conservare un rapporto con l'uomo che ha svolto la funzione paterna, benché non sia più padre legale in seguito al disconoscimento.

³⁴ Come nel caso CORTE EUR. DIR. UOMO, 27.4.2010, ric. 16318/07, *Moretti e Benedetti c. Italia*, ove la Corte aveva giudicato come inadempimento all'obbligazione positiva di favorire la relazione familiare dell'affidato con gli affidatari – i quali ne avevano chiesto l'adozione in casi particolari – la pronuncia dell'adozione piena a un'altra coppia, senza aver prima preso in considerazione la loro richiesta.

³⁵ Non può dunque più essere di ostacolo, come spesso è invece accaduto nella prassi dei Tribunali per i minorenni, la mancanza di segretezza per la famiglia d'origine sulla collocazione del minore presso la famiglia adottiva.

³⁶ Si tocca qui una questione generale, di principio, estremamente

delicata e controversa, ove i proclami di principio, che per lo più confermano quanto stabilito dalla Corte, spesso non corrispondono affatto alle regole operative impiegate: è frequente che si ritenga invece corrispondente all'interesse del minore offrirgli le migliori prospettive di sviluppo, senza tener conto della sua famiglia d'origine. Non è certo questa la sede opportuna per approfondire una questione di tale ampiezza, che investe temi immensi che vanno ben al di là del campo strettamente giuridico, quali il tema del rapporto tra dato genetico e dato sociale nella formazione della personalità dell'individuo e il tema del significato stesso da attribuire sul piano morale e sociale al rapporto di generazione biologica.

³⁷ Come nel caso CORTE EUR. DIR. UOMO, 19.9.2000, ric. 40031/98, *Gnathoré c. Francia*, ove la Corte ha ritenuto giustificata l'interruzione di ogni rapporto.

³⁸ Le condotte genitoriali che producono il turbamento – sottolineo – devono essere identificate e la loro scorrettezza obiettiva dev'essere accertata: il semplice fatto del turbamento del minore dopo l'incontro con i genitori non è di per sé indice del fatto che siano per lui pregiudizievoli, in quanto lo «destabilizzano». La prassi – purtroppo non insolita – di ridurli o sospenderli, motivata solo con riferimento alla conseguenza, cioè il turbamento del minore, senza accertarne le cause, mi pare ben lontana dai principi affermati dalla Corte eur. dir. uomo. Per un caso esemplare, ove l'aspetto della differenza culturale ha avuto un rilievo probabilmente decisivo (cfr. § 73), cfr. CORTE EUR. DIR. UOMO, *Akinnibosun*, cit., in particolare §§ 70-71.

per permettere lo svolgimento della vita familiare. La Corte non offre indicazioni generali su quali siano tali interventi e ancor meno, quindi, sulla loro reale fattibilità; né potrebbe seriamente farlo, visto che giudica su singoli casi concreti e ribadisce spesso di non avere né l'aspirazione né la possibilità effettiva di sostituirsi alle autorità nazionali.

d) In caso di adozione dev'essere attentamente valutata l'eventuale opportunità che al minore sia permesso, nel suo stesso interesse, di mantenere una rela-

zione almeno fattuale anche con la famiglia d'origine.

e) Le decisioni devono essere estremamente sollecite, adottate in tempi brevi: per valutarne la tempestività si deve tener anche conto della percezione del tempo caratteristica delle diverse età dei minori coinvolti, molto diversa da quella degli adulti. Amara conseguenza è che molto di frequente sono i tempi stessi dei procedimenti giudiziari a essere in conflitto frontale con l'interesse del minore, qualunque sia poi l'esito finale della vicenda.

Interesse del minore: gli aspetti identitari

di Francesca Giardina

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. L'identità del figlio: il cognome. - 3. I volti dell'identità. Identità genetica e identità giuridica. - 4. La frantumazione dell'identità: il corpo, l'identità genetica e la ricerca della verità. - 5. L'identità del minore tra passato, presente e futuro.

1. Premessa.

La scelta di accostare l'interesse del minore agli aspetti che delineano i tratti della sua identità suscita considerazioni di varia natura e, fin da una prima e immediata impressione, di non univoco significato. In primo luogo, il rapporto tra interesse e identità del minore si configura assai diverso nelle varie età: la vita di chi non ha ancora raggiunto la piena maturità passa, infatti, da una fase nella quale l'interesse della persona concorre a costruirne l'identità a una fase in cui l'acquisita identità determina – o dovrebbe determinare – il contenuto dell'interesse.

La variabile relazione tra interesse e identità del minore è poi resa ulteriormente complessa dalle diverse accezioni del termine identità, sì che affidarsi all'identità per rendere meno indeterminato l'interesse del minore significa percorrere un sentiero irto di insidie. I molti significati e le molte dimensioni dell'identità¹ accompagnano la nozione restituendone un'immagine intrinsecamente contraddittoria, e non può essere diversamente dato che il termine – identità – ha almeno due significati di base diametralmente opposti. La radice *idem* attribuisce al termine il suo primo significato – «essere identico» – che esprime un'idea di «perfetta eguaglianza», ma il secondo significato è «essere appunto quello e non un altro», quindi essere eguale solo a se stesso e diverso da tutti gli altri².

2. L'identità del figlio: il cognome.

Queste preliminari e assai generiche considerazioni

possono apparire banali, ma inducono a riflettere sulle conseguenze della contraddizione che accompagna l'identità. L'identità, anche quando vuole esprimere un'idea di identificazione – intesa come rappresentazione della diversità di ciascuno da ogni altro da sé – nasconde l'insidia del suo significato alternativo: all'identificazione si può giungere attraverso l'appartenenza che evoca lo spettro della omologazione.

Esemplare, in tal senso, il caso giunto all'esame della Corte europea dei diritti dell'uomo (il noto *affaire Cusan et Fazzo c. Italie*, che ha avuto come esito la ormai celebre sentenza del 7 gennaio 2014)³, con la quale si condanna l'Italia per violazione dell'onnipresente art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La Corte accoglie la pretesa della madre di trasmettere alla figlia il proprio cognome, pretesa fondata sull'esplicito desiderio di non disperdere il patrimonio morale legato alla personalità del nonno materno. Nessun accenno è dato rinvenire all'interesse della minore e all'opportunità di scegliere per lei il ruolo di tramite della conservazione dell'eredità familiare, tramandata attraverso il cognome della famiglia materna.

Anche se la pronuncia della Corte europea appare ispirata dall'esigenza di garantire una parità di trattamento tra genitori, il caso trasmette – soprattutto nell'analisi delle motivazioni addotte dalla madre – una sensazione di disagio. Si assiste, infatti, a una vicenda processuale mossa dall'intento di rivendicare una forma di appartenenza della figlia: usando l'identità, la madre realizza una proiezione quasi dominicale di sé sulle generazioni future.

¹ Sul tema molti sono gli spunti di riflessione offerti da *L'identità nell'orizzonte del diritto privato*, Atti del Seminario di studi, Padova, 21.4.2006, in questa *Rivista*, 2007, Suppl.

² Le definizioni sono tratte dalla voce «Identità» del Vocabolario Treccani, in www.treccani.it/vocabolario.

³ CORTE EUR. DIR. UOMO, 7.1.2014, ric. 77/07, in questa *Rivista*,

2014, I, 515, con nota di WINKLER, *Sull'attribuzione del cognome paterno nella recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, sulla quale ci sia consentito rinviare anche alla nostra opinione, *Il cognome del figlio e i volti dell'identità. Un'opinione «controluce»*, *ibidem*, II, 139 ss.

Sarebbe riduttivo immaginare che un nome possa rivelarsi decisivo a descrivere ed esaurire una «identità», nozione come poche complessa e sfuggente. Ma è pur vero, ormai, che la tutela del diritto al nome non è più la semplice protezione del segno distintivo individuale (termine essenziale di riferimento delle «regole del gioco» nelle attività del privato): il mezzo di identificazione ha acquisito un indubbio valore aggiunto grazie al suo potere evocativo dell'intera personalità umana.

Se così è, e se nella dimensione individuale il nome – e, nella sua parte socialmente più rilevante, il cognome – ha visto sfumare la sua antica e asfittica dimensione quasi proprietaria (resa evidente dai modi della sua tutela, che mira a consentire, da un lato, una sorta di «rivendicazione» del nome, quasi un'azione reipersecutoria e, dall'altro, l'inibitoria di un uso «rivale» del nome), può essere tollerato un uso, non meno dominicale, del cognome a fini di appartenenza familiare?

La questione si intreccia strettamente con la condizione del minore e con l'uso di quella che, da potestà dei genitori, è ormai divenuta «responsabilità genitoriale». L'uso di un'antica potestà appare tuttavia quello di chi ha mirato, se non a determinare, quanto meno a «indirizzare» l'identità della figlia. E il movente che evoca in diritto esigenze di parità tra genitori non si cura di fatto della condizione della minore, che appare ancora destinataria passiva di una scelta. Superate le zone in passato considerate più sensibili del rapporto educativo – la salute, la libertà di pensiero, la libertà religiosa – le prerogative del genitore prendono ora le vie nuove dell'affermazione identitaria, imposta al figlio e non a lui riconosciuta.

Nei numerosi disegni di legge che hanno inteso rispondere alla condanna della Corte europea, è stata rivolta prevalente attenzione ad esigenze di razionalità del sistema (in particolare al rischio di moltiplicazione dei cognomi o alla garanzia di identità di cognomi tra fratelli); più raramente si è dato spazio alla possibilità per il figlio di far sentire la sua opinione sul cognome che gli viene imposto dall'esigenza di parità di trattamento dei genitori⁴.

Com'è noto, rispetto alla semplicità dell'automatismo che fino ad oggi ha segnato la scelta del cognome paterno per il figlio legittimo, assai più complesso è il quadro delle disposizioni che determinano l'attribuzio-

ne del cognome al figlio che – prima della l. 10.12.2012, n. 219, e del successivo d.l. 28.12.2013, n. 154 – veniva definito naturale. Questi assume il cognome del genitore che per primo lo ha riconosciuto (art. 262, comma 1°, cod. civ.); parimenti assume il cognome del genitore la cui paternità o maternità è stata giudizialmente dichiarata (art. 269 cod. civ.). Il figlio riconosciuto da entrambi i genitori assume il cognome del padre (art. 262, comma 1°, cod. civ.), esempio illuminante di norma ispirata al «presupposto» costituito dalla regola non scritta che fino ad oggi vigeva per il figlio legittimo. Se il riconoscimento da parte del padre o la dichiarazione giudiziale di paternità sono successivi al riconoscimento da parte della madre, il figlio può aggiungere – ora anche anteporre – o sostituire il cognome del padre a quello della madre (art. 262, comma 2°, cod. civ.), fermo restando che, se il figlio è minore d'età, la decisione è rimessa al giudice (art. 262, ult. comma, cod. civ.). L'art. 27 d.l. n. 154/2013 ha introdotto un comma 3° che, nel riprodurre la sentenza interpretativa 23.7.1996, n. 297 della Corte costituzionale⁵, ha stabilito che il figlio può decidere di non mutare il proprio cognome, quando questo «sia divenuto autonomo segno distintivo della sua identità personale».

Si tratta di un chiaro riconoscimento della rilevanza prioritaria del nome come simbolo dell'identità del figlio, prevalente sul nome come mezzo di identificazione dell'individuo attraverso l'appartenenza alla famiglia o al genitore, che ha creato per il figlio (un tempo definito) naturale un regime che pone il trattamento riservato al figlio (un tempo definito) legittimo in negativa controtendenza.

3. I volti dell'identità: identità genetica e identità giuridica.

Una seconda e ancor più forte contraddizione insita nella nozione di identità emerge dalla constatazione che essa può esprimere sia un *essere* che un *apparire*. In altri termini e in sintesi estrema, per l'uomo identità è sia riconoscersi che essere riconoscibile⁶.

Nell'*essere* si esprime l'identità genetica e somatica, che ha nel corpo dell'uomo il suo punto di riferimento imprescindibile, nell'*apparire* – e, dunque, nell'essere riconoscibili – si manifesta una più complessa identità personale, il cui profilo si fonda su vari tasselli: come mi chiamo, dove vivo, con chi vivo.

⁴ Nulla, in particolare, era stato previsto sul punto nel disegno di legge n. 2123, presentato il 21.2.2014 alla Camera dei deputati dal Governo, espressamente e rapidamente redatto in ottemperanza alla sentenza della Corte europea. Una previsione che consente al figlio, divenuto maggiorenne, di modificare il cognome che gli è attribuito alla nascita era, invece, contenuta nelle proposte di legge n. 1943 (presentata alla Camera il 10.1.2014, d'iniziativa Nic-

chi e altri) e n. 2517 (presentata alla Camera il 4.7.2014, d'iniziativa Fabbri), che hanno orientato un successivo testo unificato approvato dalla Camera.

⁵ CORTE COST., 23.7.1996, n. 297, in *Fam. e dir.*, 1996, 412, con nota di CARBONE.

⁶ Su questi temi sono illuminanti le considerazioni di JERVIS, *La conquista dell'identità: essere se stessi, essere diversi*, Feltrinelli, 1997.

Nel determinare l'identità genetica o somatica gioca un ruolo decisivo la sorte, quella che è stata definita «la lotteria dei geni»; nella creazione dell'identità personale il diritto ha un ruolo fondamentale, tanto da creare una vera e propria identità giuridica che tende a divenire sinonimo dell'identità personale.

Per il minore questa duplice accezione dell'identità è cruciale e può assumere toni talvolta drammatici nel corso delle vicende della vita umana.

Chi è concepito ha un'identità genetica che lo accompagna per tutta la sua esistenza. Al momento della nascita, a questa identità si affianca (talvolta si sovrappone) un'identità giuridica, la cui prima manifestazione è – tranne nei casi di abbandono – quella che lega il bambino a un genitore o a una coppia di genitori, e questo legame costruisce uno *status* di figlio che rappresenta il primo tassello di una futura, assai più complessa identità personale.

All'identità genetica questo primo nucleo di identità personale può corrispondere, ma può accadere (ed accade) che identità genetica e identità (giuridica) di figlio non coincidano. Si tratta di un'eventualità relativamente recente poiché, quando l'identità genetica era un «mistero», il diritto era sovrano: sceglieva l'identità giuridica (l'unica identità) affidandosi agli automatismi legati alle presunzioni legali (nel caso della filiazione legittima) o alla volontà dei genitori (nel caso della filiazione naturale).

Non appena la scienza è stata in grado di svelare il «mistero» dell'identità genetica, il diritto è stato posto di fronte a problemi un tempo inimmaginabili. Esempio, nella giurisprudenza della Corte europea, l'*affaire Paradiso et Campanelli c. Italia*⁷, deciso il 27 gennaio 2015, che ha posto l'Italia di fronte al problema – già preso in considerazione dalla Corte per altri paesi⁸ – della maternità surrogata. Secondo la Corte, il riferimento all'ordine pubblico non può essere una *carte blanche* che giustifica qualunque decisione dello Stato membro, poiché l'obbligo di tenere conto dell'interesse superiore del minore incombe sullo Stato indipendentemente dal tipo di legame tra genitori e figlio, che sia genetico o di altra natura.

Anche in altre occasioni e in diversi contesti, peral-

tro, la Corte non ha avuto difficoltà a distaccare identità genetica e identità di figlio e a far prevalere l'identità acquisita in nome dell'interesse del minore. È stata, ad esempio, esclusa la violazione dell'art. 8 della Convenzione in un caso di mancato accoglimento di una domanda di disconoscimento della paternità: la Corte ha ritenuto che «nel bilanciamento tra gli interessi del padre putativo a veder accolta la propria domanda di disconoscimento della paternità e quelli della persona minore d'età ad avere legami familiari giuridici e certi, siano questi ultimi a dover prevalere»⁹.

La propensione della Corte europea a far prevalere l'identità acquisita sull'identità genetica potrebbe creare per l'Italia effetti di notevole portata. Potrebbe, in particolare, proporsi l'ultimo tassello del distacco tra identità genetica e identità giuridica di figlio che si è consumato in diversi momenti, più e meno recenti, delle vicende degli istituti familiari nel nostro ordinamento.

È ormai «storico» il primo tassello, creato dall'istituto dell'adozione, tappa iniziale del «distacco» tra le due identità del figlio, spesso dimenticata quando si critica il «passo falso» della Corte costituzionale¹⁰ su quello che può essere definito il secondo momento del distacco, l'ammissibilità della fecondazione eterologa. Quando si parla di *vulnus* all'identità personale del figlio, che fa prevalere l'interesse del genitore alla procreazione sull'identità genetica del figlio o, peggio, di nascita di un «figlio con identità adulterata in radice a causa della eterodeterminazione di altri, uno soltanto o nessuno dei quali è suo genitore»¹¹, si finisce per costruire una sorta di «diritto» del nascituro e poi del nato alla corrispondenza tra identità genetica e identità giuridica, dimenticando che si tratterebbe di un «diritto» già negato dall'istituto dell'adozione.

L'ultimo tassello – che resta vietato, ma che si profila all'orizzonte – è quello della maternità surrogata, che la sentenza della Corte sull'*affaire Paradiso et Campanelli* propone all'attenzione dell'ordinamento italiano. Si tratta di una pratica che incontra un divieto (sancito dall'art. 12, comma 6°, della l. n. 192/2004, n. 40) che la declaratoria di incostituzionalità del diverso divieto di fecondazione eterologa (sancito

⁷ CORTE EUR. DIR. UOMO, 27.1.2015, ric. 25358/12, in questa *Rivista*, 2015, I, 828 ss., con nota di SCHUSTER, *Gestazione per altri e Conv. eur. dir. uomo: l'interesse del minore non deve essere mai un mezzo, ma sempre solo il fine del diritto*.

⁸ La Francia è stata condannata per violazione dell'art. 8 della Convenzione europea, per il mancato riconoscimento dello *status* di genitori dei committenti di una maternità surrogata, considerato «ingerenza sproporzionata nel diritto al rispetto della vita privata dei figli, la cui identità personale può svilupparsi al meglio solo se il legame con i propri genitori è accertato de iure»: così viene sintetizzata una delle due decisioni gemelle della CORTE EUR. DIR. UOMO, 26.6.2014, ric. 65192/ e 65941/11, in questa *Rivista*, 2014, I, 1122 ss., con nota di CAMPIGLIO.

⁹ CORTE EUR. DIR. UOMO, 18.2.2014, ric. 28609/08, A.L. c. Polonia, in *www.echr.coe.it*.

¹⁰ L'espressione è di CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, 1122. La sentenza è la notissima CORTE COST., 10.6.2014, n. 162, in questa *Rivista*, 2014, I, 802 ss., con opinione di FERRANDO, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*, *ibidem*, II, 393 ss., ove si propone un attento esame del problema.

¹¹ Così ancora CASTRONOVO, *op. loc. cit.* Sul punto si vedano le considerazioni di MOROZZO DELLA ROCCA, *Dove finirà l'embrione se il piano si inclina ancora?*, in questa *Rivista*, 2015, II, 142, ove si offre un ampio quadro del dibattito sul tema.

dall'art. 4, comma 3°, della stessa legge) non avrebbe travolto, come ha espressamente chiarito la Suprema Corte, poco dopo la pronuncia della Corte costituzionale¹².

Secondo la nostra giurisprudenza, dunque, la madre è colei che partorisce, anche un figlio geneticamente non suo: a sostegno viene invocato l'art. 269, comma 3°, cod. civ.¹³, disposizione della quale si dimenticano la sede – la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità – e la finalità: si tratta, infatti, di una norma orientata non tanto a determinare l'identità del figlio quanto a permettere l'accertamento della maternità.

4. La frantumazione dell'identità: il corpo, l'identità genetica e la ricerca della verità.

A ben vedere, un nuovo e diverso problema si affianca a quello del distacco tra identità genetica e identità giuridica. Ne è sintomo il diverso atteggiamento che il diritto assume quando si tratta di decidere della rilevanza delle indagini genetiche ai fini dell'accertamento della paternità o della maternità. In un sistema di codice travolto dalla dirompente influenza delle indagini genetiche sull'accertamento della paternità, per la quale la legge si è adeguata alla necessaria ricerca della verità, l'indagine genetica non conta invece, rispetto alla madre, di fronte all'evidenza del parto.

Si ha la netta sensazione che tutto ruoti intorno alla visione del corpo come base dell'identità e che, nel sistema, esista una doppia visione, frutto di una sovrapposizione di immagini, storicamente determinate.

Un riferimento al corpo, di più antica origine, si fonda sull'evidenza del parto, che restituisce un'immagine plastica della filiazione e considera la nascita il momento che distacca dal corpo materno una sua porzione.

Un diverso riferimento al corpo, di genesi più moderna, si fa invece guidare dal profilo genetico e intende il corpo come lo sviluppo o l'elaborazione di un codice, potenziale in partenza, che poi diventa realtà e si manifesta nella pienezza del corpo acquisito.

Con questa doppia visione del corpo devono confrontarsi le ultime sfide che la realtà ha proposto al diritto, che non può dimenticare, nella scelta tra il corpo della madre e il codice genetico che non la rappresenta, le attitudini umane all'accoglienza o al rifiuto della

maternità. Il figlio voluto dai committenti e non dalla madre surrogata è in stato di abbandono? Il figlio voluto dalla madre surrogata è suo, ad onta dell'accoglienza offerta dai committenti, che possono essere i genitori genetici del nascituro?

E se la madre non è propriamente surrogata, ma gestante per errore di un figlio geneticamente altrui? Il pensiero va, com'è evidente, al notissimo caso dello scambio di embrioni che ha condotto al conflitto tra i genitori genetici e la madre che ha condotto a termine la gravidanza. Sul caso la Corte europea non si è pronunciata nel merito, poiché ha dichiarato la domanda irricevibile per mancato esaurimento delle vie di ricorso interne¹⁴. La questione resta dunque aperta e, al di là dei tentativi di inquadramento che sono stati proposti – maternità surrogata per errore, eterologa da errore – l'unico riferimento è dato dalla pronuncia di un Tribunale italiano che ha sancito la maternità della donna che ha partorito il figlio¹⁵. L'ordinanza si fonda, dunque, sull'idea «storica» dell'identità del nato, come corpo che si separa dalla madre e a questa deve la sua nascita, senza che nessun rilievo venga attribuito all'identità genetica. Ma la motivazione cerca supporto in altre considerazioni, invocando esigenze di rispetto della responsabilità, che la donna si è assunta, di accogliere un soggetto come figlio, pur consapevole di non esserne il genitore genetico: questa accoglienza sarebbe sufficiente a costruire un significativo rapporto affettivo, nel prevalente interesse del minore. Afferma il Tribunale che «il diritto della personalità costituito dal diritto all'identità appare sempre più sganciato dalla verità genetica della procreazione e sempre più legato al mondo degli affetti ed al vissuto della persona cresciuta ed accolta all'interno di una famiglia». Ne consegue che «non può più ragionevolmente ritenersi che il principio della verità genetica nei rapporti di filiazione sia sovraordinato rispetto agli altri interessi in conflitto»¹⁶.

Alla rilevanza del parto come fondamento della maternità – che costituisce il vero elemento decisivo della pronuncia – viene accostato il profilo dell'accoglienza del minore, con formule più adatte a un'adozione che a una gravidanza destinata alla nascita di un figlio geneticamente altrui. Ma il profilo per così dire «soggettivo», al quale il Tribunale si affida nel tentativo di fondare la decisione sull'intento della donna di accettare la maternità, propone un evidente slittamento della motivazione dal vero piano della scelta – la cer-

¹² CASS., 26.9.2014, n. 24001, in questa *Rivista*, 2015, I, 235 ss., con nota di BENANTI, *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*.

¹³ «La maternità è dimostrata provando la identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre» dove il termine *identità* viene usato nel senso di «essere la stessa persona».

¹⁴ CORTE EUR. DIR. UOMO, 16.9.2014, ric. 41146/14, in questa *Rivista*, 2015, I, 383 ss., con nota di SCALERA, *La vicenda dello scambio di embrioni al vaglio della Corte di Strasburgo*.

¹⁵ TRIB. ROMA, 8.8.2014, in questa *Rivista*, 2014, I, 1110 ss., con nota di SCALERA, *Mater semper certa est? Considerazioni a margine dell'ordinanza sullo scambio di embrioni*.

¹⁶ TRIB. ROMA, 8.8.2014, cit., 1113 s.

tezza oggettiva offerta dalle consolidate regole del codice civile – verso argomenti di maggiore suggestione, ma frutto di evidente forzatura.

Resta, ferma e inequivocabile, la scelta di far prevalere sull'identità genetica l'evidenza del parto, che fonda un'identità acquisita (giuridica). Più in generale, questa è l'indicazione che proviene dai molti aspetti nei quali si declina il problema: l'adozione prima, la fecondazione eterologa poi, la maternità surrogata infine seguono la via della prevalenza dell'identità acquisita (giuridica) che cancella l'identità genetica.

Coerenza d'insieme, verrebbe da osservare, se non fosse che proprio l'adozione – genesi del distacco tra identità biologica e identità acquisita – propone uno scenario di ritorno alla verità biologica nella rottura del dogma del segreto sulle origini dell'adottato, consumato dalla Corte costituzionale¹⁷ e, poco prima, dalla Corte europea con la celebre sentenza *Godelli*¹⁸. L'adottato può ricercare la sua identità biologica, anche se non ai fini di un'alterazione della sua identità giuridica, ma per costruire una più complessa identità, qui intesa come consapevolezza di sé, di entrambi i volti della propria identità.

Nell'adozione, sede storica del distacco tra identità genetica e identità giuridica, è ammesso ciò che invece i nuovi «modi» della filiazione sembrano precludere: l'identità può manifestarsi senza prescindere più dalla verità biologica, anche se un'identità giuridica è già stata definita dalle scelte adottive.

Siamo dunque di fronte a un sistema che segue percorsi diversi, orientando le proprie scelte in direzioni opposte. Mentre l'adozione abbandona l'antica e drastica cancellazione totale delle origini – voluta con estremo e spesso drammatico rigore dalla legge *Dal Canton* – e si apre verso la verità, grazie al riconoscimento del diritto del figlio a conoscere le proprie origini, i nuovi «modi» della filiazione si propongono chiusi alla verità genetica.

Verrebbe da dire che qui il pensiero del giurista si presenta inadeguato perché educato a ragionare «per opposti» in una dimensione bicolore (bianco o nero) che non si adatta alle mille sfumature di colore del vivere¹⁹. L'adozione, ancora una volta, insegna: la scelta tra identità genetica e identità acquisita – che sembra imposta dalla logica «per opposti» del diritto – può attenuare i toni della sua drastica alternativa quando il diritto del figlio alla conoscenza delle sue origini imponga che, pur nel mantenimento del

suo status, non gli venga celata la verità sulla sua genesi.

5. L'identità del minore tra passato, presente e futuro.

L'identità è segnata da fatti storici che la determinano con tratti spesso incancellabili. Il concepimento che segna l'identità genetica è il primo fatto decisivo della vita umana, ma anche l'acquisto dello status di figlio ha una portata a sua volta decisiva e, salvo rare eccezioni, è un dato ineliminabile nella costruzione dell'identità personale.

Ma l'identità nella sua accezione più complessa, come insieme della caratteristiche che rappresentano l'uomo identico sì, ma solo a se stesso, non può limitarsi a singole istantanee di momenti della vita, può manifestarsi appieno solo come progressivo divenire dell'uomo nella costruzione costante della sua personalità.

In nessun uomo meglio che nel minore si coglie il doppio senso dell'identità come, al tempo stesso, imprescindibile passato e futuro da realizzare.

Il passato è imprescindibile – l'infanzia è il suolo sul quale andremo a camminare per tutta la vita, è stato detto – il futuro è ciò che deve essere garantito. Se il tempo costruisce le molte immagini della persona umana, l'identità – docile strumento – le deve, nel tempo, poter rappresentare tutte.

Ma, tra passato e futuro, c'è un presente da rispettare: spesso ci preoccupiamo di ciò che un bambino diventerà domani, ma ci dimentichiamo che lui è qualcuno oggi. Se, come ha detto François Rabelais, il bambino non è un vaso da riempire, ma un fuoco da accendere, nessuno può spegnere la scintilla di originalità con cui è venuto al mondo.

Non deve essere dimenticato che, anche per il legislatore, l'identità del figlio, nel suo divenire, è l'imprescindibile criterio-guida della relazione personale con i genitori. Il suo ruolo centrale emerge con chiarezza grazie all'ingresso, nel nuovo istituto della responsabilità genitoriale, del diritto del figlio al «rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni», in una parola della sua identità (art. 315-bis cod. civ.). Dell'identità del figlio, infatti, i genitori non possono più limitarsi a «tenere conto» nell'adempimento dei loro compiti educativi, come in passato indicava l'art. 147 cod. civ., che la riforma del diritto della famiglia del 1975 aveva lasciato fuori dall'istituto della potestà dei genitori e collegato ai doveri nascenti dal matrimonio. Oggi i

¹⁷ CORTE COST., 18.11.2013, in questa *Rivista*, 2014, I, 278 ss., con nota di LONG, *Adozione e segreti: costituzionalmente illegittima l'irreversibilità dell'anonimato del parto*. Sulla sentenza v. anche l'ampia indagine di TACCINI, *Verità e segreto nella vicenda dell'adozione: il contributo della Corte costituzionale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 405 ss.

¹⁸ CORTE EUR. DIR. UOMO, 25.9.2012, ric. 33783/09, in questa *Rivista*, 2013, I, 103 ss., con nota di LONG, *La Corte europea dei diritti dell'uomo censura l'Italia per la difesa a oltranza dell'anonimato del parto: una condanna annunciata*.

¹⁹ Del «linguaggio bicolore» del giurista scrive ZATTI, *Premessa*, in *Maschere del diritto volti della vita*, Giuffrè, 2009, XIV.

diritti del figlio sono sanciti all'interno della disciplina della responsabilità genitoriale e questo inserimento si presta ad altre, non secondarie considerazioni che riguardano la nuova formulazione dell'art. 316 cod. civ., un tempo segnato dalla soggezione del figlio alla potestà dei genitori «sino all'età maggiore o alla emancipazione», formula sopravvissuta alla l. 10.12.2012, n. 219, ma non al d. legis. 28.12.2013, n. 154. La seconda ondata della riforma in due tempi della filiazione, nel trasformare la potestà dei genitori in responsabilità genitoriale, ha cancellato il collegamento dell'istituto con la minore età del figlio, e lo ha fatto volutamente. La relazione che accompagna il decreto del 2013 sottolinea, infatti, che la responsabilità genitoriale «vincola i genitori ben oltre il raggiungimento della maggiore età, fino cioè al raggiungimento dell'indipendenza economica» da parte del figlio: il che significa che il nuovo istituto, al di là del nome, non ha più la sua storica funzione di rimedio all'incapacità legale di agire del figlio. Non è privo di significato, infatti, che il limite temporale costituito dalla maggiore età del figlio venga espressamente previsto «solo dove necessario», come si legge ancora nella relazione al decreto: ciò accade, non a caso, nelle norme dettate per gli aspetti patrimoniali del rapporto tra genitori e figli, in particolare negli artt. 320 (rappresentanza e amministrazione) e 324 (usufrutto legale) cod. civ.

Tutto questo ci conduce all'ultimo aspetto del-

l'identità, che riguarda i modi della sua costruzione, che per il minore sono vitali. Chi costruisce l'identità del minore? I genitori, certo, ma in un progressivo e costante passaggio da una eterodeterminazione pura al sempre maggiore rispetto delle capacità, inclinazioni naturali, aspirazioni del figlio. Se l'educazione è destinata a creare un'identità, l'identità orienta e dirige l'educazione: e sempre nuova sarà l'educazione e la comunicazione che i genitori devono a un figlio, attenta al corso delle stagioni della sua esistenza, nel crescente rispetto della sua sempre più complessa identità personale.

L'art. 315 *bis* cod. civ. e il rispetto della identità del minore prendono, infatti, senso dal riconoscimento della sua capacità di discernimento e dall'esigenza del suo ascolto «in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano» (comma 3°). La capacità di discernimento del figlio – lungi dal somigliare alla capacità legale di agire come supporto di una isolata volontà da esprimere in atti – è lo strumento indispensabile per la ricostruzione dell'identità in divenire del figlio. Identità che si afferma progressivamente, trasformando l'età evolutiva da oggetto di una cura che altri presta a chi non ha ancora voce a immagine che descrive una giovane vita sempre più eguale solo a se stessa.

La fecondazione assistita nel dialogo tra le Corti

di Gilda Ferrando

SOMMARIO: 1. Il dialogo in sordina: la fecondazione eterologa. - 2. Il dialogo fecondo: le diagnosi preimpianto. - 3. Il dialogo in corso: il divieto di sperimentazione su embrioni.

1. Il dialogo in sordina: la fecondazione eterologa.

La l. 19.2.2004, n. 40 è profondamente cambiata in questi undici anni che ci separano dalla sua approvazione. Non è stato il legislatore, sono stati i giudici a trasformarla. Ed in questo processo ha svolto un ruolo importante il dialogo tra corti interne ed europee. La svolta si verifica con la sentenza della Corte eur. dir. uomo, *S.H. c. Austria*¹: quella della prima sezione, del 1° aprile 2010. La prima sezione condanna l'Austria, che aveva una disciplina della fecondazione eterologa meno severa della nostra, per violazione dell'art. 14 in relazione all'art. 8 Conv. eur. dir. uomo in quanto il divieto di fecondazione eterologa *in vitro* previsto dalla legge austriaca si poneva in contrasto con il rispetto della vita privata e familiare e con il divieto di discriminazione (artt. 8, 14 Conv. eur. dir. uomo).

Incoraggiati da questa sentenza diversi giudici di merito² sollevano la questione di legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa contenuto negli artt. 4, comma 3°, e 12, comma 1°, della l. n. 40. La non manifesta infondatezza viene motivata prevalentemente, anche se non in modo esclusivo, in relazione all'art. 117 Cost., per il contrasto esistente tra la disciplina italiana e la Conv. eur. dir. uomo, secondo l'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo, consi-

derata come parametro interposto di legittimità costituzionale.

Il 3 novembre 2011 la Grande Camera³, riforma la sentenza di primo grado, ritenendo che, tenuto conto dell'epoca in cui si erano svolti i fatti (il 1999, un'epoca in cui gli Stati contraenti erano ancora lontani dal raggiungere un approccio comune a questi problemi) il margine di apprezzamento riservato agli Stati andava considerato in termini ampi. La Corte non manca tuttavia di sottolineare le trasformazioni che da allora si sono verificate per quanto riguarda sia i progressi scientifici, sia lo stato della legislazione europea ed invita gli Stati a tenerne conto nel rivedere la propria disciplina.

In seguito a tale pronuncia, la Corte costituzionale, con ordinanza interlocutoria⁴, restituisce gli atti al giudice *a quo* per un rinnovato esame della non manifesta infondatezza. Successivamente la questione viene sollevata nuovamente, sia in relazione all'art. 117 Cost. (per violazione delle norme interposte degli artt. 8 e 14 Conv. eur. dir. uomo), sia, e principalmente, in relazione ai parametri costituzionali interni (gli artt. 2, 3, 29 e 32 Cost.)⁵.

Si giunge quindi alla sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 10 giugno 2014⁶, sentenza che dichiara illegittimo il divieto di fecondazione eterologa conte-

¹ CORTE EUR. DIR. UOMO, 1°4.2010, ric. 57813/00, *S.H. c. Austria*.

² TRIB. FIRENZE, 6.9.2010, e TRIB. CATANIA, 21.10.2010, in questa *Rivista*, 2011, I, 42 e 55; TRIB. MILANO, 2 febbraio 2011, in *Fam. e min.*, 2011, 5, 46. La questione era stata invece ritenuta manifestamente infondata da TRIB. SALERNO, 20.10.2010, in *Fam. e dir.*, 2012, 297 e da TRIB. MILANO, 23.11.2009, in questa *Rivista*, 2010, I, 774.

³ CORTE EUR. DIR. UOMO, G.C., 3.11.2011, ric. 57813/00, *S.H. and Others c. Austria*, in questa *Rivista*, 2012, I, 224, con nota di MURGO.

⁴ CORTE COST., 22.5.2012, n. 150, in questa *Rivista*, 2012, I, 858, con nota di MURGO, e commento di SALANITRO, *Il dialogo tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale in materia di fecondazione eterologa*, *ibidem*, II, 636.

⁵ TRIB. FIRENZE, 29.3.2013, TRIB. MILANO, 3.4.2013, TRIB. CATANIA, 13.4.2013, in questa *Rivista*, 2013, I, 912, con nota di RAPISARDA. Sulle ordinanze, v. D'AMICO, *La fecondazione «eterologa» ritorna davanti alla Corte costituzionale*, in *Fam. e dir.*, 2013, 745. Mentre i Tribunali di Catania e Firenze motivano esclusivamente in relazione ai parametri interni – artt. 2, 3, 29, 31, 32 Cost., quello di Catania, e art. 3 Cost., quello di Firenze – il Tribunale di Milano la solleva anche in relazione all'art. 117 Cost., per violazione delle norme interposte dell'art. 8 Conv. eur. dir. uomo.

⁶ CORTE COST., 10.6.2014, n. 162, in questa *Rivista*, 2014, I, 802, con mio commento, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*, *ibidem*, 2014, II, 392.

nuto nella legge n. 40. La Corte motiva in base ai parametri interni, ritenendo assorbita la questione proposta in relazione alla Conv. eur. dir. uomo e dichiara fondate le questioni in relazione agli artt. 2, 3, 29, 31, 32 Cost., considerati congiuntamente, in quanto la «procreazione medicalmente assistita coinvolge “*plurime esigenze costituzionali*”»⁷ ed incide su una pluralità di interessi di rango costituzionale i quali richiedono un bilanciamento che assicuri loro «*un livello minimo di tutela*»⁸. Un dialogo interrotto, dunque? No, un dialogo in sordina, piuttosto. Perché è vero che non c'è un riferimento espresso alla giurisprudenza europea, quasi che la Corte costituzionale volesse, con una punta di orgoglio, rimarcare che non c'è bisogno dell'Europa, possiamo farcela con i nostri mezzi. È anche vero, però, che dalla giurisprudenza europea viene mutuato il linguaggio e il tipo di argomentazione.

Se ci chiediamo perché è importante la sentenza n. 162, dobbiamo rispondere: per tanti motivi. Ad esempio perché comprende le tecniche di la fecondazione eterologa nell'ambito di quelle più generali di PMA, secondo un rapporto di genere a specie. Ed è seguendo questo ragionamento che il Consiglio di Stato, il 9 aprile 2015⁹, ritiene illegittimo il rifiuto della Regione Lombardia di garantirne la copertura da parte del servizio sanitario regionale, diversamente da quanto previsto per la fecondazione omologa. Oppure possiamo dire che è importante perché dà una nozione di vita familiare (ecco il linguaggio europeo) ampia al punto da comprendere anche la scelta di avere figli con tecniche di PMA. Il principale motivo è però un altro: è il fatto che nella sentenza 162 la Corte mette in campo l'autodeterminazione.

Se confrontiamo la sentenza n. 162/2014 con la precedente sentenza della Corte costituzionale n. 151/2009¹⁰ – che dichiarò illegittimo il divieto di crioconservazione degli embrioni – vediamo subito la differenza. La sentenza del 2009, che è sentenza fondamentale, prudentemente ha motivato secondo argomenti collaudati: il contrasto della l. 40 con l'art. 32 Cost., dato che la legge, nel prevedere che non potessero essere realizzati più di tre embrioni, che dovessero essere reimpiantati tutti, senza possibilità di crioconservare

quelli non immediatamente impiantati, non realizzava un adeguato bilanciamento tra tutela della salute della donna e tutela dell'embrione. La sentenza del 2009 si colloca dunque nel solco di precedenti risalenti, e ben collaudati, a partire dalla sentenza n. 27/1975 sull'interruzione volontaria di gravidanza.

La sentenza n. 162, invece, rafforza, per così dire, gli argomenti basati sulla tutela del diritto alla salute con quelli in termini di autodeterminazione. Quanto al concetto di salute – anche questo merita una sottolineatura – la motivazione ne offre una versione ampia, non solo come diritto del singolo, ma anche come diritto della coppia. L'infertilità, poi, viene compresa nel concetto di malattia (anche su questo ci sarebbe molto da dire¹¹).

Alle motivazioni fondate sulla violazione del diritto alla salute la Corte aggiunge quelle fondate sulla violazione dell'autodeterminazione. Sappiamo bene che la Corte non è nuova ai ragionamenti in termini di autodeterminazione, si pensi soltanto alle sentenze in tema di consenso informato. Esempio, nella sua essenzialità, la n. 428/2008 dove il consenso del paziente viene inteso come sintesi di due diritti distinti: l'autodeterminazione (artt. 2, 13) e la salute (art. 32). La novità della sentenza n. 162 consiste nel fatto che l'autodeterminazione non è vista soltanto in relazione alle scelte inerenti alla salute ma, ancor prima, in relazione alle scelte inerenti alla procreazione, intese come aspetto fondamentale del rispetto della vita familiare.

La scelta «*di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che (...) è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare*»¹². Cosicché «*le limitazioni di tale libertà, ed in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango*». Questo principio trova applicazione anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, in quanto «*la determinazione di avere o meno un figlio, (...) concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali*». E questo

⁷ V. CORTE COST., 26.9.1998, n. 347, sul disconoscimento del nato da fecondazione eterologa con il consenso del marito, in questa *Rivista*, 1999, I, 51, con nota di PALMERINI; in *Giur. it.*, 1999, 461, con note di BALESTRA, *Inseminazione eterologa e status del nato* e di UCCELLA, *Consenso revocato, dopo la nascita del figlio, all'inseminazione eterologa e azione di disconoscimento: ciò che suggerisce la Corte costituzionale*, e di COSSU, *Direttive costituzionali e sistema della filiazione: inseminazione eterologa, consenso del marito e disconoscimento di paternità*, in *Giur. it.*

⁸ CORTE COST., 13.1.2005, n. 45, che respinge la richiesta di referendum abrogativo dell'intera legge 19.2.2004, n. 40.

⁹ CONS. STATO, 9.4.2015, n. 1486, in *Foro it.*, 2015, III, 292.

¹⁰ CORTE COST., 8.5.2009, n. 151, in questa *Rivista*, 2009, I, 1123, con mio commento, *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale*, *ibidem*, 2009, II, 521.

¹¹ Rinvio al mio *La donazione di gameti in prospettiva bioetica e nella legge 40, alla luce delle recenti pronunce giurisprudenziali*, in BARENGHI (a cura di), *Procreazione assistita e tutela della persona*, in *Quaderni della rivista di diritto civile*, Cedam, 2011, 15 ss.

¹² Il principio era già stato affermato dalla Corte nella pronuncia con cui aveva dichiarato illegittime le norme che impedivano l'accesso a carriere militari al candidato con figli: v. CORTE COST., 24.7.2000, n. 332.

anche «quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera», essendo la legge n. 40 del 2004 preordinata alla «tutela delle esigenze di procreazione». La provenienza genetica non costituisce dato imprescindibile della famiglia. Ne offre una riprova l'istituto dell'adozione grazie alla quale un bambino abbandonato dalla propria famiglia acquista lo *status* di figlio degli adottanti e viene a far parte della famiglia e della rete parentale di questi (artt. 74, 315 cod. civ.).

La sottolineatura dell'autodeterminazione come aspetto fondamentale dei diritti della persona mostra una grande sintonia con la Corte europea. Bisogna tener conto che nella Conv. eur. dir. uomo non esiste una norma paragonabile al nostro art. 32 Cost. L'unico strumento di cui la Corte europea dispone è l'art. 8 – rispetto della vita privata e familiare – in relazione con l'art. 14 – non discriminazione – ed è su questo registro che la Corte ha costruito i suoi ragionamenti. Almeno a partire dal caso *Evans* (2007), la Corte europea ha incluso il diritto ad avere figli (anche con tecniche di PMA) nell'ambito di protezione che l'art. 8 Conv. eur. dir. uomo assicura al rispetto della vita privata e familiare¹³. Il dibattito si focalizza sui limiti entro cui gli Stati possono effettuare il bilanciamento tra diritti individuali e interessi generali secondo i parametri individuati dal comma 2° dell'art. 8.

Questa valutazione implica una considerazione dei margini di discrezionalità riconosciuti allo Stato nel disciplinare la materia, discrezionalità variabile, da un lato in relazione all'ampiezza del consenso esistente in ambito europeo su una certa opzione normativa e, dall'altro, tenuto conto della proporzionalità esistente tra diritto sacrificato e tutela dei valori contrapposti, in un bilanciamento che deve essere fatto alla luce di ciò che sarebbe ragionevole in una società democratica¹⁴.

A ben vedere, ragionamento di fondo della Corte costituzionale è proprio in termini di autodetermina-

zione. C'è una libertà fondamentale tutelata dalla Costituzione, uno spazio di autodeterminazione, le limitazioni di questa libertà, di questa autodeterminazione, devono essere giustificate costituzionalmente e la Corte non ha trovato nella Costituzione una giustificazione adeguata.

Resta un'ambiguità nella sentenza: si parla sempre di libertà, mai di diritto. Allora il ricorso alla PMA eterologa è una libertà o un diritto? La Corte non lo dice ma, siccome non c'è libertà senza diritto di esercitarla, ecco che indirettamente si può parlare di diritto ed il Consiglio di Stato nella sentenza poco fa ricordata (9 aprile 2015), avalla proprio questa lettura.

Dunque il dialogo tra Corte costituzionale e Corte europea non si interrompe, ma prosegue in sordina alimentandosi di comuni ragionamenti.

2. Il dialogo fecondo: le diagnosi preimpianto.

Il riferimento all'autodeterminazione nelle scelte relative alla salute ed alla procreazione diviene particolarmente importante quando si affronta il tema delle diagnosi preimpianto. Anche a questo proposito possiamo parlare di un dialogo, un dialogo fecondo.

Qual era lo stato dell'arte prima della sentenza *Costa Pavan c. Italia* (agosto 2012)¹⁵?

Come è noto, la diagnosi preimpianto costituisce uno strumento di conoscenza indispensabile per consentire alle coppie a rischio genetico (portatrici sane di betatalassemia, fibrosi cistica o di altre malattie genetiche) di poter avere dei figli, non sani in assoluto, ma non affetti dalla malattia genetica di cui i genitori sono portatori. La legge n. 40, tuttavia, non si esprime chiaramente sulla loro ammissibilità. Nella legge, infatti, non c'è un divieto espresso¹⁶. Esso compare tuttavia nelle linee guida ministeriali¹⁷.

La questione è stata affrontata dai giudici di merito¹⁸ i quali, disapplicando in quanto illegittime le Linee Gui-

¹³ A partire da CORTE EUR. DIR. UOMO, G.C., 10.4.2007, ric. 6339/05, *Evans c. Regno Unito*, in questa *Rivista*, 2007, I, 1238, con nota di BRUNETTA D'USSEAU; CORTE EUR. DIR. UOMO, G.C., 4.12.2007, ric. 44362/04, *Dickson c. UK*, per giungere a CORTE EUR. DIR. UOMO, 3.11.2011, ric. 57813/00, cit. E v. ora CORTE EUR. DIR. UOMO, 27.8.2015, ric. 46470/11, *Parrillo c. Italia*.

¹⁴ V. G. ZAGREBELSKY, *Corte, convenzione europea dei diritti dell'uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, in *Foro it.*, 2006, IV, 353 ss.

¹⁵ CORTE EUR. DIR. UOMO, 28.8.2012, ric. 54270/10, *Costa e Pavan c. Italia*, in questa *Rivista*, 2013, I, 66, con nota di PARDINI, *La diagnosi preimpianto al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo: influenza delle pronunce sul panorama italiano e mio commento, Le diagnosi preimpianto, dunque, sono ammissibili*, *ibidem*, 2013, II, 20.

¹⁶ La lettera della l. n. 40/2004 non esclude né la soluzione favorevole né quella contraria all'ammissibilità delle diagnosi preimpianto. L'ambiguità deriva in particolare da due previsioni: l'art. 13 dopo aver vietato (comma 1°) «qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano», consente poi (comma 2°) «la ricerca cli-

nica e sperimentale su ciascun embrione umano (...) a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate, volte alla tutela e allo sviluppo dell'embrione stesso». Inoltre vieta (comma 3°, lett. b) «ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni».

L'art. 14 prevede che i genitori vengano informati sul numero e «su loro richiesta sullo stato di salute degli embrioni» (comma 5°).

¹⁷ Le Linee Guida, emanate con decreto del Ministro della Salute (d.m. 21.7.2004) vietavano «ogni diagnosi preimpianto a finalità eugenetica», precisando che le indagini relative allo stato di salute dell'embrione (ai sensi dell'art. 14, comma 5°, della legge), devono essere esclusivamente di tipo «osservazionale».

¹⁸ TRIB. CAGLIARI, 24.9.2007, in *Corr. giur.*, 2008, 375, con mia nota; in *Dir. fam. e pers.*, 2008, 275, con note di D'AVACK e CASINI; in questa *Rivista* 2008, I, 249, con nota di PALMERINI; TRIB. FIRENZE, 19.12.2007, in *Fam. e dir.*, 2008, 723, con nota di ASTEGGIANO, cui *adde* ora TRIB. CAGLIARI, 9.11.2012, questa *Rivista*, 2013 I, 67, con nota di PARDINI, cit. E v. T.A.R. LAZIO, 21.1.2008, in questa *Rivista*, 2008, I, 489, con nota di PENASA, che ha annullato

da del 2004 – che ammettevano diagnosi sull’embrione *in vitro* solo di tipo «osservazionale» – hanno dato una interpretazione costituzionalmente orientata della legge 40 tale da rendere ammissibile, in presenza di stringenti condizioni, le diagnosi preimpianto a favore delle coppie portatrici di malattie genetiche¹⁹. Le nuove Linee Guida (11 aprile 2008) conservano il divieto di «diagnosi preimpianto a finalità eugenetica», ma eliminano il riferimento alle indagini di «tipo osservazionale».

Il divieto assoluto di congelamento di embrioni, il divieto di realizzare più di tre embrioni e l’obbligo di impiantarli tutti (art. 14, l. n. 40), rendevano, tuttavia, in concreto difficilmente praticabile la tecnica di diagnosi preimpianto.

La sentenza della Corte, n. 151/2009, nel momento in cui autorizza la produzione del numero di embrioni ritenuto dai medici appropriato al caso singolo e consente la crioconservazione di embrioni, schiude la porta alla possibilità di fare diagnosi preimpianto²⁰. La giurisprudenza successiva ne ha confermato l’ammissibilità in coppia sterile o infertile²¹.

Alla luce di questa giurisprudenza e dei risultati pratici cui è giunta (rendere ammissibili le diagnosi preimpianto in coppie sterili o infertili affette da malattie genetiche) appariva ancor più dolorosa la condizione delle coppie portatrici di malattie genetiche, ma fertili. Per queste, infatti, il divieto di accesso alle DPI era fissato (non da uno specifico divieto di diagnosi preimpianto, ma) dalla norma generale che consente l’accesso alle tecniche solo alle coppie sterili o inferti-

li, senza tener conto della particolare condizione di quelle che, pur essendo fertili, incontrano un ostacolo altrettanto grave a procreare naturalmente in quanto portatrici di malattie genetiche.

Per queste coppie l’accesso alle tecniche è la condizione preliminare per poter effettuare diagnosi preimpianto (DPI), per identificare gli embrioni ai quali il gene non è stato trasmesso, per impiantare soltanto questi, per avere quindi la possibilità di far nascere un figlio non affetto dalla malattia di cui i genitori sono portatori.

Il quadro risultava ulteriormente complesso per il fatto che le linee guida, in seguito alla modifica del 2008, rendono disponibili le tecniche di PMA per le coppie nelle quali l’uomo sia affetto da malattie virali sessualmente trasmissibili²².

Il divieto di diagnosi preimpianto per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche non era sembrato superabile in via interpretativa, dato il tenore testuale dell’art. 4 della legge. È questo il nodo che giunge infine all’esame della Corte di Strasburgo²³. La Corte europea ritiene che, per la sua irragionevolezza, il divieto previsto dalla legge italiana superi il margine di discrezionalità riservato agli Stati dall’art. 8 Conv. eur. dir. uomo. Da un lato infatti la legge italiana (l. n. 194/1978) consente l’interruzione della gravidanza quando, a seguito di diagnosi prenatali, siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna, dall’altro, invece, non consente le diagnosi preim-

lato – riscontrando il vizio di illegittimità per eccesso di potere – «la disposizione delle Linee Guida in materia di procreazione medicalmente assistita approvate con D.M. 21 luglio 2004 nella parte riguardante le Misure di Tutela dell’embrione laddove si statuisce che ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati in vitro, ai sensi dell’articolo 13, comma 5°, dovrà essere di tipo osservazionale».

In precedenza sempre il Tribunale di Cagliari aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale dell’art. 13 della legge nella parte in cui conterrebbe il divieto di diagnosi preimpianto (TRIB. CAGLIARI, 16.7.2005, in questa *Rivista*, 2006, I, 613, con nota di PALMERINI; in *Giur. it.*, 2006, 1167, con nota di BANCHETTI). La Corte costituzionale si pronuncia per la manifesta inammissibilità della questione in considerazione del fatto che, a suo giudizio, il giudice remittente non poteva limitarsi ad impugnare l’art. 13, ma avrebbe dovuto estendere il giudizio di costituzionalità ad altre parti della legge n. 40 (CORTE COST., 9.11.2006, n. 369, in *Fam. e dir.*, 2007, 545, con nota di FIGONE; in *Giur. cost.*, 2006, 3831, con note di C. CASINI-M. CASINI; TRIPODINA e D’AMICO). La coppia di coniugi, a questo punto, preferisce abbandonare il procedimento cautelare in corso ed intraprendere nuovo procedimento in via ordinaria, rinnovando la domanda di diagnosi preimpianto sugli embrioni crioconservati. TRIB. CAGLIARI, 24.9.2007, cit., accoglie la domanda, facendo propria l’interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 13.

¹⁹ «È legittima la diagnosi preimpianto su embrione *in vitro* quando risponda alle seguenti caratteristiche: sia stata chiesta dai soggetti indicati nell’art. 14, comma 5°, l. n. 40/2004; abbia ad oggetto gli embrioni de-

stinati all’impianto nel grembo materno; sia strumentale all’accertamento di eventuali malattie dell’embrione e finalizzata a garantire a coloro che abbiano avuto legittimo accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita una adeguata informazione sullo stato di salute degli embrioni da impiantare»: TRIB. CAGLIARI, 24.9.2007, cit.; TRIB. FIRENZE, 19.12.2007, cit.

²⁰ V. SALANITRO, *Principi e regole, contrasti e silenzi: gli equilibri legislativi e gli interventi giudiziari in tema di procreazione assistita*, in *Fam.*, pers. e succ., 2010, 85.

²¹ TRIB. BOLOGNA, 26.9.2009, in *Giur. merito*, 2009, I, 3000, con nota di CASABURI. Nel caso di specie la coppia aveva già un figlio, ma risultava agli atti una infertilità sopravvenuta. E v. anche TRIB. CAGLIARI, 9.11.2012, cit., che si distingue per il fatto di aver ordinato al servizio pubblico di provvedere, anche in modo indiretto, ove non disponga del personale o dei mezzi idonei ad effettuare DPI.

²² In tal caso, tuttavia, non occorre procedere a DPI, essendo sufficiente un semplice «lavaggio» spermatico per evitare il contagio della madre e del nascituro. Muovendo dall’assunto per cui anche nel caso di coppie che presentano problemi di questa natura vi sarebbe un impedimento non altrimenti rimuovibile alla procreazione per via naturale, le Linee Guida ampliano le regole sull’accesso rigidamente definite dall’art. 4, non senza far sorgere il dubbio se un tale risultato sia correttamente perseguibile per via regolamentare.

²³ CORTE EUR. DIR. UOMO, 28.8.2012, cit.

pianto, grazie alle quali – in modo assai meno invasivo – è possibile individuare gli embrioni non portatori della malattia genetica evitando l'impianto di quelli ammalati. La sentenza di Strasburgo condanna l'Italia al risarcimento del danno e impone allo Stato di adeguarsi alla sua decisione. Il legislatore, tuttavia, non ha modificato la l. n. 40 secondo quanto richiesto dalla Corte europea. Esclusa la possibilità di una «applicazione diretta» della sentenza di Strasburgo, alcuni giudici di merito hanno sollevato dinnanzi alla Consulta la questione di legittimità costituzionale²⁴. Da ultimo il Tribunale di Milano con ordinanza 4.3.2015. La questione è motivata su due ordini di argomenti. Da un lato gli artt. 2, 3 Cost., il rispetto dell'autodeterminazione nelle scelte legate alla procreazione, il principio di eguaglianza e di ragionevolezza, dall'altro il diritto alla salute, dato che il divieto finisce per costringere le coppie portatrici di malattia geneticamente trasmissibile ad avviare una gravidanza per poi doverla interrompere se le diagnosi prenatali fossero infauste.

Con motivazione essenziale, la Corte accoglie la questione e dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, commi 1° e 2°, e dell'art. 4, comma 1°, l. n. 40 «nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1°, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 (...), accertate da apposite strutture pubbliche»²⁵. La questione viene valutata e ritenuta fondata, in relazione al profilo – ritenuto «assorbente di ogni altra censura» – che riguarda il «vulnus effettivamente arrecato, dalla normativa denunciata, agli artt. 3 e 32 Cost.», in tal modo evitando di pronunciarsi sulla questione, più delicata e controversa, della violazione del parametro costituzionale dell'art. 2, sotto il profilo della lesione dell'autodeterminazione della coppia nelle scelte relative alla procreazione, profilo che, invece, era ben presente nella pronuncia della Corte europea focalizzata violazione della vita privata e familiare.

Vi è peraltro sintonia con la Corte europea dato che la Corte costituzionale si allinea al giudizio di irragionevolezza del divieto a suo tempo formulato dalla prima. «Sussiste» – secondo la Corte – «un insuperabile aspetto di irragionevolezza dell'indiscriminato divieto», di accesso alla procreazione assistita con diagnosi preim-

pianto, «da parte di coppie fertili affette (anche come portatrici sane) da gravi patologie genetiche ereditarie, suscettibili (secondo le evidenze scientifiche) di trasmettere al nascituro rilevanti anomalie o malformazioni». Questo perché, «con palese antinomia normativa (...), il nostro ordinamento consente, comunque, a tali coppie di perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici, attraverso la, in negabilmente più traumatica, modalità della interruzione volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali». Una «antinomia normativa» che si risolve nella violazione dello stesso diritto alla salute della donna, non giustificata da esigenze di bilanciamento con diritti contrapposti del nascituro dato che questi si troverebbe comunque esposto all'aborto.

Rilevata l'irragionevolezza del sistema normativo, la Corte non può esimersi dal dichiararne l'illegittimità costituzionale, peraltro con due cautele. In primo luogo si richiede a) che le gravi patologie ereditarie da cui sono affette le coppie richiedenti siano «adeguatamente accertate (...) da apposita struttura pubblica specializzata»; e b) che si tratti di malattie del genitore tali da comportare il pericolo di rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro «alla stregua del medesimo "criterio normativo di gravità" già stabilito dall'art. 6, comma 1°, lettera b) della legge n. 194 del 1978». Nello stesso tempo, la Corte non manca di sollecitare il legislatore a regolamentare le diagnosi preimpianto.

Il dialogo, dunque, ha dato i suoi frutti: in questo caso parrebbe davvero che la decisione di Strasburgo abbia dato un contributo decisivo alla soluzione del problema.

3. Il dialogo in corso: il divieto di sperimentazione su embrioni.

Su altre questioni il dialogo tra le Corti è ancora in corso. Innanzi alla Corte costituzionale è pendente la questione relativa al divieto di ricerca sugli embrioni non impiantabili²⁶. La Corte costituzionale ha sospeso la propria decisione in attesa della pronuncia della Corte eur. dir. uomo sul caso *Parrillo* (quello della vedova di Nassirya che intende donare alla ricerca gli embrioni congelati prima della morte del marito). La sentenza europea è giunta alla fine di agosto

²⁴ TRIB. ROMA, ord. 15.1.2014; TRIB. ROMA, ord. 27.2.2014 e v. anche TRIB. ROMA, 23.9.2013, in *www.consultaonline.it* e, ivi, il commento di RUGGERI, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronuncia del Trib. di Roma, I sez. civ., che dà «seguito» a Corte EDU Costa e Pavan.*

²⁵ CORTE COST., 5.6.2015, n. 96, in questa *Rivista*, 2015, I, 930 ss., con mio commento, *Come d'autunno sugli alberi le foglie. La legge '40 perde anche il divieto di diagnosi preimpianto*, ivi, II, 582 ss. Conforme la recentissima CORTE COST., 11.11.2015, n. 229 che «dichia-

ra l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, commi 3°, lettera b), e 4° della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nella parte in cui contempla come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa sia esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1°, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela della maternità e sulla interruzione della gravidanza) e accertate da apposite strutture pubbliche».

²⁶ TRIB. FIRENZE, ord. 7-12.12.2012.

(27.8.2015, *Parrillo c. Italia*). La Corte europea esclude che la legge italiana integri una violazione della Convenzione. Se è vero, infatti, che la decisione di destinare gli embrioni alla ricerca scientifica rientra nel perimetro di applicazione dell'art. 8 Conv. eur. dir. uomo, in quanto espressione della libertà di autodeterminarsi su questioni inerenti alla vita privata e familiare, è però anche vero che sulla questione – mancando un *consensus* tra gli Stati europei – va riconosciuto agli Stati un ampio margine di apprezzamento²⁷.

A ciò si aggiunga che nel caso di specie la volontà di donare gli embrioni alla ricerca scientifica era stata espressa solo dalla donna, non esistendo prova di una manifestazione di volontà in tal senso da parte del compagno della ricorrente²⁸.

Si attende ora la decisione della Corte costituzionale, decisione che non necessariamente dovrà allinearsi a Strasburgo, ma che non potrà non esserne influenzata.

Vi è poi un dialogo appena iniziato, che riguarda il riconoscimento da parte dello stato nazionale degli *status* costituiti all'estero di bimbi nati da gestazione per altri o da fecondazione eterologa in coppie *same-sex*. Un tema difficile affidato ad altre relazioni.

Come concludere? Il dialogo tra le Corti è in corso e sta dando i suoi frutti. Quello che invece manca è il dialogo tra le Corti ed il legislatore. La Corte costituzionale, pur nella convinzione che le sue pronunce non determinino vuoti normativi²⁹, ha ripetutamente sottolineato la necessità di un intervento legislativo per mettere a fuoco questioni su cui sussistono margini d'incertezza. Quando la Corte europea ha condannato l'Italia non ha ottenuto alcuna risposta. Non è forse giunto il momento di una disciplina appropriata che dia una risposta ai tanti problemi aperti dalle sentenze della Corte costituzionale e della Corte europea?

²⁷ «The question of the donation of embryos not destined for implantation clearly raises “delicate moral and ethical questions” (see *Evans v. UK*; *S.H. and Others v. Austria*; and *Knecht v. Romania*) and that the comparative-law materials available to the Court show that, contrary to the applicant’s affirmations, there is no European consensus on the subject».

²⁸ «Lastly, the Court observes that in this case the choice to donate the embryos in question to scientific research emanates

from the applicant alone, since her partner is dead. The Court does not have any evidence certifying that her partner, who had the same interest in the embryos in question as the applicant at the time of fertilisation, would have made the same choice. Moreover, there are no regulations governing this situation at domestic level».

²⁹ Si vedano in motivazione CORTE COST., 10.6.2014, n. 162 e CORTE COST., 5.6.2015, n. 96.

Usucapione, acquisti *a non domino* e Convenzione europea dei diritti dell'uomo

di Attilio Guarneri

SOMMARIO: 1. Il problema. - 2. Note preliminari su *usucapio* e *adverse possession*. - 3. Il caso *Graham v. J.A. Pye Ltd.* davanti ai giudici inglesi. - 4. Il caso *J.A. Pye Ltd. v. U.K.* davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo. - 5. Riflessioni e prospettive. - 6. Gli acquisti mobiliari *a non domino*: a) i dati storico-comparativi. - 7. *Segue*: b) valutazioni critiche.

1. Il problema.

Un recente caso, già discusso con esiti alterni in tre gradi di giudizio davanti alle Corti di giustizia del Regno Unito, e poi dibattuto, anche qui con diverse soluzioni, davanti alla Corte Europea dei diritti dell'uomo, ha posto il problema della compatibilità dell'usucapione con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ciò sia nei suoi presupposti teorici, sia nelle sue concrete regole operazionali¹.

Il profilo di possibile contrasto tra usucapione e Convenzione riguarda in particolare l'art. 1 del Primo Protocollo addizionale alla Convenzione, sottoscritto a Parigi il 20 marzo 1952, per il quale, come è noto: «Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principii generali del diritto internazionale². Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre 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 o delle ammende».

Come è noto, tale regola grazie alla ratifica della Convenzione da parte dei Parlamenti nazionali degli

Stati aderenti alla Convenzione medesima, è entrata nel novero delle fonti dei singoli Stati, è stata riproposta ex art. 6, § 2, t.u.e., sottoscritto a Maastricht il 7 febbraio 1992 ed è stata solennemente riaffermata con la sottoscrizione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, avvenuta a Nizza il 7 dicembre 2000.

Nel capitolo «Libertà», all'art. 17, viene stabilito che: «Ogni individuo ha il diritto a godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne, di lasciarli in eredità. Nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale»³.

I profili di criticità attengono all'assenza di una causa di pubblica utilità e all'assenza della previsione di un «serio ristoro» per operare il passaggio di proprietà da un soggetto privato a favore di altro soggetto privato.

L'ampio dibattito, prodottosi in ordine alle decisioni della Corte di Strasburgo di cui sopra, si è inserito, a sua volta, in una vasta e talvolta vivace discussione, da tempo presente nella dottrina di area angloamericana, sui rapporti tra proprietà e diritti umani, che ha porta-

¹ Si tratta del caso *J.A. Pye (Oxford) Ltd. v. The United Kingdom*, deciso in un primo tempo dalla IV sez. della Corte di Strasburgo il 15.11.2005 e poi nuovamente esaminato dalla Grande Chambre della medesima Corte il 30.8.2007.

Prima di giungere all'attenzione della Corte di Strasburgo il medesimo caso, questa volta denominato dai nomi dei contendenti *Graham v. J.A. Pye Ltd.*, aveva conosciuto tre gradi di giudizio presso le Corti del Regno Unito: il 4.2.2000 presso la *High Court of Justice*, ((2000) Ch. 676); il 6.2.2001 presso la *Court of Appeal*

((2001) EWCA Civ. 117); il 4.7.2002 presso la *House of Lords* ((2002) UKHL, 30; (2002) 3 ALL ER 865).

² GAMBARO, *I beni*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, X, Giuffrè, 2012, 38 ss., ha criticato le scelte linguistiche dei giuristi redattori della Convenzione, in particolare evidenziando l'uso disinvoltato delle parole «beni» e «proprietà» come se fossero intercambiabili.

³ Per un primo approfondimento cfr. COMPORTI, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 189 ss.

to gli interpreti a proporre la restrizione dell'ambito di applicazione dell'usucapione e a suggerire, in talune fattispecie, un indennizzo (*indemnification*) a favore del proprietario, rimasto privato del suo diritto.

Tale orientamento è stato fatto proprio anche da taluni legislatori anglosassoni: si pensi alla riforma radicale della disciplina dell'*Adverse Possession*, attuata nel Regno Unito con il *Land Registration Act* del 2002⁴; all'*Act* del 5.8.1989 dell'Oregon e all'*Act* del 25.3.1995 dell'Arkansas⁵.

All'origine di tale tendenza sono, come poi vedremo, ragioni antiche e nuove.

Le prime sono legate ad un orientamento, risalente al medioevo, che delinea l'usucapione come un istituto tollerato, perché necessario, ma accolto con forti riserve di tipo morale, perché, alla fine, ripugnante: non a caso in tale epoca è stata coniata la sua denominazione quale *impium praesidium*. Tali ragioni sono poi anche connesse alla costruzione giusnaturalistica del diritto di proprietà, affermatasi in epoca illuminista, e alle suggestioni di un parallelismo, peraltro non sempre condiviso, con l'espropriazione della proprietà privata da parte dello Stato o di altro ente pubblico per motivi di interesse generale, accompagnata dalla corresponsione di una *just compensation*, secondo il V Emendamento della Costituzione U.S.A.⁶. L'asserita simmetria tra ablazione della proprietà mediante espropriazione e ablazione della proprietà mediante usucapione

imporrebbe la previsione *de jure condendo* anche nel secondo caso di una sorta di corrispettivo per il proprietario privato del suo diritto, onde superare tale pretesa ingiustificata discriminazione⁷.

Le ragioni nuove sono connesse alla necessità di contrastare il crescente fenomeno dell'illecito di occupazione abusiva di immobili sfitti (c.d. *squatting*) vuoi da parte di persone prive di abitazione, vuoi da parte di gruppi politici, che, come atto di protesta contro le disuguaglianze economiche e sociali, prendono possesso di case, edifici e terreni, che trasformano in spazi «creativi» ad uso politico, culturale, sportivo, etc. o in tipologie di abitazioni gestite da gruppi o collettività, secondo i modelli di comportamento cari all'*occupy movement*⁸.

Tale fenomeno, anche secondo i cultori dell'analisi economica del diritto, impone costi crescenti di vigilanza continua sul bene, al fine di ostacolarlo e maggiori garanzie al proprietario, al fine di consentirgli un'adeguata reazione.

Infine, i profili problematici di cui sopra evocano altre e diverse vicende acquisitive della proprietà *invito domino*, quali gli acquisti *a non domino*, così da estendere anche a questi ultimi l'analisi di compatibilità con i principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, atteso che anche in queste vicende si assiste alla sottrazione della proprietà altrui senza la corresponsione di alcun indennizzo.

⁴ Come è noto, con la legge del 2002, non applicabile retroattivamente al caso *Graham v. J.A. Pye Ltd.* di cui sopra, il possessore, dopo dieci anni di esercizio del suo possesso, se vuole usucapire il bene, deve notificare una comunicazione al proprietario dell'avvio della procedura, volta all'accertamento dell'intervenuta usucapione. A questo punto il proprietario, così avvisato, potrà attivarsi nei due anni successivi e ripristinare il proprio possesso, ponendo fine alla propria inerzia nell'esercizio del diritto ed evitando così il compiersi dell'usucapione. In tal modo, come è stato autorevolmente rilevato (così DIXON, *Modern Land Law*, Routledge, 2012, 442 ss.), l'usucapione ha visto ridursi largamente le proprie chances di applicazione.

⁵ Altri Stati degli Stati Uniti, quali Iowa, Georgia, Hawaii, Alaska, New Mexico, Indiana, Louisiana (quest'ultimo a mezzo dell'art. 3475 del codice civile louisianese) hanno introdotto quale requisito necessario dell'usucapione la buona fede del *possessor ad usucapionem*, precludendo così *a contrario* la possibilità di usucapire al possessore di mala fede.

Sulla crescente avversione di certa dottrina U.S.A. all'*adverse possession*, con proposte di totale abolizione per legge della medesima o di riduzione del suo ambito di applicazione con espressa esclusione delle *wild lands*, onde evitare la compromissione dell'ambiente, cfr. CATERINA, *Impium praesidium. Le ragioni a favore e contro l'usucapione*, Giuffrè, 2001, 2-3 e 35; VIGLIONE, *Proprietà e usucapione: antichi problemi e nuovi paradigmi*, in questa *Rivista*, 2013, II, 469 ss.

⁶ Che, come è noto, recita: «No person shall (...) be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use without just compensation».

L'accostamento a tal fine tra gli istituti dell'espropriazione e dell'usucapione è visto con favore da PATTI, *Perdita del diritto a seguito*

di usucapione e indennità (alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo), in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, 664-665. *Contra* cfr. MAGRI, *Usucapione ed acquisto a non domino nel prisma della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, § 3, in attesa di pubblicazione.

⁷ Cfr. PATTI, *op. loc. cit.*, che richiama un'ulteriore simmetria con l'istituto dell'occupazione acquisitiva, che prevede, come è noto, un risarcimento del danno a favore del proprietario, soggetto alla conseguente ablazione del suo diritto, oggetto di una pronuncia della nostra Corte Costituzionale con riferimento alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: cfr. CORTE COST., 24.10.2007, n. 349, in *Foro it.*, 2008, I, 39.

Con tale sentenza è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 5 bis, comma 7° bis, d.l. 11.7.1992, n. 333, convertito, con modificazioni, in l. 8.8.1992, n. 359, introdotto dall'art. 3, comma 65°, l. 23.12.1996, n. 662, nella parte in cui non prevede, per il caso di occupazione acquisitiva, il ristoro integrale del danno subito dal proprietario dell'immobile.

In tal modo, la nostra Corte costituzionale ha allineato il diritto nazionale all'insegnamento di CORTE EUR. DIR. UOMO, 6.3.2007, ric. 43662/98, *Scordino c. Italia*, in *La resp. civ.*, 2007, 1043, per la quale, in caso di occupazione acquisitiva deve essere garantito al privato in primo luogo il diritto ad ottenere la restituzione dell'immobile, ivi compresa l'opera pubblica eventualmente costruita sul medesimo, e, ove ciò non sia possibile, il diritto ad un'indennità pari al valore attuale del terreno occupato, aumentata dell'eventuale plus-valore, consistente nell'esistenza di costruzioni edificate durante l'occupazione da parte della Pubblica Amministrazione.

Sulla vicenda cfr. *ex multis* COMPORTI, *op. cit.*, 196-198.

⁸ Cfr. CATERINA, *ibidem*; VIGLIONE, *op. cit.*, 470-478; MAGRI, *op. cit.*, § 3.

In breve, scopo del presente saggio è quello di rispondere al quesito se gli istituti dell'usucapione e degli acquisti *a non domino*, che, come impone una tradizione plurisecolare, comportano il sacrificio del diritto di proprietà senza la corresponsione di un indennizzo, possano continuare a trovare pacifica applicazione o non siano da considerare, in tutto o in parte, in contrasto con la più volte citata Convenzione europea, là dove tutela come diritto dell'uomo il diritto di proprietà.

Inoltre, andando oltre ai confini di vigenza della Convenzione, vi è da chiedersi se il fenomeno dei *legal transplants*, detto altrimenti della circolazione dei modelli o della *cross-fertilization*, non possa suggerire o imporre nel medio o lungo periodo un *legal change*, una significativa mutazione di tali istituti, confermando, ancora una volta, la missione di legislatore occulto, svolta dalla comparazione giuridica⁹.

2. Note preliminari su *usucapio* e *adverse possession*.

Per comprendere al meglio lo scenario in cui verranno analizzate le novità di cui sopra occorre evocare preliminarmente le fattispecie dell'usucapione e dell'*adverse possession*, come si sono venute affermando nell'area della *western legal tradition*.

Allo scopo, occorre richiamare in primo luogo un profilo unitario, rappresentato dapprima dalle diverse epoche protostoriche, poi sviluppatosi nell'esperienza giuridica romana e in seguito analizzare, nelle due diverse aree di *civil law* e di *common law*, che, in vario modo, sono emerse, partendo da tale esperienza comune, la differenza di struttura, accompagnata da una identità di effetti, che si è venuta elaborando tra l'usucapione e le sue diverse epifanie linguistico-concettuali continentali, da un lato, e *adverse possession*, come costruita dai *common lawyers*, dall'altro.

Sarà utile adottare anche in questo caso un modulo conoscitivo già sperimentato con largo successo in tema di contratti, quale è quello basato sulla distinzione tra genotipo e fenotipo.

Come si ricorderà, proprio in tema di contratti, dove pure è apparsa una differenza strutturale tra il *contract* della tradizione di *common law*, da un lato, e il *contrat*,

contrato, *contratto* e *vertrag* delle diverse tradizioni di *civil law*, dall'altro, è stata enunciata da un celebre comparatista¹⁰ la distinzione tra una nozione superastratta e generalissima, sciolta dai vincoli di un diritto positivo territoriale, operante in un determinato periodo storico, denominata genotipo, capace per ciò solo di comprendere ogni variante spazio-temporale del fenomeno contrattuale, e singole sottozioni, più empiriche, idonee ad individuare elaborazioni concettuali e applicazioni concrete, più legate sul piano storico e territoriale a particolari sistemi. Tali sottozioni sono comunemente conosciute con il nome di fenotipi.

Nel nostro caso, il genotipo usucapione consiste, come è noto, nell'esercizio in linea di fatto di un diritto reale su di un determinato bene, comunemente chiamato possesso, prolungato per un tempo, stabilito volta a volta dal singolo ordinamento giuridico, che determina l'acquisto del diritto.

Il soggetto così arricchito è il possessore e quello, per converso, così impoverito è il precedente titolare, che perde il diritto¹¹.

Ciò posto, abbiamo dapprima un profilo unitario dell'istituto, che si viene elaborando nelle epoche protostoriche, che non conoscono la scrittura e, ancora più oltre, non conoscono neppure un linguaggio articolato nei termini in cui siano abituati a praticarlo in epoca moderna. In tali epoche, l'usucapione rientra a pieno titolo nella macrocategoria dei rapporti di fatto, dove i nostri lontanissimi antenati hanno elaborato lentamente regole e prassi applicative per risolvere i contrasti relativi all'attribuzione dei beni e ciò senza ricorrere all'uso della forza e delle armi¹².

Tale profilo unitario prosegue nell'esperienza giuridica romana¹³.

Come è noto, la codificazione delle XII tavole del 451-450 a.C. recepisce e delinea una regola consuetudinaria preromana, che attribuisce al possesso qualificato da una certa durata temporale (peraltro brevissima: due anni per i fondi, un anno per le cose mobili) l'efficacia acquisitiva del diritto corrispondente. La norma fondamentale di tale testo arcaico del diritto romano¹⁴, da noi conosciuta a mezzo di una citazione di Cicerone¹⁵, così recita: «*Usus auctoritas fundi bien-*

⁹ La fortunata immagine è di GAMBARO, *Il successo del giurista*, in *Foro it.*, 1983, V, c. 85.

¹⁰ Cfr. SACCO, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, nel *Trattato di diritto civile*, diretto da SACCO, I, Utet, 2004, 51 ss.

¹¹ Cfr. CATERINA, *op. cit.*, 5-6.

¹² Cfr. SACCO, *Antropologia giuridica*, Il Mulino, 2007, 175-208. Si tratta di un capitolo intitolato «*Il diritto, il pensiero, la parola*», denso di approfondimenti e pieno di suggestioni, che descrive il progressivo passaggio dal diritto muto al diritto verbalizzato al diritto scritto e al diritto autoritativo; Id., *Per una macrostoria del diritto*, in *www.apertacontrada.it*, 2.7.2011, 4 ss. Ivi è anche un'analisi di un certo parallelismo tra condotta dell'uomo preistorico e con-

dotta di certe specie animali; in proposito si può richiamare anche CATERINA, *Dominanza e possesso (e proprietà?) in alcune società non umane*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 449 ss.

¹³ Cfr. per un primo approfondimento tra i romanisti VACCA, voce «*Usucapione (dir. rom.)*», in *Enc. del dir.*, XLV, Giuffrè, 1992, 989 ss.; FABBRINI, voce «*Usucapione (dir. rom.)*», nel *Noviss. Digesto it.*, XX, Utet, 1975, 280 ss., ove letteratura e fonti citt.; tra i civilisti cfr. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, Giuffrè, 1975, 3a ed., 34 ss.

¹⁴ *XII tab.*, 6,3.

¹⁵ CICERONE, *Topica*, 4,23.

nium est (...) ceterarum rerum omnium annuus est usus». La regola significa che la garanzia (*auctoritas*) dell'alienante (*auctor*) cessa dopo due anni per i fondi, dopo un anno per le cose mobili, qualora per questo periodo l'acquirente abbia avuto il possesso (*usus*). Trascorso il biennio o l'anno, il possessore, convenuto in rivendica, può contrastare il titolo fatto valere *ex adverso* semplicemente affermando, sulla base del possesso: «*hanc rem meam esse ex iure Quiritium*».

Con il successivo sviluppo del pensiero giuridico, come è ben noto, la regola dell'*usus-auctoritas*, originariamente costruita, come si è visto, in funzione di limite processuale dell'azione di rivendica, si trasforma in regola di diritto materiale e genera l'effetto sostanziale della *cipio rei*, con conseguente perdita del diritto da parte dell'antico proprietario a causa del possesso altrui, perdurato nel tempo¹⁶.

Si perviene così a due definizioni classiche famose dell'istituto: quella di Ulpiano, per la quale: «*usucapio est dominii adeptio per continuationem possessionis anni vel biennii*»¹⁷ e quella di Modestino, per la quale: «*usucapio est adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti*»¹⁸.

I requisiti della buona fede del possessore e di una *iusta causa possessionis*, a lungo prevalenti nel periodo classico e postclassico, vengono ribaditi nelle riforme legislative di Giustiniano ai fini dell'acquisto del diritto corrispondente¹⁹ e mantengono la loro vigenza anche nel periodo del diritto comune, salvo essere poi parzialmente abbandonati nel *Code Napoléon* e negli altri codici moderni.

In breve, già in epoca romana l'usucapione ha conseguito quelle caratteristiche strutturali, che ha poi conservato in parte ancor oggi nei sistemi codificati.

Accanto al fenotipo romano, poi continuato, come si è visto, pur con singole varianti spazio-temporali nelle diverse esperienze continentali, vi è il diverso fenotipo dell'*adverse possession*, affermatasi nell'area di *common law*.

Questo è descritto come una fattispecie costruita ad effetti essenzialmente estintivi: per essa, il titolare del diritto, comunemente detto *the paper owner*, rimasto inerte nell'esercizio del medesimo per un certo tempo, storicamente variabile, perde l'azione e il diritto. Ciò

fa sì che, per riflesso, l'eventuale possessore del medesimo bene, comunemente detto *the squatter*, dotato in tale veste di un semplice *legal title to land*, di per sé precario, perché destinato in via ordinaria ad essere travolto dall'azione reipersecutoria, esperita dall'effettivo titolare, una volta estinti l'azione e il diritto di quest'ultimo per decorso del tempo prescritto, acquisisce eccezionalmente e automaticamente un *title* non più precario, ma inoppugnabile.

L'effetto estintivo riconosciuto all'*adverse possession* porta l'interprete inglese a ritenere «inutile e anzi incomprensibile» la nozione continentale di usucapione, per la quale il decorso del tempo fa maturare il possesso in diritto, per la semplice ragione che un diritto al godimento del bene sussiste già in forza del suo impossessamento e può, occorrendo, valere ad eliminare le pretese di altri titolari-possessori precedenti²⁰.

Ciò fa concludere gli interpreti nel senso di considerare l'*adverse possession* un istituto strutturalmente diverso dall'*usucapio* della tradizione romano-continentale, ma convergente con quest'ultima *quoad effectus* e quindi avente una funzione economica simile²¹.

Ancora una volta nella comparazione *common law/civil law* si ripropone: «L'essenziale connotato» dell'allontanamento tra le due famiglie di sistemi giuridici «da individuare nel solco che separa la regola dalla sua verbalizzazione legislativa o giurisprudenziale o dottrinale. In breve, non differenza di regole, ma differenza di verbalizzazione di regole, di veicoli linguistici, di stampi concettuali, idonei a rappresentare le regole»²².

3. Il caso *Graham v. J.A. Pye Ltd.* davanti ai giudici inglesi.

Il caso *J.A. Pye Ltd. v. U.K.* di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo, cui sopra si accennava e che vede discusse *funditus* le ragioni a favore e contro la compatibilità dell'usucapione con la Convenzione, ha le sue radici in una controversia, che vede opposti sul suolo britannico i coniugi Graham, da un lato, e la *J.A. Pye Ltd.*, dall'altro e ciò non solo con esiti diversi nei distinti gradi di giudizio, ma anche con *obiter dicta* e *dissenting opinions* di grande rilievo.

Vi è da dire subito che, alla fine, l'*adverse possession*

¹⁶ Cfr. per tali profili, MENGONI, *op. cit.*, 34-36.

¹⁷ Cfr. ULPIANO, *Tit.*, 19,8.

¹⁸ Cfr. MODESTINO, *Digesto*, 41, 3, 3.

¹⁹ Come è noto, Giustiniano pone fine alla distinzione tra *longi temporis praescriptio* e *usucapio*, assorbendo la prima nella seconda. La *longi temporis praescriptio* era un semplice rimedio processuale con il quale il possessore per lungo tempo del bene poteva opporsi alla sua rivendica e riguardava i soli fondi delle province, non suscettibili di usucapione: cfr. VACCA, *op. cit.*, 1012.

²⁰ Cfr. MOCCIA, *Prescription, Limitation e Adverse Possession: ovvero il problema della prescrizione acquisitiva nel sistema inglese della*

Real Property, in *Studi per Sacco*, I, Giuffrè, 1994, 815 ss., e, in particolare, 845-853.

²¹ Cfr. CATERINA, *Impium praesidium*, cit., 6; Id., *Some Comparative Remarks on J.A. Pye (Oxford) Limited c. The United Kingdom*, in *European Review of Private Law*, 2007, 273 ss.; più diffusamente CHESHIRE-BURN, *Modern Law of Real Property*, edited by BURN and CARTWRIGHT, Oxford University Press, 2006, 17a ed., 114 ss.; RADLEY-GARDNER, *Pye (Oxford) Ltd. V. United Kingdom: The View from England*, in *European Review of Private Law*, 2007, 289.

²² LUPOLI, *Common Law e Civil Law (alle radici del diritto europeo)*, in *Foro it.*, 1993, I, c. 439-440.

verrà dichiarata conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo dalla Corte di Strasburgo, ma nei due gradi di giudizio avanti a questa Corte con decisioni, anche qui, di opposto segno, prese entrambe a maggioranza, che rendono già solo per questo la questione sostanzialmente aperta a future revisioni.

Vediamo ora anzitutto il tormentato *iter* britannico della controversia e poi passeremo a considerare quello altrettanto dibattuto avanti la Corte di Strasburgo.

Il caso può così riassumersi: certa società *J.A. Pye Ltd.*, «proprietaria», in quanto titolare di un *freehold estate*, di un terreno di 23 ettari, utilizzato come pascolo nel Berkshire, lo concede in affitto ai coniugi Graham, proprietari di un fondo confinante, con termine finale contrattuale al 31 dicembre 1983.

Alla scadenza del contratto gli affittuari, benché richiesti con lettera, inviata dalla società locatrice, di restituire il terreno locato, hanno continuato, ormai *sine titulo* ad utilizzarlo come pascolo e ciò ininterrottamente dal 1984 al 1999 senza più ricevere altre intimazioni di restituzione del bene e senza più pagare alcun canone di affitto.

Nel 1997 i Graham hanno esperito un'azione, volta all'accertamento dell'intervenuto acquisto a loro favore della proprietà su tale terreno e l'anno successivo hanno resistito a una domanda della società locatrice per il rilascio del fondo.

La tesi sostenuta dai coniugi Graham era che la società aveva perso ogni diritto sul fondo in applicazione della *section 15* del *Limitation Act* del 1980, allora vigente²³.

La *High Court*, con sentenza 4.2.2000, accoglie la domanda dei Graham, in precisa applicazione della regola di cui sopra.

Tuttavia il giudice Neuberger, alla fine della motivazione, rileva che il risultato da lui raggiunto: «*did not accord with justice*», perché anzitutto privo di giustificazione in un sistema di titoli dominicali registrati, dove l'incertezza delle situazioni di appartenenza può essere facilmente superata con la semplice consultazione del *Land Registry* e perché la sottrazione della proprietà al

precedente proprietario è da considerare «*illogical and disproportionate*»²⁴.

In accoglimento dell'appello, proposto dalla soccombente Pye, la Corte d'Appello riforma integralmente la sentenza della *High Court* sul riflesso che i coniugi Graham non avrebbero avuto l'*animus possidendi*.

Nell'occasione, due giudici della Corte d'Appello hanno rilevato che l'istituto dell'*adverse possession* potrebbe essere considerato contrario all'art. 1 del primo protocollo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

I soccombenti Graham si rivolgono allora alla *House of Lords*, che, in accoglimento della loro impugnazione, riconosce che l'*adverse possession* si è perfezionata a loro favore. Ciò sul presupposto che i Graham avevano posseduto il terreno, integrando pienamente i requisiti del *corpus* e dell'*animus possidendi*. Vi è però imbarazzo e disagio da parte dei giudici nell'accogliere tale prospettazione. In particolare, il giudice Lord Bingham of Cornhill osserva che: «*where land is registered it is difficult to see any justification for a legal rule which compels such an apparently unjust result, and even harder to see why the party gaining title should not be required to pay some compensation at least to the party losing it*»; e più oltre rileva: «*While I am satisfied that the appeal must be allowed for the reasons given by my noble and learned friend, this is a conclusion which I (like the judge [Neuberger J]...) "arrive at with no enthusiasm"*». E il giudice Lord Hope of Craighead, dal canto suo, rileva: «*(...) the unfairness in the old regime which this case has demonstrated lies in the lack of procedural safeguards against oversight or inadvertence on the part of the registered proprietor*»²⁵.

4. Il caso *J.A. Pye Ltd. v. U.K.* davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Come già si è accennato, la Corte di Strasburgo, su ricorso di *J.A. Pye (Oxford) Ltd.* e di *J.A. Pye (Oxford) Land Ltd.*, è stata poi adita al fine di decidere sulla conformità dell'*adverse possession* con l'art. 1, prot. 1,

²³ Per essa: «*No action shall be brought by any person to recover any land after the expiration of twelve years from the date on which the right of action accrued to him or, if it first accrued to some person through whom he claims, to that person (...)*».

²⁴ Scrive in proposito il giudice Neuberger: «*It does seem draconian to the owner and a windfall for the squatter that, just because the owner has taken no step to evict a squatter for 12 years, the owner should lose 23 hectares of land to the squatter with no compensation whatsoever*».

²⁵ In terra inglese abbiamo da segnalare, tra l'altro, le perplessità rilevate nella scarsa tutela del diritto di proprietà di fronte all'*adverse possession* nel caso *Beaulane Properties Ltd v. Palmer* ((2006) Ch 79) in cui si può leggere, tra l'altro: «*the expropriation of registered land without compensation in circumstances such as exist*

in this case does not advance any of the legitimate aims of the statutory provisions and is disproportionate. Nor is it justified (...) by the need to have a uniform rule applicable across the board. In essence, the registered owner loses his land because he has failed to take steps to get rid of a trespasser within a 12-years period. But (...) the acts of trespass may not be obvious, or may be trivial and entirely harmless. Further, the owner may not know the law, and may not realize that the failure to take steps to put an end to a situation, which is doing him no harm, may be prejudicing his position. There is little or no fault involved. On the other side, the trespasser will usually know that he is trespassing, will already have benefited from the acts of trespass, and will have done nothing whatsoever to deserve the windfall of being given the property in return for having illegitimately used it for a long time».

della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

La sezione quarta di tale Corte, con sentenza 15.11.2005, con quattro voti contro tre e quindi con le opinioni dissenzienti dei giudici Maruste, Garlicki e Borrego Borrego ha accolto il ricorso, accertando la contrarietà della disciplina britannica, vigente al tempo della controversia e quindi *ante* riforma del 2002, non applicabile retroattivamente, ai diritti umani, come tutelati dalla Convenzione europea.

In particolare, la predetta quarta sezione ricorda in motivazione che l'art. 1 del primo protocollo della Convenzione contiene tre regole distinte di cui la seconda (perdita della proprietà per causa di pubblica utilità) e la terza (controllo pubblico dell'uso dei beni) devono essere interpretate alla luce della prima regola (godimento pacifico della proprietà): tale regola è dunque la stella cometa, che, ad avviso della Corte, deve guidare l'interpretazione delle altre due.

Ciò posto, prosegue la Corte, le disposizioni di diritto interno di ogni Stato aderente alla Convenzione devono realizzare una *fair balance* tra l'interesse generale della comunità e la protezione dei diritti fondamentali dell'individuo.

Tale contemperamento avviene mediante la corresponsione di un indennizzo e proprio l'*an* e il *quantum* di quest'ultimo sono segni inequivocabili del rispetto o meno del diritto fondamentale dominicale, fatti salvi casi del tutto eccezionali. Scrive, infatti, la Corte che: «*The taking of property in public interest without payment of compensation reasonably related to its value is justified only in exceptional circumstances*»; e che l'applicazione delle leggi britanniche del 1925 e del 1980, volta a: «*to deprive the applicant companies of their title to the registered land imposed on them an individual and excessive burden and upset the fair balance between the demands of the public interest, on the one hand, and the applicants' right to the peaceful enjoyment of their possessions, on the other. There has therefore been a violation of Article 1 of Protocol No. 1*».

In precedenza, la Corte di Strasburgo aveva confutato alcune argomentazioni del governo inglese, resistente nel predetto giudizio, per le quali anzitutto l'*adverse possession* oltre a soddisfare in modo immediato l'interesse del privato che usucapisce, soddisferebbe anche l'interesse generale allo sfruttamento del bene, attribuendo la proprietà al possessore, che lo fa fruttare piuttosto che al proprietario che lo abbandona e facendo così coincidere la figura del proprietario con quella di chi si prende cura del bene, eliminando le incertezze del caso. E, inoltre, l'*adverse possession*, che consente l'acquisizione del titolo dominicale senza corresponsione di indennizzo al proprietario usucapito, è istituito diffuso in numerosi ordinamenti giuridici quali l'Irlanda del Nord, la Scozia, l'Irlanda, l'Ungheria, la Polonia, la Svezia, l'Olanda, la Spagna, la Germania, la Francia.

La Corte, pur non misconoscendo la rilevanza di tali argomenti, osserva che essi vanno circoscritti al caso della *unregistered land* e non estesi al caso, opposto, come quello in questione, della *registered land*. Il dato fattuale della gestione di fatto del bene può avere, infatti, un rilievo solo nel primo caso ma non nel secondo, perché, come scrive la Corte, citando il *decisum* del giudice Neuberger della *High Court*, «*the uncertainties which sometimes arise in relation to the ownership of land are very unlikely to arise in the context of a system of land ownership involving compulsory registration, where the owner of the land is readily identifiable by inspecting the proprietorship register of the relevant title at the Land Register*». Aggiunge poi che l'*argumentum comparationis* della diffusione *aliunde* dell'istituto dell'usucapione senza alcun indennizzo va considerato *with some caution* anche alla luce dell'orientamento legislativo di segno contrario di molti ordinamenti di *common law* che, a partire dal Regno Unito, hanno oramai abolito l'*adverse possession* in modo completo o ne hanno significativamente ristretto i suoi effetti.

Il Regno Unito ha poi impugnato, come già si accennava, tale sentenza di fronte alla *Grande Chambre* della Corte di Strasburgo che, con sentenza 30.8.2007, in accoglimento di tale impugnazione, ha, con dieci voti contro sette e con le opinioni dissenzienti dei giudici Rozakis, Bratza, Tsatsa-Nikolovska, Gyulumyan, Sikuta, Loucaides e Kovler, deciso che la disciplina britannica dell'usucapione, vigente *ante* riforma legislativa del 2002, non contrastasse con l'art. 1, prot. 1, Conv. eur. dir. uomo.

Gli argomenti usati dalla Corte possono così riassumersi: sotto un primo profilo, J.A. Pye ha perso la titolarità del fondo di Berkshire non già in forza di una previsione legislativa, che permetteva allo Stato di trasferire la proprietà del bene in particolari circostanze o per scelte di politica sociale, quanto piuttosto in forza di applicazione di regole di prescrizione dell'azione di restituzione del terreno (*rules on limitation periods for actions for recovery of land*). In conseguenza di queste regole, in caso di *registered land* il vecchio proprietario continuava ad apparire un *registered proprietor*, ad avere un titolo non estinto dallo spirare del periodo di prescrizione, conseguente alla sua inerzia, ma era considerato essere divenuto detentore la terra *in trust for the adverse possessor*.

In tal modo, osserva la *Grande Chambre*, le regole di cui sopra vanno intese non come una forma di sottrazione della proprietà al vecchio titolare quanto piuttosto come regole destinate a disciplinare una questione di contrasto tra differenti *titula acquirendi*, con la conseguente estinzione del diritto del precedente titolare di recuperare il bene e la formazione di un nuovo titolo a favore del nuovo titolare del bene, originato da un lungo incontestato possesso.

Queste considerazioni permettono alla Corte di qualificare la vicenda acquisitiva non come un'ablazione

della proprietà, come previsto dalla seconda regola del primo protocollo dell'art. 1 della Convenzione: perdita della proprietà per causa di pubblica utilità, quanto piuttosto come controllo pubblico dell'uso dei beni, come previsto dalla terza regola del predetto primo protocollo.

Con questa diversa qualificazione della fattispecie, sempre secondo la *Grande Chambre*, è possibile tollerare nei vari ordinamenti diverse discipline, che consentono di perseguire l'interesse generale, tipico della prescrizione, destinato a estinguere un titolo di acquisto e di attribuirne un altro alla fine di un periodo di prescrizione²⁶.

Sotto un diverso e ulteriore profilo, viene respinta l'applicazione alla materia dell'usucapione dell'indennizzo, previsto in materia di espropriazione, proprio perché si è qualificata la fattispecie come una tipologia di controllo dell'uso bene e non, invece, come una tipologia di sottrazione di titolarità del bene.

La diversità di *ratio regis* impedirebbe l'estensione analogica della regola dell'indennizzo dall'espropriazione all'usucapione²⁷.

5. Riflessioni e prospettive.

Taluno²⁸ ha subito allegato che i principi affermati dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo nel caso di cui sopra non sarebbero applicabili all'esperienza giuridica italiana, perché la società *Pye (Oxford) Ltd.*, non avrebbe perso la proprietà dei propri terreni a favore dei coniugi Graham, ove avesse trovato applicazione il diritto italiano. Ciò perché i predetti Graham erano dei semplici detentori conduttori *nomine alieno*, che dopo lo spirare del termine finale del contratto di locazione, si limitarono a proporre alla società *Pye* la stipulazione di un nuovo contratto di locazione con una lettera, rimasta poi senza risposta.

Così facendo, essi non hanno operato alcuna opposizione all'altrui possesso mediato, manifestando inequivocabilmente l'intenzione di continuare, per il futuro, a tenere il terreno per sé, in nome proprio e quindi come possessori e non più come detentori in nome altrui e ciò mediante un atto esteriorizzato di

c.d. interversione del possesso ex art. 1141, comma 2°, cod. civ.

Sono perciò rimasti dei detentori *sine titulo* e, come tali, impossibilitati ad usucapire.

Una seconda ragione di inapplicabilità della *doctrine*, affermata nel caso *Pye* dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, all'esperienza giuridica italiana sarebbe da individuarsi nella peculiare natura del sistema inglese di *Land Registration*.

In esso la *registration* conferisce al soggetto *registered* un *legal estate*, con la conseguenza che l'appartenenza della terra è riflessa immediatamente dal registro e un mutamento nel registro può, in presenza di determinate circostanze, significare la sottrazione del titolo legittimante l'appartenenza²⁹.

Al contrario, in Italia e in Francia, come è noto, la trascrizione operata a favore di un soggetto di per sé non comporta che quest'ultimo sia considerato proprietario, né consente di superare eventuali vizi del titolo di acquisto: essa è considerata: «una forma di pubblicità legale intesa soltanto a risolvere il conflitto fra soggetti che abbiano acquistato lo stesso diritto, con distinti atti dal medesimo proprietario, senza alcuna efficacia sanante dei vizi di cui sia affetto l'atto negoziale, sicché l'avvenuta trascrizione di un atto è inidonea ad attribuire la validità di cui esso sia naturalmente privo»³⁰; ed è altresì inidonea ad impedire ai terzi di esperire l'azione di rivendicazione.

Altri hanno allegato che il caso in oggetto è stato molto utile per ricostruire i rapporti tra disciplina della proprietà e tutela dei diritti umani per diritto inglese³¹.

Altri, infine, consente con la scelta finale della *Grande Chambre* per la quale l'usucapione, quale si è venuta affermando nella tradizione occidentale, sarebbe conforme all'interesse generale e quindi compatibile con la tutela dei diritti umani, come predicata dalla Convenzione europea. Questo interesse sarebbe rappresentato dall'esigenza di attribuire definitività e certezza al pacifico godimento del bene protratto nel tempo³², nonché dalla necessità di garantire l'adeguato sfruttamento delle risorse economiche, piuttosto che il loro abbandono³³; questo interesse coinciderebbe anche con l'interesse del proprietario che, ove decidesse di ritornare ad interessarsi della cosa, non la trovereb-

²⁶ Questa argomentazione della Corte fa scrivere alla scozzese GRETTON, *Pye: a Scottish View*, in *European Review of Private Law*, 2007, 288, che: «I cannot suppress my unhappiness at the reasoning in *Pye*».

²⁷ «The Court has found that the interference with the applicant companies' possessions was a control of use, rather than a deprivation of possessions, such that case-law on compensation for deprivations is not directly applicable» (cfr. n. 79 della motivazione della sentenza della *Grande Chambre*).

²⁸ Cfr. CATERINA, *Some Comparative Remarks*, cit., 273-274.

²⁹ Le parole di cui sopra sono tratte direttamente dal documento elaborato dalla LAW COMMISSION, *Land Registration for the Twenty-First Century*, § 10, 6.

³⁰ Le parole sono tratte dalla massima, peraltro tralaticia, di CASS., 3.2.2005, n. 2162, in *Mass. Foro it.*, 2005.

Quella che viene indicata come pubblicità sanante ex art. 2652, nn. 6-7, cod. civ., come è noto, non è un'ipotesi di sanatoria del negozio, ma rappresenta il completamento, mediante la trascrizione di una fattispecie complessa della quale il negozio viziato costituisce un elemento (cfr. NATOLI, *Della tutela dei diritti*, nel *Commentario al codice civile*, Utet, 1971, 17).

³¹ Cfr. RADLEY-GARDNER, *op. loc. cit.*

³² Cfr. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, Giuffrè, 1999, 803.

³³ Cfr. MAGRI, *op. cit.*, § 3.

be in stato di totale abbandono, ma oggetto delle cure e delle attenzioni del possessore che, confidando di maturare nel tempo l'acquisto del bene, lo considererà come un bene meritevole di essere trattato con la stessa attenzione con cui si trattano i beni propri³⁴.

Da ultimo, non varrebbe quale argomento contrario al permanere dell'usucapione, quale si è delineata nelle nostre esperienze giuridiche, quello per il quale la certezza delle situazioni giuridiche dominicali sarebbe ormai garantita *aliunde* dalla registrazione/trascrizione nei pubblici registri.

Tale argomento, già più volte richiamato nella discussione del caso *Pye* davanti alla Corti inglesi e alla Corte europea dei diritti umani e nell'indagine conoscitiva della *Law Commission*³⁵ non sarebbe condivisibile alla luce di un *argumentum comparationis* fornito dai sistemi tavolari della tradizione germanica. In essa il § 900 BGB consente al possessore del bene, che ne abbia compiuto la *Eintragung*, dopo il decorso di un trentennio, una sorta di usucapione *secundum tabulas*, meglio conosciuta come *Buchersitzung*³⁶.

In conclusione, con tutte le decisioni di diverso segno in terra britannica dapprima e in sede di Corte europea dei diritti dell'uomo di poi sul caso *Pye*, con le ripetute perplessità e *dissenting opinions*, via via manifestate e con l'accesso dibattito dottrinale non possiamo certo archiviare la vicenda che ci occupa, adottando apoditticamente la soluzione della *Grande Chambre*.

Possiamo, invece, concludere in modo problematico e dinamico che la comparazione giuridica ci ha offerto, per usare un'espressione cara agli studiosi statunitensi, *another view of the cathedral* da cui procedere dinamicamente se del caso verso nuove soluzioni.

6. Gli acquisti mobiliari *a non domino*: a) i dati storico-comparativi.

Occorre ora analizzare se le ragioni della proprietà, come veicolate dal testo dell'art. 1 del primo protocol-

lo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dall'interpretazione successiva che ne è stata data dalla Corte di Strasburgo, possano imporre una revisione anche solo parziale della disciplina degli acquisti mobiliari *a non domino* quale si è venuta stratificando in particolare nel diritto italiano³⁷.

L'analisi sarà circoscritta alla regola «in fatto di mobili possesso vale titolo» e quindi alla fattispecie di un atto di acquisto mobiliare di buona fede dal non titolare accompagnato dalla consegna della cosa.

Come è stato autorevolmente già illustrato, il problema del conflitto tra l'interesse del titolare del bene mobile e l'interesse del terzo acquirente di buona fede del medesimo bene da parte del non titolare è stato ed è oggetto di differenti soluzioni nei diversi sistemi della tradizione giuridica occidentale³⁸.

Nel diritto romano l'acquisto *a non domino* da parte del possessore era riconosciuto esclusivamente nell'ambito dell'usucapione e quindi nell'ambito di un possesso qualificato da una certa durata: la regola, come si è già scritto, dapprima elaborata in funzione processuale di limite all'azione di rivendica del titolare, si è poi evoluta in regola sostanziale, legittimante l'acquisto a titolo originario del possessore.

La regola in questione non operava, quanto meno a far tempo dal II secolo a.C., a seguito dell'emanazione della *lex Atinia*, nei confronti della *res furtiva*, dapprima intesa restrittivamente e poi estesa a comprendere anche le fattispecie di appropriazione indebita.

Una tutela dell'acquirente di buona fede era dunque ignota al diritto romano, che nel conflitto tra questo e il titolare del bene ha sempre optato tendenzialmente per la protezione del secondo giusta il celebre brocardo *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse haberet*³⁹; e che lasciava aperta la possibilità di esperire vittoriosamente la rivendicazione mobiliare fino a che il possessore non avesse acquistato il bene mobile per usucapione. Dunque, il diritto romano conosce, come è stato esattamente osservato⁴⁰, la massima tutela del-

³⁴ Cfr. SACCO-CATERINA, *Il possesso*, nel *Trattato Cicu-Messineo-Mengoni*, XXXV, 7, Giuffrè, 2000, 473.

³⁵ Per essa «Where title is registered, the basis of the title is "primarily the fact of registration rather than possession"» (così LAW COMMISSION, *op. cit.*, § 10.6).

Seguendo tale orientamento, la Corte europea osserva che la funzione dell'*adverse possession* ai fini della prevenzione dell'incertezza delle situazioni di appartenenza è più discutibile (*more questionable*) in caso di *registered land*.

Interessanti in tal senso sono anche le perplessità dei giudici dissenzienti della *House of Lords*: Lord Bingham of Cornhill e Lord Hope of Craighead.

³⁶ Per tali richiami cfr. MAGRI, *op. cit.*, § 3 e CATERINA, *Some Comparative Remarks*, cit., 275.

³⁷ Chi scrive è largamente debitore delle note che seguono verso il celebre autore dell'elaborazione della categoria dottrinale degli acquisti *a non domino*: MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, Giuf-

frè, 1975, 3a ed., *passim* e, in particolare, 34-89; ID., voce «Acquisto *a non domino*», nel *Digesto IV ed.*, *Disc. priv.*, sez. *civ.*, I, Utet, 68 ss. e, in particolare, 75-77.

Il tema è stato ripreso ampiamente di recente da CENINI, *Gli acquisti a non domino*, nel *Trattato dei diritti reali*, diretto da GAMBARO e MORELLO, I, Giuffrè, 2008, 599 ss.

Molto interessante anche MAGRI, *op. cit.*, § 4.

³⁸ Per un ampio panorama comparativo cfr. FERRERI, *Sulla perseguibilità dei beni mobili. Tentativi di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 362 ss.

³⁹ MENGONI, *op. cit.*, 2, nt. 2, dopo aver ricordato che tale massima è riportata nel *Digesto*, 50, 17, 54, osserva che il condizionale *haberet* è privo di senso, mancando una proposizione ipotetica che lo regga. Sarebbe perciò preferibile scrivere *habet* anziché *haberet*.

⁴⁰ Cfr. COMPORTI, *Per una diversa lettura dell'art. 1153 cod. civ. a tutela dei beni culturali*, in *Studi in onore di Luigi Mengoni*, I, Giuffrè, 1995, 395 ss.

la proprietà garantita dalla rivendica della cosa in qualunque ipotesi, come rivelato dall'altra massima: *ubi rem meam invenio ibi vindico*.

Nel diritto comune il principio romano fu abbandonato per far luogo al principio *hand wahre hand*, altrimenti veicolato dalla massima: «*Wo du deinen Glauben gelassen hast, da musst du ihn suchen*» (Statuto di Lubeca, Libro III, titolo II, artt. 1-2); e ancora dalle massime «*Meubles n'ont point de suite*» e «*Mobilia non habent sequelam*».

Tale principio è diretta filiazione della nozione di *Gewere*, idonea a comprendere, secondo un'autorevole ricostruzione⁴¹, sia il fatto del possesso sulla cosa, sia il diritto al possesso della cosa e tutelata con una sorta di rivendica del possesso, destinata ad una protezione indifferenziata della proprietà e del possesso.

Tale nozione, secondo altra opinione⁴², veicolava la figura di un potere di fatto percepito al tempo stesso come proprietà e detenzione qualificata in un regime particolare in cui l'assenza di un dominio extrapossessorio rendeva inutilizzabile la figura dell'intento di comportarsi come proprietario (il c.d. *animus rem sibi habendi*) e la conseguente distinzione tra possesso e detenzione.

La commistione fra antico diritto germanico e insegnamento romanistico universitario ha determinato poi un progressivo compromesso tra il principio romano della rivendica e l'opposto principio germanico dell'apparenza con esiti diversi in area francese, tedesca, austriaca, svizzera e italiana: quest'ultima con due soluzioni: dapprima *ex art. 707 cod. civ. it. 1865* e poi *ex art. 1153 cod. civ. it. 1942*.

In particolare, nei paesi di lingua germanica, come si evince, ad esempio, dalla lettura dei *Commentarii in jus Lubicense* di Mevio del 1642, non è soggetto a rivendica il terzo possessore di una cosa mobile, non rubata né smarrita, che l'abbia acquistata in buona fede in base ad un giusto titolo, salvo il diritto di riscatto previsto in via eccezionale in tale Statuto a favore del proprietario mediante il rimborso del prezzo pagato. Allo stesso modo Strikio nel suo *Usus modernus*, scritto a cavallo tra il secolo XVII e il secolo XVIII, commentando lo Specchio sassone, prevede una *denegatio actionis* al proprietario contro il terzo acquirente di buona fede di un bene mobile e con un giusto titolo.

In area francese, come si evince, invece, dal commento di Bourjon alla *Coutume* di Parigi del 1747, le *Châte-*

let di Parigi elabora la celebre regola «*en fait the meubles la possession vaut titre*» dopo un lungo processo, che vede la «assolutizzazione della presunzione di proprietà, che tradizionalmente assisteva il possessore (convenuto) nell'ordinamento consuetudinario della rivendica (...)» con la conseguenza che – il rivendicante non poteva vincerla se non con la prova della perdita involontaria del possesso per furto o smarrimento»⁴³.

Nelle codificazioni moderne dei secoli XIX e XX il principio romano della rivendica viene temperato in vario modo con varie concessioni alla tradizione del diritto germanico.

Il sistema francese, come disciplinato dal *code Napoléon* e poi modellato dai suoi interpreti circoscrive l'operatività della rivendica romana solo: «a) se intenzata contro chi è legato all'attore da un rapporto personale, di indole contrattuale o quasi-contrattuale; b) se la cosa mobile è stata rubata o smarrita; c) se il convenuto è in mala fede»⁴⁴.

Il sistema austriaco presenta una soluzione articolata «che rivela un'esatta percezione dei diversi aspetti del problema»⁴⁵; per esso la rivendicazione non ha luogo contro il possessore di buona fede di una cosa mobile, qualora provi di averla acquistata ad un'asta pubblica o da un commerciante abilitato al commercio di quel genere di cose o a titolo oneroso da un terzo cui il proprietario abbia affidato la cosa in uso, in custodia o ad altro fine⁴⁶.

Nel sistema tedesco l'acquisto di buona fede di cose mobili è garantito purché la cosa non provenga da furto o da smarrimento (vuoi del proprietario, vuoi del detentore, cui il primo aveva affidato la cosa) eccezion fatta per il denaro, i titoli al portatore e le cose acquistate all'asta pubblica⁴⁷.

Segue tale modello il diritto svizzero con una diversa disciplina per la rivendica delle cose rubate o smarrite⁴⁸.

Il sistema italiano, inoltre, conosce due regimi: quello emerso sotto l'impero del cod. civ. del 1865 che, seguendo il modello francese, limita l'operatività dell'acquisto a favore del terzo di buona fede di cose mobili e dei titoli al portatore ai soli casi di perdita volontaria del possesso da parte del rivendicante, concedendo, in caso di furto o smarrimento, la possibilità al derubato o alla smarritore di rivendicarla. Ove poi l'attuale possessore della cosa sottratta o smarrita l'avesse comperata ad una fiera o ad un mercato o ad una vendita pub-

⁴¹ Cfr. MENGONI, *op. cit.*, 43.

⁴² Cfr. SACCO-CATERINA, *Il possesso*, cit., 476.

⁴³ Cfr. con ben maggiore ampiezza e profondità MENGONI, *op. cit.*, 34-65.

⁴⁴ SACCO-CATERINA, *Il possesso*, cit., 475 ss. Per la letteratura francese cfr. *ex multis* H. MAZEAU-L. MAZEAU-J. MAZEAU-CHABAS, *Leçon de droit civil*, II, 2, Paris, 8a ed., 1994, 269 ss.; CARBONNIER,

Droit civil, II, Paris, 2004, 1869 ss.; LARROUMET, *Droit civil, Les biens*, 4a ed., II, Paris, 2004, 569 ss.

⁴⁵ Le parole di apprezzamento sono di MENGONI, *op. cit.*, 72.

⁴⁶ Cfr. § 367 ABGB.

⁴⁷ Cfr. § 935 BGB.

⁴⁸ Cfr. artt. 933-935 ZGB svizzero.

blica o da un commerciante, che abitualmente ne faccia commercio, il proprietario poteva ottenerla in restituzione solo rimborsando il possessore del prezzo che è costata⁴⁹.

Il secondo regime italiano prende vita con il codice civile del 1942: questi, come si legge nella Relazione al Re del Ministro Guardasigilli del 30 gennaio 1941, riprendendo il progetto della Commissione Reale, introduce un'innovazione fondamentale, abolendo la distinzione fra perdita volontaria – ad esempio, consegna del bene ad un custode o ad un fiduciario – e perdita involontaria del possesso, perché ritenuta «contraria alle esigenze di una larga e fiduciosa circolazione delle cose mobili»⁵⁰. In tal modo, scompare dal modello italiano ogni discriminazione che concerneva, sotto il regime precedente, i beni rubati o smarriti e quindi ogni limite alla tutela dell'acquirente in buona fede di tali beni con corrispondente più ampio sacrificio delle ragioni del proprietario.

Nel Regno Unito la soluzione è frammentata: la regola generale, veicolata da secoli dalla *legal maxime: nemo dat quod non habet* (c.d. «*nemo dat*» rule), recita che il *mero possesso non vale titolo: mere possession is not conclusive of title*. Dunque essa fa prevalere in linea di principio il proprietario sprossessato sull'acquirente di buona fede.

Tale regola subisce una serie di deroghe molto importanti a favore di chi ha acquistato un bene mobile: a) in buona fede (*in good faith*), b) a titolo oneroso (*for value*) e c) ignorando la carenza di titolo a disporre del bene trasferito in capo all'alienante (*without notice*).

In breve, l'acquirente del bene mobile *a non domino* non è tutelato in caso di acquisto a titolo gratuito. Se poi ignora l'assenza di titolo del suo dante causa sul bene trasferito deve essersi comportato con correttezza e onestà – e quindi, ad esempio, dopo aver rilevato elementi di fatto idonei a fargli sospettare la carenza di titolarità del bene alienato in capo al suo dante causa, deve approfondire, con accertamenti di fatto adeguati, questo profilo.

In particolare, la tutela del terzo acquirente *a non domino* a titolo oneroso è stata riconosciuta nell'ipotesi in cui il vero proprietario ha consentito con la sua condotta (*by his conduct*) il formarsi di situazioni di apparente legittimazione dell'alienante, interpretabili dall'acquirente come *indicia of title* o *indicia of ownership*, idonei a fargli credere di aver acquistato il bene

mobile *a domino*. In tal caso, il vero proprietario è impedito poi di far valere la non rispondenza alla realtà di tali indizi, in applicazione della *estoppel rule* a presidio del divieto di *venire contra factum proprium*: si pensi al caso del proprietario-locatore, che ha consentito al detentore-conduttore di scrivere la propria ditta sulla macchina concessa in locazione. In caso di alienazione del bene predetto a un terzo da parte del detentore-conduttore, al proprietario-locatore sarà impedito (*estopped*) di poter recuperare il bene a causa dell'affidamento creato nel terzo acquirente⁵¹.

Altra deroga alla «*nemo dat*» rule è nell'ipotesi di doppia alienazione mobiliare dello stesso bene da parte dello stesso dante causa a due successivi acquirenti, con consegna del bene al secondo acquirente. Quest'ultimo ne acquisterà la proprietà se in buona fede, conseguendo in terra britannica lo stesso risultato garantito *ex art. 1155 cod. civ. it. 1942*.

La ragione di tale acquisto è giustificata in modo del tutto originale a mezzo di una finzione in forza della quale il primo acquirente del bene mobile, consentendo all'alienante di mantenere il possesso del bene, gli ha altresì tacitamente elargito il potere di trasferirlo ad altri, con la conseguenza che l'acquisto della proprietà, operatosi a favore del secondo acquirente a mezzo anche della contestuale consegna del bene, viene ricostruito essere stato a titolo derivativo e non originario, come, invece, predicato per diritto italiano⁵².

Altra deroga riguarda la possibilità di acquisto *a non domino* dei *negotiable instruments*, in assonanza con il principio universalmente vigente in tema di titoli di credito⁵³.

Altra deroga, risalente allo *ius mercatorum* e già richiamata nei settecenteschi *Commentaries* di William Blackstone, trasfusa da singole consuetudini locali nella *common law* al tempo della recezione da parte di quest'ultima della *law merchant*, è rappresentata dalla *rule of market overt*. Per essa, per secoli è stato impedito al legittimo proprietario l'esercizio dell'azione di rivendica nei confronti di chi avesse acquistato *for value* ossia a titolo oneroso un bene mobile in buona fede in un mercato aperto al pubblico (*market overt*) tra l'alba e il tramonto del singolo giorno di mercato e *openly, id est* in modo visibile al pubblico⁵⁴.

Altra deroga alla «*nemo dat*» rule è prevista in caso di

⁴⁹ Cfr. artt. 707-709 cod. civ. it. 1865, che riproduce, con variazioni, l'art. 2279 *code Napoléon*.

⁵⁰ Cfr. *Relazione al Re del Ministro Guardasigilli*, in *Codice civile. Libro delle Proprietà*, Utet, 1941, n. 202, LXXXIV-LXXXV.

⁵¹ Cfr. MENGONI, *op. cit.*, 89.

⁵² Si tratta di una diretta conseguenza della nozione germanica e feudale di *Gewere* tradizionalmente operante nel diritto britannico. Su tali temi cfr. anche G. VILLA, *Le eccezioni alla «nemo dat» rule nel diritto anglo-americano e l'abrogazione della regola del market overt*, in *Contr. e impr. Eur.*, 2009, 415 ss.

⁵³ Cfr. FERRERI, *op. cit.*, *ibidem*; GALGANO, *L'acquisto della proprietà mediante il possesso*, in *Atlante di diritto comparato*, Zanichelli, 1992, 48.

⁵⁴ Secondo DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, I, Giuffrè, 1984, 997, *market overt* «indica un mercato dove ha luogo la vendita al pubblico tenuta solo nei giorni stabiliti delle varie città; tuttavia nella *City of London*, tutti i giorni, salvo il sabato, sono giorni di mercato (...) e qualsiasi negozio dove siano esposte merci al pubblico per la vendita è un *market overt*».

acquisto *a non domino* a titolo oneroso da parte del terzo di buona fede, effettuato presso un *mercantile agent*, ossia un mandatario all'acquisto o alla vendita di beni mobili.

Ove quest'ultimo alieni beni mobili, ricevuti in consegna dal proprietario, a terzi nell'orario di lavoro e in luoghi dove ordinariamente svolge la sua professione, l'alienazione si considererà come autorizzata dal *dominus* e quindi pienamente valida ed efficace, anche se quest'ultimo non avesse concesso lo *jus disponendi* al *mercantile agent*.

La deroga del *market overt* era considerata operativa anche se il bene era stato rubato, fatta eccezione per il caso in cui il ladro non venisse però scoperto e condannato; in tal caso, il possessore di buona fede doveva restituire la cosa al derubato.

Quest'ultima deroga è stata completamente abolita con una riforma legislativa, entrata in vigore il 3.1.1995: si tratta del *Sale of Goods (Amendment) Act, Chapter 32*.

Nell'occasione, Lord Renton, promotore di tale riforma legislativa, ha descritto la regola così abolita con le seguenti parole: «*It has become a thieves charter, and this law will abolish it*»⁵⁵.

Negli Stati Uniti lo UCC e lo *Uniform Sales Act* prevedono la possibilità per il proprietario di recuperare il bene mobile presso il terzo acquirente di buona fede a titolo oneroso purché: a) non abbia affidato il bene a un *mercantile agent*⁵⁶; b) non abbia conferito con la sua condotta *erga omnes* al terzo la legittimazione a vendere; c) non abbia consegnato il bene in base a un contratto *voidable* e l'*accipiens* abbia rivenduto il bene a un terzo di buona fede prima che il contratto fosse stato *voided*; d) non sia decorso il termine entro cui l'azione può essere proposta. Al di fuori di questa dialettica regole/eccezione opera il principio *nemo dat quod non habet*. Vi è da aggiungere che negli U.S.A. la regola della tradizione britannica del *market overt* è sconosciuta.

Il panorama va completato con il riferimento alle novità emerse nella circolazione irregolare dei beni culturali: si tratta di beni in genere di grande valore anche economico, soggetti a crescenti furti e a conseguenti importazioni/esportazioni transnazionali.

La convenzione dell'Unesco del 1970, ratificata dall'Italia con l. 30.10.1975, n. 873, entrata in vigore il

2.1.1979, la convenzione di Unidroit del 1995, ratificata dall'Italia con l. 7.6.1999, n. 213, e infine, la direttiva della Comunità europea n. 93/7 si sono proposte in vario modo di lottare contro l'esportazione/importazione di beni culturali di origine illecita, imponendo restituzioni e indennizzi; in particolare, imponendo all'acquirente in buona fede di un bene culturale, rubato o illecitamente esportato, di restituirlo al proprietario ottenendo, se in buona fede, un adeguato indennizzo⁵⁷.

7. Segue: b) valutazioni critiche.

La scelta innovativa «isolazionista» del legislatore italiano del 1942 ha incontrato critiche, immediate e successive.

Le prime hanno sottolineato che l'opzione in oggetto comportava sì una migliore tutela dell'acquirente di buona fede, ma, per converso, l'espropriazione del precedente proprietario, che difficilmente avrebbe potuto ottenere un compenso adeguato alla sua perdita con l'azione di ripetizione dell'indebito o di arricchimento senza causa o di risarcimento del danno⁵⁸.

Le seconde hanno sottolineato l'esigenza di ripensare *de iure condendo* l'art. 1153 cod. civ., al fine di operare una novellazione del medesimo, fondata sulla distinzione tra le cose mobili, qualificate dall'interesse collettivo alla sicurezza e alla speditezza della loro circolazione, da un lato, e le restanti altre cose mobili, cui applicare il diverso criterio della giustizia distributiva, onde evitare che il proprietario venga spogliato rispetto a tali beni del suo diritto, «per il solo fatto della buona fede del terzo, quasi che la buona fede fosse per sé stessa meritevole di premio».

Le cose mobili della prima categoria sono state individuate nel *denaro*, nei titoli di credito, nelle merci e, più in generale, nelle cose mobili fungibili, aventi un prezzo di mercato, oggetto di vendita da parte di commercianti professionali, infine, nelle cose mobili, oggetto di asta pubblica o di vendita pubblica in una fiera o in un mercato⁵⁹.

Le cose mobili della seconda categoria e quindi individuabili in sede residuale sono da individuare nei beni mobili infungibili e, in particolare, in quelli rientranti nella categoria dei beni culturali⁶⁰, per i quali

⁵⁵ La citazione è tratta da SACCO-CATERINA, *Il possesso*, cit., 480, nt. 12.

⁵⁶ Negli U.S.A. la figura corrispondente al britannico *mercantile agent* si chiama *merchant*, persona dedita al commercio di un certo tipo di merce, che, in quanto affidatario a qualunque titolo del bene mobile, può alienarlo validamente al terzo acquirente di buona fede a titolo oneroso.

⁵⁷ Cfr. COMPORTELLI, *op. cit.*, 404-425; SACCO-CATERINA, *op. ult. cit.*, 480-482 e MAGRI, *Beni culturali e acquisto a non domino*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, II, 741 ss.

⁵⁸ Cfr. MENGONI, *op. cit.*, 81, che cita gli scritti di Riezler, Zweigert e Hübner.

⁵⁹ Cfr. MENGONI, *op. cit.*, 86-89, che ricorda l'acquisto in una fiera o in un mercato o in una vendita pubblica o da un mercante, venditore di cose simili, di una cosa rubata o perduta di cui all'art. 2280 *code Napoleon* e che utilizza in tale proposta regole, già esaminate, provenienti dal diritto austriaco, tedesco e inglese.

Convergono su tale proposta anche SACCO-CATERINA, *op. ult. cit.*, 470 ss.

⁶⁰ Cfr. MAGRI, *opp. locc. cit.*

non si ravvisano le ragioni di pubblico interesse di cui alla fattispecie precedente, che possano giustificare il sacrificio del diritto di proprietà del vecchio proprietario a favore dell'acquirente *a non domino* di buona fede con l'applicazione della regola *ex art.* 1153 cod. civ.

In questo orientamento si inserisce anche chi, in modo radicale, chiede che il predetto art. 1153 cod. civ. sia legislativamente modificato nel senso di escluderne l'applicazione a tutti i beni culturali⁶¹.

Sulla base di queste premesse ci si è chiesti quale potrebbe essere l'esito di un giudizio della Corte europea dei diritti dell'uomo sul nostro domestico art. 1153 cod. civ. e si è prognosticato che nel caso di beni mobili destinati a circolare con facilità e velocità l'interesse pubblico alla speditezza e alla certezza del traffico giuridico giustificerebbe il sacrificio del diritto fonda-

mentale del proprietario, garantito dalla Convenzione europea, a favore dell'acquirente di buona fede. Sotto tale profilo, l'art. 1153 cod. civ. sarebbe considerato conforme all'art. 1, prot. 1), della Convenzione europea.

Al contrario, nel diverso caso in cui fossimo di fronte a beni mobili privi di tali caratteristiche, specie di fronte a beni rubati o smarriti e/o di rilevante valore e, in particolare, ai beni culturali, il sacrificio del proprietario sarebbe considerato illegittimo e non giustificato, con la conseguenza che l'art. 1153 cod. civ. sotto tale diverso profilo sarebbe considerato contrario alla Convenzione europea. In tale diversa fattispecie la tutela del diritto fondamentale del proprietario potrebbe indurre la Corte a disapplicare la regola «possession vale titolo» per contrarietà alla Convenzione⁶².

⁶¹ Cfr. COMPORTI, *op. cit.*, 416 ss.

⁶² Cfr. MAGRI, *Beni culturali*, cit., 763-766. Tale orientamento si può riportare alle critiche più risalenti (MENGONI, *op. cit.*, *ibidem*) e più recenti, legate anche a profili di analisi economica del diritto:

MATTEI, in SACCO-DE NOVA, *I diritti reali*, nel *Trattato di diritto civile*, diretto da SACCO, I, Utet, 2001, 209 ss., e CENINI, *op. cit.*, 603-616.

Diritti fondamentali e rapporti contrattuali. Sulla efficacia orizzontale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo

di Aurelio Gentili

SOMMARIO: 1. I diritti fondamentali nell'attuale quadro normativo. - 2. I diritti fondamentali nel diritto pubblico (efficacia verticale) e nel diritto privato (efficacia orizzontale). - 3. L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali nella giurisprudenza nazionale dei Paesi comunitari. - 4. L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte eur. dir. uomo. - 5. Se, e come, i diritti fondamentali esplicano efficacia nei rapporti tra privati (efficacia diretta e indiretta). - 6. I diritti fondamentali nei rapporti contrattuali: disponibilità, limiti, bilanciamento, rimedi. - 7. Conclusione.

1. I diritti fondamentali nell'attuale quadro normativo.

Cominciamo dai fatti.

I *diritti fondamentali*¹ hanno sei secoli di storia². Hanno una preistoria: l'elaborazione, tra Cinque e Seicento, della concezione giusnaturalistica dei diritti naturali dell'uomo, o *diritti umani*³. E una lunga storia. Il

pensiero illuministico ne ha fissato l'idea. Le Dichiarazioni dei diritti ne hanno formalizzato l'esistenza⁴. I codici dell'Ottocento hanno offerto la base normativa positiva a quelli catalogabili come *diritti civili*. Le legislazioni pubbliche coeve a quelli catalogabili come *diritti politici*. La formazione dello Stato sociale a quelli catalogabili come *diritti sociali*⁵. Le Costituzioni e le Carte del Novecento come ad esempio il Trattato

¹ La letteratura sui diritti fondamentali è ormai molto ampia. Mi limito qui a quella italiana recente di approccio teorico: *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di VITALE, Roma-Bari, 2008, con contributi di FERRAJOLI, GUASTINI, ZOLO, JORI, VITALE, PINTORE, BACCELLI, BOVERO, BONANATE; PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, spec. 12 ss.; FERRAJOLI, *Principia juris. Teoria del diritto e della democrazia*, I. *Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, 724 ss.; ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012; LUHMANN, *I diritti fondamentali come istituzione*, Bari, 2002; BORSELLINO, *I diritti fondamentali oltre lo Stato. Le implicazioni metateoriche di un recente dibattito*, in *Ordinamento giuridico, sovranità, diritti*, a cura di DICCIOTTI, VELLUZZI, Torino, 2003, 65 ss.; AMENDOLA, *Il problema della giustificazione dei diritti umani e l'imperialismo della morale*, *ivi*, 107 ss.; nonché FERRAJOLI-GARZÓN VALDÉS-LA TORRE-ZOLO, Tavola rotonda: *L'universalità dei diritti*, *ivi*, 159 ss.; PALOMBELLA, *L'autorità dei diritti. I diritti fondamentali tra istituzioni e norme*, Roma-Bari, 2002; POCAR, *Guida al diritto contemporaneo*, Roma-Bari, 2002, 105 ss.; FERRARO, *L'utilità dei diritti. Diritti morali e giuridici in una prospettiva etica utilitarista*, Pisa, 2013; AA.VV., *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico ed al diritto positivo*, Torino, 2013, 464 ss.

Per la letteratura di approccio dogmatico v. nelle note che seguono.

² O anche più, a seguirne tracce embrionali nell'antichità: PUGLIESE, *Appunti per una storia della protezione dei diritti umani*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1989, 619 ss.; nonché FLORES, *Storia dei diritti umani*, Bologna, 2009.

Per l'età moderna FACCHI, *Breve storia dei diritti umani*, Bologna, 2007.

³ Contro un certo uso inteso a considerare diritti «umani» e «fondamentali» espressioni sinonime (cfr. ad es. LA TORRE, *Brevi considerazioni sull'universalità dei diritti umani*, in *Ordinamento giuridico, sovranità, diritti*, cit., 191: «Ai fini di questo breve intervento assumo preliminarmente una strettissima connessione tra la nozione di diritti fondamentali e quella di diritti umani...»), v. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, 3 ss., 8; PALOMBELLA, *L'autorità dei diritti. I diritti fondamentali tra istituzioni e norme*, cit., 11 ss.

⁴ Diritti dell'uomo nella rivoluzione americana, e anche del cittadino nella francese. Sulle due tradizioni ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Leggi, diritto, giustizia*, Torino, 1992, 74 ss.

⁵ La tripartizione si deve come noto a MARSHALL, *Cittadinanza e classe sociale* (1950), Torino, 1976, 24.

ONU⁶, hanno determinato la loro posizione gerarchica sopraordinata alla ordinaria fonte legale.

Di diritti fondamentali si parla ormai in tutti gli ordinamenti *occidentali*, di *common* come di *civil Law*⁷. Non si tratta solo di un dato culturale: i più accreditati hanno riconoscimento nelle leggi nazionali, ordinarie o costituzionali, o in Carte largamente ratificate dagli Stati⁸. Univoco è il senso in cui sono «diritti»: perché tutele della persona. Triplice invece il possibile senso di «fondamentali»: perché essenziali, perché universali, perché supremi⁹.

Nell'ordinamento italo-comunitario i diritti fondamentali trovano fonte da un lato nella Costituzione, dall'altro nella ratifica di varie Carte dei diritti, tra cui la Carta di Nizza¹⁰ e la *Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali* (CEDU)¹¹.

Quanto a quest'ultima¹², alla quale soprattutto qui è dedicata l'attenzione, i diritti fondamentali da essa garantiti erano in origine pensati solo nel rapporto con lo Stato, che unico può essere evocato davanti alla Corte eur. dir. uomo. Una efficacia tra privati era per-

ciò impensabile. Ma con l'art. 6, n. 3, del Trattato sull'Unione Europea (TUE, 2009) è stato asseverato che i diritti fondamentali attribuiti da essa e dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri¹³ fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali¹⁴.

L'effetto è di rendere le disposizioni della Convenzione norme o principi a tutti gli effetti degli ordinamenti degli Stati aderenti con la possibilità di deferire alla Corte costituzionale il giudizio di compatibilità della disposizione interna¹⁵, tanto che la controversia si radichi nel diritto pubblico quanto che si radichi nel diritto privato. Resta ferma ovviamente la possibilità di adire la Corte di Strasburgo, dopo l'esaurimento della via giudiziaria interna, ma solo per chiamare in giudizio lo Stato aderente che non ha assicurato il rispetto di quei principi.

Ma l'effetto può essere anche di invocare il diritto fondamentale come fattore di soluzione di un conflitto fra privati¹⁶ dinanzi ad una Corte nazionale.

L'introduzione negli ordinamenti nazionali dei principi costituzionali o dei principi delle Carte che attri-

⁶ Più ampiamente: la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo (1948), la Convenzione Internazionale sui Diritti Civili e Politici (1966), la Convenzione Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali (1966).

⁷ È invece contestabile e contestata l'universalità in senso geografico e culturale: «La tesi del fondamento filosofico dei diritti dell'uomo è a mio parere un postulato dogmatico del giusnaturalismo e del razionalismo etico che manca di conferme sul piano teorico, e che viene contestato con buoni argomenti sia dalle filosofie occidentali di orientamento storicistico e realistico, sia dalle culture non occidentali» (così ad es. ZOLO, *Fondamento della universalità dei diritti dell'uomo*, in *Ordinamento giuridico, sovranità, diritti*, cit., 199 ss., 201).

⁸ Per un quadro COLLINS, *On the (In)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law*, LSE, 7, 2012, www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm; CHEREDNYCHENKO, *Subordinating Contract Law to Fundamental Rights: Towards a Major Breakthrough or towards Walking in Circles?*, in *Constitutional Values and European Contract Law*; GRUNDMANN, *EU Fundamental Rights, EC Fundamental Freedoms and Private Law*, in *Europ. Rev. of Priv. Law*, 2006, 25 ss.; HESSELINK, *The Horizontal Effect of Social Rights in European Contract Law*, in *Eur. e dir. priv.*, 2003, 1 ss.; MAK, *Harmonising effects of Fundamental Rights in European Contract Law*, in *Erasmus Law Rev.*, 2007, 59 ss.; EAD., *Fundamental Rights and the European Regulation of Consumer Contracts*, in *J Consum Policy*, 2008, 31:425 ss.; SPIELMANN, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruxelles, 1995; NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'UE ed efficacia orizzontale*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, I, 878 ss.

⁹ Non si fraintenda: le tre accezioni *descrivono* qui, in una pagina appunto descrittiva, i modi in cui prevalentemente se ne parla, ma non intendono affatto essere una presa di posizione di chi scrive sul concetto di «diritto fondamentale».

Oltre la letteratura cit. v., in chiave dogmatica, NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 672 ss.

¹⁰ La Carta di Nizza con i Trattati di Lisbona ha assunto nelle materie di competenza comunitaria lo stesso valore dei trattati comunitari, ed è quindi, limitatamente a quell'ambito, direttamente applicabile, con l'effetto della disapplicazione delle norme contra-

stanti. Cfr. CORTE COST., 11.3.2011, n. 80, in *Riv. dir. intern.*, 2011, 578.

In dottrina CARO DE SOUSA, *Horizontal expression of Vertical Desires: Horizontal Effect and the Scope of the EU Fundamental Freedoms*, in *Cambridge Journal of Int. and Comp. Law*, 2013, 479 ss.; NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'UE ed efficacia orizzontale*, cit., 879; nonché (ma antecedentemente ai nuovi trattati) CHEREDNYCHENKO, *EU Fundamental Rights, Ec Fundamental Freedoms and Private Law*, in *Europ. rev. priv. Law*, 2006, 25 ss.

¹¹ Ma anche la Carta Sociale Europea (1961).

¹² Per un quadro AA.VV., *La CEDU e il ruolo delle corti. Globalizzazione e promozione delle libertà fondamentali*, a cura di GIANNITI, Bologna, 2015.

¹³ T.u.e., art. 6, comma 3°: «I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

La disposizione ha confermato l'idea ormai diffusa che i diritti umani siano parte del diritto dell'Unione europea in quanto comunemente riconosciuti negli ordinamenti degli stati membri, cfr. ALPA-ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, Milano, 2005, 62.

¹⁴ In tema COSIO, *I diritti fondamentali nell'Unione europea*, in *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, a cura di COSIO, FOGLIA, Milano, 2013, 47 ss.; CONTI, *CEDU, Costituzione e diritti fondamentali: una partita da giocare alla pari*, *ivi*, 166 ss.; in giurisprudenza T.A.R. Lazio, 18.5.2010, n. 11984, in *Riv. ammin.*, 2010, 319, con nota di FELEPPA, e in *Urbanistica e appalti*, 2010, 1477, con nota di CONTI, e in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2010, 1349, con nota di MIRATE, e in *Giur. it.*, 2011, 1435, con nota di D'ORO; CONS. STATO, 2.3.2010, n. 1220, in *Guida al dir.*, 2010, 88, con nota di COLAVITTI, PAGOTTO, e in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2010, 1349, cit., con nota di MIRATE.

¹⁵ Cfr. ad es. CONS. STATO, IV sez., 13.6.2013, n. 3293, in *Foro amm. - Cons. Stato*, 2013, 1614.

¹⁶ Su ciò, con riferimento all'ambito europeo, v. ENGLE, *Third Party Effect of Fundamental Rights* (Drittwirkung), in *Hanse Law Review*, 5, 2, 2009, 165 ss., 169. Per l'efficacia tra privati della

buiscono diritti fondamentali ha modificato il diritto oggettivo e i diritti soggettivi degli stati aderenti.

La storia dell'Europa ha conosciuto per secoli conflitti tra individui e Stato. I diritti fondamentali sono appunto la soluzione giuridica di questo conflitto: dove essi sono attribuiti l'individuo è protetto. Ciò ha generato un indirizzo di politica legislativa ispirato a quei principi, anche se talora con perduranti ritardi ed omissioni rispetto a istanze largamente avvertite. Ha inoltre dato luogo ad una revisione giudiziaria della preesistente legislazione ordinaria: là dove esistono giudici delle leggi, spesso ad iniziativa dei privati sono state dichiarate incostituzionali norme di legge ordinaria; e comunque la Corte eur. dir. uomo ha più volte condannato Stati membri per violazione dei principi della Carta¹⁷. Di questi effetti comunemente si parla come della «efficacia verticale» dei diritti fondamentali¹⁸.

Ma la storia recente conosce anche, con crescente frequenza, conflitti tra privati in cui appaiono coinvolti diritti fondamentali. A volte unilateralmente. Più spesso da entrambi i lati. Ci si chiede perciò se i diritti fondamentali possano o debbano essere considerati elemento di soluzione di controversie di questo tipo.

Il problema si è posto anche nei rapporti contrattuali. Seppure infrequentemente, i giudici hanno, in casi e modi di cui si dirà, corretto la disciplina del rapporto attraverso il richiamo di un diritto fondamentale violato dal patto. Di questi effetti si può parlare e comunemente si parla come della «efficacia orizzontale» dei diritti fondamentali. È ormai acquisito che i diritti fondamentali abbiano una loro rilevanza anche in questi casi. È invece molto discusso se diretta o indiretta. Se ne riparerà.

Di quest'ultimo fenomeno sono stati protagonisti i giudici ordinari e costituzionali. Esiste, dunque, una giurisprudenza delle Corti nazionali sull'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali. Una giurisprudenza CEDU sull'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali nei rapporti contrattuali è invece, oggi, poco più che una realtà virtuale. Non si trovano che una manciata di sentenze della Corte eur. dir. uomo dedicate al tema.

La cosa – entro certi limiti – non deve stupire. Come è stato saggiamente osservato¹⁹, la Convenzione Euro-

pea per i Diritti dell'Uomo è una Carta della metà del '900, dedicata ai diritti fondamentali c.d. di prima generazione (vita, tortura, schiavitù, libertà, sicurezza, equo processo, legalità della pena, vita privata e familiare, libertà di pensiero, espressione, coscienza e religione, libertà di riunione e associazione, diritto al matrimonio, discriminazione). Per contenuto, questi principi generali, e i diritti che ne derivano, hanno con i contratti solo rapporti occasionali e aspecifici. Sicché soltanto sporadicamente danno luogo ad interferenze assiologiche con la libertà contrattuale.

Una casistica tuttavia non manca. Anzi aumenta: con crescente frequenza si pongono conflitti tra contraenti per atteggiamenti sentiti come lesioni di diritti fondamentali. Contro i quali si invoca il limite dei diritti inviolabili sanciti dalle carte.

I paragrafi che seguono sono intesi anzitutto (§§ 2, 3, 4) ad illustrare la casistica che si è formata e le soluzioni adottate. Poi (§ 5) a mostrare le ragioni strutturali per le quali nel diritto dei contratti penetrano – forse infrequentemente ma inevitabilmente – i diritti umani. Infine (§ 6) a cercare di chiarire che il modo della loro efficacia orizzontale differisce in ragione delle diverse tipologie di diritti fondamentali.

2. I diritti fondamentali nel diritto pubblico (efficacia verticale) e nel diritto privato (efficacia orizzontale).

Proseguiamo ora con il diritto.

Tradotti dalla filosofia politica alla teoria giuridica i diritti fondamentali si individuano oggi attraverso una definizione e quattro caratteristiche. Tali sono tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a tutti gli esseri umani in quanto dotati dello status di persone, o di cittadini o di soggetti capaci di agire. Come tali secondo la dottrina più accreditata²⁰ essi:

a) si distinguono strutturalmente dai diritti patrimoniali, in quanto a differenza di questi, che spettano in modo contingente a chi ne è divenuto titolare, spettano in modo invariabile alla classe di soggetti interessata; la dottrina che così li formalizza ne trae la conseguenza che essi siano perciò indisponibili, inalienabili, inviolabili, intransigibili, non solo da parte dello Stato

CEDU SPIELMANN, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, cit., spec. 31 ss.

¹⁷ Limitatamente agli effetti negli ordinamenti italiano e francese v. PRADUROUX, *L'attualità del contributo della Convenzione europea della salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nell'evoluzione del diritto privato italiano e francese*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 705 ss.; per il *Common Law* inglese v. LEYLAND, *Human Rights Act, 1998: riportare i diritti a casa?*, in *Quad. cost.*, 2000, 83 ss.; per il DCFR v. OLHA, *Fundamental Rights, Policy Issues and the Draft Common Frame of Reference*, in *European Rev. of*

Contr. Law, 2010, 9 ss. V. inoltre, in generale, COMANDÉ, *Diritto privato europeo e diritti fondamentali*, Torino, 2004.

¹⁸ Gli aspetti civilistici, ed in particolare l'incidenza dei diritti fondamentali sugli status personali, sono ora approfonditi da CARMARDI, *Diritti fondamentali e «status» della persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, 7 ss.

¹⁹ RESCIGNO, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto privato (famiglia, proprietà, lavoro)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 325 ss.

²⁰ FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., 5 ss.

ma anche da parte del titolare²¹; ma altra dottrina rileva che l'indisponibilità non è una conseguenza logica della definizione ma una scelta politica sulla protezione²²;

b) rendono concreto il principio di eguaglianza giuridica²³;

c) hanno in larga parte natura sovranazionale e spettano spesso a prescindere dalla cittadinanza;

d) sono assistiti da garanzie che, secondo i casi, consistono in divieti di lesione, oppure in obblighi di prestazione²⁴.

Il problema che qui interessa è se i diritti fondamentali rivenienti dalle diverse Carte e in specie dalla Carta EDU operino, e nel caso come, nei diritti nazionali. Ebbene, se la domanda è unitaria, non lo è la risposta. Procederò perciò attraverso successive distinzioni.

Per una prima risposta occorre anzitutto riprendere la distinzione tra *efficacia verticale* (ossia nel rapporto con lo Stato) ed *efficacia orizzontale* (ossia nei rapporti intersoggettivi).

Non vi è dubbio, in sede di politica legislativa e di attività amministrativa, che l'azione dello Stato debba tener conto dei diritti «fondamentali»²⁵. E questo non solo se attribuiti dalla Carta costituzionale ma anche se garantiti dalle Carte dei diritti entrate a far parte del sistema di diritto positivo, come la Carta EDU. Se mai si discute sui limiti della discrezionalità legislativa nell'attuarli. La dottrina italiana più recente sostiene con ottimi argomenti che il legislatore ordinario non ne abbia nell'*an* – vi sia, cioè, obbligato – e possa esercitarne nel *quantum* e nel *quomodo*²⁶.

Ma anche *de jure condito* non c'è alcun dubbio che i diritti fondamentali incidano in ambito nazionale sull'azione pubblica. Essi sono diritti pubblici soggettivi, suscettibili di esser fatti valere nei confronti dello Stato, e con particolare efficacia, trattandosi appunto di diritti il cui «peso» supera tendenzialmente (ma non sempre: e per questo la giurisprudenza costituzionale si riserva un margine di apprezzamento) ogni interesse o diritto contrapposto. È questa come detto la loro efficacia verticale.

Si intende: perché possa parlarsi di diritti fondamentali operanti come diritti soggettivi pubblici non basta che si tratti di istanze di elevato valore assiologico, generalmente riconosciute nella nostra cultura. Si tratterebbe in tal caso solo di *soft Law*, di indubbia rilevanza, ma di dubbia valenza formale²⁷. Quando qui si parla di *diritti* fondamentali si richiede qualcosa di più sul piano formale. Si richiede che questi diritti trovino fonte in un documento *formalmente normativo*.

Ebbene, questa condizione, scontata per la Costituzione dopo l'iniziale dibattito sul valore precettivo o solo programmatico, e per la Carta di Nizza dopo il recepimento nei Trattati UE²⁸, appare oggi – come detto – direttamente o indirettamente soddisfatta anche in relazione alla Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo²⁹. Direttamente, almeno dopo i Trattati di Lisbona, se si segue l'idea che le sue disposizioni siano entrate a far parte del sistema costituzionale comunitario e siano quindi applicabili in via diretta³⁰. Indirettamente, se invece si continua a pensare che quelle disposizioni, così come intese dalla Corte eur. dir. uomo,

²¹ «Allorché si vuol garantire un bisogno o un interesse come fondamentali, li si sottrae sia al mercato che alle decisioni della maggioranza» (FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., 19).

²² Si fa cioè questione se l'indisponibilità sia logicamente implicata nell'universalità (cfr. per la risposta positiva FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., 16: «...i diritti fondamentali sono un limite non solo ai pubblici poteri ma anche all'autonomia dei loro titolari: neppure volontariamente si può alienare la propria vita o la propria libertà. Ma si tratta di un limite, se vogliamo paternalistico, logicamente insuperabile», e per la negativa GUASTINI, *Tre problemi di definizione*, in *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., 43 ss., 48).

Per ENGLE, *Third Party Effect of Fundamental Rights* (Drittwirkung), 170, i diritti fondamentali rivenienti dalle libertà di movimento dei servizi, delle persone, delle merci e dei capitali garantite dalla UE sono alienabili: «To my view, though constitutive, the basic rights (the four freedoms) are positive, not natural; they are alienable economic rights», mentre «Fundamental human rights are universal values that are *inalienable*» (p. 171) (corsivo dell'A.).

Mi pare comunque che il problema teorico nel nostro ordinamento sia per alcuni tra i diritti garantiti dalla CEDU (vita tortura, schiavitù, lavoro forzato, libertà personale, *nulla poena sine lege*, discriminazioni vietate) scavalcato in via pratica dal fatto che la nostra legge tratta tali diritti come indisponibili attraverso la costante nullità per contrarietà all'ordine pubblico degli atti che ne dispongono.

²³ Diversamente LUHMANN, *I diritti fondamentali come istituzione*, cit., spec. 243 ss.

²⁴ FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., 3 ss., 5 per la definizione e 9-11 per le quattro caratteristiche.

²⁵ «Mentre i diritti patrimoniali sono per così dire *orizzontali*, i diritti fondamentali sono per così dire *verticali*» (FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., 17). Vedremo nelle pagine che seguono che in realtà i diritti fondamentali sono *anche* orizzontali.

²⁶ FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., 33 ss.; ma anche ALEXY, *op. cit.*, 620 ss.

²⁷ Ma va ricordato di nuovo che l'art. 6, n. 3, del Trattato sull'Unione Europea (TUE) assevera l'efficacia *formalmente* normativa, come principi generali, delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri fanno parte del diritto dell'Unione che attribuiscono diritti fondamentali. In questo campo più che mai è saggio non tenere troppo separati dati giuridico-formali e dati giuridico-culturali.

²⁸ Sulla storia della Carta di Nizza (ma prima del recepimento nei Trattati dell'UE) ALPA-ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, cit., 67 ss.

²⁹ Per un inquadramento v. PERLINGIERI, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Napoli, 2008; ALPA-ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, cit., 58 ss.

³⁰ Così CONS. STATO, V sez., 2.3.2010, n. 1220, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2010, 1346, con nota di MIRATE; T.A.R. LAZIO, 18.5.2010, n. 11984, in *Riv. ammin.*, 2010, 319, con nota di FELEPPA, e in *Giur. it.*, 2011, 1435, con nota di D'ORO.

operino come norme costituzionali interposte³¹, in quanto impongono ai sensi dell'art. 117, comma 1°, Cost., l'adeguamento della legislazione interna ai vincoli derivanti da obblighi internazionali.

Il problema, in questa prospettiva «verticale», è il limite che così si frappone all'effettività dei diritti fondamentali. L'ineffettività può dipendere da ragioni giuridiche (inadeguatezze legislative) o da ragioni fattuali (sociologiche o economiche). Il legislatore, e i giudici, possono poco conto le seconde, molto contro le prime.

Per una corretta messa a fuoco delle ineffettività giuridiche di nuovo occorre distinguere. L'ineffettività dei diritti fondamentali può derivare infatti tanto da violazioni (leggi ordinarie che non si conformano ai principi che li sorreggono), quanto da lacune (vuoti legislativi che lasciano nel vacuo diritti fondamentali che richiedono la mediazione legislativa). I rimedi non sono eguali nei due casi.

Se da un lato è pacifico che i titolari possano reagire alle violazioni, non lo è altrettanto che possano reagire alle lacune della legislazione³². Quanto alle prime, i giudici ordinari possono sollevare questioni di legittimità riferendosi alla Carta come alla Costituzione, e dunque correggere la legislazione che coartava diritti fondamentali. Ma quanto alle seconde, nell'opinione dei più resta affidata all'azione pubblica, e quindi alla discrezionalità normativa, la scelta di politica legislativa sulla misura e la maniera della realizzazione dei diritti fondamentali, in dipendenza di profili assiologici³³, o fattuali³⁴.

Bisogna dire, inoltre, che allo stato e di fatto, mentre

la costituzionalizzazione della legislazione è da tempo un dato acquisito³⁵, i giudici ordinari sono ad essa attenti, e il giudice delle leggi rigoroso, invece la limitazione del potere legislativo sulla base di norme CEDU non è una preoccupazione costante delle nostre Corti. E ciò, nonostante i numerosi interventi della Corte eur. dir. uomo che hanno censurato nostri provvedimenti legislativi o amministrativi perché in contrasto con i principi della Carta³⁶.

Fin qui l'efficacia verticale. Ma possono questi stessi diritti fondamentali operare anche nei rapporti privati? Il discorso è vasto e ci limiteremo qui ai rapporti contrattuali. La domanda perciò diventa: possono i diritti fondamentali essere vantati da un contraente nei confronti dell'altro contraente, quali diritti soggettivi privati, con efficacia interpersonale e con effetti sul regolamento contrattuale e sui diritti e doveri che caratterizzano il rapporto? Possono, insomma spiegare anche una *efficacia orizzontale (Drittwirkung)*³⁷?

È questo un problema tecnico-giuridico allo stato controverso. Esso investe anzitutto ed in generale l'operatività dei diritti fondamentali, di qualunque fonte, nei rapporti intersoggettivi ed in specie contrattuali. E poi, in questo quadro, il caso particolare dei diritti fondamentali di fonte CEDU.

Ancora una volta per una corretta risposta si raccomanda una distinzione. Il problema ha due versanti: *quid facti?* che cosa, cioè, accade in concreto nei giudizi dinanzi alle diverse Corti? *quid juris?* debbono i diritti fondamentali, e se sì come, avere rilevanza nei rapporti privati?

³¹ In questo senso CORTE COST., 22.7.2011, n. 236, in *Corr. giur.*, 2011, 1243, con nota di CONTI; CASS., 19.2.2013, n. 4049, in *Giust. civ.*, 2013, I, 1570, e in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2013, 975: «Nel sistema normativo successivo all'entrata in vigore del trattato di Lisbona, la convenzione europea dei diritti dell'uomo non ha modificato – in linea con quanto affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 80/2011 – la propria posizione nel sistema delle fonti, ed il rinvio operato dall'art. 6, par. 3, del trattato alla convenzione non impone al giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e detta convenzione, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto con essa (Corte di giustizia 24 aprile 2012, C-571/10, “Kamberaj”), atteso che, in tale evenienza, il rimedio è costituito dal giudizio di legittimità costituzionale della norma interna per contrasto con l'art. 117 Cost. (nella specie, relativa al riconoscimento dell'anzianità pregressa al personale Ata transitato al Ministero dell'istruzione, la Supr. Corte ha escluso la necessità di sollevare nuovamente la questione di legittimità costituzionale, sia perché la Corte costituzionale, sia pure in data anteriore agli ultimi interventi della Cedu, si era già espressa, sia perché la stessa Corte di giustizia europea è intervenuta sulla materia fornendo una interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea)».

³² Sotto il profilo della teoria generale del diritto un esame approfondito in FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., 11 ss., 17, 29.

³³ Si pensi a questioni come il c.d. testamento biologico, o le unioni civili omosessuali.

³⁴ Si pensi alla tutela in concreto del diritto costituzionale al lavoro in un mercato caratterizzato da elevata disoccupazione.

³⁵ Nell'economia di queste pagine basterà rinviare a PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006; MACARIO-LOBUONO, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi. Un itinerario storico e metodologico per l'insegnamento*, Padova, 2010, 109 ss.

³⁶ Si possono fare molti esempi. Il più ricorrente è l'abusivo ricorso del nostro legislatore a sedicenti leggi di «interpretazione autentica».

³⁷ Sulla *Drittwirkung* nel nostro sistema v. NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il compimento della drittwirkung e il declino delle antinomie* (Nota a CASS., sez. un., 11.11.2008, n. 26972, Alfonsi c. Sartori), in *Rep. Foro it.*, 2008, voce «Responsabilità civile», n. 47; FAVA, *Personalismo costituzionale, drittwirkung e «tutela risarcitoria minima» delle «situazioni soggettive costituzionalmente garantite»: l'art. 2059 c.c. è norma a tipicità «stretta», «elastica» oppure atipica?* (la protezione degli interessi e dei valori della persona umana attraverso il danno esistenziale di nuovo al cospetto delle sezioni unite), *ivi*, 2008, voce «Sanità pubblica», n. 58; CELOTTO, *Procreazione medicalmente assistita: la Drittwirkung del tribunale di Cagliari* (Nota a TRIB. CAGLIARI, 24.9.2007, X. c. Asl 8, Cagliari), *ivi*, 2002, voce «Diritti politici e civili», n. 34; STANZIONE, *Diritti essenziali della persona, tutela delle minorità e drittwirkung nell'esperienza europea*, in *I diritti fondamentali in Europa*, Milano, 2002, 277 ss.; AA.VV., *Carta europea e diritti dei privati*, a cura di VETTORI, Padova, 2002; negativa la posizione di RESCIGNO, *Diritti civili e diritto privato*, in *Attualità e attuazione della costituzione*, Roma-Bari, 1979, 242 ss.

Sul primo versante, descrittivo, ci si deve chiedere anzitutto – ed è l'oggetto del paragrafo successivo (§ 3) – se di fatto le Corti nazionali facciano ricorso ai diritti fondamentali per regolare rapporti contrattuali, e poi più in particolare – ed è l'oggetto del paragrafo ulteriormente successivo (§ 4) – se la Corte eur. dir. uomo faccia ricorso ai diritti fondamentali per regolare rapporti contrattuali.

Sul secondo versante, prescrittivo, ci si deve chiedere invece – e sarà l'oggetto dei paragrafi finali (§§ 5-6) se i diritti fondamentali possano e debbano (ovviamente: quando di fatto coinvolti) concorrere a determinare la conformazione del regolamento contrattuale, e se sì perché, come, e fino a che punto.

3. L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali nella giurisprudenza nazionale dei Paesi comunitari.

Ciò che di fatto accade nella giurisprudenza dei paesi comunitari in tema di diritti fondamentali e rapporti contrattuali è piuttosto variegato.

Esiste, come detto, e da tempo, una giurisprudenza delle Corti nazionali (di merito, di legittimità, costituzionali) che, almeno a volte, anche sui regolamenti contrattuali³⁸ fa intervenire principi locali corrispondenti ai principi CEDU. Ma altre volte casi analoghi sono invece risolti per vie diverse, cercando nelle pieghe del diritto contrattuale la strada per correggerne gli effetti.

Sono utili degli esempi.

In materia di patti di non concorrenza Corti francesi³⁹, olandesi⁴⁰ italiane⁴¹ e tedesche⁴² hanno ritenuto talora illegittima la clausola che impedisce al prestatore di lavorare per chiunque altro, perché lesiva di un diritto fondamentale riconosciuto dalle legislazioni nazionali: la libertà professionale; e anche perché lesiva della posizione di un contraente debole.

In materia di patti di garanzia la Corte costituzionale tedesca⁴³ ha ritenuto illegittima la fidejussione di importo rilevante rilasciata dalla figlia inesperta perché lesiva della sua libertà e autonomia contrattuale. Analogamente la Supr. Corte olandese⁴⁴ ha (ma per altra via, e senza invocare diritti fondamentali) concesso protezione contro il patto fidejussorio ad una madre che aveva garantito per il figlio, considerando che nel prestare consenso ella da un lato non era stata sufficientemente informata, dall'altro aveva ceduto ad una forte pressione emotiva. Casi simili, ma anche qui dissimilmente risolti, sebbene pervenendo a simili risultati, si trovano nella giurisprudenza di *Common Law*: è stato per esempio ritenuto che un padre che aveva ipotecato l'unico immobile per garantire i debiti del figlio imprenditore non fosse validamente obbligato perché la banca che godeva della sua fiducia se ne era valsa a proprio vantaggio e non aveva consigliato – come avrebbe dovuto – di acquisire un parere indipendente⁴⁵. E la nostra Cassazione una volta ha dichiarato inefficace, ma perché contraria alla buona fede, la garanzia di un credito il cui ammontare era rimasto ignoto al garante perché il credito era stato convenuto segretamente tra la banca ed il debitore principale⁴⁶.

In materia di contratti d'opera una Corte olandese⁴⁷ ha limitato il diritto contrattuale alle cure di un paziente affetto da HIV a beneficio della necessaria protezione del diritto alla salute del sanitario. La Supr. Corte spagnola⁴⁸ ha invece ritenuto nullo il preliminare con cui i genitori, differendo al compimento del diciottesimo anno del minore atleta la stipula del definitivo, avevano vincolato quest'ultimo ad un club, pattuendo una penale per l'inadempimento. La Corte, richiamandosi all'art. 10, comma 1°, della Costituzione spagnola, che garantisce il libero sviluppo della personalità, ritiene che l'interesse del minore a decidere di sé non possa

³⁸ Il richiamo ai principi CEDU è invece più frequente in altri campi del diritto privato. Un esempio assai rilevante, in materia di matrimonio e sul punto se quello contratto all'estero da due persone dello stesso sesso sia trascrivibile in Italia, è in CASS., 15.3.2012, n. 4184, in *Dir. fam. e pers.*, 2012, I, 696 ss. (su essa GATTUSO, «Matrimonio», «famiglia» e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la «doppia svolta» della Corte europea dei diritti dell'uomo, in *Fam. e dir.*, 2012, 1 ss.), che pur ritenendo tale matrimonio inefficace agli effetti della trascrizione ha asseverato il concetto che ai sensi dei principi CEDU non sia ulteriormente possibile disconoscere all'unione omosessuale la natura giuridica di matrimonio ed un trattamento legale ad esso equivalente di specifiche situazioni intersoggettive dei contraenti.

³⁹ CASSATION, 11.7.2000, JCP, 2000.IV.2556, (Mme Marchal c. Pimouguet).

⁴⁰ Cfr. Hoge Raad, 4.4.2003, JAR, 2003, 107; Ktr. Rotterdam (Voorzieningenrechter), 25.2.2004, JAR, 2004, 199. Il diritto fondamentale invocato era il diritto protetto dall'art. 19(3) della Costituzione olandese di svolgere liberamente l'attività professionale scelta.

⁴¹ CASS., 26.10.2001, n. 13329, in *Dir. e giust.*, 2001, 51. Il diritto

fondamentale invocato era qui quello dell'art. 36 Cost. ad una retribuzione proporzionale e esistenzialmente sufficiente.

⁴² BVerfG, 7.2.1990, in BVerfGE, 81, 242 ss. (caso *Handelsvertreter*).

⁴³ BVerfG, 19.10.1993, in BVerfGE, 89, 214 (caso *Bürgschaft*). È utile ricordare che la Corte suprema federale investita del caso aveva invece deciso a favore della piena libertà contrattuale delle parti, valorizzando sì la necessità che il concedente la garanzia desse un consenso informato dei rischi connessi, ma presumendo tale consapevolezza nella capacità di agire del maggiorenne.

⁴⁴ Hoge Raad, 1.6.1990, NJ, 1991, 759 (van Lanschot/Bink)

⁴⁵ *Lloyds Bank Ltd v. Bundy* [1975] QB, 326. Simile il caso, e la soluzione, in *Barclays Bank v. O'Brien* [1994] 1 AC 180.

⁴⁶ Cass., 18.7.1989, n. 3362, in *Foro it.*, 1989, I, 2750.

⁴⁷ Hoge Raad, 12.12.2003, NJ, 2004, 117.

⁴⁸ TRIB. SUPR., 5.2.2013, in *Rep. jur. Aranzadi*; a commento v. CARAPEZZA FIGLIA-DE VERDA Y BEAMONTE, *Nullità del contratto preliminare per lesione della personalità umana. Un caso di applicazione diretta delle norme costituzionali nella giurisprudenza della Corte suprema spagnola*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 1099 ss.

essere ostacolato da impegni economici contrattuali.

In materia di contratti assicurativi un Tribunale italiano ha riconosciuto il diritto di un assicurato di recedere dal contratto recuperando i premi versati perché la loro perdita ledeva il suo diritto di dissociarsi dal partito-azienda del politico *dominus* della compagnia assicuratrice⁴⁹. Mentre la Corte costituzionale tedesca⁵⁰ ha statuito che in caso di cessione dei diritti rivenienti da una polizza-vita, la tutela costituzionale del diritto allo sviluppo della personalità (art. 2(1)) e del diritto di proprietà (art. 14(1)), impone che i capitali accumulati dalla compagnia grazie ai premi pagati dall'assicurato restino come fonti di un surplus a beneficio di quest'ultimo, come se non vi fosse stata cessione.

Gli esempi si potrebbero moltiplicare⁵¹. Ma già questi bastano a provare che quando avvertono tensione tra lo stretto regolamento contrattuale e comuni esigenze di equità, o di tutela del contraente debole, le Corti tendono a fare ricorso ai *principi generali*, che spesso sono proprio quelli sanciti dalle diverse Carte da cui si fanno derivare diritti fondamentali. Sicché almeno in questo senso generico quei diritti o comunque i principi che li fondano talora operano nei diritti nazionali, ed anche nel diritto dei contratti; vedremo poi meglio come.

Però gli esempi mostrano anche che: a) pur quando invocano quei principi raramente le Corti si appellano esplicitamente a diritti soggettivi fondamentali; b) e comunque almeno nel diritto dei contratti non usano richiamare la Carta EDU, bensì – se possibile – principi generali (magari analoghi) della legislazione interna; c) ma soprattutto tendono più spesso a cercare in una rielaborazione del diritto contrattuale la via per pervenire alla soluzione che i diritti fondamentali imporrebbero.

4. L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte eur. dir. uomo.

Le Corti nazionali hanno a disposizione un vasto strumentario per impostare e risolvere problemi contrattuali. E non stupisce certo che lo strumento di pri-

ma scelta sia lo stesso diritto dei contratti, e in aggiunta principi generali dell'ordinamento considerato⁵².

Così non è, ovviamente, per la Corte eur. dir. uomo. Alla quale pure, però, sono stati posti con il nuovo secolo problemi di compatibilità tra il regolamento contrattuale e i diritti fondamentali (o, se si vuole e più genericamente, i principi generali che li fondano) garantiti dalla Carta.

Che risposta dà, a questi problemi, la sua scarna giurisprudenza? Essa non ha dubbi che il giudice nazionale debba conformare il diritto nazionale ai principi della Carta⁵³, e quando investita vi provvede direttamente (ovviamente pronunziandosi nei confronti dello Stato).

Due sentenze, del 2003 e del 2010 statuiscono che costituisce violazione dell'art. 14 sul divieto di discriminazione in combinazione con l'art. 8 sul rispetto della vita privata e familiare e del domicilio, il mancato riconoscimento del diritto di successione nella locazione del convivente *more uxorio* dello stesso sesso⁵⁴.

Testualmente il citato art. 14 contempla tra le ragioni di discriminazione vietate il sesso ma non l'orientamento sessuale. Ma è pacifico che l'elenco delle ragioni di discriminazione sia meramente esemplificativo, e ormai da tempo dalla Corte il riferimento alla sfera sessuale viene inteso come esteso a proteggere anche l'orientamento, che costituisce una delle più diffuse e odiose cause di discriminazione. La sua manifestazione viene così elevata a diritto fondamentale della persona, con l'effetto di integrare (o al caso correggere) un regolamento contrattuale suscettibile di costituirne violazione⁵⁵.

Qui il rispetto del diritto fondamentale di un contraente, nella forma di una non violazione, impone all'altro una prestazione positiva (la prosecuzione del rapporto locativo) non prevista dal regolamento contrattuale (ma sembra facile concludere che l'esito sarebbe stato eguale se una clausola contrattuale avesse escluso il protrarsi del rapporto). Il diritto fondamentale diviene dunque fonte di integrazione (e al caso correzione) delle regole negoziali.

⁴⁹ TRIB. MILANO, 30.3.1994, in *Foro it.*, 1994, I, 1572.

⁵⁰ BVerfG, 26.7.2005, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, 2376.

⁵¹ Altri casi in ALPA-ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, cit., 60.

⁵² ALPA-ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, cit., 61: «Pur essendo frequenti le menzioni della Convenzione, l'impressione che si ricava è che la menzione sia più un mero orpello che il fulcro sul quale si basa la *ratio decidendi* per raggiungere la soluzione del caso».

⁵³ CORTE EUR. DIR. UOMO, 2.6.2009, in *Corr. giur.*, 2009, 1484, con nota di CONTI, e in *Riv. dir. internaz.*, 2009, 829: «In forza del principio di sussidiarietà il giudice nazionale deve, per quanto possibile, interpretare e applicare il diritto interno conformemente ai principi della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo di cui la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo costituisce parte integrante».

⁵⁴ CORTE EUR. DIR. UOMO, 2.3.2010, in *Fam. e dir.*, 2010, 873, con nota di DANISI: «La generalizzata esclusione di soggetti legati da una relazione omosessuale dalla successione in una locazione non può essere accettata come necessaria per la protezione della famiglia concepita in senso tradizionale; uno stato deve tenere conto degli sviluppi che avvengono in una società incluso il fatto che esistono più modi di condurre e vivere la propria vita privata e familiare».

⁵⁵ Quanto alla dottrina italiana sulla discriminazione nei rapporti contrattuali un quadro d'insieme (cui nell'economia di queste pagine è opportuno rinviare) è ora in NAVARRETTA, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, 560 ss., e in DI LORENZO, *Contratto e divieto di discriminazione*, in questa *Rivista*, 2014, 567 ss., e in CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Napoli, 2013 (e in tali scritti ampie indicazioni bibliografiche).

Per ragioni che risulteranno evidenti più avanti⁵⁶ è utile notare che la Corte non si serve né di strumenti desunti dal diritto dei contratti, né di clausole generali (come la buona fede o l'equità). E del resto, poiché il diritto alla cui stregua giudica è quello della Carta, neppure avrebbe potuto farlo.

Altrettanto utile è notare che il metodo argomentativo è quello della ponderazione. La Corte, nell'impostazione, si propone la consueta questione, sollevata invariabilmente dagli oppositori del riconoscimento delle coppie omosessuali, della tutela della famiglia eterosessuale. Ma, nella soluzione, scarta reciprocamente – almeno ai fini in discorso – l'idea – effettivamente pretestuosa – che il riconoscimento dei diritti degli uni possa essere nocivo ai diritti degli altri⁵⁷. Ponderazione, dunque – a quanto pare – di uno stesso diritto fondamentale (ad una vita sessuale secondo le proprie inclinazioni), ma con disconoscimento di qualsiasi reale conflitto, laddove invece un conflitto si instaura con la scelta negoziale discriminatoria.

Una sentenza del 2009 censura il diniego non motivato del nulla osta all'insegnamento, opposto da una università cattolica ad un docente assunto per contratto di lavoro rinnovato lungo un ventennio, a causa delle sue scelte ideologiche, non approvate. La Corte ritiene che tale esercizio dell'autonomia negoziale sia una violazione dell'art. 10 sulla libertà di espressione del docente.

In aggiunta, la Corte ravvisa nel difetto di motivazione e quindi di contraddittorio sulla giustificazione, una violazione dell'art. 6 sull'equo processo,

in quanto elusivo del sindacato giurisdizionale⁵⁸.

Anche qui, come si vede, l'operatività del diritto fondamentale (nella specie il diritto di manifestazione del pensiero) è diretta. E sebbene implicita, anche la ponderazione non manca, quanto meno rispetto al principio di libertà contrattuale, sentito però come di minor peso e quindi nella specie recessivo.

Una sentenza del 2014 impone a tutela dell'interesse del minore la rilevanza del contratto di maternità surrogata ai fini della trascrizione degli atti stranieri di filiazione attraverso fecondazione *in vitro*, anche negli Stati aderenti in cui questa – come da noi – sia vietata ed il contratto quindi sia nullo⁵⁹.

Si potrebbe fondatamente osservare che questo caso sta a cavallo tra problemi di efficacia verticale ed orizzontale. Quanto alla prima, statuire che il contratto contrario alla legge nazionale almeno come fatto non può essere ritenuto giuridicamente irrilevante fino al punto di cancellare a detrimento del minore il dato della filiazione, si traduce nell'affermazione che il diritto di questi è violato dalla nullità. Quanto alla seconda, a rigore qui non c'è un intervento della Corte sul regolamento contrattuale, che in sé non è toccato. Ma il diritto dei contratti, con le sue rigorose invalidità, cede per qualche aspetto al diritto fondamentale di un soggetto comunque coinvolto dalla relazione contrattuale.

Un'altra sentenza del 2014 tutela il preliminare di vendita di una abitazione in costruzione, largamente pagata, frustrato dalla scelta del curatore fallimentare di recederne, se non contro gravosi esborsi ulteriori, in quanto in violazione dell'art. 13 sul diritto ad un

⁵⁶ Mi riferisco alla discussa questione della efficacia diretta o indiretta (a mezzo di clausole generali); di cui si tratta *infra*, § 5.

⁵⁷ È noto che la «difesa della famiglia» è negli ambienti e nei paesi cattolici l'argomento principale contro il riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali, anche se non viene mai precisato cosa toglierebbe alle coppie eterosessuali riconoscere quelle dello stesso sesso: se al problema ci si accosta con l'approccio al modo di Mill (MILL, *Della libertà*) che era già nell'art. 4 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* all'origine delle moderne carte dei diritti (la facoltà di fare ciò che si vuole purché non rechi ingiustizia ad alcuno), è infatti piuttosto difficile vedere il «danno» alla famiglia eterosessuale che giustificerebbe la compressione della libertà degli omosessuali di costituire una famiglia ed ottenerne il riconoscimento giuridico.

Di recente in quegli stessi ambienti la visione della persona e dei suoi diritti fondata sulle Scritture è stata oggetto di problematizzazione, sulla base dell'assunto che dall'idea di uomo creato *ad imaginem Dei* si potrebbero far «discendere» (si afferma) «conseguenze del tutto diverse. Affermando quella [interpretazione dell'uomo], infatti, si può dar forza ad ogni integralismo religioso che pretende di poter imporre all'uomo gli obblighi conseguenti a questa sua dignità o convinzione. Al contrario si può far derivare da quella tesi la più intransigente difesa della inviolabilità della coscienza, della vita, del corpo. Può essere la base di un maschilismo spinto oppure

[...] il detonatore di una rivendicazione di genere irresistibile» (MELLONI, *La radice biblica dei diritti umani*, in *Corriere della sera*, 21 settembre 2009).

⁵⁸ CORTE EUR. DIR. UOMO, 20.10.2009, in *Nuova giur. civ.*, 2010, I, 517, con nota di SITZIA, e in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2010, 186 (m), con nota di FIORILLO: «Il diniego, da parte di una università privata, di rilascio del nullaosta all'insegnamento di un docente dopo un rinnovo di fatto ventennale del contratto di lavoro costituisce solo formalmente una mancata assunzione, ma, sostanzialmente configura una interruzione del contratto di lavoro e, pertanto, realizza un'interferenza con la libertà di espressione sancita dall'art. 10 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu); viola l'art. 10 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu), sotto il profilo delle garanzie procedurali, nonché l'art. 6, la decisione del consiglio di facoltà di una università cattolica di non rinnovare il contratto di insegnamento a un docente per incompatibilità delle sue posizioni ideologiche con la dottrina cattolica, rilevata dall'autorità ecclesiastica competente, quando tale decisione non sia adeguatamente motivata in modo da consentire l'instaurazione del contraddittorio e il sindacato dell'autorità giurisdizionale».

⁵⁹ CORTE EUR. DIR. UOMO, 26.6.2014, in *Foro it.*, 2014, IV, 561, con nota di CASABURI.

mezzo di ricorso effettivo e 1 del Protocollo aggiuntivo n. 1 sulla difesa della proprietà⁶⁰.

La Corte asserisce che in forza del contratto la promittente acquirente aveva una aspettativa legittima all'acquisto della proprietà ovvero al recupero delle somme anticipate. È dunque il suo diritto fondamentale alla proprietà (si badi: non il semplice e specifico diritto di proprietà sul particolare immobile, d'altronde mai pienamente acquisito, ma il diritto di essere proprietario, riconosciuto fondamentale sin dal tempo di Locke) ad essere stato violato da una scelta negoziale.

Anche qui l'intervento del diritto fondamentale sul contratto è obliquo. Esso non arriva a correggere la scelta negoziale del curatore ed i suoi effetti diretti. Ma incide sul rapporto contrattuale munendolo di effetti indiretti. Argomenta infatti la Corte che lo Stato, pur non dovendo in prima battuta farsi diretto carico degli esborsi in questione, tuttavia deve almeno assicurare nel rapporto orizzontale, per ragioni di interesse pubblico, una regolamentazione protettiva della legittima aspettativa alla proprietà. Senza di che si verifica una interferenza statale nel diritto di proprietà che richiede una tutela risarcitoria.

Si tratta senza dubbio di pochi casi, ma ai nostri fini significativi. Vi appare evidente la più ampia espansione della cultura dei diritti, la loro interpretazione estensiva e – soprattutto – l'assoluta irrilevanza della mediazione di clausole generali e l'efficacia orizzontale *diretta* dei diritti fondamentali nel rapporto contrattuale, sia pure in rapporto di ponderazione con altri diritti e valori.

Questo oggi lo stato dell'arte. Si può non condividere. Ma bisogna prenderne atto.

5. Se, e come, i diritti fondamentali esplicano efficacia nei rapporti tra privati (efficacia diretta e indiretta).

Detto quel che di fatto accade nella giurisprudenza, è ora di condurne una valutazione.

La prima questione è se i diritti fondamentali che certamente hanno piena e tassativa rilevanza nei rapporti di diritto pubblico ne abbiano – debbano averne – anche nei rapporti di diritto privato, quando le Corti nazionali ne giudicano. Ovviamente vi sono pro e contro. A fondamento dell'efficacia orizzontale sta il fatto che la cultura giuridica attuale è eminentemente una cultura dei diritti⁶¹, e che una democrazia sostanziale non può vedere trascurati o conculcati i fondamentali da poteri privati⁶². A fondamento della rilevanza subordinata a una mediazione legislativa sta l'arretamento di certezza che la penetrazione dei diritti fondamentali produce nel diritto contrattuale vigente⁶³, e la necessità di contemperare i diritti fondamentali dell'uno con la libertà contrattuale ed i diritti dell'altro. Come si vede, l'obiezione sposta il problema dal *se* al *come*.

Sul *se* perciò la risposta positiva risulta netta⁶⁴. Anche a voler prescindere dal fatto che ormai le Corti come visto non ne dubitano, vale l'osservazione che «Precisely on account of the fundamental character of these rights it is difficult to appreciate why they should deserve protection in relation to the public authorities, but not in relation to private parties»⁶⁵. Con approccio più tecnico si può osservare una cosa ovvia: i diritti fondamentali riconosciuti dal sistema positivo in quanto attribuiti e garantiti da sue disposizioni sono diritto oggettivo, per lo più nella forma di principi, oltre che diritti soggettivi⁶⁶. Se è ovvio che il contratto sia inciso più da presso dalle norme che specificamente lo concernono (sulla formazione, interpretazione, vali-

⁶⁰ CORTE EUR. DIR. UOMO, 4.2.2014, in *Rep. Foro it.*, 2014, *Diritti politici e civili*, n. 251, e 16 dicembre 2014, inedita.

Sul caso v. MILIZIA, *Il curatore fallimentare del costruttore revoca il preliminare di vendita, l'acquirente perde la casa ed ingenti somme: quale indennizzo?*, in *Dir. e giust.*, www.dirittoegiustizia.it/news/17/0000071268.

⁶¹ Mi pare una constatazione diffusa e pacifica. V. comunque in questo senso POCAR, *Guida al diritto contemporaneo*, Roma-Bari, 2002, 105 ss.

⁶² La letteratura in materia è ovviamente assai ampia. Per una sintesi AA.VV., *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, cit., 464 ss.

⁶³ Ma osserva realisticamente ALEXY, *op. cit.*, 197, che uno standard di certezza più elevato di quello offerto dal sistema di regole e principi è in sostanza inattuabile.

⁶⁴ Ma non unanime. In senso negativo v. p. es. ENGLE, *Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung)*, 171: «While third party effect may be an appropriate standard for the four freedoms (free movement of goods, persons, capital, and businesses), the four freedoms are economic rights governing alienable transac-

tions, relative rights, not absolute or inalienable ones. It is logically inapt to determine the existence or extent of inalienable human rights in economic terms».

⁶⁵ VAN DIJK-VAN HOOF, *Theory and Practice of the European convention on Human Rights*, The Hague-London-Boston, 1998, 24 (cit. da HESSELINK, *op. cit.*, 3, nt. 9, che esprime la stessa opinione: «...in recent decades it has become increasingly clear that not only the State but also private parties may endanger the peaceful enjoyment of fundamental rights. Sometimes, for example, in the case of powerful private companies, the risk is even stronger» (p. 3)).

⁶⁶ La storia ha conosciuto sia sistemi giuridici prevalentemente di diritto soggettivo sia sistemi giuridici prevalentemente di diritto oggettivo, e si può sempre guardare un sistema dalle due prospettive (così ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 554). Il diritto romano del periodo classico, il diritto tedesco precedente al BGB sono esempi del primo; il diritto giustiniano, il diritto francese dopo il *Code civil* del secondo.

Il nostro sistema attuale, non fosse che per l'alluvionale produzione normativa inclina al secondo tipo; ma il tentativo di farvi

dità, esecuzione) è comunque pacifico che sia regolato anche da principi⁶⁷. Non a caso si è parlato, per i diritti fondamentali, di un fenomeno di «irradiazione»⁶⁸. Il contenuto del contratto deve essere coerente a tutti i principi che possono concernerlo. Coerente dunque anche ai principi generali che attribuiscono diritti fondamentali, quando lo concernono.

A prima vista i rapporti contrattuali possono sembrare estranei alla operatività dei diritti fondamentali perché incidenti solo su quanto regolato dagli accordi (a parte le invalidità o le integrazioni dettate dal diritto applicabile), e composti dai soli diritti e obblighi concordati. A ben vedere non è esatto che ciò che non è concordato resti estraneo⁶⁹. E la ragione è semplice. In dipendenza della natura degli interessi toccati, altri diritti, preesistenti e non posti dal contratto, si insinuano in esso. Il fenomeno è comune, e per incontrarlo non è necessario sempre scomodare le Carte dei diritti. Semplici esempi lo dimostrano: il trasporto di persone coinvolge il diritto preesistente alla integrità e sicurezza, il mandato coinvolge il diritto preesistente che ne è oggetto, le prestazioni d'opera su beni del committente coinvolgono il diritto preesistente alla loro proprietà.

Tutto ciò vale a maggior ragione per i diritti fondamentali: un contratto può conculcare diritti fondamentali, ovviamente preesistenti, alle libertà familiari, di lavoro, di espressione, di culto, di non discriminazione, e via dicendo. E se di fatto i casi possono apparire più rari, di diritto appaiono più gravi. Quei diritti quindi, come è stato osservato⁷⁰ – concorrono a definire il concetto di ordine pubblico, e collocano la controversia nella sua dimensione politica. Il giudice allora dovrà giudicarne (anche) nell'ottica della protezione legale dei diritti fondamentali.

Il problema è che, però, spesso l'opzione legale sottostante non è chiara. Anche prescindendo dalla complessità degli ordinamenti, è la natura stessa delle norme attributive di diritti fondamentali a porre il problema. Esse sono infatti *principi*, non regole. Non determinano una soluzione definita ma – come è stato sostenuto⁷¹ – «prescrivono che qualcosa è da realizzare nella misura più alta possibile relativamente alle possibilità giuridiche e fattuali». Sarebbero cioè *precetti di ottimizzazione*.

Assodato questo, la seconda questione è *come* i diritti fondamentali operino nei rapporti privati. Qui ci limiteremo ai contratti. Nella risposta a questa domanda si contrappongono le teorie dell'efficacia indiretta ovvero diretta dei diritti fondamentali.

Il problema – sotto il nome di *Drittwirkung* – si è posto anzitutto alla giurisprudenza e alla dottrina tedesca, ove – sin dal caso L \ddot{u} th⁷² – è prevalsa la tesi⁷³ della *efficacia indiretta* dei diritti fondamentali, ossia appunto legalmente mediata (*mittelbare Wirkung*), dalla loro introduzione nella disciplina della fattispecie. Mediata attraverso il ricorso alle clausole generali, intese nel senso che i principi ispiratori di quei diritti ad esse conferiscono⁷⁴. Esse offrono – si sostiene – la mediazione che altrimenti sarebbe compito di scelte esplicite del legislatore.

In questa visione un privato non può invocare direttamente nei confronti di un altro privato un proprio diritto fondamentale contro una sua pretesa (per esempio contrattuale)⁷⁵, ma solo invocare il correttivo di una clausola generale (buona fede, correttezza, equità *Treu und Glauben*, *Gute Sitten*) intesa nel modo più conforme al diritto fondamentale che si assume coinvolto.

Varie Corti nazionali hanno seguito questa stra-

largamente penetrare l'operatività dei diritti tende a correggerlo.

⁶⁷ Principi di varia natura e livello. Alcuni, più tecnici, codicistici, come ad esempio il principio di buona fede, di affidamento, o di conservazione. Altri, più assiologici, costituzionali o delle Carte (i Trattati comunitari, le Convenzioni internazionali, le Carte dei diritti ratificate), come ad esempio il principio di solidarietà, di tutela del contraente debole, di non discriminazione.

Sulla distinzione – pacifica – tra principi del diritto e nel diritto v. per tutti ALPA, *I principi generali*, Milano, 1993, 3 ss.

⁶⁸ ALEXI, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 555 ss.; COLLINS, *On the (In)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law*, cit.

⁶⁹ Non mi riferisco qui alle integrazioni *ex lege*, che hanno un senso diverso.

E quanto all'esclusione *in rebus* nel contratto di conflitti di diritti essa è giusta, come si mostra nel testo, solo limitatamente ai diritti *ex contractu*, cioè limitatamente a quelli da esso posti. Qui potrà esserci dubbio interpretativo sull'esistenza e la portata dei diritti dell'uno o dell'altro, ma è vero per definizione che gli uni cessano dove gli altri cominciano, e non può darsi conflitto.

⁷⁰ MAK, *Harmonising Effects of Fundamental Rights in European Contract Law*, cit., 74.

⁷¹ ALEXI, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., spec. 106 ss.

⁷² BVerfGE, 15 gennaio 1958, in BVerfGE, 1958, vol. 7, 198 ss., 205.

⁷³ Argomentata da DÜRIG, *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*, in *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung*, München, 1956, 157 ss.

⁷⁴ Ad esempio: secondo la Corte tedesca (BVerfGE, 9 febbraio 1994, in BVerfGE, 1994, vol. 10, 27 ss.) il locatore non può rifiutare al conduttore straniero di installare un'antenna parabolica per ricevere i programmi del suo paese, ma perché ciò è contrario al § 536 BGB sui doveri del proprietario di far godere la cosa locata ed al § 242 BGB di farlo secondo i dettami del *Treu und Glauben*. Anche nel caso *Bürgerschaft*, sopra citato, la soluzione era mediata dal ricorso ai §§ 138 e 242 BGB.

⁷⁵ HESSELINK, *The Horizontal Effect of Social Rights in European Contract Law*, cit., 5; CHEREDNYCHENKO, *Subordinating Contract Law to Fundamental Rights*, cit., 57 (che però restringe questo limite alla adozione di quello che definisce «Weak Indirect Horizontal Effect», mentre nel caso di «Strong Indirect Horizontal Effect» l'invocazione del diritto fondamentale come titolo della pretesa o eccezione sarebbe possibile, ma intendendolo non come norma ma come principio generale e a patto di trovarne nel diritto privato la base di effettività: francamente la distinzione mi pare di eccessiva sottigliezza).

da⁷⁶. La dottrina è discorde ma spesso si pronunzia a favore dell'efficacia indiretta⁷⁷.

Chi persegue un più incisivo impatto dei diritti fondamentali sul diritto privato⁷⁸ argomenta la metodica dell'efficacia orizzontale diretta o immediata (*unmittelbare Wirkung*)⁷⁹. L'idea non deve sorprendere: il contratto di lavoro è, per esempio, un caso in cui diritti fondamentali sono stati direttamente inclusi nella disciplina del rapporto⁸⁰. Vero è però che qui ha provveduto esplicitamente la legge.

L'efficacia diretta è invece assai problematica dove la legge non provvede ma vi sono principi, come appunto nel caso delle disposizioni della CEDU. Vale ripetere che, come visto, la Corte eur. dir. uomo non si serve né di strumenti desunti dal diritto dei contratti, né di clausole generali, quando si pronunzia su un conflitto tra privati in cui sia coinvolto un diritto fondamentale. E questo è spesso l'unico modo di rendere effettivi i diritti fondamentali là dove lo Stato, pur adottando il principio da cui discende il diritto, offre una normativa inadeguata o lacunosa. A maggior ragione se il rapporto, in specie contrattuale, intercorre con un contraente debole: i diritti servono dove i poteri mancano⁸¹.

Secondo questa visione il privato può vantare i suoi diritti fondamentali nei confronti di un altro privato, così come potrebbe vanarli nei confronti dello Stato, e fondare su di essi una pretesa o una eccezione in giudizio, con l'effetto, nei contratti, di invalidarli o di ottenere risarcimenti⁸².

Effettivamente «if a right is fundamental, it should not make a difference, in principle, whether it is violated by the State or by a private party»⁸³. Ma solo «in principle». In concreto sorgono numerose criticità: i diritti fondamentali sono pensati e formalizzati per il rapporto con lo Stato, scavalcano la distinzione diritto privato/pubblico (per quel che vale), addossano alla controparte privata doveri nell'interesse generale, de-

mandano ai giudici una definizione «creativa» delle sfere di autonomia privata, introducono incertezza ed imprevedibilità nelle attività dei privati, si dispongono per lo più da entrambi i lati generando conflitti di ardua soluzione, fanno appello a valori supremi plurimi tra i quali solo al legislatore è possibile instaurare una gerarchia, pongono (alcuni, se non tutti) il problema della loro alienabilità da parte del titolare⁸⁴.

6. I diritti fondamentali nei rapporti contrattuali: disponibilità, limiti, bilanciamento, rimedi.

La controversia sulla corretta metodica (efficacia diretta o indiretta?) è ampia e dotta. Ma è davvero utile? Vi sono almeno due ragioni per dubitarne.

La prima è che, a mio giudizio, la differenza è sopravvalutata: entrambe le tecniche offrono simili possibilità e comportano simili rischi.

Simili possibilità. Gli esiti di un giudizio sul contratto di cui si assuma che viola un diritto fondamentale sono diversi meno in dipendenza del ricorso all'uno o all'altro metodo e molto più in dipendenza del modo in cui li si usa, argomentando la soluzione. Ad esempio: se un agente pubblicitario diffonde notizie sul ricovero di un noto attore «sex addicted» per incentivarne la notorietà e la fama di seduttore, si può arrivare a concludere per l'illiceità della condotta tanto assumendo direttamente la violazione del rispetto alla vita privata quanto assumendo che questo esercizio dell'attività pubblicitaria affidata per contratto è contrario alla buona fede nell'intenderlo e nell'eseguirlo.

Simili rischi. I diritti fondamentali sono stati pensati nel rapporto con lo Stato, dove non sono richiesti né ammessi adattamenti (salvo certi limiti di ordine pubblico previsti dalla stessa Convenzione europea). Farvi ricorso nei rapporti tra privati invece richiede necessariamente adattamenti⁸⁵: di significato, di estensione, di temperamento. È possibile che i rischi si atte-

⁷⁶ Nei Paesi Bassi *Hoge Raad*, 31 ottobre 1969, NJ 1970, 57 (*Mesendieck I*); *Hoge Raad*, 18 giugno 1971, 407 (*Mesendieck II*); da noi un intervento giudiziale consimile è stato visto (MAK, *Harmonising Effects of Fundamental Rights in European Contract Law*, cit., 72) in quella giurisprudenza (cfr. Cass., 20.4.1994, n. 3775, in *Giust. civ.*, 1994, 2159 ss., che legge la clausola di buona fede applicata al sindacato sul contratto in termini di solidarietà).

⁷⁷ Un esame dei pro e dei contro delle due metodiche è in HESSELINK, *The Horizontal Effect of Social Rights in European Contract Law*, cit., 5; sostanzialmente favorevole COLLINS, *On the (In)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law*, cit., spec. 22, 24, 30; e, apertamente, CHEREDNYCHENKO, *Subordinating Contract Law to Fundamental Rights*, cit., 59.

⁷⁸ Questa la *ratio* della metodica diretta per HESSELINK, *The Horizontal Effect of Social Rights in European Contract Law*, cit., 4.

⁷⁹ Ma anche su questa maggiore incisività – magari a costo di maggiori difficoltà e rischi – ci sono dissensi: cfr. COLLINS, *On the (In)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law*, cit., 41: «...the insertion of human rights into private law, whether directly

or indirectly, is unlikely to produce much in the way of the desired subjection of business interests to principles that normally protect weaker contractual partner».

⁸⁰ In ambito comunitario, non solo italiano, come rileva CHEREDNYCHENKO, *Subordinating Contract Law to Fundamental Rights*, cit., 51.

⁸¹ È il caso del diritto contrattuale comunitario, generalmente inteso alla protezione del contraente debole, studiato da MAK, *Fundamental Rights and the European Regulation of iConsumer Contracts*, in *J Consum policy*, 2008, 425 ss.

⁸² La metodica dell'efficacia diretta è illustrata (senza aderirvi) da CHEREDNYCHENKO, *Subordinating Contract Law to Fundamental Rights*, cit., 55.

⁸³ HESSELINK, *The Horizontal Effect of Social Rights in European Contract Law*, cit., loc. ult. cit.

⁸⁴ Per un quadro COLLINS, *op. cit.*, 11 ss.; HESSELINK, *op. cit.*, 4; CHEREDNYCHENKO, *op. ult. cit.*, 59.

⁸⁵ In questo senso, ampiamente, COLLINS, *op. cit.*, 25 ss., che parla di «translation of transplanted rights».

nuino nella metodica indiretta, ma è ingenuo pensare che criteri tenuissimi come le clausole generali possano opporre grandi barriere all'arbitrio del giudice nello stabilire senso e confini di un diritto fondamentale in un rapporto tra privati.

Come è stato osservato⁸⁶ le diverse costruzioni sono equivalenti nel risultato, perché nessuna trasferisce *sic et simpliciter* i diritti fondamentali dalla relazione con lo Stato alla relazione con i privati, nessuna cancella il ruolo del diritto civile, ognuna ammette graduazioni di efficacia, e ogni esito del giudizio sul conflitto che è ottenibile per via dell'una è ottenibile anche per via dell'altra.

La seconda è che, dopo tutto, non è questo il punto. Ciò perché nel contesto attuale la differenza tra operatività verticale ed orizzontale che rendeva rilevante per quest'ultima la scelta tra metodo diretto e indiretto si è affievolita, e quelle che persistono indirizzano in un'altra direzione l'approccio al problema.

La scelta tra efficacia diretta e indiretta aveva per sottofondo la distinzione tra diritto pubblico e privato. È importante se questa è importante. Ma questa distinzione non è più importante come una volta. Oggi è più una questione classificatoria e formale che ontologica e sostanziale. In origine si guardava al diritto pubblico come al luogo del rapporto tra potere e garanzie, e al privato come al luogo del rapporto tra rispettive libertà. In Stati che hanno raggiunto un pieno livello di democrazia formale ed un buon livello di democrazia sostanziale, ma sono immersi in un mercato globale con forti sperequazioni di potere economico sociale, anche i rapporti tra privati sono spesso rapporti tra poteri e garanzie, e per questo è nato il problema dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali. Il diritto privato oggi può conoscere gli stessi problemi di rischio di prevaricazione che tradizionalmente colleghiamo ai rapporti pubblicistici. Anche da questo punto di vista, perciò, l'efficacia orizzontale si giustifica e non è determinante se diretta o indiretta.

La differenza che persiste tra operatività verticale ed orizzontale – il punto – sta altrove: lo Stato non ha diritti soggettivi verso il privato, la controparte privata sì, contrattuali e talora fondamentali, comunque diversi e diversamente giustificabili, caso per caso. È di fatto frequente, anche se di diritto raramente giusto, che i diritti fondamentali siano ceduti consensualmen-

te⁸⁷. A volte i diritti sono ceduti da un contraente debole ad uno più forte. A volte no. A volte sono ceduti per lucro, a volte per necessità. A volte i diritti fondamentali dell'uno sono vistosamente superiori ai diritti fondamentali dell'altro coinvolti nel conflitto, a volte no⁸⁸. I diritti fondamentali che proteggono da una lesione da parte dello Stato possono più facilmente essere estesi ai rapporti con terzi di quelli che postulano una attiva prestazione per la loro realizzazione. In sintesi: l'operatività verticale pone un problema unitario, l'orizzontale problemi variegati.

Basta questo a capire che il discorso va articolato caso per caso in relazione al diritto coinvolto, alla possibilità oppure no del titolare di disporre, alla natura e forza del diritto che vi si contrappone, ed alle ragioni del coinvolgimento.

Sintetizzando per semplificare, le tipologie di casi sono quanto meno due: che si sia disposto contrattualmente di un proprio diritto fondamentale dando alla controparte un semplice diritto *ex contractu* a disporre⁸⁹; che si sia disposto contrattualmente di un proprio diritto fondamentale subordinandolo alla realizzazione di un diritto fondamentale della controparte⁹⁰.

Il problema è, allora: *a*) può un privato alienare ad un altro un suo diritto fondamentale? *b*) come si bilanciano contrapposti diritti fondamentali?

Nella risposta alla prima domanda mi pare che il compito del giudice sia stabilire anzitutto come un diritto fondamentale che verso lo Stato è determinato ed indisponibile si traduca nel diritto dei privati: che estensione? che misura di disponibilità? E la risposta sarà ovviamente casistica. I principi e diritti fondamentali non sono tutti di egual peso.

Disporre di alcuni (vita, libertà, sicurezza, equo processo, discriminazione per le ragioni non ammesse, per stare al sistema CEDU) è oltre l'autonomia privata. Almeno di norma. Anche qui occorre una analisi casistica. Nessuno può validamente mettere la propria vita e sicurezza all'altrui mercè. Ma questo non ha mai impedito di assumere una guardia giurata armata. Nessuno può convenire che la controparte deciderà unilateralmente le controversie sul contratto. Ma questo non ha mai impedito le clausole arbitrali.

Disporre di altri è astrattamente ammissibile, ma è anche questione di libero e giustificato esercizio della propria autonomia. Il criterio di selezione è implicito

⁸⁶ ALEXI, *op. cit.*, 560 ss.

⁸⁷ COLLINS, *op. cit.*, 36: «...in the private sphere it is normal for fundamental rights to be sacrificed by agreements. For example (...) the right to keep information private under the right to respect for private life can be lost by agreement, as where an author agrees to publish memoirs about his or her scurrilous life».

⁸⁸ Ad esempio: una scuola religiosa può chiedere che l'insegnante di credo diverso non eserciti la propria libertà di culto in modo atto a distogliere i discenti dal credo cui è ispirata la

scuola (ostentazione di simboli, professione di fede, proselitismo).

⁸⁹ Un vecchio caso francese rende l'idea: poteva un nano obbligarsi per contratto con un circo a farsi sparare da un cannone come una palla per divertimento degli spettatori? Da un lato ciò certamente ledeva la sua dignità. Dall'altro era il suo unico possibile mezzo di sussistenza.

⁹⁰ Per esempio: una scuola religiosa pur avendo il diritto di professare il proprio credo non può chiedere ad un insegnante di altro culto di cambiare religione.

nel nostro diritto privato. Ma non mi pare di ravvisarlo nelle clausole generali. Lo ravviserei piuttosto da un lato nel normale controllo dell'attività negoziale: la scelta è stata libera? informata? dall'altro nel normale controllo del contenuto negoziale: la scelta è causalmente valida, nel senso che alla limitazione (non soppressione) del diritto fondamentale sacrificato fa riscontro una oggettiva e adeguata utilità per il contraente?

Per stabilire perciò se ed in che limiti quel diritto fondamentale sia alienabile occorre valutare caso per caso la natura del diritto, la misura in cui l'alienazione incide sulla ragione della sua attribuzione in comparazione con la misura in cui ciò giova sotto altro profilo al titolare, e così confrontare la giustificazione dell'alienazione con la giustificazione del diritto.

Nella risposta alla seconda domanda, relativa al bilanciamento, occorre considerare che i principi e diritti fondamentali, secondo le circostanze del caso non hanno sempre lo stesso peso⁹¹. E quando diritti fondamentali siano coinvolti da entrambi i lati occorrerà un bilanciamento. Anche qui caso per caso. L'un principio, e relativo diritto fondamentale, infatti, «prevale sull'altro sotto circostanze determinate. Sotto altre circostanze, però, il problema della priorità può essere risolto in maniera diversa»⁹².

Come è stato osservato in dottrina, i diritti fondamentali offrono ragioni⁹³, che nei conflitti si contrappongono e possono essere comparate. Fissare il miglior punto di equilibrio, secondo una sorta di ottimo paretiano (il maggior beneficio dell'uno con il minor sacrificio dell'altro) può non portare ad un risultato unico – l'unica soluzione giusta – ma se fatto sulla base di giustificazioni porta comunque ad una soluzione razionale e controllabile⁹⁴.

Il riconoscimento della rilevanza dei diritti fondamentali per il diritto dei contratti pone il problema dei rimedi possibili ed adeguati per i casi di violazione.

È comunque certo che l'incoerenza esterna del con-

tratto, cioè l'incoerenza al quadro normativo (siano norme o principi), sia pregiudizievole per il contratto. Si pone invece il problema della specifica conseguenza pregiudizievole e del relativo «rimedio». Qual è la conseguenza della contrarietà del contratto a questi principi? Una invalidante? O una risarcitoria? Il tema è certamente rilevante⁹⁵ ma qui può essere solo lambito.

Il punto dal quale si può partire è che il contratto contrario ai diritti fondamentali di una parte è, quando lo è, sia una violazione dell'ordine pubblico, sia una lesione di un diritto soggettivo preesistente.

Assumere che il contratto pregiudica irreparabilmente un diritto fondamentale riveniente da un principio di ordine pubblico⁹⁶ conduce alla necessaria nullità del patto. Questo accade tutte le volte che il diritto è soppresso, o gravemente conculcato. Ma non anche quando le limitazioni assunte con libera e cosciente volontà non sopprimono ma solo coordinano le libertà a fronte di effettive utilità⁹⁷.

Assumere che il contratto pregiudica parzialmente un diritto fondamentale di una parte senza fornirle una utilità qualitativamente e quantitativamente adeguata configura un illecito civile cui pone rimedio un risarcimento⁹⁸.

Esula invece dalla contrarietà all'ordine pubblico e dalla illiceità il caso di limitazione (non soppressione dunque, ma proporzionato bilanciamento attraverso il contratto) di un diritto fondamentale liberamente e coscientemente accettata per coordinamento con un diritto fondamentale della controparte.

7. Conclusione.

Non penso affatto, con queste considerazioni, dopo tutto banali, di risolvere una questione così complessa come quella oggetto di queste pagine. Ma forse è un contributo verso la soluzione disincagliare il dibattito da una diatriba sulla metodica, che non lo ha risolto, e avviare per un'altra via la discussione⁹⁹.

⁹¹ ALEXI, *op. cit.*, 110.

⁹² ALEXI, *op. cit.*, 110 s.: «In questa ponderazione, si tratta del problema a quale degli interessi *astrattamente di equal rango* spetti, *nel caso concreto, il peso maggiore*» (p. 111) (corsivi dell'A.).

⁹³ ALEXI, *op. cit.*, 133.

⁹⁴ ALEXI, *op. cit.*, 182 ss.

⁹⁵ Una corretta analisi è ora in NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'UE e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, cit., 904 ss.

⁹⁶ Come rileva esattamente NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'UE e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, cit., 905: «...l'alternativa che si apre è fra l'applicazione della nullità per contrarietà alla norma imperativa o il ricorso al medesimo rimedio per contrarietà all'ordine pubblico, ossia la tecnica della *Drittwirkung* diretta o indiretta. Orbene, sul piano dell'accertamento sostanziale, l'alternativa non pare incidere radicalmente sul tipo di verifica che deve effettuare il magistrato». Vedo in ciò

una conferma quanto al riflesso sui rimedi della sostanziale equivalenza di risultato tra le due metodiche rilevata *supra*, sub 6.1.

⁹⁷ Esempi: non sono certo nulle per contrarietà all'ordine pubblico obbligazioni limitative della libertà di movimento giustificate da impegni di lavoro strumentali ad una organizzazione (un pronto soccorso, un servizio di vigilanza, ecc.), o obbligazioni comportanti pericolo per la vita come l'assistenza in ospedali per malattie infettive salve le precauzioni necessarie, o obbligazioni come la rivelazione di notizie sulla vita intima del personaggio pubblico al giornale scandalistico, o l'impegno a tacere sulle proprie convinzioni nel servizio presso l'organizzazione di tendenza, o l'obbligo di servirsi non della madrelingua ma di quella in uso nel lavoro per organizzazioni multinazionali, e simili.

⁹⁸ Un buon esempio di questa tipologia di casi è la fattispecie esaminata dalla Corte eur. dir. uomo illustrata *supra*, sub 4.4.

⁹⁹ Mi pare che analoga sia l'indicazione di COLLINS, *On the (In)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law*, cit.,

Quel che mi pare acquisito è che la penetrazione dei diritti fondamentali nel diritto dei contratti è comunque una realtà. I diritti fondamentali non sono che il nome in termini di diritto soggettivo di quelli che in termini di diritto oggettivo sono principi generali. Le disposizioni della Carta EDU sono principi generali del nostro ordinamento. Come principi generali, dunque, anche i diritti fondamentali sono – quando lo concernono – parte del diritto dei contratti. Ogni contratto è un fatto regolato da norme e principi ed è un ordinamento di diritti reciproci. Nessuno dubita che i principi generali entrino – quando se ne dà il caso – nel sistema di norme e principi regolatori del contratto. Ma così è anche dei diritti: principi e diritti sono inseparabili. E quindi anche i diritti fondamentali entrano nell'ordinamento di reciproci diritti contrattuali.

Pare perciò irrazionale dubitare che, come i principi,

anche i diritti entrino nel diritto dei contratti, o che vi entrino solo se quando e come siano resi rilevanti attraverso la mediazione di altre norme, o attraverso la funzione ermeneutica ed integrativa di clausole generali.

Non potrebbe essere diversamente, per duplice ragione. Una ragione assiologica: i contratti non sono una terra di nessuno dove valga solo la *lex contractus*, ma una provincia di un regno di principi e diritti che vi si fanno sentire come altrove. E una logica: come insegnava Kelsen, i diritti non sono che un riflesso dei principi. Questi conducono con sé quelli, come un corpo la propria ombra.

Pensare perciò di poter dare ingresso nel nostro diritto contrattuale ai principi delle Carte ma escludere l'operatività dei diritti sarebbe dopo tutto sciocco, come pensare di dare ingresso a qualcuno ma tener fuori la sua ombra.

29 ss., quando propone come «ultimate test» un *balancing* secondo un metodo di *double proportionality*: «the case for interference with the separate rights of each party needs to be assessed separately according to a test of proportionality. The legitimate aim

that may justify such an interference with a fundamental right is likely in a private law context to include the protection of the fundamental right of the other party».

Locazione ad uso abitativo e diritti fondamentali

di Fabio Padovini

1. Il «diritto all'abitazione» è una nozione moderna, che esprime un diritto sociale, oggi certamente cittadino del nostro ordinamento, come ormai tutti gli interpreti riconoscono, sia pure con diverse sottolineature.

Al riconoscimento sostanziale non corrisponde, però, una equivalente espressione formale sul piano delle fonti. Basti ricordare che la Costituzione non esprime alcuna base positiva espressa, costringendo l'interprete a lavorare su una pluralità di norme; e che in ambito europeo non vi è alcuna proclamazione dichiarata, dovendosi riandare alla Carta Sociale Europea per trovare una base normativa.

In realtà, manca uno statuto generale del diritto all'abitazione capace di governare tutte le sue manifestazioni: il c.d. diritto privato europeo non vi dedica attenzione; le ricadute normative, pur non poche, sono frammentarie; gli strumenti attuativi sono divergenti settore per settore, oscillando fra beni e persona.

L'unico settore dove il diritto sociale all'abitazione ha da tempo espresso rilevanti potenzialità è quello delle locazioni di immobili urbani, soprattutto perché esso ha conformato di per sé il passaggio da un modello di contratto ad una figura diversa di rapporto grazie ad un intrecciarsi di fonti.

2. Probabilmente anche per questa ragione, Conv. eur. dir. uomo e locazione sembrano rappresentare mondi diversi e distanti.

Da un lato sta la Carta che riconosce tutela a diritti fondamentali fra i quali non vi è quello all'abitazione, mentre vi è quello di proprietà.

D'altro lato sta il modello tradizionale della locazione, consacrato dai codici civili nazionali, che configura il contratto di locazione come un rapporto dove una parte, il locatore, concede ad un'altra parte, il conduttore, un bene in godimento a fronte del pagamento di un canone. I due elementi essenziali del rapporto sono, così, il corrispettivo ed il diritto di godere del bene oggetto della locazione: la locazione ha per oggetto un dare.

E questa scelta di fondo incide sulla disciplina che i codici solitamente offrivano ed in parte ancora dedicano alla locazione, nel rispetto del principio di autonomia privata. Mancano regole analitiche sul canone, che è solitamente lasciato alla libera contrattazione

delle parti, le quali ne determinano senza limiti il contenuto, l'entità e le modalità di pagamento. Viene dettata una fitta serie di regole dedicate alle forme di godimento del bene durante l'intero arco dell'esecuzione del contratto: durata del rapporto, modalità di consegna, qualità del bene, garanzie per vizi originari e per vizi sopravvenuti, innovazioni al bene, modalità di restituzione.

La ricostruzione quale contratto di dare si riverbera, poi, in modo evidente su questi profili della disciplina. Nel caso di vizi della cosa, ad esempio, spesso opera il regime della garanzia sul modello della garanzia per vizi della cosa venduta: il conduttore può scegliere fra lo scioglimento del contratto e la riduzione del canone, ma non può chiedere la riparazione della cosa con l'eliminazione dei difetti. Quanto alle innovazioni, esse sono di massima vietate se frutto di iniziative del locatore o non danno, per lo più, diritto ad indennità se dovute a miglioramenti od addizioni ad opera del conduttore.

Il modello tradizionale della locazione è insomma un modello concentrato sul mero scambio fra godimento e canone.

Non hanno, invece, alcun rilievo le caratteristiche specifiche di ogni singolo rapporto. La disciplina è di massima neutrale rispetto all'oggetto – può trattarsi di beni immobili o di beni mobili – rispetto alla destinazione del bene – può trattarsi, infatti, di beni con destinazione abitativa o commerciale o industriale – rispetto alle forme d'uso – può trattarsi, infatti, di un uso individuale, di un uso collettivo o, ancora, di un uso continuativo o sporadico. Ma soprattutto, la disciplina è di massima neutrale rispetto alla posizione del conduttore: può trattarsi, infatti, di una persona fisica o di un ente collettivo, di un soggetto debole o di un soggetto forte, di un professionista o di un consumatore.

Il modello tradizionale non offre spazio per trovare risposte modulate: il modello risente delle regole sottese al rispetto del principio di uguaglianza formale; il modello è del tutto indifferente rispetto ai diritti fondamentali della persona.

Locazione codicistica e Conv. eur. dir. uomo stanno a due antipodi, reciprocamente indifferenti.

3. Nella seconda metà del XX secolo l'approccio è cambiato e si assiste ad una concomitante pluralità di

fenomeni, generati dalla consapevolezza del diritto all'abitazione che genera una singolare convergenza fra regimi giuridici ed applicazione dei principi della Convenzione.

La necessità di garantire una residenza ad ogni nucleo familiare ha generato, nell'ambito di più ampie politiche sociali, una crescente attenzione delle istituzioni verso questo bene, suscitando politiche di promozione capaci di favorire l'accesso, da parte dei soggetti più deboli, al mercato della casa e, così, al mercato delle locazioni: la stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea ha proclamato valori di giustizia sostanziale, dalla dignità umana ai principi di solidarietà.

Le ricadute di questo fenomeno sono, del resto, evidenti già sul piano formale delle fonti nell'ambito delle locazioni di immobili urbani. La locazione non è più regolata soltanto dal codice, bensì di frequente il legislatore aggiunge leggi speciali, le quali arricchiscono la disciplina generale: acquista, anzi, rilievo la distinzione tra locazioni di immobili ad uso abitativo e locazioni di immobili ad uso non abitativo o commerciale, sicché i regimi dedicati a ciascun sottotipo tendono a divergere, diversi essendo gli interessi volta per volta protetti.

Un elemento assume valore portante e trasversale, rispetto a tutti i sottotipi di locazione immobiliare. Il riferimento è alla stabilità nel tempo del rapporto contrattuale: il legislatore apprezza l'interesse del conduttore alla continuità nel tempo della locazione, perché consente di garantire al conduttore la continuità della residenza personale, tutelando l'ambiente dove il singolo esplica e sviluppa la sua personalità, che è fatta anche di rapporti con le persone e di governo delle cose.

La stabilità del rapporto diventa anzi – come anche in altri ambiti: si pensi ai rapporti di lavoro subordinato – la spina dorsale dell'intera disciplina sulle locazioni di immobili urbani, poiché ad essa si ispira in prevalenza il regime di ogni sottotipo.

4. Il fenomeno appena descritto – nascita di sottotipi, estensione delle finalità di tutela del conduttore, centralità del principio di stabilità nel tempo del rapporto – si declina, anzi, secondo una pluralità di piani nelle locazioni di immobili urbani ad uso abitativo.

Sul piano formale, le discipline per sottotipi spesso sono inderogabili in danno del conduttore, anticipando lo strumento delle cosiddette nullità di protezione, sicché di esse può avvalersi soltanto il conduttore e non il locatore, ma sono rilevabili d'ufficio dal giudice. Anzi, l'inderogabilità talvolta non si limita a contradd-

distinguere soltanto le discipline di settore, ma colora anche le regole generali dettate dal codice, che mutano carattere diventando norme imperative da norme dispositive.

Sul piano sostanziale, le regole per sottotipi incidono su molti profili della disciplina generale. La durata minima del rapporto tende ad estendersi nel tempo grazie ad una pluralità di strumenti, che vanno dalla individuazione di un termine finale minimo, alla introduzione di clausole di rinnovazione automatica, alla limitazione del potere di disdetta in capo al locatore. Anzi, la stabilità incide anche sulla disciplina dell'inadempimento, introducendo deroghe forti alle regole sulla risoluzione. Il divieto di un ravvedimento con pagamenti in sanatoria viene superato dalla concessione di termini di grazia a favore del conduttore in mora nel pagamento del canone; termini che possono essere, nell'ordinamento italiano, tre o addirittura quattro ogni quadriennio, con la possibilità di ulteriori dilazioni ove il conduttore si trovi in una condizione di disagio personale.

Il canone tende ad essere, in qualche misura, calmierato, soprattutto quanto alla sua evoluzione nel corso del rapporto, anche se oggi, in tempi di bassa inflazione, il problema è meno sentito.

La successione in caso di morte del conduttore abbandona il principio di trasmissibilità dei rapporti – che vedeva gli eredi succedere al locatore o al conduttore – ed attribuisce, di preferenza, la qualità di conduttore ai soggetti che in precedenza dividevano con il defunto il godimento del bene, superando i legami di parentela e l'attribuzione dell'eredità ad eredi e legatari.

Nella crisi coniugale l'assegnazione della casa familiare da parte del giudice o su accordo fra i coniugi ad uno od all'altro dei genitori dei figli porta con sé la successione del genitore nella titolarità esclusiva del rapporto di locazione, sì da mantenere la coincidenza fra qualità di parte del contratto e soggetto beneficiario del godimento.

5. In questa prospettiva si innestano gli interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo, che registrano oltre settanta pronunce proprio in materia di locazione, come segnala un recente e bel contributo di Christoph Schmid e Jason Dinse¹.

Non mi riferisco tanto al grande filone – nel cui ambito l'Italia primeggia – della legislazione sulla graduazione degli sfratti, dove la Corte europea mira al contenimento fra le esigenze di proprietario e conduttore, riconoscendo in ogni caso la ammissibilità di provvedimenti (di graduazione) ispirati alla ragionevole-

¹ SCHMID-DINSE, *Towards a Common Core of Residential Tenancy Law in Europe? The impact of the European Court of Human Rights*

on Tenancy Law, in *Life Time Contracts*, edited by NOGLER and REIFNER, Eleven, 2014, 605 ss.

lezza per evitare troppo brusche rotture nel regime di vita²: il parametro invocato è stato quello di cui all'art. 6 della Convenzione, ma soprattutto quello di cui all'art. 1 del Primo Protocollo.

Né mi riferisco ai casi nei quali la Corte europea è intervenuta sulle regole legali dedicate a calmierare il canone, ammettendone una compatibilità governata con il diritto di proprietà, là dove destinate a garantire continuità nel godimento di un bene³.

Mi riferisco, piuttosto, ed in primo luogo, ai casi in cui la Corte ha sottolineato il valore fondamentale dell'abitazione – riconosciuto dall'art. 8 Conv. eur. dir. uomo, che tutela il diritto al rispetto della vita privata e del domicilio – tanto da criticare gli strumenti accordati al proprietario di un immobile per ottenere il rilascio da occupanti abusivi, quando troppo immediati ed in contrasto con il diritto all'abitazione delle persone⁴.

Mi riferisco, in particolare, ai casi nei quali la Corte: – ha riconosciuto il diritto ad innovazioni sul bene locato – più specificamente: l'installazione di un'antenna satellitare esterna – ove necessarie per lo sviluppo della persona e la tutela della libertà di espressione, così dando sfogo al diritto riconosciuto dall'art. 10 della Convenzione⁵;

– ha riconosciuto il diritto del partner omosessuale alla successione per causa di morte nel rapporto di locazione, reputando la soluzione negativa in contrasto con il principio di non discriminazione e, pertanto, in violazione dei principi fissati dagli artt. 14 e 8 Conv. eur. dir. uomo⁶.

Gli interventi della CEDU appaiono, così, coerenti con lo sviluppo del regime domestico delle locazioni abitative, mostrando come debbano registrarsi significative linee di convergenza soprattutto nell'ultimo ventennio: si dà rilievo alla stabilità, soltanto calmierata dalla tutela della proprietà; si dà rilievo ai diritti della persona anche nel confronto con il diritto di proprietà sui beni; si dà rilievo ai legami fra le persone nella successione per morte in determinati rapporti.

6. Al di là di un rafforzamento del principio di stabilità e delle sue ricadute normative, la disciplina della locazione di immobili merita così di essere almeno in parte riformata per dare più spazio al diritto

all'abitazione, anche nella prospettiva additata dalla Corte.

In primo luogo, merita di essere ripensata la sua ricostruzione quale contratto di dare, con le conseguenti regole di disciplina ad iniziare dalla garanzia per vizi. Nella realtà empirica accade, ad esempio, molto spesso che vizi originari o regole sopravvenute – ad esempio, in materia di sicurezza – richiedano interventi di manutenzione straordinaria. Ora, appare difficile da accettare che il locatore sia libero di non eseguire le opere necessarie, pur se consapevole che qualsiasi uso dell'immobile richiederà un tale intervento, e di costringere il conduttore a provocare la risoluzione per impossibilità sopravvenuta.

Potrebbe, in altre parole, immaginarsi – com'è già avvenuto per la vendita di cose mobili – un superamento della disciplina tradizionale sulla garanzia, riconoscendo al conduttore l'azione di adempimento, pur se il diritto alla riparazione meriterebbe – come accade nella vendita di cose mobili – di essere disciplinato, evitando soluzioni estreme, ad esempio escludendolo ove eccessivamente oneroso.

Inoltre, meriterebbe di essere ripensata la disciplina sulle innovazioni – e così, su addizioni e miglioramenti – sì da garantire uno sfruttamento intensivo dei beni immobili, in una società più sensibile che nel passato agli standard qualitativi, soprattutto quando la locazione è a uso abitativo.

7. In secondo luogo, e più in generale, merita riflettere se non convenga distinguere, anche nell'ambito delle locazioni, fra conduttore e conduttore. In particolare, merita riflettere se non convenga costruire uno statuto specificamente dedicato al conduttore che sia contraente debole.

Ad esempio, potrebbe pensarsi all'attribuzione di una natura inderogabile a tutte le norme solitamente derogabili nei caso in cui il conduttore sia meritevole di protezione. Inoltre, potrebbe pensarsi alla modificazione di alcuni regimi in senso più favorevole al conduttore, ad esempio in tema di responsabilità per vizi, dove vi sono ordinamenti – come quello italiano – in cui sono lecite clausole limitative della responsabilità per colpa grave.

È vero che in materia di locazione non è facile da replicare il binomio professionista/consumatore – perché

² A partire da CORTE EUR. DIR. UOMO, 28.7.1999, ric. 22774/93, *Immobiliare Saffi c. Italia*.

³ Come in: CORTE EUR. DIR. UOMO, 19.12.1989, ric. 10522/93, *Mellacher e altri c. Austria*; CORTE EUR. DIR. UOMO, 24.10.2006, ric. 17647/04, *Edwards c. Malta*; CORTE EUR. DIR. UOMO, 15.9.2009, ric. 47045/06, *Amato Gauci c. Malta*.

⁴ Cfr. CORTE EUR. DIR. UOMO, 27.5.2004, ric. 66746/01, *Connors c. Regno Unito*; CORTE EUR. DIR. UOMO, 13.5.2008, ric. 19009/04,

McCann c. Regno Unito; CORTE EUR. DIR. UOMO, 21.9.2010, ric. 37341/06, *Kay e altri c. Regno Unito*; CORTE EUR. DIR. UOMO, 18.9.2012, ric. 40060/08, *Buckland c. Regno Unito*.

⁵ Cfr. CORTE EUR. DIR. UOMO, 16.12.2008, ric. 23883/06, *Mustafa e altri c. Svezia*.

⁶ Cfr. CORTE EUR. DIR. UOMO, 24.7.2003, ric. 40016/98, *Karner c. Austria*; CORTE EUR. DIR. UOMO, 2.3.2010, ric. 13102/02, *Kozak c. Polonia*.

spesso il locatore è un comune proprietario – ma è altrettanto vero che pure a livello europeo interessanti indicazioni vengono dalle direttive in materia di multiproprietà, ove si pensi che questa figura abbraccia anche diritti aventi natura personale, assimilabili a quello del conduttore.

8. In terzo luogo, non devono trascurarsi anche le indicazioni che provengono dalle politiche sociali dell'Unione Europea.

Al di là, infatti, del sostegno economico, diretto od indiretto, in favore di soggetti meritevoli di protezione per le loro condizioni, patrimoniali o finanziarie, occorre ricordare che singole legislazioni nazionali si danno carico di dettare regole speciali a sostegno di persone bisognose, ad esempio là dove portatrici di handicap.

Anche nel nostro ordinamento, del resto, la nozione stessa di servitù è stata incisa nella predialità da un intervento della Corte costituzionale che ne ha allargato l'utilità in favore dei disabili.

In concreto, potrebbero immaginarsi modificazioni alle regole sul godimento del bene locato – in particolare nell'ambito di miglioramenti ed innovazioni – per riconoscere al conduttore bisognoso il diritto di modificare l'immobile sì da renderlo capace di soddisfare anche necessità personali di quel conduttore.

Inoltre, meriterebbe di essere ripensato il regime sulla successione per causa di morte, oggi dettato in modo lacunoso dall'art. 6 l. 2.7.1978, n. 892.

9. Conclusivamente, allora, il futuro del diritto all'abitazione si giocherà proprio nello spostamento

della locazione dal bene alla persona, fino a che non si arriverà ad uno statuto generale grazie anche alle indicazioni che provengono dalla Corte europea.

È vero che una indicazione riduttiva viene, sul piano strettamente tecnico, dal legislatore europeo, che fin qui si è occupato poco di questi argomenti: lo stesso *DCFR* si parla – e non è un caso – di locazione, ma poi precisa che i beni oggetto del *lease* sono soltanto beni mobili. Sicché tutte le novità che esso propone – novità implicitamente evocate poc'anzi: dove il *DCFR* riconosce il ruolo di consumatore al conduttore, riconosce la nullità di protezione in favore del conduttore, individua obblighi di fare in capo al locatore – non si applicano, neppure in chiave prospettica, ai beni immobili.

Questa scelta si spiega con la territorialità del diritto all'abitazione, che sconta gli statuti proprietari, ma questa circostanza non deve prevalere sulla persona. Merita piuttosto di essere condiviso l'auspicio di un vero spostamento dell'attenzione dai beni alla persona, immaginando novità legislative, analitiche ma soprattutto di riforma generale, capaci di creare un vero statuto del diritto all'abitazione. Così consentendo di superare la situazione incoerente del nostro ordinamento, che non ha ancora scelto un baricentro per il diritto di abitazione fra cose e persona, e trovando un modo per dare attuazione piena agli insegnamenti che ci provengono dalla Corte europea, sì da superare quell'antinomia che oggi erroneamente sembra separare il diritto nazionale sulla locazione abitativa dalla Convenzione, con un ragionevole bilanciamento fra interessi proprietari e diritti fondamentali delle persone.