

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN
STATO, PERSONA E SERVIZI NELL'ORDINAMENTO EUROPEO E
INTERNAZIONALE

CICLO XXVIII

Settore Concorsuale di afferenza: 12/C1 Diritto Costituzionale

Settore Scientifico disciplinare: *Ius*/08 Diritto Costituzionale

IL DIALOGO TRA LE CORTI IN EUROPA

Maria Abagnale

Coordinatore Dottorato

Prof. Andrea Morrone

Relatore

Prof. Andrea Morrone

Esame finale anno 2016

INDICE

INTRODUZIONE	5
--------------	---

CAPITOLO PRIMO

DALLE CARTE ALLE CORTI CUSTODI DEI DIRITTI

1. Genesi dei diritti e principali dottrine	10
2. Il catalogo dei diritti nelle Costituzioni dei moderni	14
3. La tutela dei diritti nelle Dichiarazioni internazionali	18
4. Dalla proclamazione delle Carte alla tutela delle Corti	23
5. La ricerca del contenuto minimo dei diritti: (rinvio)	24

CAPITOLO SECONDO

IL “DIALOGO TRA LE CORTI” NEL DIBATTITO DOTTRINALE

1. Una distinzione necessaria: dialogo tra le Corti e comparazione giuridica	26
2. Una precisazione necessaria: dialogo tra le Corti e tutela multilivello dei diritti	30
3. Dialogo tra le Corti vs. costituzionalismo multilivello, diritto costituzionale globale e cosmopolitico	32
4. <i>Pro e contro</i> del dialogo in Europa	36

CAPITOLO TERZO

LA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO E LA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL’UNIONE EUROPEA: UNO SGUARDO AL PASSATO PER IL FUTURO

1. Premessa	39
1.1. Le origini del dibattito sul valore giuridico della Convenzione nella “dottrina europea”	40

1.2. Il dibattito nella dottrina e nella giurisprudenza italiana	43
1.3. Il valore della Cedu nel Regno Unito	50
2. Il valore giuridico della Carta di Nizza prima e dopo Lisbona	51
2.1 La tutela pretoria dei diritti della Corte di Giustizia	55
3. L'evoluzione dei rapporti tra le due Corti in materia di diritti	64
4. I tratti distintivi del sistema di tutela di Strasburgo	70
5. La tutela giurisdizionale dinanzi alla Corte di Lussemburgo	76

CAPITOLO QUARTO

IL DIALOGO TRA LE CORTI IN MATERIA DI DIRITTI FONDAMENTALI: UNA «GUIDA» PER IL GIUDICE E IL LEGISLATORE VERSO LA “MIGLIORE TUTELA”?

1. Premessa	80
2. Gli effetti del dialogo in materia di “nuovi diritti”	81
2.1. Il diritto al matrimonio per le coppie dello stesso sesso	82
2.1.1. La sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale: le origini del dialogo con la Corte di Strasburgo	86
2.1.2. Gli sviluppi del dialogo tra Cassazione, giudici di merito e giudice amministrativo in materia di trascrizioni matrimoniali	89
2.1.3. <i>L'Aut aut</i> di Strasburgo: il caso <i>Oliari c. Italia</i>	100
2.1.4. Le posizioni della Corte di Giustizia in materia di divieto di discriminazioni fondate sulle tendenze sessuali	105
2.2. Il dialogo tra le Corti in materia di rapporti di filiazione nelle coppie dello stesso sesso	112
2.2.1. La genitorialità nel momento di instaurazione del rapporto	115
2.2.2. (Segue): nel momento di crisi del rapporto	121
2.3. Diritto di famiglia, identità sessuale e orientamento sessuale	127
3. Il dialogo tra le Corti in materia di procreazione medicalmente assistita	134

3.1. Il diritto alla diagnosi pre-impianto	137
3.2. La fecondazione di tipo eterologo	141
4. Il dialogo tra le Corti in materia penale	143
4.1. Il principio di irretroattività e la retroazione <i>in metius</i> della legge penale	146
5. Il dialogo tra le Corti in materia di “violazioni strutturali” e la procedura pilota	159
5.1. Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti	162
CONCLUSIONI	174
OPERE CITATE	185

INTRODUZIONE

Il tema del dialogo tra le Corti in materia di diritti fondamentali suscita nell'interlocutore la reazione tipica di chi si trova ad ascoltare una storia per l'ennesima volta. I fiumi di inchiostro versati nell'ultimo decennio mostrano un argomento infinitamente trattato e, per molti aspetti, completamente esaurito, per cui qualsiasi tentativo di riflessione finisce per apparire semplificato, o soltanto strumentale alla tesi che, di volta in volta, lo studioso si propone di dimostrare. Senza pretese di originalità e completezza, il presente lavoro analizza il dialogo tra le Corti dal punto di vista degli effetti che produce sul terreno della "migliore tutela" dei diritti fondamentali, in una cornice che vede, da un lato, l'infittirsi delle relazioni tra i diversi sistemi di protezione giurisdizionale (internazionale, sovranazionale e nazionale) e, dall'altro, il realizzarsi di potenziali *standards* di tutela in materia di diritti.

La riflessione, dunque, verte sull'effettività che la garanzia formale dei diritti, oggetto di proclamazioni al di fuori dei confini statali, riceve dalla tutela giurisdizionale della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte Edu o Corte di Strasburgo) e della Corte di Giustizia dell'Unione europea (Corte di Lussemburgo), in particolare, soffermando l'attenzione sull'impatto delle pronunce dei "giudici europei" sul sistema di protezione nazionale e sulle scelte del legislatore in materia di diritti. In aggiunta, il progressivo passaggio da una tutela interna ad una tutela esterna dei diritti, creatrice di situazioni giuridiche al di fuori della sede democratica naturale, pone le basi per una riflessione sui rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario (oltre che sulla tenuta dei principi fondamentali dello stato liberaldemocratico, quali il principio democratico, di separazione dei poteri, di certezza del diritto).

Ai fini del presente lavoro risulta indispensabile una breve analisi dello sviluppo dei diritti fondamentali, fermando l'attenzione sulle costruzioni dogmatiche elaborate dalla dottrina a partire degli anni Settanta, per passare, poi, all'evoluzione storico-giuridica delle Carte internazionali in materia di diritti, in particolare, di quelle che si sono spinte oltre la proclamazione formale, prevedendo un organo *ad hoc* che vigilasse sul rispetto delle libertà in esse contenute: il riferimento è alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Il successo di tali dichiarazioni è collegato alla previsione di rispettivi sistemi di protezione giurisdizionale che,

inevitabilmente, si sono aggiunti a quelli nazionali, dando origine al “dialogo” di cui di discute. Tutto ciò ha segnato il passaggio dal dibattito sul valore giuridico delle carte internazionali in materia di diritti nell’ordinamento interno, a quello sugli effetti delle pronunce dei giudici europei sulla protezione nazionale dei diritti che, in alcuni ambiti – questa la tesi di fondo – ha garantito un *surplus* di tutela, rispetto a quella statale.

I temi vengono articolati in quattro capitoli strettamente legati tra loro. Il primo capitolo, intitolato «Dalle Carte alle Corti custodi dei diritti», ripercorre le tappe fondamentali che hanno portato allo sviluppo dei diritti fondamentali a partire dalle dichiarazioni internazionali, fino ad arrivare alle moderne costituzioni nazionali. L’analisi si concentra, in primo luogo, sulle ricostruzioni compiute dalla dottrina italiana negli anni Settanta e Ottanta; in secondo luogo, sulle novità introdotte dalle costituzioni del secondo dopoguerra; infine, sulle nuove sfide in materia di diritti originate, da un lato, dallo sviluppo scientifico e tecnologico, dall’altro, dalla diffusione dei fenomeni migratori dei giorni nostri. Tale analisi costituisce la premessa per approfondire le origini e le peculiarità delle due principali Carte europee in materia di diritti (la Cedu e la Carta di Nizza) che, attraverso le pronunce delle rispettive Corti, hanno favorito l’estensione del catalogo dei diritti consacrato nelle costituzioni nazionali e la creazione di occasioni ulteriori di tutela svincolate dai sistemi nazionali. In seguito, il discorso sull’effettività della tutela giurisdizionale costruita su più livelli di protezione viene arricchito dal richiamo alla dottrina sul contenuto minimo dei diritti, allo scopo di ipotizzare la possibilità di individuare una garanzia minima che possa aprire nuovi spazi di tutela nel rispetto delle tradizioni costituzionali nazionali.

Il secondo capitolo, intitolato «Il “dialogo tra le Corti” nel dibattito dottrinale», mira a sfatare i luoghi comuni costruiti intorno al cosiddetto dialogo tra le Corti negli ultimi anni. L’obiettivo è quello di configurare un ambito autonomo rispetto ad altri fenomeni, al fine di approfondire gli effetti del processo dialogico sulla tutela dei diritti. Tale risultato viene raggiunto concentrando l’analisi sul dibattito dottrinale che ha caratterizzato il tema del dialogo, e operando una distinzione tra il dialogo giurisdizionale e le altre categorie apparentemente analoghe. A tal proposito, in primo luogo, si approfondisce il processo che ha favorito la compenetrazione tra i diversi ordinamenti dalla quale è nata l’idea che si possa creare uno spazio giuridico globale dove i sistemi nazionali possano condividere valori comuni e scambiarsi le soluzioni migliori in materia di protezione dei diritti fondamentali. In tal modo si opera una prima distinzione tra il dialogo tra le Corti e il

metodo della comparazione giurisprudenziale. In secondo luogo, si analizzano le peculiarità del sistema multilivello dell'attuale contesto europeo, all'interno del quale la tutela (multilivello) dei diritti rappresenta solo uno dei gradini della piramide. L'esame è finalizzato a mostrare che il tema del dialogo tra le Corti possiede una propria autonomia di studio, pur mantenendo forti punti di contatto con il sistema *multilevel*. In altre parole, mentre il "metodo del dialogo" consente di orientare lo studio sugli effetti delle pronunce dei giudici europei sulla tutela interna dei diritti, il "metodo multilivello" si indirizza più ad una ricostruzione di carattere sistematico-istituzionale del sistema sovranazionale. In terzo luogo, si propone l'analisi della teoria del costituzionalismo multilivello, da intendersi come costruzione di un modello teorico e non come evoluzione del costituzionalismo classico. Infine, il dialogo tra le Corti viene confrontato con le teorie del diritto costituzionale globale e del diritto costituzionale cosmopolitico che spostano il tema in una dimensione che non lo riguarda, oppure che lo interessa solo in misura trasversale.

Il terzo capitolo, intitolato «La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: uno sguardo al passato per il futuro», si divide in tre parti. La prima parte viene dedicata alla ricostruzione della dottrina sul valore giuridico della Cedu nei principali ordinamenti europei (Germania, Francia, Spagna, Regno Unito) nel periodo immediatamente successivo alla sua ratifica; ad essa si affianca la disamina della giurisprudenza costituzionale al fine di verificare il seguito del dibattito scientifico di quegli anni. Una trattazione a parte riceve la dottrina e la giurisprudenza sul valore della Cedu nell'ordinamento italiano prima delle note sentenze gemelle del 2007. La seconda parte del capitolo si sofferma sul valore giuridico della Carta di Nizza prima del Trattato di Lisbona, considerando il punto di vista degli studiosi di diritto internazionale e le principali riflessioni dei costituzionalisti. Inoltre, dal momento che la tutela dei diritti in ambito europeo è nata dalla prassi giurisprudenziale, non si possono non considerare le pronunce della Corte di giustizia in materia di tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. In relazione alla Convenzione europea dei diritti, invece, viene proposto un breve *excursus* sui rapporti tra le due Corti: dalle pronunce della Corte Strasburgo sugli atti dell'Unione europea lesivi dei diritti fino all'elaborazione del cosiddetto principio di protezione equivalente. Infine, la terza parte approfondisce le modalità di accesso alla tutela giurisdizionale della Corte europea dei diritti dell'uomo attraverso il ricorso individuale *ex art. 34* della Convenzione e della Corte di Giustizia attraverso l'azione di annullamento *ex art. 263*, par. 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

Il quarto capitolo, dal titolo «Il dialogo tra le Corti in materia di diritti fondamentali: una «guida» per il giudice e il legislatore verso la “migliore tutela”?», propone lo studio degli ambiti in cui le pronunce della Corte europea dei diritti dell’uomo abbiano generato svolte giurisprudenziali e occasioni di riforma nella materia dei diritti fondamentali. Il riferimento è alle seguenti aree di tutela: i “nuovi diritti”; in materia penale; infine, in materia di “violazioni strutturali”.

In relazione ai “nuovi diritti” ossia ai diritti in evoluzione, il dibattito sul diritto al matrimonio per le coppie dello stesso sesso costituisce l’ambito più florido per l’attuale dialogo tra le corti e il legislatore, in particolare in seguito alla sentenza *Oleari c. Italia* dei giudici di Strasburgo del 21 luglio scorso. In assenza di una disciplina normativa in materia di trascrizione degli effetti dei matrimoni contratti all’estero dalle persone dello stesso sesso, si è instaurato infatti un confronto tra la giurisprudenza di merito, quella di legittimità e quella amministrativa che non trova battute d’arresto e che, inevitabilmente, ha coinvolto il tema della genitorialità nelle relazioni tra persone dello stesso sesso.

Allo stesso modo, in materia di diritto alla procreazione medicalmente assistita, nello specifico in relazione alla diagnosi pre-impianto nel caso malattie genetiche trasmissibili e alla fecondazione di tipo eterologo, il dialogo con la Corte Edu ha favorito: nella prima ipotesi, la “migliore tutela” del diritto alla salute della donna e del nascituro. Nel secondo caso, invece, si è esteso, attraverso la tecnica di fecondazione eterologa, il godimento del c.d. diritto alla genitorialità alle coppie sterili.

In materia penale, la giurisprudenza della Corte europea ha da sempre avuto un forte impatto sulle garanzie del giusto processo: basti ricordare che la revisione dell’art. 111 della Costituzione del 1999 è stata il frutto di un adeguamento delle garanzie interne a quelle più garantiste del sistema convenzionale. tale adeguamento si è imposto al punto tale che attraverso la sentenza n. 113 del 2011 la Corte costituzionale ha ammesso la revisione del giudicato penale e, dunque, la riapertura del processo per conformare l’ordinamento ad una pronuncia di condanna della Corte di Strasburgo. Tuttavia, nel presente lavoro, l’analisi si sofferma in particolare sugli effetti della decisione della Corte europea resa nel caso *Scoppola c. Italia* in materia di effetti retroattivi della leggi penali di favore e sul dialogo che si è instaurato tra giudici di merito e Corte costituzionale al fine dell’estensione di tale principio ai c.d. «fratelli minori» di Scoppola.

Infine, in materia di “violazioni strutturali” dei diritti, gli effetti della giurisprudenza della Corte europea si presentano maggiormente incisivi. Con lo strumento della sentenza pilota,

infatti, la Corte di Strasburgo stabilisce il termine entro il quale l'ordinamento interno deve eliminare le conseguenze negative derivanti dalla lesione dei diritti proclamati dalla Cedu e conformarsi alla sua decisione. Nella maggior parte delle ipotesi la soluzione del problema strutturale deve necessariamente passare attraverso la via delle riforme legislative. Al riguardo, l'esame si concentra sugli effetti della pronuncia *Torreggiani c. Italia* con la quale la Corte Edu ha condannato l'ordinamento italiano per la violazione dei diritti dei detenuti a causa del noto fenomeno del sovraffollamento carcerario.

CAPITOLO PRIMO

DALLE CARTE ALLE CORTI CUSTODI DEI DIRITTI

1. Genesi dei diritti e principali dottrine

La tutela dei diritti fondamentali rappresenta una delle conquiste più importanti per la civiltà giuridica. Segnando il tramonto definitivo dell'assolutismo, il suo riconoscimento ha posto le fondamenta per la costruzione dello Stato di diritto, prima, e dello Stato costituzionale, poi.

Il cammino dei diritti è proceduto di pari passo con lo sviluppo di quel «movimento politico, filosofico e culturale»¹, il costituzionalismo, di cui ha favorito l'evoluzione e l'elaborazione delle sue tecniche². Come noto, infatti, il costituzionalismo - ispirandosi ai principi liberali di derivazione francese e a quelli democratici di derivazione anglosassone - individua un preciso ordine assiologico in cui i «diritti dell'uomo hanno il primato su ogni valore che li trascend[e], e al loro servizio è subordinato lo stesso potere pubblico»³.

Le prime proclamazioni dei diritti vengono ricondotte alle dichiarazioni nate dalle rivoluzioni di fine Settecento⁴, ossia a quella americana che diede origine alla Costituzione di Filadelfia del 1787⁵ e a quella francese dalla quale scaturì la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789⁶. La prima, distinguendo i diritti dei singoli dalle regole di organizzazione della società, poneva quest'ultime in funzione dei primi al punto di individuare quali modalità di esercizio del potere solo quelle funzionali al godimento dei diritti da parte dei singoli⁷. Per la prima volta la garanzia dei diritti veniva concepita come

¹ A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in ID. (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Roma-Bari, 1997, 3.

² G. ROLLA, *I diritti fondamentali nel costituzionalismo contemporaneo: spunti critici*, in ID. (a cura di), *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2001, 4. Oltre che nelle prospettive storica, lo stretto legame tra costituzionalismo e garanzia dei diritti risulta evidente anche nelle recenti transizioni costituzionali. (Cfr. G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali. Sviluppo e crisi del costituzionalismo alla fine del XX secolo*, Il Mulino, Bologna, 1998).

³ A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, cit., 3 ss.

⁴ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, 64 ss.

⁵ G. G. FLORIDIA, *La Costituzione dei moderni: profili tecnici di storia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1991.

⁶ G. JELLINEK, *La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, a cura di G. BONGIOVANNI, Laterza, Roma-Bari, 2002.

⁷ G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1976.

anteriore alla costituzione del potere, il quale traeva gran parte della sua forza dalla loro esistenza; e la Carta costituzionale veniva percepita come garanzia prima per la tutela dei diritti dell'uomo. La *Déclaration* del 1789, accogliendo come quella americana, la concezione giusnaturalistica in base alla quale i diritti sono attribuiti a tutti gli uomini in quanto tali⁸, individuava come compito principale della comunità politica la conservazione degli stessi attraverso la legge⁹ e rovesciava in maniera radicale «il rapporto tradizionale tra diritti dei governanti e obblighi dei sudditi»¹⁰. Al di là delle differenze sostanziali tra i due documenti¹¹, il comun denominatore di entrambe le dichiarazioni si rinveniva nella definizione di limiti stabili al potere statale, in particolare di precisi ambiti che lo Stato non poteva invadere¹². L'attribuzione di diritti naturali (o di diritti innati) a tutti i cittadini introduceva un legame indissolubile tra l'organizzazione politica e la loro tutela e segnava il superamento dell'assolutismo monarchico.

Se il riconoscimento dei diritti dell'uomo costituisce la conquista più importante della storia e la vittoria della cultura, non solo giuridica¹³, il merito va senz'altro alle rivoluzioni di fine Settecento. Se, tuttavia, si stringe l'angolo visivo e ci si interroga sul loro contenuto, la scena cambia e cambiano i protagonisti. Il riferimento è agli studi dottrinali che,

⁸ Durante la sua redazione si discuteva se dar vita ad un documento costituzionale o a una carta dei diritti, si preferì quest'ultima sul «presupposto che i diritti e le libertà spett[ano] all'uomo in virtù del diritto di natura (...), la loro eventuale disciplina costituzionale ne avrebbe indebolito lo statuto: i diritti creati dalla Costituzione, potendo da questa essere modificati o revocati. Onde la conclusione che in questa materia, fosse opportuno che lo Stato si limitasse al riconoscimento di diritti preesistenti, mediante una sorta di catalogo – una dichiarazione, appunto – provvisto di valore, non già costitutivo, ma meramente ricognitivo», in questo senso, A. D'ATENA, *Diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello*, in A. D'ATENA, P. GROSSI (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello tra Europa e Stati nazionali*, Giuffrè, Milano, 2004, 22.

⁹ G. ROLLA, *I diritti fondamentali nel costituzionalismo contemporaneo: spunti critici*, in ID. (a cura di), *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, cit., 5.

¹⁰ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1992, 115.

¹¹ È utile ricordare che le due Carte diffondevano due diverse concezioni dei diritti: quella francese si caratterizzava per una visione «statualista, obbiettiva e legislativa», mentre quella americana per una visione pre-statale, soggettiva, giurisdizionale». (Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 74 ss.).

¹² Per un confronto delle due dichiarazioni si rinvia a G. JELLINEK, *La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, a cura di G. BONGIOVANNI, cit., 27 ss.

¹³ Si condivide l'opinione di chi afferma che, pur esistendo problemi di giustiziabilità, «i diritti dell'uomo sono un prodotto della cultura e sono anche una vittoria della cultura nei confronti di esigenze di altro tipo (...). A livello mondiale esiste ormai un dato irreversibile: un certo livello di cultura (...) [è] aspirazione comune di quasi tutti i popoli del modo». In questo senso, A. BALDASSARRE, *Alcuni problemi sulla «globalizzazione» dei diritti dell'uomo e sulla loro concezione nelle democrazie pluraliste*, in S. CAPRIOLI, E. TREGGIARI (a cura di), *Diritti umani e civiltà giuridica*, cit., 94 ss.

partendo dalla teoria giusnaturalistica dei diritti innati¹⁴, hanno cercato di ricostruire il contenuto dei diritti fondamentali, le loro garanzie e la loro effettività¹⁵.

A tal proposito, il primo richiamo va alla nota dottrina dell'autolimitazione dello Stato che intendeva i diritti come «meri effetti riflessi del potere di autolimitazione dello Stato»¹⁶, ossia sfere di libertà che lo Stato concedeva ai singoli, (auto)riducendo gli ambiti di esercizio del suo potere¹⁷. Tale teoria cercava di dare una risposta ad uno dei principali problemi della teoria dei diritti innati, cioè come giustificare l'assenza dello Stato nella sfera di libertà del singolo in un momento storico in cui la sovranità statale rappresentava uno dei principio di diritto pubblico incontestabile¹⁸. Riuscendo parzialmente nell'obiettivo, tuttavia, la teoria dell'autolimitazione finiva per contraddire il paradigma giusnaturalistico dei diritti «come *prius* logico e assiologico, fondante e non fondato, rispetto all'artificio statale»¹⁹. Ad ogni modo, se, da un lato, la stessa rifletteva il «duplice volto dello Stato nazionale» inteso sia come controparte che come garante dei diritti²⁰, dall'altro, appariva poco credibile per «la inconciliabilità dei concetti di autolimitazione e di sovranità (...) e l'assurdità di concepire una obbligazione dello Stato con sé stesso»; in aggiunta, una vera autolimitazione potrebbe aversi solo se lo Stato fosse limitato «da un duplice ordine di obblighi: uno positivo di tutelare a mezzo delle sue leggi i diritti fondamentali ed uno negativo di permettere lo svolgimento della libera attività dell'individuo»²¹.

¹⁴ In base a tale teoria «la sfera della libertà del singolo viene presupposta come un dato anteriore allo Stato (...), è per principio illimitata, mentre il potere dello Stato ad intervenire in questa sfera e per principio limitato. Il limite sarebbe appunto costituito dai pretesi diritti innati». (Cfr. P. VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, cit., 19 ss.).

¹⁵ Anche se le locuzioni “diritti dell'uomo” e “diritti fondamentali” vengono oggi utilizzate in maniera alternativa, è bene ricordare che i due termini hanno una «storia e un'area semantica connesse, ma non identiche»: mentre il primo si è diffuso in seguito alla proclamazione della Dichiarazione dei diritti dell'uomo nel 1789; il secondo è circolato nella dottrina tedesca (*Grundrechte*) a partire dagli inizi dell'Ottocento. (Cfr. P. COSTA, *Diritti fondamentali (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. II, Giuffrè, Milano, 365 ss.).

¹⁶ A. MORRONE, *Commento all'art. 2 della Costituzione*, in M. SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, Tomo 1, Giuffrè, Milano, 2014, 3.

¹⁷ Gerber, in particolare, sosteneva tale teoria negando l'esistenza della categoria dei diritti pubblici soggettivi. Alla base del suo pensiero vi era la tesi che «ogni situazione soggettiva, anche di diritto, del singolo, deriva dallo Stato ed è ammissibile solo entro i limiti in cui lo Stato la conceda, là dove trova confine il suo in pratica non illimitato potere». (Cfr. E. CASETTA, *Diritto (principio e concetto)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964).

¹⁸ P. VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, cit., 21 ss.

¹⁹ L. FERRAJOLI, *Una definizione di diritti fondamentali*, in www.ristetti.it.

²⁰ A. BARBERA, *Prefazione*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Il Mulino, Bologna, 2007, 7.

²¹ P. VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, cit., 22, 147.

Nel momento stesso in cui la teoria dell'autolimitazione veniva esposta a queste critiche, si rafforzava la teoria dei diritti pubblici soggettivi che assegnava ad essi un contenuto negativo sulla base della concezione individualistica della libertà dallo Stato: il singolo vantava, cioè, nei confronti dell'ordinamento la pretesa che lo stesso si astenesse «da qualsiasi illegittima turbativa alla sfera della libertà individuale»²². In altri termini, in base a tale approccio i diritti non consistono più in un “fare” da parte del singolo, bensì si concretizzano in un “non fare” da parte dello Stato. Il contributo più importante veniva dalla dottrina tedesca che, legando la dimensione teorica agli aspetti storici e istituzionali, proponeva un approccio estremamente innovativo²³: prendendo come modello il diritto di proprietà, essa attribuiva ai diritti di libertà proprie «strutture dogmatiche, specialmente in ordine all'oggetto, al contenuto, ai poteri e alle facoltà»²⁴ e aggiungeva agli stessi la clausola dell'efficacia diretta verso i terzi, grazie alla quale i diritti finivano per «proiettarsi nelle relazioni inter-soggettive, potendo essere fatti valere direttamente anche nei confronti dei singoli»²⁵.

Dal punto di vista dogmatico, questo rappresenta uno dei momenti più floridi per lo studio dei diritti che «pur perdendo qualche quarto di nobiltà giusnaturalistica, acquistano concretezza e azionabilità»²⁶. Riconoscendo ai diritti fondamentali la natura di veri e propri diritti pubblici soggettivi, l'individuo vede attribuirsi una duplice facoltà: quella di non obbedire a tutti gli atti che impongono limitazioni illegittime alla libertà e quella di chiedere la rimozione di queste ultime²⁷.

2. Il catalogo dei diritti nelle Costituzioni dei moderni

²² P. VIRGA, *cit.*, 145, 156.

²³ G. JELLINEK, *La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, a cura di G. BONGIOVANNI, *cit.*, V ss. Per ulteriori approfondimenti: G. AMATO, *Libertà (diritto cost.)*, in *Enciclopedia giuridica*, Vol. XXIV, Giuffrè, Milano, 1974, 1 ss.; CASSETTA, *Diritto (principio e concetto)*, *cit.*, 2 ss.; V. E. ORLANDO, *Scritti Giuridici Varii (1941-1952)*, Giuffrè, Milano, 1955, 87 ss.; S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in V. E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, Vol. I, Libreria, Milano, 1900.

²⁴ A. BARBERA, *Articolo 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1975, 61.

²⁵ A. MORRONE, *Commento all'articolo 2 della Costituzione*, *cit.*, 3.

²⁶ A. BARBERA, *Prefazione*, *cit.*, 7.

²⁷ Alla teoria dei diritti pubblici soggettivi era contrario chi affermava che «il loro contenuto non è negativo, bensì positivo, ma, pur essendo positivo, non può rinvenirsi nella sfera della libertà individuale, come si vorrebbe dai seguaci della teorica del contenuto positivo, essendo la libertà inerente all'esercizio di tutti i diritti soggettivi». (Cfr. P. VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, *cit.*, 173).

L'avvento dei regimi totalitari del Novecento e le due guerre mondiali sospendono l'esercizio dei diritti e interrompono il loro sviluppo. Tuttavia, essi non fermano l'opera della dottrina che continua a dibattere sul contenuto dei diritti di libertà, sulle categorie giuridiche da utilizzare²⁸ e sugli strumenti idonei per assicurarne l'osservanza²⁹.

Nonostante ciò, una nuova fase per il riconoscimento dei diritti si apre solo nel secondo dopoguerra: una nuova era che cambia in maniera irreversibile il modo di intendere la tutela dei diritti sia a livello interno che a livello internazionale. Gli ordinamenti democratici nascono, infatti, sul presupposto che l'esercizio del potere possa svolgersi soprattutto in funzione della persona e del suo sviluppo. Con l'adozione della Dichiarazione Universale dei diritti umani³⁰ da parte dall'Assemblea delle Nazioni Unite nel 1948³¹ e l'inaugurazione delle prime Costituzioni le libertà civili di stampo liberale escono «dalle precedenti ricostruzioni dogmatiche» e si aprono a «spazi di libertà più ampi di quelli tracciati all'interno dei diritti di libertà»³².

²⁸ Al riguardo si ricorda il dibattito sui cosiddetti diritti della personalità e sull'oggetto della loro tutela; per approfondimenti si rimanda nuovamente a P. VIRGA, *cit.*, 176 ss.

²⁹ Nel periodo intermedio alle due guerre mondiali un autorevole giurista affermava: «quello che più importa, in fatto di diritti di libertà, non è tanto la loro solenne proclamazione teorica, al modo dei famosi testi francesi, quanto la concreta determinazione dei mezzi pratici più atti ad assicurarne l'osservanza, alla maniera degli inglesi, e cioè il sistema delle loro guarentigie». (Cfr. F. RUFFINI, *Diritti di libertà*, Piero Goberti Ed., Torino, 1926, 56).

³⁰ Anche se qui il discorso si incentra in particolare sulla tutela dei diritti nelle Costituzioni del dopoguerra, è utile ricordare la rilevanza di questa dichiarazione. Nel momento storico in cui essa veniva emanata, rappresentava un documento politico molto importante in quanto, seppur attraverso disposizioni vaghe e imprecise, individuava e precisava quali diritti spettano all'uomo. L'effetto principale fu quello di diffondere un principio (di diritto internazionale) rivoluzionario per l'epoca, ossia che le norme generali in materia di diritti umani sono *ius cogens*, pongono degli obblighi *erga omnes*, per l'intera comunità internazionale. Alla Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo sono seguite altre carte in materia di diritti: i Patti internazionali sui diritti dell'uomo del 1966, La Dichiarazione universale dei diritti del fanciullo del 1959, ecc.; cfr. A. CASSESE, *I diritti umani: tendenze recenti della comunità internazionale*, in S. CAPRIOLI, E. TREGGIARI (a cura di), *Diritti umani e civiltà giuridica*, *cit.*, 51 ss.; l'A., tra gli altri, ricorda la risposta di Croce al filosofo inglese Huxley sull'opportunità di elaborare un documento internazionale in materia di diritti: «Croce rispose sostenendo che si trattava di pura follia (...), la dichiarazione universale dei diritti umani (...) avrebbe dovuto riposare su una concezione, quella giusnaturalistica, a suo avviso fallace (...). [Egli] concludeva: non vedo neppure come si possa formulare una dichiarazione intermedia e conciliativa che non si dimostri vuota o arbitraria».

³¹ Sulle differenze tra la Dichiarazione Onu e la Dichiarazione del 1789, cfr. P. COSTA, *Dai diritti del cittadino ai diritti dell'uomo: alle origini della Dichiarazione Onu del 1948*, in T. MAZZARESE, P. PAROLARI, *Diritti fondamentali: le nuove sfide*, Giappichelli, Torino, 2010, 15 ss.

³² A. BARBERA, *Articolo 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, *cit.*, 65. L'A. individua nella nascita della Costituzione italiana l'origine di tale processo, cioè «nel momento in cui i costituenti decidono di sostituire alla tirannia della maggioranza parlamentare le garanzie di una costituzione rigida (...); nel momento in cui oppongono all'onnipotenza del legislatore le «riserve rinforzate»; e soprattutto nel momento in cui garantiscono ancor più il patto costituzionale e il catalogo delle libertà,

Rispetto alle Carte di fine Settecento che contemplavano le sole libertà dallo Stato (o negative), le nuove Costituzioni riconoscono all'individuo sia i diritti politici (le libertà nello Stato) che i diritti sociali (i diritti di prestazione o le libertà attraverso lo Stato)³³. Esse, nate dalla rottura politica e istituzionale rispetto ai precedenti regimi totalitari, prevedono un ampio e articolato catalogo di diritti: basti pensare alla Costituzione italiana³⁴ e quella tedesca emanate alla fine della seconda guerra mondiale in risposta ai regimi fascista e nazista; oppure alle Costituzioni di Grecia, Spagna e Portogallo nate in seguito alla crisi dei rispettivi Stati autoritari.

Al centro dei nuovi sistemi costituzionali vi è la tutela della persona umana, fulcro essenziale del concetto di democrazia, che prende il posto del "cittadino" della Dichiarazione francese³⁵; inoltre, l'epicentro del sistema di tutela dei diritti fondamentali non è più l'individuo isolato, bensì l'*homme situé*, la persona nella sua proiezione sociale. Da ciò derivano, da un lato, l'affermazione del principio personalista in base al quale ogni uomo è dotato di una sfera di personalità fisica e morale che non può essere oggetto di lesione da parte di alcuno e, dall'altro, la garanzia del principio pluralista che, invece, tutela la persona nelle relazioni sociali, garantendo alle formazioni sociali gli stessi diritti degli individui³⁶. Un sistema così costruito poggia su un principio ulteriore, quello

affidandosi ad un giudice costituzionale (...); nel momento in cui affidano alla legge l'organizzazione della Pubblica amministrazione e garantiscono la piena indipendenza e autonomia dell'ordine giudiziario».

³³ Le classificazioni dei diritti, a scopo strettamente descrittivo, possono essere varie. Si possono individuare i diritti in base all'oggetto della tutela (diritti civili, diritti politici, diritti sociali, diritti economici), allo stesso tempo, distinguere i diritti in base all'evoluzione dello Stato costituzionale (prima, seconda e terza generazione dei diritti); infine, si possono differenziare i diritti assoluti (diritti di libertà) da quelli relativi (diritti di partecipazione e di distribuzione). Per approfondimenti, cfr. A. BARBERA, C. FUSARO, *Corso di diritto costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2014, 163 ss.; G. ROLLA, *I diritti fondamentali nel costituzionalismo contemporaneo: spunti critici*, in ID. (a cura di), *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, cit., 7 ss.

³⁴ Sulla Costituzione, cfr. A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. VIII, Giuffrè, Milano, 2015, 263 ss.; C. MORTATI, *Costituzione dello Stato (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XI, Giuffrè, Milano, 1962, 263 ss.

³⁵ Come è stato notato: «dalle triadi del costituzionalismo liberale: *life, liberty and pursuit of happiness* del costituzionalismo nordamericano; *égalité, liberté, fraternité* del costituzionalismo europeo, si passa al complesso mosaico dei diritti (...) riconducibili alla persona umana», cfr. G. ROLLA, *I diritti fondamentali nel costituzionalismo contemporaneo: spunti critici*, cit., 11 ss.

³⁶ A tal proposito può essere utile ripercorrere in breve le principali concezioni ideologiche sviluppate intorno alla dialettica diritti individuali/formazioni sociali: «se si segue la concezione individualistica e liberale il primato spetta ai diritti dei singoli, non essendo configurabile né una soggettività dell'ente né diritti che a questo possano essere imputati; se si adotta la prospettiva istituzionalistica (...), l'istituzione ha una sua soggettività e dei diritti propri che prevalgono su quelli dei singoli; se, infine, si assume la prospettiva comunitaria, la soluzione del dilemma si presenta ben più complessa, dato che la formazione sociale ha in sé le sue regole e si presenta come ente non permeabile (in misura, ovviamente, storicamente e positivamente

dell'uguaglianza, inteso nei suoi plurimi contenuti³⁷: uguaglianza davanti alla legge, divieto di discriminazioni e, infine, divieto di distinzioni o parificazioni irragionevoli³⁸.

È utile ricordare che la garanzia dei diritti è stata semplicemente racchiusa in una legge fondamentale, bensì in una *Grundnorm* custodita da un organo giurisdizionale che attraverso il sindacato di costituzionalità assicura «una protezione differenziata di quei diritti, col risultato (...) di rendere chiara anche nella coscienza dell'uomo della strada, la preminenza su ogni altro diritto e l'irrinunciabilità»³⁹. In aggiunta, la costituzionalizzazione rappresente una garanzia ulteriore per diritti in ragione della natura rinforzata delle nuove carte. In altre parole, se dalla sostanza si passa alla forma, la caratteristica basilare delle «costituzioni dei moderni»⁴⁰, ossia la rigidità, muta radicalmente il paradigma della legalità illuminista: alla superiorità della legge, come indiscutibile «prodotto del legislatore» dello Stato liberale si sostituisce la superiorità della fonte costituzionale, intesa come «limite e vincolo, quale diritto sul diritto, al legislatore medesimo»⁴¹. Infine, la natura non flessibile delle codificazioni del secondo dopoguerra assolve anche alla funzione di misurazione della qualità della tutela costituzionale dei diritti⁴²; un compito non di poco conto, se si pensa che dallo stesso discende la loro effettività.

Le tecniche di codificazione utilizzate per dettagliare e specificare ogni singolo diritto assicurano la soddisfazione di esigenze differenti. In primo luogo, la costituzionalizzazione delle libertà mira a storicizzare i diritti della persona considerati fondamentali⁴³. In secondo luogo, la previsione delle cosiddette clausole generali garantisce al catalogo una

variabile) all'ingresso di regole eteronome», cfr. A. MORRONE, *Commento all'art. 2 della Costituzione*, in M. SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, cit., 17.

³⁷ A. BARBERA, C. FUSARO, *Corso di diritto costituzionale*, cit., 246 ss.; sul giudizio di eguaglianza, cfr. A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001, 37 ss.

³⁸ Inoltre, le costituzioni del dopoguerra contemplano importanti garanzie a tutela delle libertà inviolabili: basti pensare alla doppia riserva di giurisdizione prevista per la libertà personale *ex art.* 13 Cost.

³⁹ M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Giuffrè, Milano, 1955, 133-134.

⁴⁰ L'espressione è di G. G. FLORIDIA, *La costituzione dei moderni*, cit., 1.

⁴¹ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali e democrazia costituzionale*, relazione presentata alle *Primeras Jornadas Internacionales de Derechos Fundamentales y Derecho penal*, Cordoba, 10-12 aprile 2002, 338, in www.giuri.unige.it.

⁴² A. D'ATENA, *Diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello*, cit., 25 ss. L'A. sostiene che affinché le libertà divengano diritti con le Costituzioni, il costituzionalismo deve servirsi di «tre tecniche giuridiche: a) il profilo della copertura organizzativa; b) la superiorità della Costituzione; c) l'autosufficienza del riconoscimento dei diritti di libertà».

⁴³ G. ROLLA, *I diritti fondamentali nel costituzionalismo contemporaneo: spunti critici*, in ID. (a cura di), *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, cit., 22.

linfa vitale continua: da un lato, attraverso un'interpretazione evolutiva delle disposizioni costituzionali in materia di diritti; dall'altro, grazie alla previsione dei cosiddetti "nuovi diritti", ai quali si aggiungono le nuove istanze di protezione provenienti sia da parte dei singoli che da parte della collettività come conseguenza dello sviluppo economico, scientifico e tecnologico.

Si tratta, in generale, di «tendenze espansive [che], in materia di diritti, accomunano tutte le giurisprudenze costituzionali»⁴⁴ e che inevitabilmente portano il cammino dei diritti verso nuovi orizzonti. Per esempio, i "nuovi diritti" aprono il dibattito sul loro riconoscimento formale, prima che sulla loro garanzia. Essi non sempre possono essere ricavati dai diritti positivizzati, per cui grava sulla giurisprudenza costituzionale il compito di individuare le modalità attraverso le quali possono trovare protezione nell'ordinamento giuridico⁴⁵.

Infine, il catalogo dei diritti è sempre più spesso chiamato a misurarsi con le sfide lanciate dalle grandi migrazioni contemporanee che, tra le altre, pongono la questione della valorizzazione delle diversità culturali: «di fronte alla società multiculturale il diritto è [infatti] sollecitato a dare soluzioni ispirate ad un criterio di differenza»⁴⁶. I "nuovi gruppi" sociali, portatori di valori etnici e religiosi eterogenei, rivendicano il riconoscimento di istanze collettive che devono necessariamente bilanciarsi con i principi della tradizione liberaldemocratica⁴⁷; da qui trae origine il problema della tutela dei controversi diritti culturali⁴⁸, o anche detti multiculturali⁴⁹.

⁴⁴ A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2014, 20.

⁴⁵ È nota a tutti la disputa dottrinale sulla natura aperta-chiusa della clausola contenuta nell'art. 2 della Costituzione italiana che stabilisce che «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale». Per approfondimenti cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1989, 1; A. BARBERA, *Articolo 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., 50 ss.; F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, CEDAM, Padova, 1990; ad essi si aggiunge: G. SILVESTRI, *La tutela dei diritti nella giurisprudenza costituzionale*, in M. FIORILLO (a cura di), *Contributi per un'analisi sulla tutela dei diritti*, Giappichelli, Torino, 2007, 107 ss., dove l'A., sostenendo che la previsione dell'art. 2 Cost. rende l'ordinamento costituzionale «aggregativo e non disgregativo», afferma che «la vecchia *querelle* del se i diritti di cui parla l'art. 2 sono diritti enumerati, cioè se c'è un catalogo aperto o un catalogo chiuso dei diritti fondamentali, è superata, perché in un ordinamento come il nostro i diritti e i principi fondamentali hanno una loro intrinseca capacità generativa».

⁴⁶ A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, cit., 47.

⁴⁷ Per approfondimenti si rinvia a W. KIMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, Il Mulino, Bologna, 1999.

⁴⁸ P. PAROLARI, *La tutela dei diritti fondamentali nelle società multiculturali*, in T. MAZZARESE, P. PAROLARI, *Diritti fondamentali: le nuove sfide*, cit., 101. L'A. distingue due classi di istanze identitarie di

Ad ogni modo, lo sviluppo del pluralismo giuridico e istituzionale spinge verso un rinnovamento costituzionale continuo, ed implica la ricerca di soluzioni che siano garanzia di una protezione dei diritti fondamentali uniforme nei diversi ordinamenti. Tale tutela, in assenza di discipline normative omogenee, trova il più delle volte la sua risoluzione a livello giudiziario: il bilanciamento degli interessi viene demandato all'attività del giudice che, evidentemente non più bocca della legge, diventa il protagonista principale in materia di diritti all'interno di un circuito ermeneutico che fuoriesce dai confini nazionali; anche perché, «nei sistemi costituzionali ispirati ai valori della democrazia pluralista, è giocoforza accettare lo sviluppo di un diritto giurisprudenziale che si pone come i giudici lo elaborano»⁵⁰.

3. La tutela dei diritti nelle Dichiarazioni internazionali

Limitando il discorso al contesto europeo⁵¹, la fuoriuscita della tutela dei diritti dai confini nazionali⁵² si è realizzata in concreto quando le costituzioni nazionali hanno effettuato il richiamo delle carte sovranazionali in materia di diritti. Nel momento in cui tale richiamo è

ispirazione multiculturalista: quella dei diritti culturali e quella che si caratterizza per «l'affermazione di una sorta di generale e generico diritto a vivere secondo le norme morali, sociali e religiose del gruppo». I diritti culturali vengono differenziati in base ai soggetti (diritti culturali individuali e collettivi); in base al contenuto (diritti culturali positivi e negativi); «una terza distinzione, sempre relativa al contenuto, è quella tra diritti che mirano a neutralizzare l'impatto di decisioni politiche e influenze sociali estranee al gruppo attraverso la concessione di "tutele esterne", e (...) diritti che ambiscono a (...) "restrizioni interne", e cioè ad imporre ai suoi membri obblighi o divieti funzionali alla conservazione della identità culturale collettiva».

⁴⁹ A. MORRONE, *Multiculturalismo e Stato costituzionale*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto*, Giappichelli, Torino, 2005, 13 ss.

⁵⁰ G. SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 1, 2006, 8.

⁵¹ Com'è stato notato: «si è resa più chiara negli statuti e negli uomini, che hanno a cuore l'esigenza della persona umana, che il regionalismo è stata la strada maestra per arrivare ad una salvaguardia dei diritti umani veramente adeguata», cfr. A. CASSESE, *I diritti umani: tendenze recenti della comunità internazionale*, in S. CAPRIOLI, E. TREGGIARI (a cura di), *Diritti umani e civiltà giuridica*, cit., 65.

⁵² P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, traduzione a cura di P. RIDOLA, La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1993, 132 ss. Nel contesto europeo l'infittirsi del discorso intorno ai diritti ha trovato la sua origine nei meccanismi di tutela posti in essere con l'internazionalizzazione dei diritti umani e, prima ancora, con la cosiddetta «internazionale degli stati costituzionali (...), una comunità di interpreti dei diritti fondamentali (...), dilatata al di là dei confini dello Stato nazionale (...) per la tutela dei diritti dell'uomo». In particolare, l'A. sostiene che «l'evoluzione e l'ampliamento progressivi della categoria dei diritti fondamentali in quell'area comune degli stati costituzionali occidentali» si sono realizzati grazie al «paradigma della società aperta degli interpreti della costituzione e dei diritti fondamentali». L'esponente della dottrina costituzionale tedesca ipotizzava, dunque, la cooperazione fra una pluralità di istanze giurisdizionali attraverso lo strumento della comparazione *tout court*, individuando inconsapevolmente uno dei tratti fondamentali del sistema multilivello di tutela dei diritti.

stato reso produttivo di effetti, l'originario catalogo delle libertà ha subito via via una profonda trasformazione.

Dall'analisi dei documenti europei in materia di diritti emerge, infatti, la loro capacità di apportare novità sul piano dei diritti consacrati dalle costituzioni⁵³ e di creare una situazione privilegiata per l'individuo che si ritrova ad essere portatore di «molteplici identità» tutelate attraverso una pluralità di meccanismi di garanzia⁵⁴. Tuttavia, prima ancora che un dialogo tra i giudici, si è instaurato un dialogo tra le carte con effetti ambivalenti⁵⁵: da un lato, l'espansione a livello globale delle situazioni giuridiche soggettive tutelate sembra delineare l'esistenza di un patrimonio giuridico comune; dall'altro, la dilatazione del loro contenuto sembra costruire una sorta di «grammatica dei diritti slegata da presupposti di natura politica»⁵⁶. Questo fenomeno, circoscritto all'umanità europea, non poteva non produrre delle ricadute sul regime costituzionale dei diritti e delle libertà fondamentali garantiti; esso ha diffuso, infatti, la concezione che esista un elemento comune in termini di tutela a tutte le libertà, che le eleva verso un numero sempre maggiore di garanzie⁵⁷.

⁵³ G. SORRENTI, *Le Carte internazionali sui diritti umani: un'ipotesi di «copertura» costituzionale «a più facce»*, in *Politica del diritto*, fasc. 3, 1997, 360 ss. L'A. riporta alcuni esempi da cui risulta che la Cedu «aggiunga qualcosa di nuovo alla tavola dei diritti fondamentali consacrata dalla Costituzione». Ad avviso della stessa, «l'impatto più dirompente sul nostro ordinamento costituzionale [è stato] provocato dall'art. 6, par. 1, C.e.d.u., il quale stabilendo che "ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole", introduce un principio con una terminologia più vicina alla cultura di *common law*, che difficilmente potrebbe essere rinvenuto in un preciso parametro offerto dal nostro testo fondamentale». Non è un caso, dunque, che sia intervenuta una legge costituzionale (n. 2/1999) a introdurre nell'art. 111 della Cost. le regole sul giusto processo.

⁵⁴ S. P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in ID. (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Jovene, Napoli, 2005, 9. In particolare l'A. si riferisce alla condizione del cittadino europeo nel sistema multilivello di protezione dei diritti, ed afferma che «essa riflette la condizione peculiare del cittadino europeo, che è portatore non di una monolitica identità, ma di identità molteplici, corrispondente ai differenti aggregati sociali a cui appartiene». Nello stesso senso si vedano: P. RIDOLA, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e le "tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri*, in S. P. PANUNZIO, E. SCISO (a cura di), *Le riforme costituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2002, 89 ss.; M. CARTABIA, *The multilevel protection of fundamental rights in Europe: the European pluralism and the need for a judicial dialogue*, in C. CASONATO (a cura di), *The protection of fundamental rights in Europe: lessons from Canada*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2004, 81 ss.

⁵⁵ Questa tendenza è stata facilitata dalla globalizzazione dei diritti dell'uomo, ossia la promozione a livello globale di valori universali. Sui problemi di tale fenomeno si rinvia a A. BALDASSARRE, *Alcuni problemi sulla «globalizzazione» dei diritti dell'uomo e sulla loro concezione nelle democrazie pluraliste*, cit., 91 ss.

⁵⁶ D. TEGA, *Il sistema di protezione Cedu dei diritti e l'ordinamento italiano*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, cit., 66.

⁵⁷ F. COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa. Profili costituzionali della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 1994, 11.

L'espansione dei diritti ha trovato il suo fondamento prima nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu) e, successivamente, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta di Nizza). Si dal principio, i due documenti sembravano rappresentare due sistemi diversi di protezione dei diritti, «quasi due Europe» per la loro «singolare asimmetria», con in comune la «progressiva idoneità a sovrapporsi ai circuiti nazionali, conquistando settori materiali, competenze normative, capacità di influenza»⁵⁸. Si trattava di Carte nate da ordinamenti sostanzialmente diversi e, soprattutto, non istituiti per essere complementari. Ciò nonostante, attraverso l'attività delle Corti poste alla guida dei rispettivi meccanismi di tutela, gli stessi hanno iniziato un importante processo di avvicinamento e collaborazione. La Convenzione europea nasceva dall'organizzazione tra gli Stati europei, istituita dal Consiglio d'Europa nel 1949, allo scopo di «conseguire una più stretta unione (...) per salvaguardare e promuovere gli ideali e i principi che costituiscono il patrimonio comune e favorire il loro progresso economico e sociale»⁵⁹: la «prima organizzazione internazionale di portata europea»⁶⁰ fondata per il consolidamento della democrazia e la protezione dei diritti fondamentali. Di conseguenza, la Cedu, proponendosi l'obiettivo di garantire il riconoscimento e l'applicazione dei diritti all'interno degli Stati aderenti, costituiva un importante «passo in avanti nella costruzione della rete europea di protezione dei diritti fondamentali»⁶¹, attraverso la realizzazione di un «patto europeo fra stati costituzionali»⁶². Il suo successo non risiede unicamente nella particolarità di essere l'unico documento regionale in materia di tutela dei diritti, ma trae origine dall'istituzione di un meccanismo di giustiziabilità, azionabile sia da una delle Parti contraenti per denunciare la violazione dei diritti commessa da uno Stato parte, sia direttamente dal soggetto leso dalla violazione di una delle libertà proclamate dallo stesso⁶³. Tuttavia, trattandosi di un sistema di protezione di natura sussidiaria, il suo scopo non è quello di creare uniformità di discipline normative in materia di diritti, piuttosto di garantire «un *minimum standard* essenziale,

⁵⁸ A. D'ALOIA, *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione multilevel*, in *Rivista del diritto dell'Unione europea*, fasc. 1, 2014, 7.

⁵⁹ Art. 1, Trattato istitutivo del Consiglio d'Europa.

⁶⁰ M. E. GENNUSA, *La Cedu e l'Unione europea*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, cit., 91.

⁶¹ A. D'ALOIA, *Europa e diritti*, cit., 12.

⁶² F. COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa*, cit., 10.

⁶³ D. TEGA, *Il sistema di protezione Cedu dei diritti e l'ordinamento italiano*, cit., 70.

comune ed inderogabile»⁶⁴ che si aggiunge, completandoli, ai meccanismi di protezioni riconosciuti a livello nazionale⁶⁵.

La Carta di Nizza, al contrario della Cedu, non segnava il termine di un conflitto sociale o politico, «non ha il sapore di una cesura storica rispetto al passato»; eppure, nonostante «l'impotenza della portata innovativa dei principi in essa affermati»⁶⁶, la sua proclamazione veniva salutata con grande entusiasmo soprattutto da quella parte della dottrina che aveva creduto nella necessità di formalizzare la protezione pretoria dei diritti inaugurata dalla Corte di giustizia alla fine degli anni Sessanta⁶⁷.

L'assenza di una formale proclamazione di diritti trovava giustificazione nella natura principalmente economica del sistema in cui la Carta di Nizza andava ad inserirsi: originariamente l'Unione europea non aveva altro obiettivo che quello di instaurare un'integrazione economica e monetaria attraverso il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri, istituendo un ordinamento «autonomo e distinto, ancorché coordinato»⁶⁸ con quelli nazionali. In secondo luogo, l'insensibilità per la protezione dei diritti umani da parte dei trattati istitutivi delle vecchie Comunità trovava la sua spiegazione più plausibile nella «considerazione che forse l'intento dei padri fondatori era di lasciare che fossero gli Stati membri, con le loro Costituzioni, le loro Corti costituzionali e i loro apparati giurisdizionali, a garantire il rispetto dei diritti fondamentali anche nei confronti delle istituzioni comunitarie»⁶⁹. A ben vedere, tuttavia, l'esistenza di un *Bill of rights* europeo

⁶⁴ S. P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in ID. (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, cit., 78.

⁶⁵ M. E. GENNUSA, *La Cedu e l'Unione europea*, cit., 93.

⁶⁶ R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2001, 7 ss.

⁶⁷ R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), cit., *Ibidem*.

⁶⁸ Corte costituzionale, sentenza 18 dicembre 197, n. 183. Per un commento, cfr. A. MORRONE (a cura di), *Il diritto costituzionale nella giurisprudenza*, Cedam, Padova, 2014, 1 ss.

⁶⁹ M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in ID. (a cura di), *I diritti in azione*, cit., 16. L'A. ricostruisce le diverse motivazioni che possono spiegare il silenzio dei Trattati di Parigi e di Roma circa la previsione di una tutela dei diritti fondamentali. Tra esse, «la prima spiegazione dell'assenza di una tutela dei diritti dai trattati istitutivi fa leva sulla limitatezza delle competenze comunitarie (...), il limitato obiettivo dei trattati, inizialmente circoscritto alla realizzazione di una integrazione esclusivamente economica, poteva far ritenere superflua la garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario»; la seconda spiegazione viene collegata, invece, alla circostanza che «tutti gli Stati membri appartengono ad una comune tradizione europea in materia di diritti fondamentali, una tradizione che abbraccia e supera i confini dell'Unione europea e si documenta esemplarmente nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950».

era già insito nel diritto europeo⁷⁰ anche se solo strumentale alle libertà di mercato, così come l'esistenza di una garanzia giurisdizionale dei diritti funzionale alla attuazione del diritto comunitario⁷¹.

Oltre alla diversa natura dei sistemi da cui prendevano vita, la proclamazione delle due Dichiarazioni veniva mossa da spiriti differenti. La Cedu nasceva come accordo vincolante per le Parti contraenti al fine di rimediare alle violazioni perpetrate a danno dei diritti umani durante il secondo conflitto mondiale⁷². Al contrario, la Carta di Nizza⁷³, proclamata inizialmente come dichiarazione di principio nel 2000 e divenuta vincolante solo in seguito al Trattato di Lisbona del 2009⁷⁴, cercava di tradurre in disposizioni puntuali il rispetto delle c.d. tradizioni costituzionali comuni previste dal trattato di Maastricht come principi generali diritto comunitario⁷⁵. Essa si presentava come un catalogo di diritti del tutto moderno che completa il sistema di protezione Cedu ma, soprattutto, che «introduce

⁷⁰ Nella nota sentenza *Stauder*, infatti, la Corte di Lussemburgo affermava che «i diritti fondamentali della persona (...) fanno parte dei principi generali del diritto comunitario, di cui la Corte garantisce l'osservanza». (Cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 12 novembre 1969, causa 29/69).

⁷¹ S. P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in ID. (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, cit., 11 ss.

⁷² M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2001.

⁷³ Per l'attività preparatoria si rinvia a A. PIZZORUSSO, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: le principali tappe preparatorie*, in G. ROLLA (a cura di), *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, cit., 103 ss.

⁷⁴ Se da un lato, il carattere vincolante della Carta di Nizza garantisce una protezione (anche formale) dei diritti fondamentali nello spazio europeo, dall'altro mostra l'incapacità di divenire uno strumento di tutela dei diritti di carattere generale. Come è stato notato, «essa è applicabile solo quando è applicabile il diritto comunitario (...), niente affatto in tutti i casi di violazione di un diritto fondamentale rilevante per il diritto nazionale. Le disposizioni della Carta sono altrettanti parametri di legittimità degli atti dell'Unione, degli atti nazionali che ai primi danno attuazione, nonché di quelli nazionali, che a giustificazione di una deroga agli obblighi imposti dai Trattati, invocano l'esigenza di tutelare un diritto fondamentale. Al di là di queste ipotesi la Carta non vuole e non può essere applicata», cfr. G. TESAURO, *Relazioni tra Corte costituzionale e Corte di giustizia*, in www.cortecostituzionale.it, 6. Non manca chi sottolinea, invece, l'efficacia della Carta oltre i confini dell'Unione europea, mettendo in rilievo il fatto che «la logica di una rigida separazione degli ordinamenti non ha ormai alcun senso, se mai ne ha avuto», cfr. G. OBERTO, *La tutela dei diritti fondamentali nelle Carte costituzionali, ovvero del difficile dialogo tra Carte e Corti*, in *Diritto di famiglia*, 2013, 173. Nella stessa direzione, c'è chi afferma una potenziale capacità della Carta di andare oltre l'Unione, muovendo dal seguente rilievo: «il rispetto della dignità umana, il diritto alla vita, il divieto della pena di morte, il divieto della tortura, ecc., non riguardano (...) il diritto dell'Unione (...) ma gli Stati che ne fanno parte e, soprattutto, quelli che aspirano a divenirvi membri», cfr. F. SORRENTINO, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona*, in *Corriere giuridico*, fasc. 2, 2010, 148.

⁷⁵ Art. 6 del TUE (già art. F), secondo comma. La previsione è stata poi confermata dall'art. 7 del Trattato di Amsterdam che prevede la procedura di accertamento delle gravi violazioni dei diritti fondamentali ad opera di uno Stato membro.

contenuti che attualizzano il discorso sui diritti (...), [dove] spicca il riferimento, come valore centrale, alla dignità della persona»⁷⁶.

Un simile sviluppo, mettendo fine allo «stato di minorità dell'UE rispetto alle costituzioni nazionali e alla Cedu»⁷⁷, garantiva, inoltre, una sorta di riconoscimento politico della stessa organizzazione sovranazionale.

4. Dalla proclamazione delle Carte alla tutela delle Corti

Il vero successo dei documenti internazionali in materia di diritti è legato alla previsione di un organo *ad hoc* a cui è affidata la tutela giurisdizionale degli stessi. Ciò che ha contribuito, infatti, allo sviluppo della tutela dei diritti al di fuori dei confini nazionali ed ha facilitato l'ingresso della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia nel tessuto costituzionale nazionale, trova la sua *ratio* principale nella giustiziabilità della libertà protetta. Tuttavia, tale constatazione non vuole ridimensionare la portata degli accordi internazionali non provvisti di tutela giudiziaria: essi vincolano lo Stato che li ha sottoscritti in virtù delle clausole generali inserite nella maggior parte delle Costituzioni moderne.

L'istituzione di un giudice che vigilasse sull'osservanza delle norme internazionali in materia di diritti ha consentito sia alla Corte di Strasburgo, che alla Corte di Lussemburgo di ritagliarsi uno spazio rilevante nella protezione nazionale dei diritti, a volte in nome di una "protezione equivalente", altre in nome di una tutela superiore a quella statale; per cui, nell'attuale contesto europeo, è possibile raccontare «una doppia storia (...), sviluppata su binari separati, non progettati (almeno non esplicitamente) per incontrarsi ed integrarsi»⁷⁸: una vicenda che ha visto gradualmente le due Corti atteggiarsi come due differenti livelli di un (potenziale) unico sistema di protezione dei diritti. Prima di tale momento, tuttavia, le due istanze giurisprudenziali si muovevano in direzioni diverse attraverso percorsi in apparenza ben definiti: la Corte Edu si preoccupava di affermare il proprio monopolio sulla

⁷⁶ A. D'ALOIA, *Europa e diritti*, cit., 19. L'A. sostiene che la Carta di Nizza ha il merito di trasformare i concetti tradizionali del diritto comunitario soprattutto grazie al riferimento della dignità della persona come valore fondamentale, per cui «la classica libertà di circolazione perde il suo legame esclusivo con le esigenze di mercato e della sfera economica: chi può e deve circolare non è più solo l'imprenditore (...), ma il cittadino, lo studente il quale ha bisogno che la sua libertà di circolazione non si rifletta negativamente sul suo bagaglio di diritti e di libertà fondamentali».

⁷⁷ G. GUZZETTA, *Garanzia multilivello dei diritti e dialogo tra le Corti nella prospettiva di un Bill of Rights europeo*, in A. D'ATENA, *Diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello*, cit., 158.

⁷⁸ A. D'ALOIA, cit., 7.

tutela regionale dei diritti, la Corte di Giustizia si impegnava nell'affermazione del principio del primato del diritto comunitario sul diritto interno.

Nel momento in cui «le strade delle due Corti [hanno incominciato] lentamente a convergere nel medesimo territorio»⁷⁹ si è instaurato il dialogo tra le due Carte e si è conseguentemente posto il problema della sovrapposizione dei meccanismi di garanzia in un potenziale sistema di protezione dei diritti su più livelli.

5. La ricerca del contenuto minimo dei diritti: (rinvio)

Il quadro appena delineato mette in evidenza due principali aspetti che, nel processo europeo di avvicinamento delle «culture dei diritti fondamentali»⁸⁰, appaiono strettamente legati: da un lato, l'esistenza di una doppia codificazione in materia di diritti; dall'altro, la presenza di due sistemi di tutela giurisdizionale che devono raccordarsi con le istanze di protezione nazionale, in particolare con le corti costituzionali. In tale contesto si (ri)propone il dibattito intorno al c.d. contenuto essenziale, nel senso di garanzia minima che un diritto fondamentale possa ricevere anche nella dimensione europea⁸¹.

Il contenuto minimo, inteso sia «come barriera (...), estremo limite specialmente al legislatore», che come «appello» allo stesso per l'inclusione nella protezione dei diritti fondamentali di ulteriori elementi capaci di dar luogo a «un'intensificazione del loro raggio di azione verso ulteriori direzioni di tutela»⁸², ben potrebbe trovare tutela, in assenza di un intervento normativo, nel dialogo tra le Corti.

Spostando quanto appena detto nella dimensione internazionale, l'individuazione della protezione minima dovrebbe coniugarsi, in aggiunta, con la pluralità delle tradizioni costituzionali dei diversi ordinamenti; per cui si richiederebbe alla Corte europea dei diritti dell'uomo e alla Corte di Giustizia uno sforzo creativo rilevante: il quadro normativo in cui le stesse operano, difatti, è per definizione poco definito rispetto, invece, a quello in cui agiscono le Corti nazionali che attraverso le rispettive Costituzioni «definiscono *in apicibus* i limiti entro i quali i diritti sono riconosciuti e (...) i valori e gli interessi pubblici in nome dei quali possono essere limitati»⁸³.

⁷⁹ M. E. GENNUSA, *La Cedu e l'Unione europea*, cit., 95.

⁸⁰ P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, cit., 252.

⁸¹ V. Capitolo 2, par. 4.

⁸² P. HÄBERLE, cit., 244.

⁸³ F. SORRENTINO, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona*, cit., 146.

Tuttavia, non può negarsi che l'individuazione di un contenuto minimo essenziale dei diritti potrebbe favorire la progressiva elaborazione di uno *standard* europeo di tutela degli stessi fondato su uno *ius commune* che non fermerebbe l'evoluzione giurisprudenziale verso nuovi ambiti di protezione e darebbe uno «spessore [maggiore] alla normatività dei diritti fondamentali»⁸⁴.

⁸⁴ P. HÄBERLE, *cit.*, 245 ss. A tal proposito, l'A. riporta come esempio una decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo (*Young/James/Webster* del 13 agosto del 1981) dove la stessa elabora l'aspetto negativo della libertà di associazione come un nuovo elemento del contenuto essenziale della libertà garantita dall'art.11 della Convenzione. Ad avviso dello stesso autore, «non è altro che un esempio di utilizzazione creativa o, se si vuole, aggressiva della clausola del contenuto essenziale [che] s'impone proprio là dove, come nel diritto europeo, è necessaria un'interpretazione dinamica dei diritti fondamentali attraverso l'opera del giudice che forma il diritto».

CAPITOLO SECONDO

IL “DIALOGO TRA LE CORTI” NEL DIBATTITO DOTTRINALE

1. Una distinzione necessaria: dialogo tra le Corti e comparazione giuridica

Seppur si è distanti, anche cronologicamente, anni luce dal dialogo inteso come mezzo di indagine e dotato di funzione maieutica⁸⁵, non si può ignorare l’insegnamento socratico sulla capacità della dialettica «di cogliere le cose nel loro insieme»⁸⁶. Muovendo da questa idea e consapevoli dell’immagine metaforica che l’espressione “dialogo tra le Corti” evoca, l’obiettivo è (ri)portare la riflessione oltre alcune semplificazioni sviluppate negli ultimi anni. Qualsiasi speculazione, tuttavia, rischia di rimanere sullo sfondo e priva di valore senza uno sguardo ai più o meno recenti studi dottrinali sul tema.

Agli inizi degli anni Novanta, la metafora del “dialogo” veniva utilizzata per descrivere il ricorso al metodo della c.d. comparazione giurisprudenziale: quando il giudice prendeva in esame la giurisprudenza di altre corti, in particolare in materia di diritti fondamentali, si affermava che la scelta della soluzione migliore fosse scaturita, appunto, dal dialogo con le altre istanze giurisdizionali⁸⁷. Al riguardo, si parlava di *dialogue between different jurisdictions*⁸⁸, *judicial dialogue*, *horizontal and vertical communication*⁸⁹, *from reception to dialogue*⁹⁰.

Con il passare degli anni, la convinzione che potesse realizzarsi un dialogo tra le corti veniva rafforzata dalla sempre più intensa compenetrazione tra i sistemi giuridici che, in concreto, aumentava le occasioni di interazione tra i giudici dei diversi paesi; essi, stimolati dal confronto con le esperienze straniere, sentivano via via più forte la necessità

⁸⁵ G. GIANNANTONI, *Che cosa ha veramente detto Socrate*, Ubaldini, Roma, 1971.

⁸⁶ PLATONE, *La Repubblica*, trad. a cura di F. SARTORI, Laterza, Bari-Roma, 2015, XIV, 497.

⁸⁷ Cfr. C. L’HEUREUX-DUBÈ, *The Importance of Dialogue: Globalization and the International impact of the Rehnquist Court*, in *Tulsa Law Journal*, Vol. 34, 1998, 15 ss.; J. POLAKIEWICZ, V. JACOB-FOLTZER, *The European Human Rights Convention in domestic law: the impact of the Strasbourg case law in States where direct effect is given to the Convention*, in *Human Rights Law Journal*, Vol. 12, 1991, 125 ss.; M. SLAUGHTER, *A typology of Transjudicial Communication*, in *University of Richmond Law Review*, Vol. 29, 1994, 99 ss.

⁸⁸ Cfr. J. POLAKIEWICZ, V. JACOB-FOLTZER, *The European Human Rights Convention in domestic law*, cit., 125.

⁸⁹ M. SLAUGHTER, *A typology of Transjudicial Communication*, cit., 99 ss.

⁹⁰ C. L’HEUREUX-DUBÈ, *The Importance of Dialogue*, cit., 17.

di richiamare affermazioni e principi in materia di diritti fondamentali formulati dalle giurisprudenze estere⁹¹. In questo scenario, lo sviluppo dei processi di globalizzazione della società non potevano non fare la loro parte: da un lato, intensificando la convergenza tra gli ordinamenti e, dall'altro, alimentando l'idea dell'istituzione di uno «spazio giuridico globale» fondato su valori comuni, in cui le diverse istanze giurisdizionali si possano confrontarsi per risolvere questioni inerenti la tutela dei diritti⁹².

A ben vedere, non si tratta di convincimenti privi di basi giuridiche: l'idea che «nei diritti fondamentali [ci sia] un'aspirazione all'universalità, che giustifica il bisogno di superare i confini del singolo ordinamento giuridico»⁹³ non è del tutto astratta. La salvaguardia dei diritti fondamentali costituisce, infatti, un ambito del diritto costituzionale comune a tutti gli ordinamenti, in particolare quelli che si ispirano ai principi del costituzionalismo liberaldemocratico⁹⁴; inoltre, il carattere universale di tali diritti fa sì che essi possano essere interpretati sia alla luce delle esperienze nazionali che attraverso il confronto delle

⁹¹ In relazione a ciò, è stato notato che «la convergenza dei sistemi giuridici può non essere un argomento facile da descrivere, per non dire da accettare, ma negarla non è un'alternativa realistica, anche se tiene occupato l'accademico stravagante»: cfr. B. MARKESINIS, J. FEDTKE (a cura di), *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, Il Mulino, Bologna, 2009, 17.

⁹² A tal proposito, cfr. S. CASSESE, *La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fasc. 3, 2007, 609 ss. L'A. sostiene che la globalizzazione giuridica abbia creato sistemi regolatori che, interagendo tra loro, sviluppano principi in assenza di regole prestabilite. Da qui la nascita di un ordine giuridico in cui gli organismi giudiziali vengono chiamati, non solo a risolvere conflitti, ma a enunciare principi e valori comuni ai vari sistemi; per dirla con le parole dell'A.: «l'ordine mondiale, una volta dettato dai sovrani, che si vorrebbe disciplinato dai popoli, è (...) stabilito dai giudici». Nello stesso senso, cfr. ID., *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, Roma, 2009. Per una diversa prospettiva, cfr. A. MORRONE, *Teologia economica v. teologia politica. Appunti su sovranità dello Stato e "diritto costituzionale globale"*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 4, 2012, 829 ss. L'A. mostra perplessità sulla possibilità che «dall'interazione di livelli diversi» in un «orizzonte spaziale eterogeneo» possa nascere un «governo globale in senso costituzionale».

⁹³ M. CARTABIA, *La Costituzione italiana e l'universalità dei diritti umani*, in www.astrid-online.it, Rassegna n. 70, 2008, 27. L'A. rileva, inoltre, che «agli albori della globalizzazione, i diritti fondamentali inviolabili e le loro speciali garanzie si presentavano dotati almeno di una triplice valenza: sul piano individuale, garantivano la centralità della persona di fronte ad ogni forma di potere; sul piano ordinamentale interno, valevano a salvaguardare la continuità dell'ordinamento (...); nei rapporti esterni, europei e internazionali, essi costituivano una zona impenetrabile, deposito dei tratti fondamentali della cultura di un popolo, da preservarsi di fronte all'internazionalizzazione e alla globalizzazione».

⁹⁴ Per un approfondimento sul tema si segnalano: A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in ID. (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, cit., 3 ss.; S. BARTOLE, *Costituzione e costituzionalismo nella prospettiva sovranazionale*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 3, 2009, 569 ss.; M. GOLDONI, *Il ritorno del costituzionalismo alla politica: il «Political» e il «Popular» Constitutionalism*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 4, 2010, 733 ss.; M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, 1643 ss.

esperienze straniere, basti pensare al diritto alla vita, alla libertà religiosa, ecc.⁹⁵. Ciò di per sé favorisce il dialogo tra i giudici di paesi diversi e la realizzazione di uno spazio giuridico virtuale in cui un numero sempre maggiore di ordinamenti si riconosce intorno ad un *common core* di principi e si confronta sulle soluzioni da adottare in materia di diritti.

È innegabile che il cambiamento, dunque, sia avvenuto e che un nuovo modo di intendere la tutela dei diritti si sia diffuso tra gli ordinamenti democratici, realizzando un'inversione di tendenza rispetto alla visione tradizionale che legava la salvaguardia dei diritti fondamentali alle decisioni sovrane del popolo. Essa, nonostante l'apertura più o meno esplicita al diritto internazionale, considerava i diritti fondamentali e i valori costituzionali come il riflesso «[del]l'identità, [del]l'autopercezione e [del]la cultura di un popolo»⁹⁶. Al contrario, «l'identità dell'ordinamento si coglie ed apprezza proprio per effetto della sua apertura ad altri ordinamenti»⁹⁷, basti pensare alle democrazie più giovani che se, da un lato, si confrontano con le soluzioni straniere in materia di tutela di diritti; dall'altro, scelgono quelle in armonia con i valori proclamati nelle loro Costituzioni⁹⁸.

Lo strumento che agevola il «confronto cooperativo»⁹⁹ con le esperienze straniere può essere identificato attraverso il fenomeno della *migration*, cioè il «flusso dinamico di stimoli costituito dalla diffusione e dalla conoscenza, a volte superficiale a volte approfondita, di idee fondanti gli ordinamenti costituzionali» che «non presuppone necessariamente (...) il c.d. trapianto di diritto da un ordinamento preso a modello a un altro che lo riceve». Tuttavia, lo stesso agevola la «convergenza giurisprudenziale intesa ad assicurare il rispetto dei principi garantisti propri dello stato costituzionale di diritto»¹⁰⁰.

⁹⁵ Dunque, come è stato osservato, «non c'è alcun bisogno di arrivare a quelle esagerazioni (diritto naturale universale, incumbente legge morale, avanguardismo morale) per giustificare atteggiamenti di apertura verso le esperienze costituzionali particolari altrui». (Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008, 404 ss.).

⁹⁶ M. CARTABIA, *La Costituzione italiana e l'universalità dei diritti umani*, cit., 1 ss.

⁹⁷ A. RUGGERI, *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in *Il diritto dell'Unione europea*, fasc. 1, 2010, 128.

⁹⁸ Emblematica al riguardo è l'esperienza dell'ordinamento sudafricano, la Costituzione *post-apartheid* del 1996, all'art. 39, prevede espressamente il ricorso al diritto straniero da parte dei giudici ai fini della sua interpretazione. Per approfondimenti, cfr. R. ORRÙ, *La Costituzione di tutti. Il Sudafrica dalla segregazione razziale alla democrazia della «Rainbow nation»*, Giappichelli, Torino, 1998.

⁹⁹ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 400.

¹⁰⁰ G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010, 17 ss. In particolare l'A. ricorda «il caso di un ricorso per *habeas corpus* avverso un provvedimento di incarcerazione emesso dalla Camera dei deputati in cui il ragionamento della Corte argentina rinvia alla giurisprudenza della Corte nordamericana e, in particolare, a *Marbury v. Madison* del 1803». (Cfr. Corte Suprema di Giustizia della Nazione, caso *Sojo Eduardo v. Camera de Diputados de la Nación*, 22 settembre 1887).

La giurisprudenza costituzionale non è rimasta immune dagli influssi e dalle sollecitazioni provenienti dalle decisioni straniere; al contrario, si è aperta agli altri ordinamenti per «la costruzione di prospettive giuridiche che, riguardando temi comuni, tendono necessariamente a riguardare ogni ordinamento»¹⁰¹, basti pensare alle istanze provenienti dalle “nuove” minoranze, a quelle provenienti dal diffondersi delle nuove tecnologie, a quelle legate ai nuovi progressi scientifici e così via.

Tutto ciò dimostra che dibattito sull’apertura degli ordinamenti alle esperienze straniere non si sia svolto solo sul piano teorico, bensì sia approdato nelle aule dei tribunali: emblematico è al riguardo il caso *Lawrence v. Texas*¹⁰² in cui la Corte Suprema degli Stati Uniti dichiarando l’incostituzionalità della *Sodomy Law* richiamava nelle sue argomentazioni il rispetto dei principi espressi dalla Corte europea nella sentenza *Dudgeon vs The United Kingdom*¹⁰³ avente ad oggetto una vicenda analoga, anche se risalente a qualche anno prima. A ben vedere, anche la nostra Corte costituzionale è stata colpita dal fascino della comparazione: nella nota decisione sull’illegittimità costituzionale della norma che puniva penalmente l’aborto¹⁰⁴, la stessa riprendeva nella sostanza le argomentazioni della Corte suprema americana del caso *Roe v. Wade*¹⁰⁵.

Quanto appena detto costituisce la premessa per giustificare l’interesse da parte della dottrina per il tema della comparazione giuridica e, soprattutto, per distinguere tale metodo dal tema di cui si discute. Negli ultimi anni, la comparazione giurisprudenziale da concetto ben delineato è divenuto un argomento confusamente declinato¹⁰⁶: si è giunti ad includere

¹⁰¹ M. GIUNTINI, *Sviluppo e limiti della cooperazione tra le Corti di rango costituzionale*, in *Archivio Giuridico*, fasc. 3, 2010, 319 ss.

¹⁰² *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). Per un commento, cfr. C. VALENTINI, *La sentenza Lawrence v. Texas e l’interpretazione del XIV Emendamento*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 1, 2005, 189.

¹⁰³ Corte europea dei diritti dell’uomo, caso *Dudgeon v. The United Kingdom*, 22 ottobre 1981, ric. n. 7525/76. Per un commento, cfr. A. SPERTI, *Il dialogo tra le Corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente*, in www.archivio.rivistaaic.it.

¹⁰⁴ Corte costituzionale, sentenza 18 febbraio 1975, n. 27, che dichiarava l’illegittimità dell’art. 546 c.p. nella parte in cui non prevedeva che la gravidanza potesse essere interrotta quando l’ulteriore gestazione implicasse danno o pericolo grave, medicalmente accertato e non altrimenti evitabile, per la salute della madre. Per approfondimenti, cfr. A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, cit., 106 ss.

¹⁰⁵ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Sul caso si rinvia a G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., 22.

¹⁰⁶ Sul tema la letteratura è ampia, si segnalano: A. BALDASSARRE, *La Corte costituzionale italiana e il metodo comparativo*, in *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. 2, 2006, 989 ss.; G. F. FERRARI, A. GAMBARO (a cura di), *Corti costituzionali e comparazione giuridica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006; A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Utet, Torino, 2002; A. LOLLINI, *La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extra-sistemici nella giurisprudenza costituzionale sudafricana*, in *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. 1, 2007,

nella pratica del comparare anche il richiamo o il rinvio *tout court* a pronunce straniere allo scopo di rendere persuasiva l'argomentazione preferita per la soluzione del caso concreto¹⁰⁷; al contrario, la comparazione presuppone uno studio approfondito del caso straniero e della relativa disciplina normativa, al fine di individuare i punti di contatto con il caso da decidere e fare buon uso del caso straniero¹⁰⁸. Inoltre, non può considerarsi comparazione, il richiamo (reciproco) delle pronunce da parte delle corti inserite all'interno di un ordinamento internazionale o di un'organizzazione sovranazionale.

Per evitare alla confusione e, soprattutto, alla costruzione di falsi istituti, si è resa indispensabile un'opera di sistematizzazione che ha distinto il dialogo orizzontale (ossia la comparazione *tout court*) dal dialogo verticale (ossia «l'interazione tra una corte internazionale e le connesse corti statali in seno agli ordinamenti internazionali regionali»)¹⁰⁹. In tal modo, la comparazione sembra essere uscita dallo schema del dialogo, inteso come scambio all'interno di un sistema preconstituito di corti, ed è tornata nella suo perimetro naturale che, per evidenti ragioni, non tocca il presente lavoro.

2. Una precisazione necessaria: dialogo tra le Corti e tutela multilivello dei diritti

Il dialogo di cui si discute è inteso come confronto necessario all'interno di un circuito preconstituito di corti, comunemente definito sistema di tutela multilivello¹¹⁰.

479 ss.; B. MARKESINIS, J. FEDTKE (a cura di), *Giudici e diritto straniero*, cit.; A. SPERTI, *Il dialogo tra le Corti costituzionali e il ricorso alla comparazione giuridica nell'esperienza più recente*, cit.; G. ZAGREBELSKY, *Corti costituzionali e diritti universali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fasc. 1, 2006, 297 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Il contributo storico-comparatistico nella giurisprudenza delle Corti costituzionale italiana: una ricerca sul nulla*, in *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. 4, 2005, 1995.

¹⁰⁷ D. S. LAW, W. C. CHANG, *The limits of a global judicial dialogue*, in *Washington Law Review*, 86, 3, 2011, 523, in cui gli A. rilevano che «the notion of "dialogue" is, both conceptually and empirically, an inapt metaphor for the comparative for the comparative analysis performer by constitutional courts».

¹⁰⁸ «Si ha comparazione soltanto ove intercorra il giudizio comparativo tra termini di raffronto (...) che incide sulla *ratio decidendi*». G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., 136 ss.

¹⁰⁹ G. DE VERGOTTINI, cit., 45.

¹¹⁰ La letteratura sul tema è vasta, si segnalano: A. BARBERA, *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti*, in P. BILANCIA, E. DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti momenti di stabilizzazione*, Giuffrè, Milano, 2004, 81 ss.; A. CARDONE, *Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. IV, Giuffrè, Milano, 2011, 335 ss., ora in ID., *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2012; M. CARTABIA, *The multilevel protection of fundamental rights in Europe: the European pluralism and the need for a judicial dialogue*, cit., 81 ss.; A. D'ALOIA, *Europa e diritti*, cit., 1; I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, in *European Law Review*, 2002, 511; F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, in www.archivio.rivistaaic.it.

Tuttavia, le nozioni di “dialogo” e “tutela *multilevel*”, benché collegate, non sempre si prestano ad un impiego alternativo. Il sistema multilivello, infatti, si identifica con la «complessa relazione tra gli ordinamenti, tra livelli normativi e istituzionali (...) in cui esistono differenti apparati e poteri radicati su linee territoriali concentriche»¹¹¹. La «compresenza di una pluralità di livelli e di centri decisionali»¹¹², generando una sorta di *governance* multilivello, da un lato, ha messo in crisi gli istituti classici, quali la sovranità e la tutela dei diritti come prerogativa assoluta dello Stato; dall’altro, ha spinto in avanti il processo di integrazione europea¹¹³.

La salvaguardia dei diritti fondamentali e la loro garanzia si colloca, dunque, in maniera trasversale tra i diversi strati di tale sistema senza, tuttavia, coincidere completamente con gli stessi. A ciascun gradino della scala corrisponde un ambito di riconoscimento e uno di tutela¹¹⁴, per cui la protezione dei diritti risulta assicurata dal «complesso di istituti, tanto di origine normativa che giurisprudenziale, attraverso cui si articolano le competenze e le relazioni tra le varie istanze giurisdizionali»¹¹⁵. In altre parole, «a fronte delle stesse situazioni giuridiche soggettive, esistono (...) diverse forme di tutela, collocate su (...) un’ideale scala gerarchica»¹¹⁶ che, tuttavia, non si esaurisce con le stesse.

Limitando il discorso alla garanzia dei diritti, il «sistema integrato di protezione dei diritti fondamentali in Europa coinvolge il livello internazionale (rappresentato dalla Cedu); il livello sovranazionale (rappresentato dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e dalla giurisprudenza sui diritti della Corte di giustizia) (...), e il livello nazionale»¹¹⁷. Dalla loro integrazione si realizza «una tutela plurilivello dei diritti che comprende quelli riconosciuti sul piano costituzionale e quelli protetti dalla Convenzione»¹¹⁸ e, sul piano europeo, quelli previsti dalla Carta di Nizza.

¹¹¹ A. D’ALOIA, *Europa e diritti*, cit., 1.

¹¹² M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit., 1660.

¹¹³ A. CARDONE, *Diritti fondamentali*, cit., 335. L’A. sostiene che l’espressione tutela multilivello «cristallizza il portato dell’operare congiunto di due idee fondamentali: (...) la prima è che vi è diritto costituzionale solo dove vi è tutela dei diritti (...), la seconda (...) risiede nell’assicurare la garanzia giurisdizionale - e, quindi, l’effettività - dei diritti costituzionali a fronte della dissoluzione dello Stato-sovrano».

¹¹⁴ A. RUGGERI, *La tutela «multilivello» dei diritti fondamentali, tra esperienze di normazione e teorie costituzionali*, in *Politica del diritto*, fasc. 3, 2007, 317 ss.

¹¹⁵ A. CARDONE, *Diritti fondamentali*, cit., 335.

¹¹⁶ F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, cit., 1.

¹¹⁷ D. TEGA, *Il sistema di protezione Cedu dei diritti e l’ordinamento italiano*, cit., 68.

¹¹⁸ A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, cit., 28.

Questo «ordine intercostituzionale» trova la sua legittimazione principale nelle costituzioni nazionali che diventano «intercostituzioni», ossia Carte che si aprono alle dichiarazioni internazionali «che parimenti possono offrire il loro fattivo concorso (...) alla piena salvaguardia dei valori fondamentali di libertà ed uguaglianza»¹¹⁹. Da ciò deriva che il «fondamento della dimensione normativa di una costituzione [possa] trascende[re] i confini nazionali e comprende[re] tutti gli ordinamenti in cui si dispiega la prescrittività di un dato novero di diritti e di libertà fondamentali»¹²⁰; di conseguenza, di fronte ad un sistema «uno e trino»¹²¹, le norme costituzionali in materia di diritti fondamentali non possono non essere interpretate anche alla luce delle decisioni di Strasburgo e di Lussemburgo. In questo modo, «si crea un processo di andata e di ritorno (...) per cui vi è una costante tendenza a una sempre maggiore estensione dei diritti protetti»¹²², con il conseguente rafforzamento del ruolo delle corti in materia dei diritti.

Dall'analisi appena svolta emerge che la questione dell'effettiva garanzia dei diritti nello spazio europeo costituisce soltanto una delle problematiche all'interno del dibattito sulla «tenuta» dei diversi livelli istituzionali¹²³, per cui si può affermare che le due tematiche, «la tutela multilivello» e «il dialogo tra le Corti», pur essendo strettamente connesse, articolano lo studio sull'effettività della tutela su piani diversi: di carattere più sistematico la prima; di carattere, invece, più sostanziale la seconda.

3. Dialogo tra le Corti vs. costituzionalismo multilivello, diritto costituzionale globale e cosmopolitico

Lo sviluppo del dialogo tra i giudici sul terreno dei diritti sembra segnare il passaggio dal costituzionalismo classico al costituzionalismo multilivello e, in aggiunta, sembra rafforzare il convincimento dell'esistenza di un diritto costituzionale globale e di un diritto

¹¹⁹ A. RUGGERI, *Sovranità dello Stato e sovranità nazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo "intercostituzionale"*, in *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. 2, 2001, 544.

¹²⁰ A. CARDONE, *Diritti fondamentali*, cit., 335.

¹²¹ A. RUGGERI, *La tutela «multilivello» dei diritti fondamentali, tra esperienze di normazione e teorie costituzionali*, cit., 129.

¹²² In questo senso, cfr. G. RAIMONDI, *La controversa nozione di Consensus e le recenti tendenze della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in riferimento agli articoli 8-11 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, discorso in occasione del convegno tenuto al Consiglio superiore della Magistratura, 11 gennaio 2013, Aula Magna del Palazzo di Giustizia di Milano, consultabile in www.europeanrights.eu.

¹²³ Sul tema, cfr. A. CIANCIO (a cura di), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, Aracne, Roma, 2014; nello stesso volume, cfr. A. MORRONE, *Crisi economica e integrazione politica in Europa*, 335.

costituzionale cosmopolitico. Una simile constatazione, oltre a generare diffuse perplessità, rende necessarie delle distinzioni.

In primo luogo, la teoria del costituzionalismo multilivello veniva elaborata sull'onda dell'emozione per il progetto di una Costituzione per l'Europa e trovava la sua ragion d'essere nella combinazione dei seguenti elementi: a) il concetto di costituzione «post-nazionale»; b) il processo costituzionale europeo fondato sul principio della sovranità popolare; c) la nascita di una costituzione europea fondata sui principi delle costituzioni nazionali; d) le *multiple identities* dei cittadini dell'Unione; e) l'unione intesa come Unione europea di cittadini¹²⁴. L'impianto che ne derivava «aspira[va] a conciliare gli elementi costituzionali presenti nella dimensione sovranazionale dell'Unione europea con quella altrettanto costituzionale degli ordinamenti statali»¹²⁵. A differenza, di quello classico¹²⁶, il costituzionalismo multilivello veniva fondato sulla «disponibilità di una pluralità di sedi di riconoscimento e garanzia dei diritti» che mirava all'«assestamento della loro tutela a livello più alto».

La teoria appena descritta non è stata salutata con gioia da chi, pur riconoscendo sul piano descrittivo l'esistenza di una *governance* multilivello, riteneva che la stessa non dovesse essere «trasposta sul piano normativo e prescrittivo, trasforma[ta] cioè in dottrina (...) che svaluta i testi normativi ed esalta l'opera delle Corti»¹²⁷. Si temeva, infatti, che l'esaltazione della tutela giurisdizionale dei diritti potesse spostare la creazione del diritto dalla sede legislativa naturale alla sede giudiziale, con elusione di ben due principi cardine del costituzionalismo classico: la separazione dei poteri e la sovranità popolare. In aggiunta, il rafforzamento del potere di discerzionalità delle Corti (del livello più alto)

¹²⁴ In questo senso, cfr. I. PERNICE, *Multilevel constitutionalism in the European Union*, in *European Law Review*, 2002, 511 ss.

¹²⁵ Q. CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, cit., 249.

¹²⁶ Per un approfondimento dei caratteri del costituzionalismo classico si segnala nuovamente: A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in ID. (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, cit., 1.

¹²⁷ M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit., 1660 ss. L'A. dubita che sia semplice «dire quando un livello di protezione sia più elevato, poiché, oltre quanto si dice nel testo: a) spesso a confliggere sono due o più diritti, sicché una protezione più elevata per l'uno si risolve in protezione minore per l'altro; b) anche quando confliggono un diritto e un interesse pubblico, si deve considerare che frequentemente l'interesse pubblico (si pensi all'ambiente) non è altro l'epitome di un fascio di diritti e interessi degli individui, essi pure meritevoli di protezione (più elevata)». In aggiunta, sostiene che «è particolarmente grave che il costituzionalismo multilivello non solo esalti acriticamente l'opera della giurisdizione, ma riservi un trattamento peggiore proprio ai giudici costituzionali dei singoli Paesi (...) per consentire a Corti sovranazionali o internazionali, prive del medesimo titolo legittimante, di imporre il proprio apprezzamento discrezionale di pretesi valori costituzionali potenzialmente confliggenti con quelli nazionali.

nella scelta della soluzione “migliore” in materia di diritti, accentuando «oltre misura la inevitabile funzione creativa», avrebbe potuto produrre «una deriva poetica dei giudici»¹²⁸, con la drammatica conseguenza dello «sganciamento dei diritti dal diritto positivo», e la creazione di una «sovranità desubiettivizzata (...), oggettivata sia negli ordinamenti nazionali che in quelli europei»¹²⁹.

Tuttavia, simili dubbi si prestano ad essere superati affermando che nella maggior parte dei casi sottoposti alla valutazione dei giudici, «la decisione politica sui diritti è [stata già] assunta»¹³⁰ e, dunque, «la creatività giudiziaria, o un’accentuata misura di essa, [non] fa del giudice un legislatore¹³¹». In alte parole, il principio democratico non subisce alcuna lesione dall’interpretazione giudiziaria in presenza di un nucleo dei diritti normativamente definito, se non nei termini di un *surplus* di tutela. In aggiunta, in un quadro che vede l’esistenza accettata (ed accertata sopra) di un sistema di *governance* costruito su una pluralità di livelli di decisione e di garanzia, la devoluzione di ambiti di sovranità, nella sostanza, si è già realizzata (e non a vantaggio del potere giudiziario). Se tali premesse si assumono come valide, visto che «gli uomini non vedono mai ciò che sta a loro vicino e che cade sotto i loro occhi»¹³², si può, dunque, affermare che è alquanto superfluo parlare di un costituzionalismo multilivello. A ben vedere, uno dei fondamenti del costituzionalismo classico risiede nella garanzia giurisdizionale dei diritti, per cui nulla di nuovo sotto il sole, se non una garanzia “rinforzata” dalla presenza di più sedi di tutela. In questo modo, inoltre, si scongiura il pericolo di stipulare una teoria che abbia per oggetto un sorta di costituzionalismo di natura “irenica”.

Il discorso intorno al c.d. diritto costituzionale globale o cosmopolitico, in assenza di una definizione teorica condivisa, risulta poco agevole. In generale, si accetta una nozione di diritto globale intesa come insieme di norme che regolano la società globalizzata. Al riguardo si è parlato, infatti, di una costituzione materiale nata dall’attività dei cosiddetti sistemi regolatori (commerciali e finanziari) e degli organismi giudiziari e para-giudiziali che regolano la società globalizzata¹³³, ed appare privo di senso parlare di un diritto

¹²⁸ Q. CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, cit., 200 ss.

¹²⁹ Per le citazioni, cfr. M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit., 1668.

¹³⁰ M. LUCIANI, cit., 1663.

¹³¹ M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984, 63.

¹³² L’espressione di Santi Romano è richiamata da S. CASSESE, *La prolusione romaniana sulla crisi dello Stato moderno e il suo tempo*, su www.irpe.eu.

¹³³ Mentre i primi «interagiscono con sempre maggiore frequenza e incidenza tra loro e con gli ordinamenti sovranazionali e nazionali (...) sviluppando principi e istituti comuni»; i secondi, operando nelle situazioni

costituzionale globale «in assenza di una costituzione (...), non una costituzione purchessia, ma una costituzione politica, radicata sui principi del costituzionalismo liberaldemocratico»¹³⁴.

Ciò nonostante, risulta innegabile che, negli ultimi anni, il fenomeno della *migration* abbia diffuso tra gli ordinamenti democratici un *common core* di principi che si identificano con la «consacrazione di alcuni diritti fondamentali, la delimitazione di una separazione dei poteri o di funzioni e l'istituzione di un sistema di garanzie»¹³⁵. Per cui, partendo da tale nocciolo duro presente in ogni costituzione, si può ipotizzare l'esistenza, invece, di diritto costituzionale cosmopolitico, intendendo questo come la sintesi di un doppio «sistema di regole: [quello] che si sviluppa all'interno dei singoli ordinamenti, e un sistema di regole originato dal dialogo tra istituzioni nazionali». In tal modo, si perviene ad «illumina[re] la centralità dell'individuo, sulle cui esigenze (...) sono calibrate le soluzioni normative informate al comune nucleo essenziale»¹³⁶ presente in tutte le costituzioni liberaldemocratiche.

Mentre il dialogo tra le Corti, riflettendo la garanzia giurisdizionale dei diritti, può legarsi al costituzionalismo classico; al contrario, il rapporto tra lo stesso e le categorie appena descritte non è del facile da costruire. Discorrere di queste ultime, infatti, sposta il tema dialogo in una dimensione che, o non lo riguarda, o lo riguarda solo in misura trasversale. Mentre le connessioni tra il tema dialogo e il diritto globale possono nascere laddove le decisioni degli organismi para-giudiziali vadano ad incidere sui diritti fondamentali (per cui si rende opportuno un intervento della corte dei diritti).

patologiche, sono «divenuti interpreti di un ruolo, per così dire, costituzionale, di riduzione della complessità attraverso l'elaborazione di un intrico, gradualmente più articolato, di principi e valori comuni ai diversi sistemi». (Cfr. A. SANDULLI, *La Corte di giustizia europea e il dialogo competitivo tra le Corti*, in AA. VV., *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Giuffrè, Milano, 2008, 190).

¹³⁴ A. MORRONE, *Teologia economica vs. teologia politica. Appunti su sovranità dello Stato e "diritto costituzionale globale"*, cit., 844 ss.

¹³⁵ A. MORRONE, *Teologia economica vs. teologia politica*, cit.

¹³⁶ Q. CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, cit., 221 ss. Inoltre, lo stesso afferma che, tuttavia, i caratteri del diritto costituzionale cosmopolitico vengono meglio in rilievo se lo si confronta con il diritto internazionale; da questo, infatti, si differenzia in quanto «enfatica il confronto dialettico tra autorità e comunità (...) senza i limiti ascrivibili al rapporto di cittadinanza, in vista della migliore protezione dei diritti fondamentali». Il diritto internazionale, invece, «riconosce quali suoi protagonisti (...) gli enti politici strutturati in istituzioni pubbliche preposte al governo di comunità nazionali», il diritto costituzionale cosmopolitico.

Per quanto riguarda il diritto costituzionale cosmopolitico che «nasce e si evolve per garantire l'uniformità di tutela di diritti fondamentali»¹³⁷, sembrerebbe a prima vista una dimensione priva di relazioni con il tema in questione. Tale categoria, infatti, prende le mosse dall'esistenza di un comune nucleo essenziale sul quale si proietta il confronto tra i diversi sistemi costituzionali: un raffronto, dunque, che avviene tra ordinamenti giuridici che si riconoscono intorno agli stessi valori e che cercano nel sistema straniero la soluzione migliore in materia di diritti dei diritti. In altri termini, non siamo di fronte ad un dialogo tra istanze giudiziali di ordinamenti giuridici legati da una *governante* comune, bensì in presenza di una comparazione dei modelli stranieri¹³⁸.

Tuttavia, volendo a tutti i costi trovare un legame muovendo dalla condivisione di un nucleo di principi nel contesto globale, si potrebbe ipotizzare che il diritto costituzionale cosmopolitico venga invocato al fine di innalzare il livello di tutela. Un'ipotesi che, a ben vedere, si realizza ogni qualvolta la Corte interamericana ricorra al *judicial dialogue* con la collega Corte di Strasburgo¹³⁹.

4. Pro e contro del dialogo in Europa

Una volta depurato il tema del dialogo dalle categorie estranee, è necessario tentare il superamento delle preoccupazioni e dei dubbi che lo stesso genera.

Da un punto di vista della tutela *tout court*, la diversità delle garanzie di cui godono i diritti fondamentali nei diversi ordinamenti, derivante dalle limitazioni e dai bilanciamenti dettati dalle differenti logiche politiche (oltre che dalle interpretazioni delle corti), fa dubitare della possibilità che gli stessi possano avere uno *standard* comune di protezione. In altre parole, anche se i diritti aspirano all'universalità, presentano una dimensione storica strettamente legata alla tradizione da cui provengono di cui la normativa statale rappresenta il riflesso¹⁴⁰.

Da un punto di vista sistematico, invece, è opinione diffusa che in assenza di una formale regolamentazione delle sfere di competenza delle due Corti regionali, non sia possibile realizzare una vera e propria gerarchia di tutele nello spazio europeo. Per cui, «più che parlare di un sistema multilivello apparirebbe più persuasivo individuare un sistema

¹³⁷ Q. CAMERLENGO, *cit.*, 228 ss.

¹³⁸ V. paragrafo n. 1 di questo Capitolo.

¹³⁹ A. DI STASI, *Alla ricerca di una nozione giuridica di "embrione umano": il contributo del judicial dialogue tra le Corti internazionali*, in www.federalismi.it, fasc.1, 2015.

¹⁴⁰ In questo senso, cfr. M. CARTABIA, *La Costituzione italiana e l'universalità dei diritti umani*, *cit.*, 27 ss.

articolato su poli diversi (...), su un piano circolare, più che verticale»¹⁴¹ dove, tuttavia, la convergenza tra gli orientamenti giurisprudenziali per soluzione dei «problemi [di interpretazione] del c.d. “giardino dei diritti”»¹⁴² sarebbe in ogni caso improbabile.

Entrambe queste preoccupazioni, tuttavia, possono essere superate. In relazione alla prima, è utile ricordare che gli ordinamenti democratici riconoscono ai diritti fondamentali una tutela particolare nei confronti delle limitazioni che gli stessi possano subire da parte dei poteri pubblici: la tutela del cosiddetto nucleo essenziale, ossia «la garanzia dell’inviolabilità di una situazione giuridica soggettiva, in funzione di limite al bilanciamento delle tutele»¹⁴³. Essa rappresenta la «matrice primigenia del sistema (...) che ne garantisce (...) l’intrinseca razionalità e coerenza» e che «condiziona le risposte date alle istanze di rinnovamento esercitando una sorta di forza gravitazionale che attrae gli elementi innovativi ed impedisce reazioni centrifughe»¹⁴⁴. In altre parole, «i principi supremi e il contenuto essenziale dei diritti (...) disegna[no] il perimetro entro il quale le valutazioni transattive dei valori costituzionali devono essere mantenute, per non trasformarsi in decisioni che possono avere conseguenze eversive dell’ordinamento costituzionale»¹⁴⁵.

Al riguardo, per esempio, la Costituzione tedesca e la Costituzione spagnola stabiliscono rispettivamente che «in nessun caso un diritto fondamentale può essere leso nel suo contenuto essenziale»¹⁴⁶; «i diritti e le libertà (...) vincolano tutti i poteri pubblici. Soltanto mediante legge, che rispetti il loro contenuto essenziale, potrà regolarsi l’esercizio di tali diritti e libertà (...)»¹⁴⁷. Tuttavia, anche in assenza di una previsione espressa, nessun sistema che si definisca democratico e che, ispirandosi ai valori del costituzionalismo, ponga al centro dell’agire pubblico i diritti della persona, non può prescindere dal riconoscimento del c.d. contenuto minimo che può, dunque, essere desunto dal sistema stesso, ricevere attuazione sul piano normativo e applicazione sul piano giurisprudenziale. Quando ciò non fosse possibile la garanzia minima di una libertà fondamentale, quindi,

¹⁴¹ G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti*, op. cit., 42.

¹⁴² A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 1, 2001, 35 ss.

¹⁴³ A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, cit., 100.

¹⁴⁴ Q. CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Giuffrè, Milano, 2007, 73 ss.

¹⁴⁵ A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, cit., 104.

¹⁴⁶ Art. 19, secondo comma. Per il testo e la traduzione, cfr. A. MORRONE (a cura di), *Costituzione e diritto europeo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, 422 ss.

¹⁴⁷ Art. 53, primo comma. Per il testo e la traduzione, cfr. A. MORRONE (a cura di), *Costituzione e diritto europeo*, cit., 596 ss.

«dovrebbe trovare il suo futuro laddove (...) è richiesta ai giudici capacità creativa»¹⁴⁸. Ciò è accaduto nel nostro ordinamento quando la Corte costituzionale nel riconoscere l'esistenza di un nucleo essenziale «al di sotto del quale si determinerebbe, con elusione dei precetti costituzionali, la violazione [dei] diritti», si è attribuita il potere di garanzia di dello stesso in tutte quelle «situazioni soggettive che la Costituzione qualifica come diritti»¹⁴⁹. Ebbene, nulla esclude che la Corte possa considerare la giurisprudenza dei giudici europei al fine della ricerca delle potenziali espressioni dello stesso.

Per quanto riguarda la seconda preoccupazione, sebbene sul piano formale la circostanza che l'adesione dell'Unione europea alla Consiglio d'Europa non si ancora avvenuta costituisce un dato incontestabile; sul piano sostanziale, si deve prendere atto della prassi che da tempo vede la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di Lussemburgo sforzarsi per la delimitazione delle proprie competenze in materia di diritti. A partire degli anni Settanta, infatti, la Corte di Giustizia affermava che «i trattati internazionali in materia di diritti dell'uomo, cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito, possono del pari fornire elementi di cui occorre tener conto nell'ambito del diritto comunitario»¹⁵⁰. Dal canto suo, la Corte Edu cercava di non interferire nelle competenze dell'Unione in nome del c.d. principio di “protezione equivalente” che non “legittima” il suo intervento, se non solo nei casi in cui gli strumenti di tutela offerti dall'Unione non siano in grado di garantire un determinato *standard* di protezione dei diritti fondamentali¹⁵¹. Lo sviluppo di tale prassi nelle relazioni tra le due Corti ha inciso anche sull'attuazione delle decisioni in materia di diritti: con il passaggio dal gradino di tutela della Convenzione (dove non vige il principio di *primauté*) a quello di tutela nazionale si è, difatti, realizzata «una combinazione virtuosa tra l'obbligo del legislatore chiamato ad adeguarsi ai principi posti dalla Cedu, quello del giudice comune che deve procedere ad un'interpretazione conforme alla Convenzione, e l'obbligo che incombe alla Corte costituzionale di non consentire (...) che continui ad avere efficacia nell'ordinamento una norma di cui sia accertato il *deficit* di tutela di un diritto fondamentale»¹⁵².

¹⁴⁸ P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, cit., 247.

¹⁴⁹ Corte costituzionale, sentenza del 26 maggio 1998, n. 27. Per una disamina delle decisioni principali in materia di contenuto essenziale dei diritti, cfr. A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, cit., 99 ss.

¹⁵⁰ Corte di Giustizia della Comunità europea, 14 maggio 1974, caso *J. Nold e altri c. Commissione*, causa 4/73.

¹⁵¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Matthews c. Regno Unito*, 18 febbraio 1999, ric. n. 24833/94.

¹⁵² A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, cit., 28.

CAPITOLO TERZO

LA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO E LA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA: UNO SGUARDO AL PASSATO PER IL FUTURO

1. Premessa

Ripercorrere le principali posizioni della dottrina dei diversi ordinamenti, negli anni che hanno preceduto il riconoscimento ufficiale della Convenzione europea¹⁵³, risulta essenziale al fine di ricostruire un quadro europeo sul valore della stessa nel sistema delle fonti e individuare le ragioni che hanno favorito l'affermarsi della giurisprudenza della Corte Edu nelle prassi giudiziarie interne.

La scelta di una trattazione disgiunta rispetto alla Carta di Nizza trova una spiegazione sia nel fattore temporale: alla fine degli anni Settanta, un dibattito simile per un documento non ancora venuto alla luce non era neppure ipotizzabile; che nella diversa natura della Carta: la sua origine europea ha semplificato, in un certo senso, il dibattito sul suo valore giuridico e l'applicazione del principio di *primauté communautaire*, in seguito al Trattato di Lisbona, ha facilitato il suo ingresso negli ordinamenti interni.

La portata innovativa della Convenzione europea emergeva sin dal momento della ratifica da parte degli Stati membri del Consiglio d'Europa. Anche se il piano della discussione, in un primo momento, rimaneva quello del diritto transazionale, per cui la Cedu veniva considerata alla stregua delle altre fonti internazionali in materia di diritti; la dottrina era consapevole dell'impatto rivoluzionario che la stessa avrebbe presto avuto sulla tutela dei diritti consacrati dalle costituzioni nazionali. Difatti, l'idea dell'esistenza di un diritto comune europeo delle libertà e di un «metro europeo» di interpretazione a cui gli Stati

¹⁵³ Corte costituzionale, 22 ottobre 2007, nn. 348 e 349. Con tali pronunce si riconosce alla Convenzione europea il valore di norma parametro interposta tra la legge e la Costituzione. Ciò, tuttavia, «non significa che le norme della Cedu, quali interpretate dalla Corte di Strasburgo, acquistano la forza delle norme costituzionali e sono perciò immuni dal controllo di costituzionalità (...). Proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello *sub*-costituzionale, è necessario che esse siano conformi alla Costituzione (...) per evitare il paradosso che una norma legislativa venga dichiarata incostituzionale in base ad un'altra norma *sub*-costituzionale, a sua volta in contrasto con la Costituzione. (...) Poiché le norme della Cedu vivono nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea, la verifica di compatibilità costituzionale deve riguardare la norma come prodotto dell'interpretazione, non la disposizione in sé e per sé considerata».

dovevano far riferimento per la garanzia dei diritti fondamentali¹⁵⁴ era fonte di grande interesse soprattutto per chi ipotizzava la realizzazione di una tutela in materia di diritti che si avvicinasse sempre più a quella garantita dalla Cedu, o quantomeno non contrastasse con essa.

La dottrina tedesca, interrogandosi sul valore Convenzione nell'ordinamento interno, è stata una delle più attente a valorizzare la sua portata culturale, ad essa hanno seguito poi le riflessioni della dottrina spagnola e di quella francese. Se un simile dibattito aveva ragion d'essere nella variopinta realtà dell'Europa di *civil law*, poco si conciliava, invece, con i sistemi di *common law* privi di una Costituzione scritta¹⁵⁵. Nei paragrafi che seguono si approfondiranno, dunque, tali riflessioni dottrinali e, dunque, i primi sviluppi giurisprudenziali attraverso i quali si è attribuito valore giuridico alla Cedu nei principali ordinamenti di *civil law* compreso l'ordinamento italiano; una trattazione a parte riceverà, invece, il riconoscimento della stessa nell'ordinamento inglese.

1.1. Le origini del dibattito sul valore giuridico della Convenzione nella “dottrina europea”

Sin dal momento della ratifica della Convenzione, la dottrina tedesca discuteva il modello di integrazione della Cedu proposto dalla Legge fondamentale¹⁵⁶. L'attribuzione del rango di fonte primaria al trattato internazionale in materia di diritti, difatti, se da un lato garantiva il rispetto e l'applicazione delle norme convenzionali da parte dei giudici, dall'altra, esponeva le stesse all'abrogazione in caso di contrasto con una legge posteriore. Con ciò si accettava dunque che l'ordinamento tedesco fosse esposto a responsabilità sul piano internazionale, in virtù della cessazione degli effetti della Cedu nell'ordinamento tedesco. Un simile impianto svuotava le norme convenzionali della loro portata innovativa; tuttavia, creava terreno fertile per un florido dibattito dottrinale sul tema. Se, da un lato, parte della dottrina sosteneva l'introduzione in Costituzione di una norma che in maniera espressa sottraesse la Convenzione dall'abrogazione da parte della norma posteriore;

¹⁵⁴ P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, cit., 247 ss.

¹⁵⁵ Il Regno Unito, per esempio, faceva ricadere il rispetto della Cedu sotto una presunzione: quella che il legislatore nazionale non intendesse trasgredire la Carta dei diritti nella sua attività di disciplina normativa dei diritti, cfr. F. COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa*, cit., 22

¹⁵⁶ La Convenzione è stata introdotta attraverso la procedura prevista dall'art. 59, comma 2, della Costituzione tedesca in base alla quale: «i trattati che regolano i rapporti politici della Federazione o che si riferiscono a materie della legislazione federale necessitano dell'approvazione o della partecipazione delle assemblee competenti per la legislazione nella forma di una legge federale». Per il testo e la traduzione, cfr. A. MORRONE (a cura di), *Costituzioni e diritto europeo*, cit., 452 ss.

dall'altro lato, altri, valorizzando l'effetto preventivo della Cedu, individuavano nella stessa la sola funzione di persuasione delle istituzioni al rispetto dei diritti e, di conseguenza, la rinuncia da parte legislatore a porre in essere discipline normative in violazione dei diritti e delle libertà in essa consacrati. Tra i due indirizzi finiva per prevalere l'originaria linea di pensiero che, valorizzando le potenzialità ermeneutiche della Convenzione, affermava inoltre la sua natura di fonte di interpretazione delle norme interne in materia di diritti poco chiare. Dal canto suo, il Tribunale costituzionale tedesco confermava che la Convenzione «serviva da ausilio interpretativo nel determinare il contenuto e la portata dei diritti fondamentali e dei principi dello stato di diritto della Legge fondamentale»¹⁵⁷. Di conseguenza, fermo restando la sua funzione interpretativa e la sua incapacità ad integrare il parametro di costituzionalità, la portata delle decisioni non potevano che avere un «effetto obbligatorio limitato» per cui né le autorità amministrative, né i tribunali potevano dispensarsi «dall'ordine delle competenze dello stato di diritto e dalla soggezione alla legge e al diritto» in seguito ad una decisione della Corte di Strasburgo¹⁵⁸.

Mentre la dottrina tedesca valorizzava la Convenzione dal punto di vista culturale, quella spagnola sosteneva con forza la sua costituzionalizzazione sulla base dell'art. 10, comma 2, e del combinato disposto degli artt. 95 e 96 della Costituzione del 1978¹⁵⁹. Ciò nonostante, si registravano opinioni che negavano il riconoscimento del valore di fonte *supralegal* della Cedu sulla scorta delle seguenti preoccupazioni: a) l'apertura troppo ampia dell'ordinamento spagnolo nei confronti della Convenzione avrebbe provocato un'incertezza sul piano della protezione dei diritti; b) l'integrazione del sistema internazionale di protezione dei diritti con l'ordinamento interno non sarebbe stato di facile

¹⁵⁷ *Bundesverfassungsgericht*, sentenza 26 marzo 1987, n. 370; cfr. F. COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa*, cit., 28.

¹⁵⁸ *Bundesverfassungsgericht*, sentenza 14 ottobre 2004, n. 1481. Per un commento si rinvia a A. MORRONE (a cura di), *Il diritto costituzionale nella giurisprudenza*, cit., 17 ss.

¹⁵⁹ L'art. 10, comma 2, stabilisce: «le norme relative ai diritti fondamentali e alle libertà che la Costituzione riconosce si interpreteranno in conformità con la Dichiarazione Universale di Diritti dell'Uomo e con il trattati e accordi internazionali sulle stesse materie ratificati dalla Spagna»; l'art. 95 stabilisce: «1. La stipulazione di un trattato internazionale che contenga clausole contrarie alla Costituzione richiederà la previa revisione costituzionale. 2. Il governo o una delle due Camere può richiedere al Tribunale Costituzionale che dichiari se esista o meno questo contrasto»; l'art. 96, comma 1, stabilisce che «i Trattati internazionali validamente stipulati, una volta pubblicati ufficialmente in Spagna, si considereranno parte dell'ordinamento interno. Le loro disposizioni potranno essere derogate, modificate o sospese soltanto nelle forme previste negli stessi trattati o in conformità alle norme generali del diritto internazionale». Per il testo e la traduzione, cfr. A. MORRONE (a cura di), *Costituzioni e diritto europeo*, cit., 574 ss.

realizzazione. In altre parole, si respingeva il valore costituzionale della Convenzione dal quale poteva derivare l'incostituzionalità di una normativa nazionale. Ben presto la risposta sul valore della Cedu arrivava dal Tribunale costituzionale spagnolo¹⁶⁰ il quale, sulla base del c.d. «coordinamento interpretativo a preminenza convenzionale»¹⁶¹, affermava che l'ordinamento spagnolo era vincolato da una sorta di soggezione volontaria alla giurisdizione della Corte europea dei diritti dell'uomo; tale dipendenza, anche in assenza di una specifica norma della Convenzione, discendeva dal generale obbligo che grava sui poteri pubblici di tutelare i diritti fondamentali e di porre rimedio alla loro eventuale violazione¹⁶².

A differenza di Germania e Spagna, nell'ordinamento francese la ratifica della Convenzione avveniva circa dopo un decennio dalla sua firma¹⁶³. L'iniziale negazione del riconoscimento della Cedu come fonte superiore alla legge discendeva dalla stessa dottrina che fino agli anni Sessanta aveva sostenuto l'esclusione dal c.d. blocco di costituzionalità della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del Preambolo della Costituzione francese del 1946¹⁶⁴. Si dubitava che la Convenzione potesse fungere da parametro interposto nei giudizi di costituzionalità, nonostante dalla lettera dell'art. 55 della Costituzione francese della V Repubblica¹⁶⁵ discendesse in maniera esplicita il valore *supralegislatif* del trattato in materia di diritti e dunque la sua posizione privilegiata nel sistema delle fonti.

¹⁶⁰ *Tribunal Constitucional*, sentenza n. 245 del 1991.

¹⁶¹ F. COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa*, cit., 45 ss.

¹⁶² Sulla scorta del c.d. «coordinamento» tra l'obbligazione assunta sul piano internazionale e il sistema costituzionale interno, la dottrina spagnola si è successivamente interrogata sulle possibili misure processuali da adottare per dare esecuzione alle decisioni della Corte Edu. Sul punto si sono registrate due posizioni: la prima ha sostenuto l'introduzione tra i motivi di revisione della sentenza passata in giudicato quello di riapertura del processo in caso di condanna della Corte di Strasburgo per violazione della Convenzione; la seconda, ha sostenuto, invece, l'introduzione di un nuovo motivo di nullità tra quelli già previsti dalla legge organica del *Poder Judicial*. Sul punto, cfr. J. A. CARRILLO SALCEDO, *El Convenio Europeo de derechos humanos y sus protocolos adicionales*, in www.biblio.juridicas.unam.mx; C. MORTE GOMEZ, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos: primeros pasos para una nueva reforma*, in www.revistas.ucm.es.

¹⁶³ La ragione principale veniva collegata principalmente al timore che l'introduzione di un catalogo di diritti, giustiziabile a livello internazionale, potesse togliere il primato alla Francia come patria dei diritti dell'uomo.

¹⁶⁴ Con la decisione del *Conseil constitutionnel* del 16 luglio 1961, n. 44, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e il Preambolo della Costituzione francese del 1946 assumono valore costituzionale e vengono finalmente inserite nel c.d. blocco di costituzionalità.

¹⁶⁵ La norma stabilisce che «i trattati o accordi regolarmente ratificati o approvati hanno (...) rango superiore a quello delle leggi». Per il testo e la traduzione, cfr. A. MORRONE (a cura di), *Costituzioni e diritto europeo*, cit., 344 ss.

Dal canto suo, il *Conseil constitutionnel* non si sforzava di chiarire la portata della norma costituzionale, piuttosto affermava che «non [si] può imporre al legislatore [il rispetto di] una norma parametro di legalità convenzionale, tanto mutevole nei suoi effetti e tanto precaria, qual è quella ricavabile da un trattato internazionale; per conseguenza la legge inconvenzionale, non deve essere fatta sparire dall'ordinamento, ma deve essere sospesa»¹⁶⁶. A ben vedere, il giudice costituzionale escludeva un giudizio di legittimità delle norme interne con riguardo alla Convenzione; ma, tuttavia, ammetteva che i giudici di merito potessero procedere ad un controllo di conformità della legge alla Cedu e, di conseguenza, sospendere i suoi effetti in caso di contrasto. Negli anni Novanta, grazie alla giurisprudenza del *Conseil d'État* che riconosceva la superiorità dei trattati internazionali anche rispetto alle leggi posteriori, la Cedu finalmente veniva integrata nel blocco di costituzionalità¹⁶⁷.

Il breve esame della dottrina e della giurisprudenza europea sul valore della Convenzione mostra come la stessa abbia dovuto superare forti resistenze prima di affermarsi, e come parametro interpretativo e come fonte sovraordinata alla legge, nel tessuto nazionale di protezione dei diritti ed essere, dunque, presa in considerazione soprattutto da parte dei giudici comune.

1.2. Il dibattito nella dottrina e nella giurisprudenza italiana

Sin dal momento della ratifica nell'ordinamento italiano, la dottrina discuteva della dissociazione (...) tra l'involucro formale con cui [la Cedu] si presentava all'esterno, ossia la legge ordinaria che impartisce l'ordine di esecuzione, e l'area sostanziale su cui incidono i significati in ess[a] racchiusi, ossia la sfera dei diritti fondamentali»¹⁶⁸. Gli studi dottrinali si soffermavano sul tema della posizione della Convenzione nella gerarchia delle fonti interne e sul suo "ruolo" nell'interpretazione delle norme in materia di diritti fondamentali; in particolare, interrogandosi sulla portata costituzionale delle garanzie contenute nel trattato internazionale e sulla capacità delle stesse di fungere da strumento interpretativo per l'estensione della tutela dei diritti già garantiti dalla Costituzione.

¹⁶⁶ F. COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa*, cit., 37.

¹⁶⁷ È importante ricordare che anche la Corte di Cassazione francese, in una decisione del 24 maggio del 1975, caso *Jacques Vabres*, aveva affermato la superiorità dei trattati internazionali rispetto alla legge, superando in tal modo la preoccupazione di invadere la sfera di competenza del legislatore e finire per effettuare un controllo di costituzionalità delle leggi.

¹⁶⁸ G. SORRENTI, *Le Carte internazionali sui diritti umani: un'ipotesi di «copertura» costituzionale «a più facce»*, cit., 349.

Negli stessi anni in cui si discuteva sulla portata da attribuire all'art. 2 Cost.¹⁶⁹ si ipotizzava che dalla stessa norma potesse discendere l'operatività degli accordi in materia di diritti umani: secondo alcuni, la lettura aperta della norma garantiva l'ingresso nel tessuto costituzionale «di nuovi valori di libertà coerenti con il sistema costituzionale complessivo»; in tal modo, con l'evolversi della società, tutte le libertà fondamentali al fine del «libero sviluppo della persona umana» potevano rendersi «operanti sul piano della tutela costituzionali anche attraverso accordi internazionali»¹⁷⁰, con una lettura aperta dell'art. 2 Cost.

L'originalità della tesi non riusciva a convincere quella parte della dottrina che, al contrario, considerava l'art. 2 Cost. come una norma di carattere riassuntivo dei diritti e delle libertà già tutelate dalla Costituzione¹⁷¹. Secondo tale orientamento, facendo entrare la Cedu attraverso l'art. 2 Cost. si sarebbe creata una forte contraddizione tra la «costituzionalizzazione selettiva» delle singole disposizioni della Cedu e la forma «semplicemente legislativa»¹⁷² dell'esecuzione del trattato internazionale¹⁷³. Ad una simile constatazione si aggiungeva la seguente preoccupazione: l'ingresso della Convenzione dalla porta dell'art. 2 Cost. avrebbe finito per collocare l'accordo internazionale tra i c.d. limiti impliciti alla revisione costituzionale, con la conseguenza di «un rafforzamento supercostituzionale delle [sue] garanzie»¹⁷⁴.

La Corte costituzionale, dal canto suo, sembrava andare oltre la tesi dell'art. 2 Cost.: tuttavia, senza prendere nessuna posizione chiara si fermava ad affermazioni di principio: «indipendentemente dal valore da attribuire alla norme pattizie (...), i diritti umani garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione (...), non solo per il valore da attribuire al generale riconoscimento dei diritti

¹⁶⁹ La norma stabilisce che «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

¹⁷⁰ A. BARBERA, *Articolo 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., 102. L'A. ipotizzava che con la lettura aperta dell'art. 2 della Costituzione «sarebbe stato più agevole (...) risolvere il problema dell'operatività nel nostro ordinamento della Convenzione europea dei diritti dell'uomo».

¹⁷¹ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., 4 ss.

¹⁷² A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, cit., 50.

¹⁷³ È utile segnalare che anche se, in linea di principio, per ancorare il rafforzamento costituzionale della Cedu all'art. 2 Cost. era indispensabile aderire alla dottrina della clausola aperta; tuttavia, la tesi riassuntiva o riduttiva dell'art. 2 Cost. non escludeva la possibilità di invocare la c.d. «tesi della copertura da parte della clausola dei diritti fondamentali»; in questo senso, cfr. G. SORRENTI, *Le Carte internazionali sui diritti umani: un'ipotesi di «copertura» costituzionale «a più facce»*, cit., 368 ss.

¹⁷⁴ F. COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa*, cit., 57.

inviolabili fatto dall'art. 2 (...), ma anche perché, al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che le esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione»¹⁷⁵.

Un'ulteriore posizione riscontrabile nella dottrina italiana faceva discendere, invece, il riconoscimento costituzionale della Cedu dal c.d. principio internazionalista previsto all'art. 10, primo comma, Cost. che, in combinato disposto con l'art. 11 Cost, giustificava l'ingresso automatico della Convenzione e la conseguente limitazione della sovranità al fine di «assicurare la pace e la giustizia fra le nazioni»¹⁷⁶. In altre parole, si ipotizzava di far rientrare la Convenzione, più che tra le norme di natura pattizia, tra le norme di diritto internazionale generale in virtù del suo speciale contenuto circa la tutela dei diritti. Ciò, tuttavia, non risolveva il dilemma sulla sua posizione nella gerarchia delle fonti: posizione che poteva oscillare, quindi, dal grado supercostituzionale a quello primario di fonte interposta¹⁷⁷.

Anche su questa impostazione¹⁷⁸ non convergevano i sostenitori della natura riassuntiva dell'art. 2 Cost.: essi sostenevano, infatti, che la tesi dell'art. 10, primo comma, Cost. «introdu[ceva] una regola che la Costituzione italiana esclude, e cioè l'automatica parificazione del diritto internazionale pattizio al diritto costituzionale» e, in aggiunta, «rende[nodo] priva di senso la disciplina introdotta dall'art. 10, secondo comma, Cost.»¹⁷⁹. In assenza di un «particolare congegno giuridico che avrebbe dovuto investire di un valore super-costituzionale atti fatti propri dall'ordinamento italiano addirittura con un atto avente valore di legge ordinaria», l'art. 10, secondo comma, Cost., «ancorando la condizione giuridica dello straniero alla normativa dei trattati internazionali», rendeva applicabile la

¹⁷⁵ Corte costituzionale, sentenza 13 ottobre 1999, n. 388, par. 2.1.

¹⁷⁶ G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, Cedam, Padova, 1987, 171 ss. Ad avviso dell'A. il principio stabilito al primo comma, dell'art.10 Cost., è immediatamente applicabile e comporta il rispetto, oltre che delle consuetudini internazionali, anche di quelle norme pattizie «come i trattati che danno vita alle grandi organizzazioni internazionali e ai principi che queste hanno stabilito in merito alla salvaguardia dei diritti dell'uomo». Queste norme prodotte sul piano internazionale, secondo l'A., producono quella limitazione della sovranità accettata per assicurare la pace e la giustizia, che ritrova nell'art. 11 della Cost. il suo fondamento, e che rappresenta «l'espressione di un sostegno di principio e di contenuto al trattato o alla convenzione internazionale».

¹⁷⁷ F. COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa*, cit., 62 ss.

¹⁷⁸ È utile ricordare che la Corte costituzionale non solo non ha aderito a tale tesi, ma in più occasioni ha ribadito è escluso l'adattamento automatico delle norme pattizie. Per tutte, Corte costituzionale, sentenza 16 dicembre 1980, n. 188 in cui il giudice delle leggi affermava che «non può che ribadire la propria costante giurisprudenza che esclude le norme internazionali pattizie, ancorché generali, dall'ambito di operatività dell'art. 10 Cost.».

¹⁷⁹ A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, cit., 50.

Cedu (anche se principalmente agli stranieri e agli apolidi) e le attribuiva un riconoscimento formale che avrebbe eliminato ogni dubbio sulla sua collocazione¹⁸⁰.

Le questioni relative alla collocazione della Cedu, si è detto, nascevano dalla «dissociazione» tra la forma della legge ordinaria che aveva dato esecuzione al trattato e il contenuto costituzionale dei diritti fondamentali; per cui si poneva il problema di risolvere le antinomie con leggi ordinarie posteriori. Una delle proposte suggerite dalla dottrina vedeva la soluzione attraverso l'applicazione del criterio della specialità che, da un lato, avrebbe evitato l'effetto abrogativo dell'applicazione del criterio cronologico e, dall'altro, avrebbe favorito il superamento della tesi che attribuiva alla Convenzione il rango della sua legge di esecuzione. Tale impostazione riconduceva, dunque, la disciplina contenuta nella Convenzione ad una disciplina "speciale" in materia di diritti fondamentali, capace di derogare norme posteriori di pari grado.

Tuttavia, anche il seguente indirizzo aveva degli inconvenienti: se, da un lato, il criterio di specialità faceva prevalere la norma speciale anteriore sulla norma generale posteriore; dall'altro, quest'ultima, in contrasto con la Convenzione, non veniva privata di nessun effetto e rimaneva in vita nel suo ambito di regolazione¹⁸¹. Volendo a tutti i costi privarla di effetto con l'abrogazione o l'annullamento, a ben vedere, si rischiava di imputare al canone di specialità effetti che gli sono estranei¹⁸², sostituendoli ai suoi derogatori ordinari e snaturando la *ratio* del criterio stesso.

A poco a poco la Corte costituzionale cercava di prendere posizione tra i diversi indirizzi proposti dalle riflessioni dottrinali. In relazione alla dottrina dell'adattamento automatico, per esempio, la Consulta ricordava che la tesi che attribuisce ai trattati internazionali un rango costituzionale in forza del principio *pacta sunt servanda* (principio di diritto internazionale generalmente riconosciuto) rimaneva un orientamento minoritario che la stessa non poteva condividere anche alla luce della giurisprudenza della Corte di

¹⁸⁰ Questa tesi trovava un riscontro isolato nella giurisprudenza costituzionale di fine anni Sessanta, in particolare cfr. Corte costituzionale, sentenza 15 novembre 1967, n. 120, in cui nel valutare la legittimità costituzionale di una disposizione della legge doganale, la Consulta affermava che la stessa «non viola un diritto fondamentale dell'uomo assicurato (...) dalle norme di diritto internazionale, richiamate dall'art.10, secondo comma, della stessa Costituzione, quali risultano dagli artt. 5 e 6 della Convenzione europea».

¹⁸¹ A differenza degli altri criteri, la specialità opera sul piano dell'interpretazione, non interviene né sull'efficacia, né sulla validità della norma, per cui la norma semplicemente non viene applicata. R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2014, 292 ss.

¹⁸² Sul punto, cfr. G. SORRENTI, *Le Carte internazionali sui diritti umani: un'ipotesi di «copertura» costituzionale «a più facce»*, cit., 354 ss.

Cassazione¹⁸³. Per quanto riguarda, invece, la tesi del criterio di specialità, la Corte eliminava qualsiasi dubbio affermando che «i trattati internazionali vengono ad assumere nell'ordinamento la medesima posizione dell'atto che ha dato loro esecuzione, [per cui] quando l'esecuzione è avvenuta mediante legge ordinaria, essi acquistano pertanto la forza e il rango della legge ordinaria che può essere abrogata o modificata da una legge ordinaria successiva»¹⁸⁴.

Tuttavia, il peso del dibattito dottrinale premeva sul giudice delle leggi che, pur escludendo il suo rango costituzionale, tendeva ad aggirare la questione sulla copertura costituzionale della Cedu. La ricerca di una soluzione che desse una collocazione coerente alla Cedu e la sottraesse dall'incertezza, inoltre, appariva improcrastinabile in quanto la Convenzione impattando sempre più sulla tutela dei diritti attraverso le decisioni della Corte di Strasburgo, chiedeva l'adeguamento dell'ordinamento alle sue garanzie¹⁸⁵.

Dunque, la Corte costituzionale non poteva non intervenire a fare chiarezza e, nello specifico, a rafforzare la forza passiva della legge di esecuzione della Cedu al fine di sottrarre l'accordo internazionale all'abrogazione o modificazione da parte di leggi ordinarie successive. Per cui, finalmente la Corte, mutando il suo precedente orientamento, affermava che «le norme internazionali (...) sono state introdotte nell'ordinamento italiano con la forza di legge propria degli atti contenenti i relativi ordini di esecuzione e sono tuttora vigenti, non potendo, certo, essere considerate abrogate dalle successive disposizioni (...) perché si tratta di norme derivanti da una fonte riconducibile ad una competenza atipica e, come tali, insuscettibili di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria»¹⁸⁶. L'«eccessiva stringatezza» di tale affermazione la rendeva «oscura ed equivoca», tuttavia non riusciva a nascondere il suo contenuto innovativo¹⁸⁷: tale decisione apriva, infatti, il primo spiraglio per la collocazione della

¹⁸³ Cfr. Corte costituzionale, sentenza 16 dicembre 1980, n. 188; sentenza 18 maggio 1989, n. 323; ordinanza 18 dicembre, 1991, n. 496.

¹⁸⁴ Corte costituzionale, sentenza del 18 maggio 1989, n. 323, par. 4.

¹⁸⁵ In particolare, l'impatto della Cedu si era avvertito soprattutto in relazione alla legge processuale penale sulla quale era già in corso un impegno di riforma. Lo stesso legislatore, nella delega al Governo per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale, l. n.81 del 1987, all'art. 2, stabiliva che lo stesso dovesse «adeguare alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relativi ai diritti della persona e al processo penale», seppur implicitamente il richiamo, tra le altre, era alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

¹⁸⁶ Corte costituzionale, sentenza del 19 gennaio 1993, n. 10, par. 2.

¹⁸⁷ F. COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa*, cit., 91; inoltre, cfr. E. LUPO, *Il diritto dell'imputato straniero all'assistenza dell'interprete tra codici e convenzioni internazionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, fasc.1, 66.

Cedu oltre il primo gradino delle fonti primarie¹⁸⁸. Anche se nella veste di un *obiter dictum*, «la Consulta intravedeva [dunque] la via che va verso il rafforzamento dei trattati sui diritti umani»¹⁸⁹.

Per un lungo periodo di tempo, la Corte costituzionale aveva posto la questione della copertura costituzionale della Cedu, più che sul piano dell'efficacia delle fonti, sul piano dell'interpretazione, in particolare seguendo il criterio dell'interpretazione conforme in nome di una sorta di «*favor* nei confronti della collaborazione internazionale (...) e dell'apertura internazionalistica del nostro ordinamento»¹⁹⁰e, in aggiunta, in virtù della capacità delle disposizioni contenute negli accordi internazionali di arricchire e integrare il catalogo dei principi costituzionali.

Se si guarda alla giurisprudenza della Corte anteriore alla pronuncia n. 10 del 1993, inoltre, ci si rende conto di quanto il riconoscimento della Cedu sia stato sofferto: dall'utilizzo delle sue disposizioni per rafforzare gli argomenti del giudizio specificando il contenuto dei parametri costituzionali ed evitare, quindi, la violazione di una norma internazionale¹⁹¹, si è passati ad escludere che le disposizioni della Cedu potessero fungere da parametro di giudizio, ammettendo tuttavia che i principi convenzionali «sono valori che non possono essere sottovalutati»¹⁹².

A ben vedere, tale evoluzione già conteneva in sé la decisione n. 10 del 1993: la Corte di fatto non ha mai negato l'importanza dell'apporto che gli accordi in materia di diritti umani

¹⁸⁸ In relazione a tale pronuncia è stato anche notato che la posizione assunta dalla Corte «si potrebbe interpretare come il tentativo di operare un distinguo tra diritto internazionale pattizio *tout court* e i documenti internazionali in materia di diritti. (...) Si potrebbe concludere che la Corte abbia sentito l'esigenza di valorizzare appunto la materia dei diritti come elemento capace di influire sulla forza passiva della legge di ratifica», così D. TEGA, *Il sistema di protezione Cedu dei diritti e l'ordinamento italiano*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, cit., 76.

¹⁸⁹ G. SORRENTI, *Le Carte internazionali sui diritti umani: un'ipotesi di «copertura» costituzionale «a più facce»*, cit., 367.

¹⁹⁰ G. SORRENTI, *Le Carte internazionali sui diritti umani: un'ipotesi di «copertura» costituzionale «a più facce»*, cit., 358. A tal proposito è importante ricordare che la collaborazione internazionale su richiamata viene fatta rientrare in un preciso principio costituzionale, quello pacifista, espresso all'art. 11 Cost., che secondo alcuni poteva ben costituire una copertura costituzionale per la Cedu. (cfr. P. MORI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Patto delle Nazioni Unite e Costituzione italiana*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1983, 306).

¹⁹¹ Cfr. Corte costituzionale, sentenza 16 dicembre 1965, n. 98; sentenza 3 marzo 1966, n. 18; ordinanza 11 febbraio 1971, n. 23; sentenza 29 gennaio 1981, n. 17.

¹⁹² Cfr. Corte costituzionale, sentenza 15 novembre 1967, n. 120; sentenza 2 luglio 1968, n. 90; sentenza 2 luglio 1970, n. 144.

siano in grado di dare in termini di interpretazione delle disposizioni costituzionali¹⁹³, o meglio della loro idoneità a fungere da ausilio interpretativo in materia di diritti fondamentali¹⁹⁴. Per cui, nella sostanza, si era già realizzato ciò che la stessa Consulta, in linea di principio, tendeva ad escludere: ossia che la Cedu potesse fungere di fatto come parametro nel giudizio di costituzionalità delle leggi¹⁹⁵.

Passando agli sviluppi più recenti, prima della modifica dell'art. 117 della Costituzione¹⁹⁶ la Convenzione europea formalmente si trovava in una sorta di limbo: la sua collocazione oscillava tra una posizione e l'altra della dottrina e della giurisprudenza; in alcuni casi, integrava le garanzie costituzionali in materia di diritti fondamentali; in altri, invece, la sua valenza veniva affievolita. Come anticipato, la svolta è stata resa possibile anche grazie alla riforma della Costituzione del 2001 con la quale si è espressamente vincolata l'attività legislativa dello Stato e delle Regioni al rispetto, tra gli altri, degli obblighi internazionali¹⁹⁷. Ne consegue che dopo circa quarant'anni di dispute dottrinali finalmente la Convenzione europea sia stata distinta dagli altri accordi internazionali di natura pattizia. Prima del riconoscimento di tale aggancio costituzionale, tuttavia, l'adattamento alla Cedu si era realizzato in ambiti importanti del diritto, bast pensare alla materia del giusto processo¹⁹⁸: le garanzie introdotte, infatti, dalla legge cost. n. 2 del 1999, non erano altro

¹⁹³ In particolare, la Corte nell'interpretare l'art. 24 Cost. e richiamando quanto affermato dall'allora Commissione europea dei diritti dell'uomo in relazione al diritto all'autodifesa («non è assoluto, ma limitato dal diritto dello Stato interessato ad emanare disposizioni concernenti la presenza di avvocati davanti ai Tribunali»), sosteneva la perfetta coincidenza tra la sua l'interpretazione e quella data dalla Commissione. A ben vedere dunque la Corte opera una sorta di raffronto interpretativo al fine di valutare la legittimità costituzionale della norma sottoposta al suo giudizio. (Cfr. Corte costituzionale, sentenza 16 dicembre 1980, n. 188 par. 5).

¹⁹⁴ Per un approfondimento delle differenti tappe storiche della giurisprudenza costituzionale sul valore della Cedu nell'ordinamento interno, cfr. F. COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa*, cit., 85 ss. Inoltre, cfr. D. TEGA, *Il sistema di protezione Cedu dei diritti e l'ordinamento italiano*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, cit., 74 ss.

¹⁹⁵ Cfr. G. SORRENTI, *Le Carte internazionali sui diritti umani: un'ipotesi di «copertura» costituzionale «a più facce»*, cit., 366.

¹⁹⁶ Ad opera della Legge n. 3 del 2001.

¹⁹⁷ Per approfondire le fasi che hanno preceduto la svolta operata dalle cosiddette sentenze gemelle, cfr. D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano, 2012, 69 ss. In particolare, l'A. nel ricostruire l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sul valore della Convenzione europea nell'ordinamento italiano, considera l'impatto che essa ha avuto sulla concezione dualista nei dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento internazionale, arrivando a prospettare, man mano che la Convenzione ha preso piede nel sistema costituzionale, il passaggio da un dualismo tradizionale a uno «più moderno», fino a insinuare il dubbio: «dualismo o pluralismo costituzionale?» con la svolta del 2007.

¹⁹⁸ E. AMODIO, *Processo penale, diritto europeo e common law, dal rito inquisitorio al giusto processo*, Giuffrè, Milano, 2003; G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Giuffrè, Milano, 2000.

che il risultato di una giurisprudenza costituzionale che, di volta in volta, cercava di rendere compatibile la legge processuale italiana con il principio del giusto processo proclamato a livello internazionale. Si trattava di un valore che non esprimeva il semplice ideale di giustizia, ma che racchiudeva in sé una serie di garanzie a tutela dei diritti di tutte le parti coinvolte nel processo. A ben vedere, il nuovo art. 111 Cost. non mutuava semplicemente l'espressione *procès équitable* dall'art. 6 della Cedu, bensì costituzionalizzava i principi elaborati dalla giurisprudenza della nostra Corte costituzionale in seguito al dialogo costante con la Convenzione, in particolare con la Corte di Strasburgo¹⁹⁹.

1.3. Il valore della Cedu nel Regno Unito

Oltre ai paesi *di civil law*, la Convenzione produce effetti anche nell'ordinamento di *common law*, il Regno Unito, che rappresenta uno dei Paesi fondatori del Consiglio

¹⁹⁹ Ai fini di un confronto si riportano i primi cinque commi aggiunti all'art. 111 Cost. dalla riforma del 1999, e l'art. 6 della Convenzione: art. 111 Cost.: «La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata. Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo. Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore. La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita». L'art. 6 Cedu: «Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale deciderà sia delle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che le venga rivolta. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità può pregiudicare gli interessi della giustizia. 2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. 3. In particolare, ogni accusato ha diritto a : a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in un modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata all'udienza».

d'Europa e che ha visto i suoi avvocati redigere gran parte della Convenzione. Nonostante ciò, per un lungo periodo di tempo, la Cedu sembrava non avere posto nel sistema inglese. Il suo valore nel sistema delle fonti, infatti, veniva definito solo nel 1998 con lo *Human Rights Act* che, oltretutto, stabiliva che l'impatto della giurisprudenza della Corte Edu possa essere messo in discussione da parte dei giudici inglesi attraverso una *declaration of incompatibility*.

L'istituzione della *Supreme Court*, una corte totalmente staccata dal Parlamento, avvenuta con il *Constitutional Reform Act* nel 2005, ha dato origine alla definizione dei rapporti tra le corti inglesi e la Corte di Strasburgo nell'esecuzione delle sue decisioni²⁰⁰.

2. Il valore giuridico della Carta di Nizza prima e dopo Lisbona

Il dibattito sul valore giuridico degli accordi internazionali in materia di diritti non ha coinvolto la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea per due ragioni: l'una legata al momento storico in cui la Carta è venuta alla luce, l'altra legata alla "provenienza europea" che ha assicurato alla stessa una corsia preferenziale per l'ingresso negli ordinamenti degli Stati membri.

Prima della Carta di Nizza, la tutela dei diritti fondamentali si affermava grazie all'individuazione da parte della Corte di giustizia di una serie di principi generali, cioè di «norme non scritte aventi appunto ad oggetto la tutela dei diritti e come tali capaci di costituire parametro di legalità per gli atti di diritto comunitario»²⁰¹. Esse trovavano la loro origine nelle tradizioni costituzionali comuni e nei trattati internazionali in materia di diritti a cui gli Stati membri avevano aderito. In tal modo, dal un lato, si garantiva il contenimento delle «spinte centrifughe delle Corti nazionali preoccupate per la tenuta del proprio sistema di riferimento di tutela dei diritti fondamentali»²⁰²; dall'altro, la tutela pretoria degli stessi.

Con l'adozione della Carta dei diritti fondamentali si produceva un cambio di rotta importante: «una nuova era nell'integrazione europea interveniva finalmente a ingentilire la dura maschera dell'integrazione economica e monetaria che l'Unione europea aveva

²⁰⁰ C. DRAGHICI, *The Human Rights Act in the shadow of the European Convention: are copyist's errors allowed?* in *European Human Rights Law Review*, fasc. 2, 2014, 154.

²⁰¹ M. CONDINANZI, *Il livello comunitario di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo*, in P. BILANCIA, E. DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti*, cit., 42 ss.

²⁰² F. SORRENTINO, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona*, cit., 146.

indossato»²⁰³. Tuttavia, uno sguardo successivo, lontano dall'entusiasmo iniziale, mostrava una Carta poco originale che si limitava a riprodurre i diritti fino a quel momento garantiti dalla Corte di Giustizia (anche se fatta eccezione per la libertà di espressione e di informazione). Per cui la dottrina si trovava ad interrogarsi sul «valore aggiunto della Carta rispetto alla tutela reale dei diritti fondamentali nel sistema del diritto dell'Unione europea»²⁰⁴ e, in generale, sul valore giuridico della stessa. Il dibattito non poteva non coinvolgere gli studiosi di diritto internazionale che, sin dalla proclamazione, si sono chiesti se la stessa potesse essere ricondotta alla *soft law* con valore puramente esortativo (e affievolito dal contenuto poco originale) oppure, al contrario, potesse considerarsi uno strumento vincolante dal quale la formazione del diritto comunitario non poteva prescindere. Ebbene secondo alcuni, tutto sarebbe dipeso «all'atteggiamento della Corte di Lussemburgo»²⁰⁵ che nel campo dei diritti aveva già mostrato una buona disponibilità di tutela; secondo altri, invece, la previsione di un catalogo di diritti non faceva altro che «cristallizzare» la giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di diritti, che ne sarebbe dunque uscita rafforzata, contribuendo a formalizzare il profilo della tutela effettiva dei diritti fondamentali nel sistema europeo²⁰⁶; secondo altri ancora, la Carta *sic et simpliciter* era obbligatoria per il contenuto dei diritti in essa previsti²⁰⁷.

La dottrina costituzionalista non si discostava di molto da quella dei colleghi internazionalisti: secondo alcuni, la Carta somigliava «ad una sorta di testo unico, a mezza strada tra il compilativo e l'innovativo», la cui «importanza [doveva] probabilmente essere ricercata altrove», nella prassi delle istituzioni europee²⁰⁸. Secondo altri, la Carta di Nizza, «rappresentando già per il Tribunale e per la Corte di Giustizia la fonte di (ri)cognizione dei diritti comuni alle tradizioni giuridiche dei paesi dell'Unione», conteneva in sé una «pregnante forza giuridica, non riconducibile alle tradizionali categorie delle fonti»²⁰⁹.

²⁰³ M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in ID. (a cura di), *I diritti in azione*, cit., 14.

²⁰⁴ G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2012, 132.

²⁰⁵ B. CONFORTI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in L. S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2002, 4.

²⁰⁶ G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., 133.

²⁰⁷ F. POCAR, *Dignità – Giustizia*, in L. S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, cit., 86.

²⁰⁸ A. PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminari*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 1, 2001, 197.

²⁰⁹ A. BARBERA, *La Carta europea dei diritti: una fonte di ri-cognizione?* in *Diritto dell'Unione europea*, fasc. 2-3, 2001, 253.

Tuttavia, da un punto di vista formale, la Carta restava un documento non vincolante né sul piano europeo né su quello interno; ciò nonostante, per sua espressa previsione, la stessa trovava applicazione nei confronti degli organi dell'Unione e dei loro atti e nei confronti degli Stati membri quando questi davano esecuzione al diritto dell'Unione²¹⁰.

Il dibattito sulla Carta dei diritti fondamentali veniva, nel 2003, animato dall'avvio del progetto per l'adozione di una Costituzione per l'Europa che prevedeva la comunitarizzazione del catalogo europeo dei diritti, dunque, il riconoscimento della sua futura diretta applicabilità. Come noto, tale aspettativa veniva delusa in seguito ai «No» alla ratifica della Costituzione europea da parte dei referendum di Francia e Paesi Bassi. Tuttavia, il buon proposito non andava perso in quanto nello stesso anno la Carta veniva (ri)adottata a Strasburgo grazie al Trattato di Lisbona, questa volta acquistando la stessa forza giuridica dei trattati²¹¹. Con un riconoscimento simile, il problema del fondamento costituzionale della Carta non si poneva più per almeno due ragioni: in primo luogo, poiché per effetto del c.d. primato del diritto europeo, la Carta acquistava efficacia vincolante nei rapporti tra l'Unione europea e gli Stati membri; in secondo luogo, perché risultava ancorato a livello costituzionale il rispetto dei «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario», attraverso l'art. 117, primo comma, Cost.²¹². In aggiunta, oltre al principio

²¹⁰ L'articolo 51 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea stabilisce quanto segue: «1. Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze. 2. La presente Carta non introduce competenze nuove o compiti nuovi per la Comunità e per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati». Per il testo della Carta, cfr. A. MORRONE (a cura di), *Costituzioni e diritto europeo, cit.*, 185.

²¹¹ Il Trattato di Lisbona modifica l'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea nel modo seguente: «1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni». Per il testo del TUE, cfr. A. MORRONE (a cura di), *Costituzioni e diritto europeo, cit.*, 17 ss.

²¹² Le limitazioni della sovranità accettate dagli Stati membri in seno all'ordinamento europeo sono soggette al rispetto dei cosiddetti controlimiti, ossia al rispetto dei principi contenuti nelle Costituzioni nazionali. Tale precisazione anche se banale, non è scontata, basti pensare al dibattito, in Germania, sul *deficit* di legittimazione democratica delle istituzioni europee che ha preceduto la sentenza del Tribunale costituzionale tedesco sulla legittimità della legge di autorizzazione alla ratifica e all'esecuzione del Trattato di Lisbona. Per l'approfondimento della decisione, cfr. F. PEDRINI, *I "controlimiti" nella giurisprudenza costituzionale tedesca: la sentenza sul Trattato di Lisbona*, in A. MORRONE (a cura di), *Il diritto costituzionale nella giurisprudenza, cit.*, 12.

del primato²¹³, il c.d. effetto diretto delle norme europee, che si concretizza «nell' idoneità della norma europea a creare diritti ed obblighi direttamente (...) senza che lo Stato eserciti quella funzione di diaframma che consiste nel porre in essere una qualche procedura formale»²¹⁴ aumentava l'effettività della Carta²¹⁵. Di conseguenza ne seguiva «la possibile opzione ermeneutica favorevole (...) a ritenere che i diritti indicati nella Carta godono delle stesse prerogative proprie del diritto comunitario e, come tali, rendono possibile il meccanismo della non applicazione»²¹⁶, creando il fondamento per l'attribuzione agli stessi del rango proprio dei diritti costituzionali.

²¹³ È utile ricordare che il principio del primato ha trovato un forte ostacolo nella sua applicazione, non tanto in relazione alle fonti originarie, ma soprattutto in relazione a quelle derivate, in particolare i regolamenti comunitari e le direttive autoapplicative. In estrema sintesi, si possono riassumere le tappe di questa evoluzione, facendo riferimento a tre momenti fondamentali: in un primo momento, dopo la nota sentenza *Van Gend and Loos* della Corte di Giustizia che ha sancito l'applicabilità diretta delle fonti dell'Unione europea, la Corte costituzionale, con sent. n. 14 del 1964, ha attribuito ai regolamenti il medesimo rango delle fonti primarie, affermando dunque che in caso di contrasto dovesse applicarsi il criterio cronologico. La seconda fase si apre con la risposta della Corte di Giustizia alla sentenza *Costa c. Enel* (Corte cost., sent. n. 14/1964) che ribadisce la diretta applicabilità delle norme comunitarie e la inefficacia delle norme interne contrastanti con esse, anche se successive; a sua volta, il giudice delle leggi italiano, con le sentenze n. 183/1973 e n. 232/1975, riprendendo ciò che era stato già affermato dal Tribunale costituzionale tedesco nella sentenza *Solange I* (29 maggio 1974), muta orientamento e, configurando il diritto comunitario come norma parametro la cui violazione comporta una violazione indiretta dell'art. 11 della Costituzione, si attribuisce il compito di sindacare la compatibilità delle norme interne con quelle comunitarie. Infine, l'ultimo momento è caratterizzato da una forte presa di posizione della Corte di Giustizia, che con la sentenza *Simmenthal* (sent. 9 marzo 1978, causa 106/77) afferma che l'effetto diretto e il primato del diritto comunitario verrebbero meno se il giudice nazionale non potesse applicare immediatamente la norma europea, di conseguenza risulta incompatibile con tali principi, la prassi nazionale che subordina l'applicazione della norma comunitaria alla definizione della questione di legittimità costituzionale da parte della Corte costituzionale; a questa posizione, fa seguito la nota pronuncia *La Pergola* della Corte italiana (sent. n. 170 del 1984) con la quale si configura il rapporto con il diritto comunitario attraverso il nuovo criterio della disapplicazione immediata della norma in contrasto con quella comunitaria da parte del giudice nazionale, a meno che non sia in gioco la violazione dei principi fondamentali della Costituzione. Dal canto suo, anche il Tribunale tedesco prende atto della pronuncia *Simmenthal* del giudice di Lussemburgo attraverso la nota sentenza *Solange II* (sent. 22 ottobre 1986). Per approfondimenti si rinvia a: M. CARTABIA, *I principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 1995, 95 ss.; A. MORRONE, *Verso la "costituzione europea": i rapporti tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento costituzionale*, in ID. (a cura di), *Il diritto costituzionale nella giurisprudenza*, cit., 1 ss.; S. P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in ID. (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, cit., 10 ss.; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., 189 ss.

²¹⁴ Il principio in questione viene fatto di scendere, oltre che dalla giurisprudenza della Corte internazionale di Giustizia, dall'art. 27 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, che stabilisce che «una parte non può invocare le disposizioni della propria legislazione interna per giustificare la mancata esecuzione di un trattato». (Cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., 165).

²¹⁵ Corte di Giustizia, *Van Gend & Loos*, sentenza 5 febbraio 1963, causa 26/62.

²¹⁶ R. CONTI, *Corte costituzionale e CEDU: qualcosa di nuovo all'orizzonte?*, in *Corriere Giuridico*, fasc. 5, 2010, 631.

Tutto ciò conferma quanto fosse risultato poco proficuo un dibattito sul riconoscimento costituzionale di un valore *ad hoc* per la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e come, invece, la sua sorte sia stata essenzialmente legata «all'atteggiamento della Corte di Lussemburgo»²¹⁷ che, tuttavia, si era già attivata al fine di dotare l'ordinamento comunitario di un'effettiva protezione dei diritti fondamentali²¹⁸.

2.1. La tutela pretoria dei diritti della Corte di Giustizia

Il momento storico in cui la Corte di Lussemburgo prendeva atto della lacuna in materia di tutela comunitaria dei diritti conseguente all'assenza di un *Bill of rights* europeo risale alla storica sentenza *Stauder* nella quale, per la prima volta, affermava che la tutela dei diritti fondamentali all'interno dell'ordinamento comunitario poteva desumersi sia da alcune disposizioni del Trattato CEE (nello specifico dal divieto di discriminazioni in base alla nazionalità, espressione del più ampio principio di uguaglianza), che dal diritto comunitario non scritto «costituito dai principi generali degli Stati membri»²¹⁹.

Tale affermazione, alla fine degli anni Sessanta, risultava altamente innovativa in virtù del fatto che la Corte si riconosceva finalmente garante della tutela dei diritti che, pur non coincidendo con quella costituzionale nazionale, da essa prendeva la sua più importante «ispirazione»²²⁰. In questo modo, veniva ribaltato il precedente orientamento²²¹ che considerava la tutela dei diritti sul piano comunitario come un ostacolo al raggiungimento del primato del diritto europeo sul diritto interno²²² e la Corte di giustizia passava dal

²¹⁷ B. CONFORTI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 4.

²¹⁸ In relazione allo *standard* elevato di tutela dei diritti in ambito europeo, è stato rilevato che esso «che si pon[e] come limite (...) per i regolatori sopranazionali potrebbe, invece, bilanciare l'asimmetria esistente tra lo spazio dell'economia privata e lo spazio pubblico (...) riuscendosi così a garantire forse meglio o più adeguatamente la sera dei diritti della persona». (Cfr. P. BILANCIA, *Possibili conflittualità e sinergie nella tutela dei diritti fondamentali ai diversi livelli istituzionali*, in P. BILANCIA, E. DE MARCO, *La tutela multilivello dei diritti*, cit. 114).

²¹⁹ Corte di Giustizia (caso *Stauder*), sentenza del 12 novembre 1969, causa 29/69.

²²⁰ M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in ID. (a cura di), *I diritti in azione*, cit., 19.

²²¹ G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., 123. Ad avviso dell'A., l'orientamento che escludeva la tutela dei diritti fondamentali oltre a trovare fondamento nell'assenza all'interno dei Trattati di un catalogo dei diritti, si giustificava perché «il suo principale interesse era evidentemente quello di assicurare l'autonomia e il primato del diritto dell'Unione che rischiava di essere pregiudicata dalla subordinazione di tale diritto a norme nazionali, anche se di rango costituzionale come quelle sui diritti dell'uomo».

²²² P. BILANCIA, *Possibili conflittualità e sinergie nella tutela dei diritti fondamentali ai diversi livelli istituzionali*, in P. BILANCIA, E. DE MARCO, *La tutela multilivello dei diritti*, cit., 114. Ad avviso dell'A., al contrario, «il tema dei diritti fondamentali rappresenta più un'idea unificatrice che un motivo di divisione

«rifiuto di giudicare la validità degli atti comunitari alla luce (...) delle Costituzioni nazionali» alla constatazione «dell'esistenza di principi superiori non scritti, che guidano e limitano le istituzioni comunitarie»²²³. Il carattere innovativo della pronuncia risiedeva nell'aver preso atto che dal diritto comunitario scritto, integrato da quello non scritto che trova fondamento nelle tradizioni costituzionali caratterizzanti gli ordinamenti degli Stati membri, si potesse estrapolare una disciplina in materia di diritti fondamentali; con ciò, inoltre, si avviava alle conseguenze negative derivanti dall'applicazione del principio del primato che, «consent[endo] agli atti comunitari di derogare alle Costituzioni nazionali, ai loro principi e ai loro diritti»²²⁴, impediva di fatto ai giudici di garantire la protezione degli stessi nei confronti del diritto europeo.

La Corte di Giustizia elaborava, dunque, in via pretoria una serie di principi che finivano per assumere «una posizione privilegiata nel sistema delle fonti comunitarie [come] criteri e misura della validità degli atti comunitari (...) condizionando tutta l'attività delle istituzioni comunitarie»²²⁵ e rassicurando così gli ordinamenti nazionali che, nel dare attuazione alle norme europee, non rinunciavano alla difesa dei diritti e delle libertà fondamentali. Si ponevano le basi per la creazione di un catalogo di diritti risultante dalla sintesi tra i diritti già riconosciuti a livello nazionale dai diversi Stati membri e quelli che in maniera interpretativa venivano ricavati dalla Corte di Lussemburgo dalle norme contenute nelle fonti originarie e, in seguito, dalla positivizzazione dei diritti da parte dei Trattati di Maastricht e di Amsterdam²²⁶.

come differenza tra culture (...) la funzione unificante dei diritti fondamentali» che, in particolare, dopo il Trattato di Maastricht ha spinto la tutela dei diritti oltre le libertà economiche, ha avviato «un processo che avrebbe dovuto portare al riconoscimento ed all'affermazione di un'identità culturale della nuova Unione europea».

²²³ M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, cit., 33.

²²⁴ M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, cit., 18.

²²⁵ M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, cit., 20 ss.

²²⁶ Come è noto, il Trattato di Maastricht del 1992 e il Trattato di Amsterdam del 1999 segnano la positivizzazione di quella tutela dei diritti fino ad allora assicurata solo in via giurisprudenziale; essi, oltre a rappresentare «una tappa fondamentale nell'evoluzione del diritto costituzionale europeo (...) per la prima in modo tanto solenne», il primo in particolare, si impegnano al rispetto dei diritti fondamentali, mutuando all'art.6 TUE (ora punto 3 come modificato dal Trattato di Lisbona) l'orientamento della Corte di Giustizia della fine degli anni Sessanta, ossia che «I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte dell'Unione europea in quanto principi generali». (Cfr. S. GAMBINO, *Il diritto costituzionale europeo: principi strutturali e diritti fondamentali*, in ID. (a cura di), *Costituzione italiana e diritto comunitario. Principi e tradizioni costituzionali comuni. La formazione giurisprudenziale del diritto costituzionale europeo*, Giuffrè, Milano, 2002, 19 ss.).

A poco a poco la Corte di Lussemburgo prendeva, dunque, coscienza che il contenuto dei diritti, oltre a poter essere desunto dalle tradizioni costituzionali comuni, poteva essere ricostruito attraverso il richiamo delle libertà proclamate dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e, in generale, dagli accordi internazionali in materia di diritti. Con il noto caso *Nold*, il giudice europeo, oltre a ribadire che «i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto, di cui la Corte di Giustizia garantisce l'osservanza», affermava, infatti, che «i trattati internazionali in materia di tutela dei diritti dell'uomo, cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito possono fornire elementi di cui occorre tener conto nell'ambito del diritto comunitario»²²⁷. Da tale momento, «mettendo perfino un po' in ombra le tradizioni costituzionali comuni»²²⁸ degli Stati membri, la Corte di Giustizia non può più fare a meno di riferirsi alle norme della Cedu così come interpretate dalla Corte Edu.

Al riguardo, risulta significativa la pronuncia *Rutili*²²⁹ dove la Corte di Lussemburgo richiama espressamente alcune libertà previste dalla Convenzione (nel caso di specie, il diritto al rispetto della vita privata e familiare, la libertà di pensiero, coscienza e religione, la libertà di espressione e la libertà di riunione e associazione) al fine di verificare se possono giustificarsi le restrizioni previste dalle normative europee in materia di polizia. Dal *test* di confronto emerge che tali limitazioni possono ammettersi solo nella misura in cui risultano necessariamente indispensabili per soddisfare le esigenze di ordine pubblico e sicurezza pubblica all'interno di una società democratica, tenendo in considerazione i valori consacrati dalla Convenzione dei diritti a cui aderiscono la maggior parte degli Stati membri dell'Unione europea²³⁰. Oltre al richiamo alle disposizioni della Cedu, la Corte di Giustizia ha fatto largo uso della giurisprudenza di Strasburgo per colmare il *deficit* di tutela in materia di diritti: in particolare in relazione alle normative europee che finivano per limitare le situazioni giuridiche soggettive fondamentali del cittadino europeo in nome degli obiettivi economici.

²²⁷ Corte di Giustizia (caso *Nold*), sentenza del 17 maggio 1974, causa 9/73.

²²⁸ M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, cit., 19.

²²⁹ Corte di Giustizia (caso *Rutili*), sentenza del 28 ottobre 1975, causa 36/75.

²³⁰ Per approfondimenti, cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., 124 ss. Ad avviso dell'A. la pronuncia in questione, riferendosi da un lato agli ordinamenti nazionali e, dall'altro alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, è la prova che il cammino verso la tutela dei diritti si sia prestato, in poco tempo, a superare l'assenza di un catalogo di diritti. Bisogna, tuttavia, precisare che la Corte di Giustizia diventa garante della tutela dei diritti «beninteso nelle situazioni in cui rileva la disciplina dell'Unione e non solo la disciplina interna».

Un ulteriore esempio di integrazione giurisprudenziale dei diritti con quelli proclamati dalla Convenzione si ritrova in una serie di pronunce in cui la Corte, facendo leva sull'interpretazione evolutiva del diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 della Convenzione europea così come interpretato dalla Corte Edu) è riuscita a interpretare i regolamenti e le direttive in tema di libera circolazione delle persone, uno dei capisaldi su cui si fonda l'integrazione europea, nel rispetto dei diritti fondamentali proclamati dalle costituzioni nazionali degli Stati membri e dalla Convenzione stessa²³¹.

Quanto detto finora dimostra l'enorme sforzo interpretativo che la Corte ha compiuto e, come si vedrà in seguito, continua a compiere al fine di bilanciare gli interessi economici di una comunità di Stati con quelli fondamentali delle persone a vedersi garantiti e rispettati diritti e libertà²³².

Per quanto riguarda gli atti nei confronti dei quali la Corte di Lussemburgo ha operato questa sorta di sindacato, è possibile registrare un'evoluzione che, da un lato, ha consentito di estendere l'ambito degli atti sindacabili e, dall'altro, ha avuto il merito di fare del giudice europeo un garante dei diritti «oltre gli Stati»²³³. Mentre, in un primo momento, il controllo della Corte dell'Unione rispetto al parametro dei diritti fondamentali riguardava i soli atti delle istituzioni europee, ossia le fonti originarie e le fonti derivate²³⁴; nel corso degli anni Ottanta, invece, inizia ad estendersi anche agli atti degli Stati membri - «beninteso nelle situazioni in cui rileva[va] la disciplina dell'Unione» - con la conseguenza

²³¹ Corte di Giustizia (caso *Carpenter*), sentenza dell'11 luglio 2002, causa 60/00. Tale decisione conferma come l'indirizzo inaugurato dalla Corte di Giustizia nel caso *Nold* venga rafforzato nel tempo. Dopo quasi trent'anni, infatti, il richiamo alla Convenzione appare ormai consolidato, e la sentenza mostra come la Corte di Lussemburgo sia attenta alla tutela dei diritti fondamentali. Ad avviso della Corte di Giustizia: «il diritto al rispetto della vita privata e familiare ai sensi dell'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (...) fa parte dei diritti fondamentali che, secondo la giurisprudenza costante della Corte (...) sono tutelati nell'ordinamento giuridico comunitario»

²³² A proposito del bilanciamento, parte della dottrina ha rilevato un dubbio circa la prevalenza dell'interesse alla tutela dei diritti rispetto a quello economico. È stato, infatti, notato che a differenza del bilanciamento effettuato dalle Corti costituzionali che si svolge «all'interno di una cornice normativamente definita (...), in area comunitaria, dove la creazione dei diritti è avvenuta in via giurisprudenziale, i margini del bilanciamento si sono rilevati molto estesi, sì da permettere alla Corte di giustizia di definire in modo del tutto autonomo i diritti fondamentali (...) spesso privilegiando quelli di carattere economico sui diritti civili e su quelli più schiettamente sociali». (Cfr. F. SORRENTINO, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona*, cit., 146).

²³³ M. E. GENNUSA, *La Cedu e l'Unione europea*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, cit., 95.

²³⁴ Il limitato controllo sui soli atti comunitari spiega le ragioni che spingono una parte della dottrina a ritenere che in questa fase «l'ingerenza della Corte di Lussemburgo nel campo dei diritti fondamentali [sia] rimasta abbastanza contenuta»; situazione motivata, inoltre, dal fatto che «il catalogo dei diritti (...) restava ancorato all'area dei rapporti inerenti alle [sole] libertà del mercato (le quattro libertà: di circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali)». (cfr. S. P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in ID. (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, cit., 13).

che, oltre al diritto europeo *tout court*, il giudice europeo si ritrovava a valutare il rispetto dei diritti anche in relazione agli atti nazionali, ricomprendendo tra questi sia quelli che davano attuazione al diritto dell'Unione, che tutti quelli relativi alle «giustificazioni fondate sulla tutela di un diritto fondamentale addotte da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione»²³⁵.

Restavano fuori dal controllo della Corte tutte le norme nazionali che non avevano nessuna relazione con il diritto comunitario²³⁶. A tal proposito, si è parlato di dottrina della *incorporation*²³⁷ per indicare la teoria elaborata dalla Corte di Giustizia al fine di ampliare il novero degli atti statali sindacabili, andando oltre a quelli di mera attuazione o esecuzione del diritto europeo²³⁸, in modo da «abbracciare ogni attività che interferi[sse] o entr[asse] nell'ambito o nel campo di applicazione del diritto comunitario»²³⁹. Tuttavia, dal un lato, un'estensione simile ha facilitato la corsa verso il raggiungimento della meta della tutela dei diritti da parte della Corte di Lussemburgo; dall'altro, ha ridotto il margine di deroga in tutte le ipotesi in cui la norma europea violasse le libertà dell'individuo, facendo gravare sullo Stato membro l'onere di dimostrare la sussistenza di almeno una causa di giustificazione prevista dal diritto europeo originario: basti pensare ai casi in cui lo Stato membro invocava i motivi di sanità pubblica o di ordine pubblico per giustificare una disciplina limitativa della libertà di circolazione²⁴⁰.

La tutela giurisdizionale dei diritti da parte della Corte sembrava diminuire «la sfera di autonomia degli Stati membri (...) ad un ambito del tutto marginale»²⁴¹, creando una (paradossale) situazione: l'ordinamento nazionale, storicamente indiscusso custode della tutela dei diritti fondamentali, si ritrovava a dover giustificare la normativa nazionale limitativa di un diritto solo perché incompatibile con quella di segno opposto, ma

²³⁵ G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., 125.

²³⁶ A tal proposito, la Corte di Giustizia ha affermato che «non può fornire gli elementi interpretativi necessari per la valutazione, da parte del giudice nazionale, della conformità di una normativa nazionale ai diritti fondamentali di cui essa garantisce l'osservanza (...). Le disposizioni del diritto nazionale che non sono destinate a garantire l'osservanza di norme del diritto comunitario riguardano una situazione che non rientra nel campo di applicazione di quest'ultimo». (Cfr. Corte di Giustizia (caso *Kremzow*), sentenza 29 maggio 1997, causa C-299/95).

²³⁷ Per una definizione della dottrina dell'*incorporation*, cfr. M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, cit., 223.

²³⁸ Corte di Giustizia (caso *Wachauf*), sentenza 13 luglio 1989, causa 5/1998, par. 19.

²³⁹ S. P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in ID. (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, cit., 15.

²⁴⁰ Corte di Giustizia (caso *Ert*), sentenza 18 giugno 1991, causa C-260/1989.

²⁴¹ G. RESS, *La Carta europea dei diritti fondamentali e la protezione giurisdizionale*, in V. ATRIPALDI, R. MICCÙ, *L'omogeneità costituzionale nell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2003, 381.

prevalente, proveniente dall'ordinamento comunitario²⁴²; mentre, al contrario, risultava totalmente "libero" se la stessa disciplina limitativa non aveva nessun legame con il diritto dell'Unione. Da tali ipotesi, a ben vedere, potevano scaturire conseguenze diverse: nel primo caso si sarebbe posto il problema di una potenziale sovrapposizione tra la tutela nazionale e tutela comunitaria dei diritti. Dalla seconda ipotesi, invece, poteva dicendere una questione di carattere pratico, ossia l'incertezza dell'esistenza di discipline nazionali che non tocchino nessun ambito del diritto comunitario, per cui la Corte di giustizia avrebbe avuto l'ultima parola facendo prevalere la sua protezione anche oltre gli ambiti del diritto dell'Unione in virtù dell'esistenza di inevitabili connessioni tra le situazioni giuridiche soggettive nazionali e quelle comunitarie²⁴³. In ogni caso, in entrambe le ipotesi la soluzione del contrasto non è scontata: potrebbe invocarsi il primato del diritto europeo, ma se l'applicazione della disciplina europea comportasse una tutela dei diritti al di sotto dello *standard* nazionale, si potrebbe aprire la strada per un ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo da parte dello Stato membro.

Per concludere la ricostruzione dello sviluppo pretorio dei diritti nell'ambito dell'ordinamento europeo è importante ricostruire il concetto di "tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri": una locuzione ampia e vaga, che nulla dice sui principi che la Corte di Lussemburgo deve prendere in considerazione nel suo percorso (ideale) di tutela dei diritti; ma che, tuttavia, ha creato le condizioni per l'uropeizzazione delle libertà fondamentali²⁴⁴. In linea di principio tale espressione sembra alludere a tutta quella serie di valori racchiusi nelle costituzioni nazionali degli Stati membri che, enunciati in principi ricevono «una traduzione positiva (...) all'interno di una determinata società organizzata giuridicamente»²⁴⁵ secondo i canoni del costituzionalismo liberal-democratico: basti pensare ai valori che fondano le moderne costituzioni, come la libertà, l'uguaglianza, il pluralismo, ecc. In un primo momento, questo novero di valori ha rappresentato la bussola che la Corte di giustizia ha utilizzato, da un lato, per assicurare la protezione dei diritti fondamentali e colmare l'assenza di disposizioni *ad hoc*, dall'altro, per rafforzare il primato del diritto dell'Unione sul diritto nazionale interno. L'obiettivo era duplice:

²⁴² In questo senso, cfr. S. P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in ID. (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, cit., 16.

²⁴³ F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, cit., 9.

²⁴⁴ T. FREIXES, *La europeización de los derechos fundamentales*, in BILANCIA, E. DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti*, cit., 21 ss.

²⁴⁵ A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, cit., 14 ss.

assicurare la compatibilità delle norme comunitarie - in particolare quelle derivate dotate di applicabilità diretta come i regolamenti - con i diritti garantiti dagli Stati membri e, in secondo luogo, garantire la tutela giurisprudenziale nelle situazioni patologiche senza che fosse sminuita la validità di un atto dell'Unione né la sua efficacia nel territorio dello Stato membro²⁴⁶.

Per quanto riguarda la definizione del concetto di “tradizioni costituzionali comuni”, la Corte di giustizia si è fermata ad un’ affermazione di principio e non si è sforzata di individuare le tradizioni che rilevano nell’ambito del diritto dell’Unione. Ci si aspettava, infatti, che il ripetuto richiamo ad esse nelle sue argomentazioni potesse essere accompagnato dal richiamo al diritto costituzionale degli Stati membri. A fronte di una simile lacuna, è possibile ipotizzare che la Corte abbia ritenuto poco costruttivo e non del tutto semplice inquadrare un contenuto in astratto dal momento che, il più delle volte, esse vengono in considerazione *case by case* a seconda dell’ambito coperto dalla disciplina europea e, di conseguenza, in relazione all’impatto della disciplina comunitaria nell’ordinamento nazionale.

Eppure, va ricordato, che la dottrina si è interrogata sul significato di questa formula e, un po’ come la Corte, ha finito per attribuire alle stesse un significato vago, senza dare «una definizione categorica ed universalmente valida del concetto di tradizione in rapporto alla costituzione»²⁴⁷. I primi commentatori, più che definirne il concetto, sono stati attratti dallo studio sulle regole seguite dalla Corte al fine di individuare le tradizioni costituzionali comuni e, in particolare, si sono dedicati al problema dello *standard* di tutela «allo scopo di predeterminare i criteri per valutare se esiste una tradizione costituzionale comune agli Stati membri, in relazione ad un determinato principio»²⁴⁸. Non sono mancate, peraltro,

²⁴⁶ A tal proposito cfr. Corte di Giustizia (caso *Handelsgesellschaft*), sentenza 17 dicembre 1970, causa 11-70.

²⁴⁷ A. IANNIELLO SALICETI, *Il significato delle tradizioni costituzionali comuni nell’Unione europea*, in G. ROLLA (a cura di), *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, Giuffrè, Milano, 2010, 141 ss. L’A. mette in luce le difficoltà incontrate dalla dottrina nel definire le “tradizioni costituzionali comuni”, affermando che parte di essa si sia soffermata «sulla tradizione giuridica nel senso di mentalità giuridica comune in Europa oppure di patrimonio di scuole di pensiero costituzionale o di sistema di principi costituzionali non scritti costituiti dai diritti fondamentali, oppure si limita meramente ad una nozione metagiuridica di carattere culturale».

²⁴⁸ M. CARTABIA *Principi inviolabili e integrazione europea*, cit., 30. In relazione alle prime speculazioni scientifiche sulle cosiddette tradizioni costituzionali comuni, l’A. aggiunge che l’analisi volta alla ricerca delle regole seguite dalla Corte di Giustizia per individuare, di volta in volta, il principio comune agli ordinamenti nazionali passava attraverso la soluzione del problema del cosiddetto *standard* di tutela che, secondo alcuni doveva essere massimo, in quanto «nella Comunità devono essere protetti i diritti

voci fuori dal coro che possono ricondursi a due linee di pensiero. Da un lato, alcuni, sostenendo che l'integrazione europea dovesse fondarsi soprattutto su una comunanza di valori, hanno parlato di *jus commune europaeum*²⁴⁹: la tutela dei diritti fondamentali ha la sua fonte esclusiva nella Carta, tuttavia la sua garanzia «non va cercata nell'autorità del potere politico, ma nel profondo della cultura dei popoli»²⁵⁰ dell'Europa. Dall'altro lato, invece, altri si sono chiesti quali ragioni avessero portato la Corte di Giustizia a parlare di “tradizioni” piuttosto che di “costituzioni nazionali”: scartando l'ipotesi che faceva discendere la scelta dell'espressione dal fatto che non tutti gli Stati membri avessero una costituzione scritta (dal momento che il Regno Unito aveva aderito successivamente all'utilizzo dell'espressione che risale al 1970²⁵¹), si affermava che la stessa volesse evitare un'ingerenza eccessiva nel sistema costituzionale nazionale. Infatti, «il riferimento alle tradizioni costituzionali comuni avrebbe permesso di smussare il contrasto con le Corti costituzionali», in particolare, quella italiana e tedesca impegnate in quel periodo ad elaborare teoria dei controlimiti. Un'ultima questione riguardava la scelta dell'aggettivo “comuni” accostato al sostantivo “tradizioni”, che secondo un'opinione diffusa voleva evitare che nessuna costituzione di fatto fosse stata privilegiata²⁵². Il dilemma sul contenuto dell'espressione “tradizioni costituzionali comuni” sembra dunque essere stato voluto dalla stessa Corte di Lussemburgo (forse) al fine di individuare di volta in volta la tradizione da osservare e non legarsi a schemi prestabiliti.

Un ulteriore aspetto interessante, in relazione al principio del primato del diritto originario²⁵³, si rinviene nella circostanza che vede, da un lato, il giudice di Lussemburgo rassicurare gli Stati membri affermando di prendere in considerazione i valori comuni posti

fondamentali al più alto livello esistente negli Stati membri (*maximal flexible standard*); [al contrario] in altri casi si è ritenuta sufficiente la convergenza dei principi costituzionali di una minima maggioranza (...) di Stati membri». Tali regole, tuttavia, sono rimaste prive di un riscontro pratico visto che la Corte di Giustizia non ha mostrato di applicare nella giurisprudenza in materia di diritti nessuno dei due criteri; ad avviso della stessa A., la ragione può essere rinvenuta nel fatto che «l'esatta portata di un diritto fondamentale emerge nella trama di relazioni tra i diversi valori che si instaura in un ordinamento giuridico (...) il tipo di tutela accordata ad un diritto (...) emerge dalla trama delle relazioni che lo legano agli altri valori protetti dall'ordinamento (...) perciò non ha senso parlare di *standard* minimo o massimo». *Ivi*, 31.

²⁴⁹ M. CARTABIA., *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, cit., 28.

²⁵⁰ G. SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, 24.

²⁵¹ Caso *Handelsgesellschaft*, sentenza 17 dicembre 1970, causa 11-70, cit.

²⁵² A. IANNIELLO SALICETI, *Il significato delle tradizioni costituzionali comuni nell'Unione europea*, in G. ROLLA (a cura di), *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, cit., 156.

²⁵³ Per tutte, cfr. Corte di Giustizia (caso *Costa*), sentenza 15 luglio 1964, causa 6-64.

alla base dei differenti ordinamenti costituzionali e, dall'altro lato, nel fatto che lo stesso tiene a rimarcare che il diritto dell'Unione «non può essere sminuito neanche al punto di mettere in discussione l'esistenza dello stesso ordinamento sovranazionale»²⁵⁴. A tal proposito si ricorda la constatazione (ripetuta) che la difficoltà di modulare gli effetti del diritto europeo sul diritto interno, nel particolare ambito dei diritti costituzionali, veniva in luce soprattutto nel momento storico in cui gettavano le basi per «l'unificazione economica dell'Europa»²⁵⁵, quando cioè gli ambiti di intervento dell'Unione, pur essendo circoscritti e ancora limitati, non solo incidevano sugli equilibri nazionali, ma dovevano conquistarsi uno spazio all'interno degli Stati membri. Dunque, non era un caso se la Corte si trovasse ad affermare che «a differenza dei comuni trattati internazionali, il trattato CEE ha istituito un proprio ordinamento giuridico (...) dotato di poteri effettivi provenienti da una limitazione di competenza o da un trasferimento di poteri dagli Stati (...) che hanno creato un complesso di diritto vincolante per i loro cittadini e per loro stessi»²⁵⁶.

Il diritto dell'Unione europea così come custodito dalla Corte di Lussemburgo costituisce «un pericolo e [allo stesso tempo] un'opportunità per i diritti»²⁵⁷. La dimostrazione di tale tesi si rinviene nel noto caso *Kreil*²⁵⁸ in cui la Corte di Giustizia estendeva il suo controllo sull'applicazione e sull'esecuzione del diritto comunitario da parte degli Stati membri, fino a ricomprendere l'individuazione del contenuto essenziale del livello di protezione dei diritti fondamentali a cui gli ordinamenti nazionali non possono derogare²⁵⁹ e, in aggiunta,

²⁵⁴ Nel caso *Handelsgesellschaft* (sentenza 17 dicembre 1970, causa 11-70, par. 3) su richiamato la Corte di giustizia afferma che «il diritto nato dal trattato, che ha una fonte autonoma, per sua natura non può infatti trovare un limite in qualsivoglia norma di diritto nazionale (...) di conseguenza il fatto che siano menomati, vuoi i diritti fondamentali sanciti da una costituzione di uno Stato membro, vuoi i principi di una Costituzione nazionale, non può sminuire la validità di un atto (...) né la sua efficacia nel territorio dello stesso Stato»

²⁵⁵ M. E. GENNUSA, *La Cedu e l'Unione europea*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, cit., 94.

²⁵⁶ Corte di Giustizia, caso *Costa*, cit., par.3.

²⁵⁷ S. GAMBINO, *Il diritto costituzionale europeo: principi strutturali e diritti fondamentali*, in ID. (a cura di), *Costituzione italiana e diritto comunitario*, cit., 34.

²⁵⁸ Corte di Giustizia, (caso *Kreil*), sentenza dell'11 gennaio 2000, caso C-285/1998.

²⁵⁹ È stato notato che la pronuncia, a prima vista, sembra introdurre una «tutela rinforzata» dei diritti da parte della Corte di Giustizia «non limitativa delle tutele assicurate a livello nazionale», spingendo all'estremo tale osservazione, si potrebbe concludere «non certo nella direzione di un'obbligatorietà della revisione costituzionale (...) piuttosto nella direzione di un vincolo interpretativo da parte delle giurisprudenze costituzionali». (Cfr. S. GAMBINO, *Il diritto costituzionale europeo: principi strutturali e diritti fondamentali*, in ID. (a cura di), *Costituzione italiana e diritto comunitario*, cit., 35). Sul carattere incisivo della pronuncia si veda: S. P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in ID. (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, cit., 19.

affermando l'opportunità che le Corti costituzionali si muovano verso una cooperazione sempre più stretta con la stessa.

A ben vedere, si tratta di due casi limite che, tuttavia, riescono a far cogliere le problematiche che derivano, da un lato, dall'applicazione e dal conseguente primato del diritto dell'Unione e, dall'altro, dalla garanzia di una protezione dei diritti fondamentali che non vada oltre le cosiddette limitazioni di sovranità accettate dagli Stati membri. Inoltre, è importante aggiungere che la contraddizione tra la rassicurazione della non ingerenza e l'ingerenza inevitabile nel campo dei diritti fondamentali appariva in maniera evidente nel momento in cui la Corte di giustizia inizia a confrontarsi con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

In breve, si è assistito ad un'evoluzione che, in un primo momento ha visto l'instaurarsi di rapporti tra le due Corti improntati alla leale collaborazione in base alle sfere di competenza, rispettivamente di creazione di un mercato unico e di difesa dell'individuo e dei suoi diritti fondamentali²⁶⁰. In seguito, invece, gli spazi di competenza sono divenuti labili, creando la problematica sovrapposizione tra le tutele offerte dalle due Corti.

3. L'evoluzione dei rapporti tra le due Corti in materia di diritti

L'analisi condotta finora ha analizzato lo sviluppo della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di diritti senza considerare che nel contesto europeo esiste una Corte istituita *ad hoc* per la difesa dei diritti dell'uomo e che tutti gli ordinamenti che compongono l'Unione europea aderiscono alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Se, da un lato, quest'ultima ha rappresentato un'importante fonte di ispirazione per il giudice europeo che, prima della Carta di Nizza, si è impegnato a rispettare i diritti in essa contenuti; dall'altro, non sono mancate occasioni in cui la Corte di Strasburgo si sia trovata a valutare la compatibilità del diritto europeo con la Cedu in relazione ai casi in cui gli Stati membri denunciavano la lesione di un diritto fondamentale.

²⁶⁰ Ad onor del vero la Corte di Giustizia ha da sempre negato la possibilità di aderire alla Convenzione, affermando nel parere n. 2/94 del 28 marzo 1996 che «se il rispetto dei diritti dell'uomo costituisce 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 (...). Una siffatta modifica (...) può essere realizzata unicamente mediante modifica del Trattato». Per approfondimenti, cfr. D. TEGA, *La Carta dei diritti di Nizza nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in L. CALIFANO (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2004, 142 ss.

Per quanto riguarda i due sistemi, le due Corti si sono mosse in direzioni diverse senza incontrarsi fino alla fine degli anni Novanta, cioè fino a quando l'integrazione europea non avesse ancora raggiunto il suo sviluppo più importante, avvenuto poi attraverso il Trattato di Maastricht, con il quale le tre Comunità furono fuse nell'attuale Unione di Stati e l'*acquis* comunitario fu integrato con nuove forme di cooperazione²⁶¹. Dunque, nonostante la sussistenza di divergenze interpretative tra i diritti garantiti in ambito europeo e quelli garantiti in ambito Cedu, prima di questo periodo le due Corti cercavano di mantenere ognuna il proprio spazio di intervento, mostrando, tuttavia, «di voler assicurare entrambe al ruolo di Corti costituzionali dell'Europa»²⁶².

Peraltro, bisogna ricordare che nello stesso periodo la giurisprudenza dell'allora Commissione europea dei diritti consolidava l'indirizzo secondo il quale gli Stati contraenti dovessero rispondere anche delle violazioni della Convenzione commesse per adempiere ad altri obblighi internazionali; anche se, nei fatti poi, la stessa escludeva il controllo sugli atti che davano attuazione al diritto comunitario dichiarando inammissibili quei ricorsi che denunciavano la lesione dei diritti ad opera della Comunità²⁶³. Si trattava di una sorta di inammissibilità *ratione personae*, in quanto l'ordinamento europeo non era Parte contraente della Convenzione e, di conseguenza, non poteva rispondere della violazione dei diritti fondamentali di fronte alla Commissione.

Tuttavia, tale l'orientamento subiva una svolta con il noto caso *M. & Co.*, in cui la Commissione - prendendo atto del processo che aveva visto garantire, in assenza di un *Bill of rights* europeo, la protezione dei diritti in via giurisprudenziale da parte Corte di giustizia - giustificava (anche) *ratione materiae* l'inammissibilità dei ricorsi²⁶⁴. Ad avviso della stessa, il controllo da parte di Strasburgo non era indispensabile, in quanto all'interno del sistema del diritto dell'Unione i diritti fondamentali ricevevano una protezione equivalente a quella garantita dalla Convenzione e, in aggiunta, vi era un giudice che vigilava sul loro rispetto. In altri termini, però, ciò significava che laddove la tutela comunitaria non avesse garantito un certo *standard* in linea con il sistema di protezione di

²⁶¹ G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., 9 ss.

²⁶² M. E. GENNUSA, *La Cedu e l'Unione europea*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, cit., 106.

²⁶³ Commissione europea dei diritti dell'uomo, caso *X c. Germania*, ricorso n. 342 del 1957.

²⁶⁴ Commissione europea dei diritti dell'uomo, caso *M. & Co. c. Germania*, sentenza del 9 febbraio 1990. Si legge nella decisione: «l'oggetto e lo scopo della Convenzione quale strumento per la protezione dei singoli esseri umani richiede che le sue previsioni siano interpretate in modo tale da rendere le sue garanzie pratiche ed efficaci (...) il trasferimento dei poteri a un'organizzazione internazionale non è incompatibile con la Convenzione, posto che all'interno di tale organizzazione, i diritti fondamentali ricevano una protezione equivalente».

Strasburgo, poteva prospettarsi un controllo anche sugli atti dell'Unione da parte della Commissione.

A ben vedere, la Commissione - enunciando il principio della protezione equivalente - mostrava un sorta di *self restraint* nei confronti degli atti della Comunità, facendo affidamento sul fatto che la stessa potesse garantire la protezione dei diritti fondamentali, e un effettivo controllo sul loro rispetto. Ad avviso della dottrina l'elaborazione del principio della protezione equivalente rievoca l'indirizzo giurisprudenziale inaugurato dalla nota sentenza *Solange II* del Tribunale costituzionale tedesco nel 1986 che escludeva gli atti della Comunità dal controllo statale di legittimità, a patto che l'Unione europea rispettasse lo stesso *standard* di protezione dei diritti fondamentali riconosciuto dall'ordinamento tedesco²⁶⁵.

Una svolta nei rapporti tra i due sistemi internazionali in tema di diritti fondamentali si realizzava con l'entrata in vigore del Protocollo XI²⁶⁶ che attribuiva alla sola Corte europea dei diritti dell'uomo la competenza a conoscere i casi di violazione della Convenzione. Ciò aprì un nuovo scenario dove, ben presto, la Corte Edu doveva fare in conti con gli atti dell'ordinamento europeo.

Nel caso *Cantoni*, la Corte dichiarava ricevibile un ricorso che denunciava la violazione della Convenzione ad opera di una legge francese emanata in attuazione di una direttiva comunitaria²⁶⁷. Essa, pur escludendo la violazione del principio di tassatività dei reati e delle pene previsto dalla Convenzione (art. 7, par. 1), di fatto aveva effettuava un sindacato sulla disciplina comunitaria, dimenticandosi (forse) del principio della protezione equivalente, in virtù del quale il suo controllo era ammesso solo nella circostanza in cui il l'ordinamento europeo non avesse rispettato un determinato *standard* nella tutela dei diritti. Nonostante tale pronuncia, la svolta nei rapporti tra diritto dell'Unione e sistema di Strasburgo, viene ricondotta alla nota pronuncia *Matthews c. Regno Unito*²⁶⁸. Tralasciando

²⁶⁵ E. GENNUSA, *La Cedu e l'Unione europea*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, cit., 108; . P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in ID. (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, cit., 67.

²⁶⁶ Tale Protocollo viene firmato a Strasburgo l'11 maggio 1994, ed entra in vigore l'1 novembre 1998.

²⁶⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Cantoni c. Francia*, sentenza 15 novembre 1996, ric. n. 17862/91.

²⁶⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Matthews c. Regno Unito*, sentenza 18 febbraio 1999, ric. n. 24833.

le circostanze di fatto²⁶⁹, la Corte affermava la lesione di un diritto fondamentale protetto dalla Convenzione da parte di una legge britannica emanata in attuazione di una decisione del Consiglio dell'Unione. Questa volta il giudice di Strasburgo accoglieva il ricorso della cittadina di Gibilterra, e condannava il Regno Unito perché dando attuazione all'Atto del Consiglio europeo del 1976, aveva violato un diritto fondamentale: il diritto di voto consacrato dall'art. 3 del Protocollo addizionale alla Convenzione²⁷⁰.

L'aspetto interessante della decisione riguarda principalmente due punti: in primo luogo, il fatto che la Corte europea riprenda i principi affermati dalla Commissione, cioè che le Parti contraenti della Cedu siano vincolate al rispetto della stessa anche quando adempiono agli obblighi contratti in virtù dell'appartenenza ad un'organizzazione internazionale, e che uno Stato non possa giustificare la lesione di un diritto garantito dalla Convenzione e invocare, quindi, come causa di giustificazione quella di aver agito in esecuzione ad un obbligo derivante dall'ordinamento sovranazionale, quale l'Unione europea. In secondo luogo, la Corte estende (indirettamente) il suo controllo sugli atti dell'Unione attraverso la configurazione della responsabilità degli Stati membri in quanto "esecutori" di una normativa europea lesiva dei diritti protetti dalla Convenzione²⁷¹. In tal modo, la Corte estende il suo ambito di intervento nella tutela dei diritti, ma nulla dice, invece, sull'eventualità in cui il suo controllo possa finire per incrociare quello della Corte di giustizia.

Ad ogni modo, sfugge un punto interessante della decisione, ossia la circostanza che la Corte di Strasburgo distingua il diritto comunitario primario da quello secondario; se si legge bene la pronuncia, sembra che la Corte voglia operare una differenziazione, da un lato, tra le competenze principali della Corte di giustizia – rinvenibili nel controllo giurisdizionale sulla legittimità degli atti e dei comportamenti delle istituzioni dell'Unione rispetto al diritto primario e nell'interpretazione del diritto dell'Unione nel suo

²⁶⁹ Il caso in questione era stato originato da una cittadina britannica che sosteneva la lesione del suo diritto di voto poiché il territorio di Gibilterra era stato escluso dall'elezione diretta del Parlamento europeo, decisione presa con l'Atto del Consiglio europeo del 20 settembre 1986.

²⁷⁰ L. M. DIEZ PICAZO, *Le relazioni tra Unione europea e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in S. P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, cit., 279. L'A. osserva che nella sostanza la decisione *Matthews* appare senz'altro criticabile in quanto «affermare che gli Stati membri della Convenzione europea si impegnino a tenere elezioni libere e periodiche è cosa ben diversa dal fatto che la Corte di Strasburgo possa sostituire un proprio criterio a quello degli Stati al fine di stabilire quali territori facciano parte dell'Unione europea». *Ibidem*.

²⁷¹ B. CONFORTI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in L. S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, cit., 135 ss.

complesso²⁷²- e dall'altro, tra le proprie (potenziali) competenze a giudicare indirettamente il diritto dei trattati (attraverso la responsabilità degli Stati contraenti)²⁷³. Qualunque sia l'interpretazione della decisione, non si può sottovalutare che Corte di Strasburgo, «evoca[ndo] una responsabilità *ratione materiae* non del Regno Unito soltanto, ma di esso congiuntamente all'insieme degli altri Stati»²⁷⁴, sembra configurare una responsabilità collettiva derivante dalla violazione della Convenzione che graverebbe su tutti gli Stati membri dell'Unione. Le conseguenze di ciò potrebbero essere molteplici dal punto di vista procedurale: si potrebbe ipotizzare, infatti, che dinanzi a ricorsi che denunciano la violazione dei diritti per l'esecuzione di un atto dell'Unione, la Corte europea possa riunire i giudizi al fine di decidere in un unico procedimento; oppure che, in presenza di un solo ricorso, possa accertare, per una sorta di effetto domino, la lesione dei diritti commessa da più Stati in virtù dell'esecuzione dell'atto comunitario. È chiaro che si tratta di speculazioni che, nel momento in cui veniva pronunciata la sentenza *Matthews* non potevano nemmeno porsi in astratto. Si tratta, infatti, di un primo timido passo nel controllo dello spazio riservato alle competenze dell'Unione in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo non entrava (ancora) in maniera incisiva, non perché l'Unione non era Parte contraente della Convenzione, piuttosto poiché la Corte di Giustizia, in quel periodo, si stava impegnando a garantire la tutela dei diritti fondamentali anche attraverso il rispetto dei diritti e delle libertà proclamate dalla Convenzione stessa.

Inoltre, non si può tralasciare che la sentenza *Matthews* sia stata emanata dopo che la Corte di Giustizia con il parere n. 2 del 1994 avesse preso una posizione circa la non adesione dell'Unione al Consiglio d'Europa, affermando che la stessa avrebbe comportato un mutamento nel sistema comunitario di tutela dei diritti tale da causare una modifica dei Trattati. Ad avviso di alcuni, si trattava di una sorta di «parere sul parere (...), tramite il quale la Corte europea dei diritti dell'uomo [decideva] di procedere ad un'annessione

²⁷² G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., 45 ss.

²⁷³ Si legge nella sentenza (parr. 32-33): «l'addotta violazione della Convenzione discende da un allegato dell'Atto del 1976, sottoscritto dal Regno Unito insieme con l'estensione delle competenze del Parlamento europeo (...). Invero, l'Atto del 1976 non può essere impugnato dinanzi alla Corte di Giustizia proprio per la ragione che esso non è un normale atto della Comunità (...). Il Regno Unito, insieme con tutte le altre Parti contraenti del Trattato di Maastricht, è responsabile *ratione materiae* in base all'art.1 della Convenzione e, in particolare, in base all'art.3 del protocollo n.1, per le conseguenze di quel trattato».

²⁷⁴ S. P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in ID. (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, cit., 65 ss. Ad avviso dello stesso A., la sentenza *Matthews* potrebbe essere letta anche nel senso che la Corte di Strasburgo voglia sottoporre al suo sindacato «anche gli atti comunitari secondari, e che nel caso di specie il riferimento all'insindacabilità dell'atto da parte della Corte di Lussemburgo servisse soltanto ad attestare la ricevibilità del ricorso».

dell'Unione europea per il tramite dei suoi Stati membri»²⁷⁵. Infine, non si può non considerare che il caso in questione non ha dato seguito a nessun sindacato sugli atti comunitari, esso ha rappresentato sicuramente una svolta, ma è servito solo come uno di spauracchio; difatti, tutti i ricorsi presentati successivamente, ed aventi ad oggetto atti del diritto dell'Unione, sono stati dichiarati irricevibili e, in aggiunta, in nessuna ipotesi per un'ammissibilità *ratione personae* o comunque legata alla natura dell'atto colpevole di violazione della Convenzione. Dunque, non è un caso, se parte della dottrina, pur riponendo piena fiducia nella giurisprudenza successiva della Corte europea dei diritti dell'uomo, aveva sostenuto (profeticamente) che era presto per « affermare con sicurezza che la decisione *Matthews* [avesse] già essa segnato una svolta»²⁷⁶, in quanto bisognava attendere le decisioni future.

La constatazione che l'indirizzo giurisprudenziale inaugurato con questa sentenza non abbia avuto successive applicazioni pratiche non deve far pensare che vi sia stata una battuta d'arresto nell'evoluzione dei rapporti di cooperazione tra le due Corti; al contrario, le stesse, in tempi recenti, si sono ritrovate a ritagliarsi spazi di competenza nei casi che sono stati oggetto di ricorso dinanzi ad entrambe. A questo dato, bisogna aggiungere quello formale, che vede attualmente in corso un dibattito sulle modalità tramite le quali instaurare la tanta auspicata adesione dell'Unione europea alla Convenzione prevista dal Trattato di Lisbona del 2009.

In ultima analisi, se si vogliono delineare i risultati raggiunti nel timido avvicinamento tra i due sistemi, non si può prescindere dal considerare un dato di carattere oggettivo: la duplicazione del sistema di tutela dei diritti, in particolare, dello *standard* di tutela, appare strettamente legata alle finalità del sistema di riferimento. Gli ambiti appaiono ben distinti: da un lato, si tratta di realizzare esigenze di carattere economico e, dall'altro, di garantire la difesa dei diritti fondamentali dell'individuo. In questo senso si possono leggere le difficoltà connesse al ruolo della Corte di Giustizia che, nel garantire l'avanzare del processo di integrazione, non solo deve controllare che esso non si svolga in modo da ledere i diritti, deve far di più: assicurare un sistema di tutela equivalente a quello garantito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Dal canto loro, invece, i giudici di Strasburgo, pur detenendo formalmente il monopolio sui diritti all'esterno dei confini degli

²⁷⁵ E. GENNUSA, *La Cedu e l'Unione europea*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, cit., 112.

²⁷⁶ S. P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in ID. (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, cit., 68.

Stati, si ritrovano a sindacare atti di un ordinamento sovranazionale, a cui gli Stati aderenti alla Convenzione hanno trasferito spazi di sovranità, ma che, tuttavia, non aderisce al sistema di tutela convenzionale.

4. I tratti distintivi del sistema di tutela di Strasburgo

Al fine di approfondire le modalità attraverso le quali si realizza la garanzia internazionale dei diritti è utile ricordare che spetta all'ordinamento interno stabilire i meccanismi e le procedure per realizzare una tutela effettiva dei diritti²⁷⁷, di conseguenza il meccanismo di protezione istituito dal Consiglio d'Europa entra in gioco solo nel caso in cui la garanzia offerta dall'ordinamento interno non sia stata capace di rimediare alla lesione del diritto²⁷⁸. Tale principio di sussidiarietà, espresso attraverso la regola del previo esaurimento delle vie di ricorso interne prevista all'art. 35, par. 1, della Convenzione²⁷⁹, rappresenta un consolidato principio di diritto internazionale volto ad evitare che lo Stato venga chiamato a rispondere dinanzi ad un'istanza internazionale, senza prima essere messo in condizione di rimediare alla lesione con gli strumenti di protezione propri dell'ordinamento interno. Da un altro punto di vista, la regola della sussidiarietà costituisce il presupposto principale per l'effettività della garanzia internazionale dei diritti, consentendo alla Corte europea dei diritti dell'uomo di intervenire «per quei casi che dovessero sfuggire alle maglie del controllo interno (...), come indispensabile elemento di chiusura del sistema»²⁸⁰ di tutela dei diritti e delle libertà.

Tuttavia, tale principio non sempre ha ricevuto un'applicazione assoluta, finendo per assumere un significato e una portata diversa dal dato testuale della Convenzione. In molte occasioni, infatti, la Corte europea ha affermato che l'art. 35, par. 1, deve essere interpretato in maniera flessibile, senza eccessivi formalismi, in quanto rilevano il contesto

²⁷⁷ M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 73.

²⁷⁸ A tal proposito si ricorda il noto caso *Linguistico belga*, sentenza del 23 luglio del 1968, par. 34, in cui si legge che «la Corte non può ignorare gli elementi di diritto e di fatto che caratterizzano la vita della società nello Stato che risponde delle misure contestate. Nel far ciò, non può sostituirsi alle autorità nazionali competenti, altrimenti perderebbe di vista il carattere sussidiario del meccanismo internazionale di garanzia collettiva instaurato dalla Convenzione».

²⁷⁹ L'art. 35.1 della Convenzione stabilisce: «La Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, come è inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti ed entro un periodo di sei mesi a partire dalla data della decisione interna definitiva(...)». Per il testo della Convenzione si rinvia a: A. MORRONE (a cura di), *Costituzioni e diritto europeo*, cit., 203 ss.

²⁸⁰ A. BULTRINI, *Il meccanismo di protezione dei diritti fondamentali istituito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Cenni introduttivi*, in B. NASCIBENE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2002, 6 ss.

giuridico e politico in cui il ricorso si iscrive e, soprattutto, la situazione personale dei richiedenti²⁸¹. In alcuni casi, dunque, la prassi applicativa ha stravolto completamente il principio del previo esaurimento delle vie interne, permettendo al giudice di Strasburgo di dichiarare ricevibile anche i ricorsi per il quali non erano stati utilizzati prima tutti i meccanismi di tutela garantiti dall'ordinamento nazionale²⁸².

Lo stesso art. 35, par.1, stabilisce il termine entro il quale può essere proposto ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, cioè «il periodo di sei mesi a partire dalla decisione interna definitiva»²⁸³ che va inteso, da un lato, come indispensabile condizione di procedibilità e, dall'altro, come termine perentorio il cui mancato rispetto causa l'irricevibilità del ricorso. La previsione del termine è legata all'esistenza di una via di ricorso interna che conduca ad una decisione interna definitiva, nel caso ciò non fosse possibile, si aprono tre possibilità: il ricorso può essere presentato in qualunque momento finché duri la situazione che si ritiene lesiva dei diritti come garantiti dalla Cedu; può essere presentato entro sei mesi dal momento in cui viene a cessare la situazione che si vuole denunciare; oppure, l'interessato può adire la Corte dal momento in cui ha avuto conoscenza della situazione lamentata²⁸⁴. Nel caso in cui l'ordinamento interno preveda gli strumenti necessari per la tutela giurisdizionale dei diritti, il termine dei sei mesi decorre dalla decisione passata in giudicato che chiude il procedimento ordinario; in altre parole, non si considera nel calcolo del termine il momento, oltretutto solo eventuale, in cui viene emanata una decisione su un ricorso straordinario²⁸⁵.

²⁸¹ In questo senso, Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Cestaro c. Italia*, sentenza 7 aprile 2015, ric. n. 6884/11, par. 151; caso *Selmoni c. France*, sentenza 28 luglio 1999, ric. n. 25803/94; par. 77.

²⁸² Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Costa e Pavan c. Italia*, sentenza 28 agosto 2012, ric. n. 54270/2010.

²⁸³ Il Protocollo alla Convenzione n.15 siglato a Strasburgo il 24 giugno 2013, non ancora entrato in vigore, riduce il termine entro cui presentare il ricorso alla Corte da sei a quattro mesi dalla data della decisione definitiva interna.

²⁸⁴ A. BULTRINI, *Il meccanismo di protezione dei diritti fondamentali istituito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Cenni introduttivi*, cit., 15.

²⁸⁵ Ciò chiama in gioco le regole processuali interne ad ogni ordinamento, ad esempio, per quanto riguarda quello italiano, all'interno di un processo penale la Corte calcola la decorrenza del termine di sei mesi dal giorno del deposito della sentenza della Corte di Cassazione, e non dunque dal momento dell'effettiva conoscenza della motivazione da parte dell'interessato. Inoltre, nell'ipotesi in cui si è di fronte al protrarsi della detenzione cautelare oltre la pronuncia della Corte di Cassazione, il detenuto, pur avendo fatto ricorso al tribunale del riesame, potrebbe già adire la Corte europea dei diritti dell'uomo nonostante la situazione lamentata continui a sussistere nel diritto interno.

L'esaurimento delle vie di ricorso interne rappresenta un condizione di procedibilità sia per il (meno frequente) ricorso interstatale previsto all'art. 33 della Convenzione²⁸⁶, sia per quello individuale previsto all'art. 34 della stessa²⁸⁷. In relazione a quest'ultimo, non può non rilevare un ulteriore presupposto, ossia la legittimazione a proporre il ricorso: per quanto riguarda la legittimazione attiva, la Cedu stabilisce che la Corte può essere adita sia da una persona fisica, che da un'organizzazione non governativa, e ancora da un gruppo di individui che lamentano la violazione di un diritto da parte di uno Stato che sia Parte contraente della Convenzione. Dalla previsione emerge anche il profilo della legittimazione passiva, ovverosia che il ricorso possa essere presentato nei confronti di uno o più Stati che hanno ratificato la Convenzione, e solo in relazione ad azioni od omissioni imputabili all'attività pubblica, o meglio, come afferma l'art. 1²⁸⁸, che riguardano l'ambito della loro giurisdizione.

Il meccanismo di protezione dei diritti e delle libertà fondamentali è stato profondamente innovato dalla riforma introdotta dal Protocollo alla Convenzione n. 11, entrato in vigore il 1° novembre 1998. Prima di esso, spettava alla Commissione stabilire la ricevibilità dei ricorsi e fare da filtro²⁸⁹ tra i ricorsi che denunciavano la violazione dei diritti e gli altri due organi, il Comitato dei Ministri e la Corte. Con l'entrata in vigore di tale Protocollo, invece, si assiste alla completa giurisdizionalizzazione della procedura dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, la cui giurisdizione diviene obbligatoria per tutti i tipi di ricorsi²⁹⁰.

²⁸⁶ L'art. 33 (Ricorsi interstatali) stabilisce: «Ogni Alta Parte contraente può deferire alla Corte ogni inosservanza delle disposizioni della Convenzione e dei suoi protocolli che essa ritenga possa essere imputata ad un'altra Alta Parte contraente».

²⁸⁷ L'art. 34 (Ricorsi individuali) stabilisce: «La Corte può essere investita di un ricorso fatto pervenire da ogni persona fisica, ogni organizzazione non governativa o gruppo di privati che pretenda d'essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli. Le Alte Parti contraenti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l'effettivo esercizio efficace di tale diritto».

²⁸⁸ L'art. 1 (Obbligo di rispettare i diritti dell'uomo) stabilisce: «Le Alte Parti contraenti riconoscono ad ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà (...)».

²⁸⁹ Prima del Protocollo n. 11, la Commissione, una volta dichiarato ricevibile il ricorso, provvedeva al regolamento amichevole che rappresentava una sorta di composizione bonaria della lite. Se tale tentativo non riusciva, la stessa adottava un parere, non vincolante, in cui si esprimeva sulla violazione o meno della Convenzione. A punto si aprivano due strade: il parere veniva trasmesso al Comitato dei Ministri che poi decideva sul caso; oppure, nel termine di tre mesi, poteva essere adita la Corte qualora il ricorso sollevasse questioni di diritto.

²⁹⁰ Per quanto riguarda gli altri organi, essi venivano destituiti da qualsiasi funzione decisoria e di accertamento della violazione dei diritti e delle libertà garantiti dalla Convenzione.

Tralasciando in questa sede la composizione della Corte²⁹¹, è utile un cenno sulle varie fasi che compongono la procedura dinanzi alla stessa, tenendo in considerazione che si tratta di un organo complesso articolato in quattro sezioni, all'intero delle quali si costituiscono, tra gli altri, le Camere formate da sette giudici.²⁹² Il procedimento per accertare la violazione della Convenzione si apre con la registrazione del ricorso (l'iscrizione della causa a ruolo) e con l'assegnazione del fascicolo ad un giudice relatore che dopo un primo esame decide se assegnarlo alla Camera o al Comitato (di tre giudici)²⁹³, oppure ad un giudice unico la cui nomina viene affidata al Presidente della Corte²⁹⁴. Nel caso, più frequente, in cui il ricorso venga assegnato alla Camera si aprono due direzioni²⁹⁵: la Camera, infatti, può decidere di rigettare il ricorso *de plano*, oppure accoglierlo, comunicando al Governo convenuto di intervenire nel giudizio²⁹⁶. La decisione di ricevibilità²⁹⁷ apre una fase di regolamento amichevole della controversia (art. 39 della Convenzione²⁹⁸) che se conclusa

²⁹¹ Artt. 2-30 del Regolamento della Corte europea dei diritti dell'uomo, così come modificato il 13 maggio 2013.

²⁹² L'art. 26 (Composizione di giudice unico, comitati, Camere e Grande Camera) stabilisce: «1. Per la trattazione di ogni caso che ad essa viene sottoposto, la Corte procede in composizione di giudice unico, in comitati di tre giudici, in Camere di sette giudici e in una Grande Camera di diciassette giudici. Le Camere della Corte istituiscono i comitati per un periodo determinato (...)».

²⁹³ A tal proposito bisogna considerare quanto stabilito dai paragrafi 2 e 3 dell'art. 35 della Convenzione che stabiliscono: «2. La Corte non accoglie alcun ricorso inoltrato sulla base dell'articolo 34, se: a) è anonimo; oppure b) è essenzialmente identico a uno precedentemente esaminato dalla Corte o già sottoposto a un'altra istanza internazionale d'inchiesta o di risoluzione e non contiene fatti nuovi. 3. La Corte dichiara irricevibile ogni ricorso individuale presentato ai sensi dell'articolo 34 se ritiene che: a) il ricorso è incompatibile con le disposizioni della Convenzione o dei suoi Protocolli, manifestamente infondato o abusivo; o b) il ricorrente non ha subito alcun pregiudizio importante, salvo che il rispetto dei diritti dell'uomo garantiti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli esiga un esame del ricorso nel merito e a condizione di non rigettare per questo motivo alcun caso che non sia stato debitamente esaminato da un tribunale interno».

²⁹⁴ L'istituzione del giudice unico che ha il potere di decidere sulla irricevibilità dei ricorsi è stata introdotta dal Protocollo n. 14.

²⁹⁵ Artt. 54 e 54 A del Regolamento della Corte.

²⁹⁶ In questo secondo caso, dunque, si apre la fase del contraddittorio, in cui il governo invia una memoria difensiva alla Camera, che viene trasmessa, poi, al soggetto che denuncia la violazione della Convenzione, il quale ha ovviamente la possibilità di replicare ad essa. Nel momento in cui la Camera riceve tutte le memorie delle parti passa all'esame definitivo sulla ricevibilità del ricorso.

²⁹⁷ A tal proposito è importante ricordare che in qualsiasi momento è possibile la cancellazione della causa dal ruolo così come previsto dall'art. 37 della Convenzione: «1. In ogni momento della procedura, la Corte può decidere di cancellare un ricorso dal ruolo quando le circostanze permettono di concludere: a) che il ricorrente non intende più mantenerlo; oppure b) che la controversia è stata risolta; oppure c) che per ogni altro motivo di cui la Corte accerta l'esistenza, la prosecuzione dell'esame del ricorso non sia più giustificata. Tuttavia la Corte prosegue l'esame del ricorso qualora il rispetto dei diritti dell'uomo garantiti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli lo imponga. 2. La Corte può decidere una nuova iscrizione a ruolo di un ricorso se ritiene che le circostanze lo giustifichino».

²⁹⁸ L'art. 39 (Composizione amichevole) stabilisce: «1. In ogni momento della procedura, la Corte si mette a disposizione degli interessati al fine di pervenire a una composizione amichevole della controversia che si

con un esito positivo consente la fine del procedimento (e la cancellazione del ricorso). Nel caso contrario, invece, la Camera giudica il ricorso nel merito e decide con sentenza, stabilendo anche la cosiddetta equa soddisfazione, ossia le misure risarcitorie che dovranno essere riconosciute al soggetto vittima della violazione (art. 41 della Convenzione²⁹⁹). La decisione della Camera diviene definitiva se non viene impugnata davanti alla Grande Camera³⁰⁰; in caso contrario, il ricorso viene deciso in ultima istanza da quest'ultima che accoglie la domanda in due casi particolari: quando la questione oggetto del ricorso solleva gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, oppure quando essa riguardi un'importante questione di carattere generale che provoca una violazione della Convenzione³⁰¹.

L'importante riforma introdotta dal Protocollo n. 11, se da un lato, ha permesso la possibilità per i soggetti, vittime della violazione dei diritti, di adire direttamente la Corte di Strasburgo; dall'altro, ha fatto crescere in maniera esponenziale i ricorsi dinanzi alla stessa. Per far fronte a questo problema, il Protocollo n. 14, entrato in vigore il 1° giugno 2010, ha introdotto un nuovo criterio di ammissibilità dei ricorsi fondato sul danno rilevante, per cui al ricorrente viene negato l'esame nel merito laddove dal suo ricorso non emerga una rilevante violazione dei suoi diritti. Un ulteriore obiettivo del Protocollo n. 14 è stato, inoltre, quello di incidere sui cosiddetti ricorsi ripetitivi, aumentando i meccanismi di filtro soprattutto in relazione a quei ricorsi che si fondano su questioni trattate più volte

fondi sul rispetto dei diritti dell'uomo quali sono riconosciuti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli. (...). 3. In caso di composizione amichevole, la Corte cancella il ricorso dal ruolo mediante una decisione che si limita a una breve esposizione dei fatti e della soluzione adottata. 4. Tale decisione è trasmessa al Comitato dei Ministri che sorveglia l'esecuzione dei termini della composizione amichevole quali figurano nella decisione».

²⁹⁹ L'art. 41 (Equa soddisfazione) stabilisce: «Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa».

³⁰⁰ L'art. 44 (Sentenze definitive) stabilisce: «2. La sentenza di una Camera diviene definitiva: a) quando le parti dichiarano che non richiederanno il rinvio del caso dinnanzi alla Grande Camera; oppure b) tre mesi dopo la data della sentenza, se non è stato richiesto il rinvio del caso dinnanzi alla Grande Camera; oppure c) se il collegio della Grande Camera respinge una richiesta di rinvio formulata ai sensi dell'articolo 43».

³⁰¹ L'art. 43 (Rinvio dinnanzi alla Grande Camera) stabilisce: «1. Entro un termine di tre mesi a decorrere dalla data della sentenza di una Camera, ogni parte alla controversia può, in situazioni eccezionali, chiedere che il caso sia rinviato dinnanzi alla Grande Camera. 2. Un collegio di cinque giudici della Grande Camera accoglie la domanda quando la questione oggetto del ricorso solleva gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, o comunque un'importante questione di carattere generale. 3. Se il collegio accoglie la domanda, la Grande Camera si pronuncia sul caso con sentenza».

dalla Corte, e per la quali si sia già consolidato un orientamento giurisprudenziale³⁰². Nello specifico, il protocollo 14 ha previsto, tra gli altri³⁰³, la possibilità per il Comitato di decidere l'ammissibilità e, insieme, il merito in tutte le ipotesi in cui i ricorrenti denunciano la violazione della Convenzione su questioni per le quali si sia espressa la Grande Camera, oppure, appunto, si sia consolidato un preciso orientamento della Corte³⁰⁴. A ben vedere, nella maggior parte dei casi, si tratta di ricorsi originati da una violazione sistemica della Convenzione da parte di uno Stato contraente che, pur essendo già stato condannato dalla Corte, non ha posto in essere le misure necessarie per risolvere il problema strutturale che causa la lesione dei diritti dei singoli. Il fenomeno dei ricorsi ripetitivi ha portato, inoltre, alla previsione della procedura pilota che, nata dalla prassi³⁰⁵, trova oggi il suo fondamento normativo nell'art. 46 della Convenzione³⁰⁶ e nell'art. 61 del Regolamento della Corte³⁰⁷.

³⁰² I. D'ANNA, *Ricorsi ripetitivi e violazioni strutturali alla luce delle modifiche apportate dal Protocollo 14 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, su www.sioi.org; P. TANZARELLA, *Il futuro della Corte europea dei diritti dopo il Protocollo XIV*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, 423.

³⁰³ In particolare, il Protocollo n. 14 ha anche previsto anche la possibilità che il presidente della Camera istituisca un giudice unico che abbia il potere di decidere sulla irricevibilità dei ricorsi. (Cfr. A. M. NICO, *La giustizia di Strasburgo e la deflazione dei giudizi pendenti davanti alla Corte. Riflessioni sul procedimento di adozione delle decisioni del giudice unico introdotto dal Protocollo XIV*, in www.giurcost.org).

³⁰⁴ L'art. 28 (Competenza dei comitati) stabilisce: «1. Un comitato investito di un ricorso individuale presentato ai sensi dell'articolo 34 può, con voto unanime: (...) b) dichiararlo ricevibile e pronunciare congiuntamente sentenza sul merito quando la questione relativa all'interpretazione o all'applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli all'origine della causa è oggetto di una giurisprudenza consolidata della Corte».

³⁰⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Broniowski c. Polonia*, 28 settembre 2005, ric. n. 31443/96.

³⁰⁶ L'art. 46 stabilisce: «1. le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti»; la previsione per dare un fondamento normativo alla procedura pilota deve essere letta in combinato disposto con l'art. 41 della stessa Convenzione, il quale prevede che: «se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi protocolli e se il diritto interno dell'Alta parte contraente non permette che in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa».

³⁰⁷ L'art. 61 del Regolamento stabilisce: «1. La Corte può decidere di applicare la procedura della sentenza pilota e adottare una sentenza pilota quando i fatti all'origine di un ricorso presentato innanzi ad essa rivelano l'esistenza, nella Parte contraente interessata, di un problema strutturale o sistemico o di un'altra disfunzione simile che ha dato luogo o potrebbe dare luogo alla presentazione di altri ricorsi analoghi (...) 3. La Corte deve indicare nella sentenza pilota da essa adottata la natura del problema strutturale o sistemico o della disfunzione da essa constatata e il tipo di misure riparatorie che la Parte contraente interessata deve prendere a livello interno in applicazione del dispositivo della sentenza. 4. La Corte, nel dispositivo della sentenza pilota da essa adottata, può fissare un termine per l'adozione delle misure menzionate al precedente punto 3, tenendo conto della natura delle misure richieste e della rapidità con cui può porsi rimedio, a livello interno, al problema da essa constatato. 5. Quando adotta una sentenza pilota, la Corte può riservarsi in tutto o in parte l'esame della questione dell'equa soddisfazione, in attesa che la Parte contraente convenuta adotti le misure sia individuali che generali indicate nella sentenza».

Le speranze di deflazionare il meccanismo di protezione di Strasburgo non sono state del tutto esaudite con le novità procedurali apportate dal Protocollo n. 14. I ricorsi alla Corte europea dei diritti dell'uomo continuano a crescere e a rendere il sistema di tutela affaticato e, dunque, non sempre efficace sul piano dell'effettiva tutela giurisprudenziale. Per evitare che la Corte perda la sua importante funzione di giudice dei diritti fondamentali, i Protocolli n. 15 e n. 16³⁰⁸ sembrano andare in una direzione diversa da quella intrapresa dai precedenti protocolli, cioè tentare di rinforzare la collaborazione nella tutela dei diritti coinvolgendo le corti nazionali, attraverso il rafforzamento del margine di apprezzamento, e la Corte di Giustizia, attraverso l'adesione dell'Unione europea alla Consiglio d'Europa.

5. La tutela giurisdizionale dinanzi alla Corte di Lussemburgo

Nell'ordinamento europeo il diritto alla tutela giurisdizionale assume caratteristiche peculiari in virtù della natura bicefala della Corte di Giustizia che si presenta, allo stesso tempo, come un giudice internazionale e come un giudice interno. Prima della Carta di Nizza, la Corte di Giustizia che, nel tentativo di ricostruire in termini generali il diritto ad un ricorso giurisdizionale in ambito europeo, dichiarava che gli Stati non possono sottrarsi al controllo della conformità dei propri atti al diritto dell'Unione³⁰⁹. L'impegno ad assicurare una tutela giurisdizionale per il soggetto che lamentava una violazione dei propri diritti ad opera delle istituzioni dell'Unione, in realtà, era già stato previsto dal Trattato di Roma (art. 230 TCE, ora art. 263 TFUE) che predisponava un sistema di rimedi giuridici e di procedimenti attraverso il quale si affidava alla Corte il controllo sulla legittimità degli atti delle istituzioni.

Attualmente, il meccanismo di protezione dei diritti all'interno dell'ordinamento europeo si concretizza attraverso alcuni specifici mezzi di ricorso diretti di cui le persone fisiche e giuridiche possono beneficiare qualora venga violato un proprio diritto da parte degli atti dell'Unione³¹⁰. Tra questi assume rilevanza l'azione di annullamento.

L'art. 263, par. 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea stabilisce che: «qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre (...) un ricorso contro gli atti adottati nei

³⁰⁸ Il Protocollo n. 15 è stato adottato dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 24 giugno 2013; il Protocollo n. 16, invece, il 2 ottobre 2013.

³⁰⁹ Cfr. Corte di Giustizia (caso *Les Verts*), sentenza 23 aprile 1986, causa 294/83.

³¹⁰ R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2014, 287 ss.

suoi confronti o che lo riguardano direttamente e individualmente»³¹¹. In base a tale previsione, dunque, un cittadino è legittimato ad impugnare una decisione che produca effetti sulla sua situazione giuridica, della quale sia il destinatario formale «qualora il provvedimento lo tocchi a causa di determinate qualità personali, ovvero di particolari circostanze atte a distinguerlo dalla generalità»³¹². Per un lungo periodo di tempo, tale norma è stata interpretata in senso restrittivo: la legittimazione del soggetto ad agire in giudizio dipendeva essenzialmente da un atto emanato nei suoi confronti, poteva trattarsi dei soli atti delle istituzioni comunitarie che avessero portata particolare; in altri termini, l'azione di annullamento poteva fondarsi unicamente su un atto che incidesse direttamente sulla situazione giuridica della persona fisica (o giuridica) che proponeva il ricorso. In sintesi, ciò significava: che per un atto comunitario che ledeva i diritti dei singoli a cui l'ordinamento dello Stato membro aveva dato esecuzione, era ammesso il ricorso diretto alla Corte di Giustizia; mentre, invece, per gli atti con portata generale il soggetto poteva chiedere al tribunale nazionale di adire la Corte di Giustizia attraverso il rinvio pregiudiziale (art. 267 TFUE)³¹³, beneficiando di una tutela giurisdizionale in via indiretta. Questa interpretazione restrittiva, a poco a poco, è stata messa in discussione, tanto che la stessa Corte di Giustizia, in una Conferenza intergovernativa (nel 1996) esprimeva i suoi dubbi circa la possibilità di garantire ai singoli, solo se incisi direttamente, «una tutela giurisdizionale effettiva contro le lesioni arrecate ai loro diritti fondamentali dall'attività

³¹¹ L'art. 263 del TFUE, già art. 230 TCE, stabilisce che: «la Corte di Giustizia dell'Unione europea esercita un controllo di legittimità sugli atti legislativi (...) destinati a produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi (...). A tal fine la Corte è competente a pronunciarsi sui ricorsi per incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione dei Trattati od qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione (...). Qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre, alle condizioni previste al primo e secondo comma, un ricorso contro gli atti adottati nei suoi confronti o che la riguardano direttamente e individualmente, e contro gli atti regolamentari che la riguardano direttamente e che non comportano nessuna misura di esecuzione».

³¹² Corte di Giustizia (caso *Plaumann*), sentenza 15 luglio 1963, causa 25/62.

³¹³ L'art. 267, già art. 234 TCE, stabilisce: «la Corte di giustizia è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale: a) sull'interpretazione dei trattati; b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione. Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad una giurisdizione di uno degli Stati membri, tale giurisdizione può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla questione. Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale giurisdizione è tenuta a rivolgersi alla Corte. Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti ad una giurisdizione nazionale e riguardando una persona in stato di detenzione, la Corte statuisce il più rapidamente possibile».

normativa delle istituzioni»³¹⁴. Dunque, sembrava che la Corte volesse affermare l'intento di includere tra gli atti contro i quali poter sollevare l'azione di annullamento anche i regolamenti³¹⁵. Ma ciò, nonostante le pressioni dell'Avvocato Generale Jacobs, rimaneva un semplice proposito. In particolare, quest'ultimo sosteneva che la tutela giurisdizionale indiretta, che passa attraverso un mezzo di ricorso interno, e al conseguente rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, non sempre è in grado di garantire una tutela giurisdizionale effettiva. Più che basare il ricorso sulla tipologia dell'atto che provoca la lesione, ad avviso dello stesso, bisognerebbe guardare alla situazione giuridica del soggetto che «in ragione delle circostanze di fatto a lui peculiari, tale atto pregiudica o che può pregiudicare»³¹⁶.

Tuttavia, la Corte di Giustizia rimane sull'interpretazione restrittiva della previsione affermando che la tutela giurisdizionale è comunque garantita ai singoli dal sistema di protezione istituito dai trattati e che i soggetti possono sempre impugnare davanti alle autorità nazionali un atto dell'Unione di portata generale, avvalendosi del rinvio pregiudiziale di validità previsto all'art. 277 TFUE³¹⁷. In aggiunta, la stessa precisa che «spetta agli Stati membri un sistema di rimedi giurisdizionali e di procedimenti inteso a garantire il rispetto del diritto ad una tutela effettiva (...), i giudici nazionali sono tenuti, per quanto possibile, ad interpretare e applicare le norme procedurali nazionali che disciplinano l'esercizio delle azioni in maniera da consentire alle persone fisiche e giuridiche di contestare in sede giudiziale la legittimità di ogni decisione o di qualsiasi altro provvedimento nazionale relativo all'applicazione nei loro confronti di un atto comunitario di portata generale, eccependo l'invalidità di quest'ultimo»³¹⁸.

Il Trattato di Lisbona non apporta rilevanti novità, a parte quella di stabilire un diverso regime di impugnazione per gli atti regolamentari che riguardano direttamente il singolo e che non comportano nessuna misura di esecuzione. Si tratta di atti non legislativi che

³¹⁴ *Relazione della Corte di Giustizia su taluni aspetti dell'applicazione del Trattato sull'Unione europea*, Lussemburgo 1995, par. 20, su www.curia.europa.eu.

³¹⁵ Corte di Giustizia, (caso *Extramet*), sentenza 16 maggio 1991, causa C-358/89.

³¹⁶ Corte di Giustizia (caso *Union de Pequeños Agricultores c. Consiglio*) sentenza 25 luglio 2002, causa C-50/00.

³¹⁷ La norma in questione, già art. 241 TCE, stabilisce che: «nell'eventualità di una controversia che metta in causa un atto di portata generale adottato da un'istituzione, organo o organismo dell'Unione, ciascuna parte può (...) valersi dei motivi previsti all'art. 263, secondo comma, per invocare dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione europea l'inapplicabilità».

³¹⁸ Corte di Giustizia, caso *Union de Pequeños Agricultores c. Consiglio*, *cit.*, parr. 41-42.

possono essere impugnati in via diretta dal singolo dinanzi al Tribunale di primo grado³¹⁹, a condizione che gli stessi incidano sulla sua situazione giuridica soggettiva, ma senza che il soggetto sia il destinatario sostanziale del provvedimento, come accade invece per gli altri atti. In altre parole, «per tali atti viene eliminato il requisito dell'essere individualmente riguardati, aprendosi così le vie di ricorso di fronte al Tribunale»³²⁰. L'azione di annullamento che mira ad una dichiarazione di illegittimità dell'atto impugnato per vizi diversi³²¹ tra cui la violazione dei Trattati, rappresenta dunque uno strumento efficace qualora il singolo voglia denunciare la violazione dei diritti fondamentali previsti dalla Carta di Nizza da parte degli atti dell'Unione.

³¹⁹ Il Tribunale di primo grado che in primo grado è competente, per quel che riguarda la presente trattazione, a conoscere i ricorsi di annullamento *ex art. 263* del TFUE, e nelle materie specificate dallo statuto, le questioni pregiudiziali *ex art. 267*. In questo ultimo caso, le decisioni del Tribunale possono essere oggetto di riesame da parte della Corte di Giustizia qualora sussistano gravi rischi che l'unità o la coerenza del diritto dell'Unione siano compromesse. Per le altre competenze, *cfr. art. 254* TFUE, già *art. 225* TCE

³²⁰ M. GESTRI, *Portata e limiti del diritto individuale di accesso alla giustizia nell'ordinamento dell'Unione europea*, in F. FRANCONI, M. GESTRI, N. RONZITTI, T. SCOVAZZI, *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2008, 482.

³²¹ Per gli altri vizi, *cfr. art. 263*, par. 3, TFUE.

CAPITOLO QUARTO

IL DIALOGO TRA LE CORTI IN MATERIA DI DIRITTI FONDAMENTALI: UNA «GUIDA» PER IL GIUDICE E IL LEGISLATORE VERSO LA “MIGLIORE TUTELA”?

1. Premessa

Le ricostruzioni appena proposte forniscono gli elementi necessari per inquadrare il tema del presente lavoro. La ricerca dell'origine dei diritti fino al tempo delle prime Dichiarazioni, l'*excursus* delle teorie sviluppate dalla dottrina per l'individuazione del contenuto delle sfere di libertà e l'esame delle tappe dell'estensione della tutela dei diritti a livello internazionale costituiscono un laboratorio prezioso ai fini della giustificazione del contenuto minimo di protezione (internazionale), insito delle tradizioni costituzionali, che ogni ordinamento democratico dovrebbe aspirare a garantire. In secondo luogo, l'approfondimento del dibattito dottrinale intorno al dialogo tra le Corti, oltre che distinguere il tema da altri fenomeni giuridici, consente di incentrare il suo studio principalmente sugli effetti che esso genera sulla tutela dei diritti a livello nazionale. Infine la disamina della dottrina sul valore giuridico degli accordi internazionali, l'analisi dello sviluppo pretorio dei diritti nell'Unione europea, il richiamo all'evoluzione storica dei rapporti tra le due Corti e l'esame della fisionomia dei due sistemi di garanzia mostrano un'integrazione complessa in materia di diritti che si è realizzato, allo stesso tempo, sul piano del sistema delle fonti e su quello della tutela giudiziaria.

Nel contesto così delineato, l'analisi dell'impatto delle pronunce delle Corti europee sulla tutela interna dei diritti risulta essenziale. Il discorso sulla garanzia sovra/internazionale dei diritti non può dirsi, infatti, completo se non lo si associa all'esame dei principali ambiti in cui esso ha spiegato i suoi effetti; in secondo luogo, esso non può dirsi concreto se non si considerano le svolte giurisprudenziali e le occasioni di riforma che la supposta “migliore tutela” esterna è in grado di generare.

Dunque, a titolo meramente descrittivo e senza la pretesa di creare nuove categorie di diritti, vengono individuate nella presente analisi le seguenti aree tematiche: i “nuovi diritti”, l'ambito penale e la materia delle “violazioni strutturali”. Si tratta, in generale, di ambiti in cui la tutela dei diritti fondamentali risente delle conseguenze derivanti dal complesso e instabile equilibrio che si instaura tra diritto politico e diritto

giurisprudenziale: un rapporto che vede, nella maggior parte delle ipotesi, un legislatore benché operativo, inerte e un giudice laborioso, non abilitato ad “operare”.

2. Gli effetti del dialogo in materia di “nuovi diritti”

Com'è noto, l'espressione “nuovi diritti” nasce per indicare le situazioni giuridiche soggettive che non trovano un riconoscimento testuale nella Costituzione, ossia i diritti che, a differenza dei classici diritti di libertà, «sollecitano spesso il ricorso alla tecnica dei principi (...) e tendono ad essere individuati ricorrendo agli schemi aperti previsti nello stesso testo costituzionale»³²².

Al riguardo nel presente lavoro si possono individuare due categorie all'interno dei nuovi diritti: in primo luogo, quei diritti che hanno trovato un fondamento costituzionale direttamente ed esclusivamente nella clausola aperta dell'art. 2 Cost.³²³, come è avvenuto per il diritto all'identità sessuale, il diritto all'abitazione, il diritto alla privacy, il diritto all'identità personale³²⁴, ecc. In secondo luogo, situazioni soggettive che sono state ricavate dall'interpretazione estensiva di diritti già oggetto di tutela costituzionale, emblematici al riguardo sono il diritto all'ambiente nella sua accezione di diritto alla salubrità dell'ambiente ricavato dall'art. 32 che tutela il diritto alla salute³²⁵ (in combinato disposto con gli artt. 2 e 9 Cost.); oppure il diritto all'informazione connesso alla libertà di manifestazione del pensiero *ex* art. 21 Cost.³²⁶.

Questa capacità del catalogo dei diritti di rigenerarsi ha conseguenze diverse: se, da un lato, garantisce la protezione di nuove istanze, adattando il testo costituzionale all'evoluzione storica della società; dall'altro, pone problemi di bilanciamento con le altre libertà, soprattutto laddove la protezione è slegata da riferimenti normativi puntuali.

In non poche ipotesi, l'esercizio della libertà insita in ogni diritto soggettivo³²⁷ per concretizzarsi abbisogna dell'intervento del legislatore; in altri termini, finché non vengono stabiliti i confini e i limiti, le prestazioni a carico di soggetti pubblici o privati e

³²² A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, cit., 326.

³²³ Si rinvia nuovamente a A. BARBERA, *Articolo 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., 83 ss.

³²⁴ Corte costituzionale, 18 dicembre 1987, n. 561; 7 aprile 1988, n. 404; 26 marzo 1990, n. 139; 3 febbraio 1994, n. 13.

³²⁵ Corte costituzionale, 16 marzo 1990, n. 127.

³²⁶ Corte costituzionale, 26 marzo 1993, n. 112.

³²⁷ P. VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, cit., 173.

gli obblighi nei confronti di altri soggetti, i nuovi diritti non possono ricevere una tutela effettiva, nel senso giuridico del termine³²⁸.

La soluzione legislativa non sempre viene adottata per ragioni che, tuttavia, che non sono oggetto del presente lavoro; in questa sede rileva la semplice constatazione che, in assenza di *interpositio legislatoris*, la protezione dei nuovi diritti diventa una tutela di “casi difficili”³²⁹, di casi controversi³³⁰. L’espressione è piuttosto significativa, non tanto perché la sorte di tali diritti viene lasciata all’evento eccezionale, bensì per la loro attitudine a divenire casi concreti prima ancora di essere delineati in astratto da una fattispecie normativa.

In altri termini, la richiesta di protezione viene soddisfatta attraverso il ricorso ad un organo giudiziario che il più delle volte è collocato all’interno di un sistema giurisdizionale che fuoriesce dai confini nazionali: ciò accade, per esempio, ogni qual volta la Corte europea dei diritti dell’uomo e la Corte di giustizia, in modo diverso, si inseriscono nella processo di riconoscimento della tutela mancante.

Tuttavia per rendere il discorso concreto e verificare l’impatto positivo della tutela esterna, nell’ indefinita categoria dei nuovi diritti vengono individuati i seguenti “casi” specifici: il diritto al matrimonio per le coppie dello stesso sesso e il diritto alla c.d. genitorialità per le stesse, il diritto ad avere figli attraverso le tecniche di procreazioni medicalmente assistita.

2.1. Il diritto al matrimonio per le coppie dello stesso sesso

La tutela del diritto alla vita familiare per le coppie dello stesso sesso, recentemente declinato anche con la romantica locuzione «diritto d’amore»³³¹, costituisce un tema che

³²⁸ S. FOIS, «Nuovi» *diritti di libertà*, in AA. VV., *Nuove dimensioni nei diritti di libertà. Scritti in onore di P. Barile*, Cedam, Padova, 1990, 81. L’A. osserva che «la problematica delle tecniche riguardanti il riconoscimento e la garanzia dei nuovi diritti, sembra quindi collocarsi essenzialmente a livello della legislazione ordinaria, ben diversamente da quanto può dirsi per i tradizionali diritti di libertà per i quali esso si situa essenzialmente a livello della normativa costituzionale».

³²⁹ M. CAVINO, C. TRIPODINA (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 2012.

³³⁰ A. BARBERA, “Nuovi diritti”: *attenzione ai confini*, in L. CALIFANO, *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2004, 19.

³³¹ S. RODOTÀ, *Diritto d’amore*, Laterza, Roma-Bari, 2016, rielaborazione del precedente saggio S. RODOTÀ, *Diritto d’amore*, in *Politica del diritto*, fasc. 3, 2014, 335 in cui l’A. si interroga della compatibilità delle parole “amore” e “diritto”.

coinvolge tutti gli ambiti della società civile e, in particolare nel momento in cui si scrive, le istituzioni parlamentari sono impegnate in un dibattito dai toni alquanto aspri³³².

Difatti, sul piano strettamente giuridico si tratta di dare una risposta in termini di diritto alle trasformazioni sociali; d'altronde la materia del diritto di famiglia non è estranea al cambiamento: le dinamiche evolutive che hanno interessato la formazione sociale per eccellenza provano l'incertezza del suo stesso statuto giuridico e l'impossibilità di rinchiudere la famiglia all'interno del modello di "società naturale fondata sul matrimonio" tradizionalmente inteso³³³; in cui l'unica famiglia considerata legittima è quella, appunto, fondata sul matrimonio e l'unico matrimonio legittimo è quello istituito per l'unione tra un uomo e una donna.

Per molti anni la situazione in Italia era la seguente: mentre la dottrina limitava alla constatazione della natura necessariamente eterosessuale del matrimonio, considerando l'identità di sesso dei nubendi una causa di nullità o di inesistenza³³⁴; il legislatore rimaneva ancorato alla "tradizione"³³⁵ e limitava il dibattito politico all'eventualità di riconoscere forme eterosessuali di convivenza diverse da quella fondata sul vincolo matrimoniale. I diversi progetti di legge rimanevano, tuttavia, fermi tra le mura delle aule parlamentari, incapaci di culminare in una disciplina che attribuisse dignità giuridica alle famiglie *de facto*³³⁶.

³³² M. GATTUSO, *Le unioni civili in mare aperto: ecco il progetto di legge che andrà in aula al Senato*, in www.articolo29.it.

³³³ Per le riforme (e progetti di riforma) in materia di diritto di famiglia si rinvia a: I. MASSA PINTO, *Diritto costituzionale e tradizione: a proposito della famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»*, in www.forumcostituzionale.it; E. QUADRI, *Il diritto di famiglia: evoluzione storica e prospettive di riforma*, in AA. VV., *Studi in onore di G. Benedetti*, Jovane, Napoli, 2003, 1511; U. RESCIGNO, *Il diritto di famiglia ad un ventennio dalla riforma*, in *Rivista di diritto civile*, Vol. 1, 1998, 109; S. RODOTÀ, *La riforma del diritto di famiglia alla prova*, in *Politica del diritto*, 1975, 661; M. SESTA, *Art. 29 della Costituzione*, in ID. (a cura di), *Codice della famiglia*, Giuffrè, Milano, 2015, 1144; M. SESTA, *Famiglia e figli a quarant'anni dalla riforma*, in *Famiglia e diritto*, fasc. 11, 2015, 1009.

³³⁴ R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma omosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010.

³³⁵ N. PIGNATELLI, *I livelli europei di tutela delle coppie omosessuali tra "istituzione" matrimoniale e "funzione" familiare*, in M. CAVINO, C. TRIPODINA (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: «casi difficili» alla prova, cit.*, 243 ss. L'A. rileva come il «vuoto normativo non possa essere inteso come una mera disfunzione del sistema o come un fatto neutro, a cui non attribuire un significato politico-costituzionale, ma debba essere interpretato come una univoca opzione, adottata dai legislatori, di non tutela di talune forme relazionali, rilevanti non costituzionalmente rilevanti e portatrici di un disvalore etico-sociale».

³³⁶ Per approfondimenti sui cosiddetti DICO si rinvia a: D. CABRAS, *Le ragioni dei DICO*, in www.forumcostituzionale.it; A. RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 3, 2007, 751; F. TAVANO, *Convivenza e coppie di fatto: diritti e doveri nella*

Se, da un lato, queste occasioni di dibattito politico e dottrinale sono state propizie per aprire il confronto sul riconoscimento giuridico della vita familiare delle persone dello stesso sesso; dall'altra parte, sono risultate (se non inutili) incapaci di dare delle risposte concrete ed immediate ad una realtà fattuale già mutata. E come sempre accade in questi casi di lacuna o di vuoto, la via giudiziaria sembra apparire l'unica ancora di salvezza per le situazioni giuridiche scoperte di tutela³³⁷.

È fuori discussione che la giurisprudenza abbia svolto, e stia svolgendo, un ruolo importante e che in ogni caso gli compete; allo stesso tempo, non c'è dubbio che su impulso di essa, tassello dopo tassello, si stiano delineando nella veste di *obiter dicta* i punti di una (di per sé attuabile?) disciplina normativa per la tutela di tali diritti³³⁸.

Agli impulsi provenienti dalla giurisprudenza interna si aggiungono quelli della giurisprudenza straniera sia nella prospettiva di un dialogo comparativo con altre Corti³³⁹, che in quella di un dialogo verticale con la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di Giustizia. Inoltre, uno sguardo alla tutela "estera" del diritto alla vita familiare per le coppie dello stesso sesso mostra che sia i modelli di regolamentazione giuridica che il tipo di intervento possono essere differenti³⁴⁰. Alla via legislativa dell'estensione del matrimonio civile alle coppie dello stesso sesso attraverso legge ordinaria, com'è avvenuto per es. in Francia, Paesi Bassi, Spagna, Portogallo ecc.; e della previsione di un istituto giuridico distinto dal matrimonio, come, invece, è accaduto in Germania e in Austria, si contrappone il modello di intervento giurisprudenziale, tipico dei sistemi di *common law*.

convivenza more uxorio. Testo integrale del disegno di legge sui "DICO", Cierre, Roma, 2007; V. TONDI DELLA MURA, *La dimensione istituzionale dei diritti dei coniugi e la pretesa dei diritti individuali dei conviventi*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 1, 2008, 101; P. VERONESI, *Costituzione, "strane famiglie" e "nuovi matrimoni"*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 3, 2008, 577; L. VIOLINI, *Il riconoscimento delle coppie di fatto: praeter o contra constitutionem?*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 2, 2007, 395.

³³⁷ Al riguardo si segnalano le risposte all'interrogativo «perché altrove, invece, è bastata una decisione di una Corte o la via di una legge ordinaria, successivamente ritenuta con le Costituzioni vigenti dalle Corti?» di S. CECCANTI, *Famiglia e Costituzioni: un cambiamento accelerato*, in www.forumcostituzionale.it.

³³⁸ Sul punto si rinvia alle notissime decisioni: Corte costituzionale, sentenza del 23 marzo 2010, n. 138; Corte costituzionale, ordinanza 7 luglio 2010, n. 276; Corte costituzionale, ordinanza 5 gennaio 2011, n. 4; Corte di Cassazione, Sez. I civile, sentenza 15 marzo 2012, n. 4184; Corte di Cassazione, Sez. I civile, sentenza del 9 febbraio 2015, n. 2400; Corte di Appello di Napoli, sentenza del 13 marzo 2015; Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza del 26 ottobre 2015, n. 4897; Corte di Appello di Roma, Sez. minori, sentenza del 20 ottobre 2015.

³³⁹ Il riferimento è alla decisione della Corte suprema degli Stati Uniti, *Obergefell v. Hodges*, sentenza del 26 giugno 2015. (Cfr. C. BOLOGNA, *Corte suprema e same-sex marriage; opportuna tutela di nuovi diritti o iperattivismo giudiziario?*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 3, 2015, 768).

³⁴⁰ Per approfondimenti, si rinvia a L. IMARISIO, *Le unioni omosessuali tra giudici e legislatori: percorsi e modelli di riconoscimento e disciplina*, in M. CAVINO, C. TRIPODINA (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: «casi difficili» alla prova*, cit., 83.

In quest'ultimo caso il riconoscimento giuridico spesso passa per la via giudiziaria: la sentenza *Obergefell v. Hodges* della Corte suprema degli Stati Uniti³⁴¹ è, a tal proposito, emblematica. Essa, oltre a costituire una delle decisioni più recenti in materia di diritti coppie dello stesso, è anche «la più eclatante tra quelle che (...) hanno mirato ad ampliare le garanzie»³⁴² di tali coppie, affermando la necessità della loro tutela in tutti gli Stati della Federazione³⁴³.

Fermo restando le differenze di base tra il modello di *civil law* e quello di *commow law* (anche se bisogna constatare che le distanze tra i due sistemi si sono via via accorciate attraverso la scelta di impiantare modelli procedurali comuni³⁴⁴), va preso atto che esistono modelli “ibridi”: è il caso degli organismi internazionali che tutelano i diritti dell'uomo, in particolare, il sistema di protezione istituito dal Consiglio d'Europa. In tale contesto, si potrebbe intravedere una commistione tra *common* e *civil law*: la Corte di Strasburgo, infatti, da un lato si trova a rendere la Cedu un *living instrument* attraverso l'intervento pretorio; dall'altro, deve lasciare agli Stati contraenti (la maggior parte di *civil law*) un margine di apprezzamento sulle questioni che non godono del cosiddetto consenso europeo³⁴⁵.

Sebbene il Consiglio d'Europa non costituisca un ordinamento giuridico *tout court*, essendo sprovvisto di istituzioni democraticamente elette, la sua influenza negli ordinamenti interni è tanto incisiva da spingere la dottrina italiana ad interrogarsi sul ruolo del giudice nello Stato costituzionale. Con la tendenza, sempre più forte, a creare diritto nelle aule dei tribunali, si teme che possano “saltare gli equilibri” e, soprattutto, che la

³⁴¹ Cfr. Corte suprema degli Stati Uniti, *Obergefell v. Hodges*, *cit.*

³⁴² C. BOLOGNA, *Corte suprema e same-sex marriage; opportuna tutela di nuovi diritti o iperattivismo giudiziario?*, *cit.*, 768.

³⁴³ Al riguardo è utile ricordare che la decisione *Goodridge c. Department of Public Health* della Corte suprema del Massachusetts, del 18 novembre 2003, viene considerata il paradigma del modello di intervento giurisprudenziale di introduzione di una disciplina delle unioni tra persone dello stesso sesso attraverso l'estensione del matrimonio civile. (Cfr. P. M. CALIARO, *Il same-sex marriage negli Stati Uniti d'America*, Cedam, Padova, 2006).

³⁴⁴ AA. VV., *Due iceberg a confronto: le derive di common e civil law*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2009, 1.

³⁴⁵ Per approfondimenti si segnalano: C. CINELLI, *Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte costituzionale e margine di apprezzamento*, in *Rivista di diritto internazionale*, fasc. 3, 787; F. DONATI, P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Giappichelli Torino, 2003; P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, *cit.*, 149; R. SAPIENZA, *Sul margine di apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, fasc. 2, 1991, 571.

sovranità popolare perda il suo rango di principio fondamentale dello stato di diritto. Tali paure si esasperano ogni qual volta una decisione della Corte di Strasburgo o della Corte di giustizia viene posta, non solo per fini persuasivi, alla base delle argomentazioni delle decisioni dei giudici comuni.

2.1.1. La sentenza 138 del 2010 della Corte costituzionale: le origini del dialogo con la Corte di Strasburgo

Le vicende che interessano il diritto al matrimonio per le coppie dello stesso sesso costituiscono un vero e proprio laboratorio di analisi per il fenomeno appena descritto e per sfatare alcuni luoghi comuni sul temuto attivismo giudiziario.

La sentenza *Oliari e altri c. Italia*³⁴⁶, con cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato l'ordinamento italiano per l'assenza di una disciplina giuridica che tuteli la vita familiare delle coppie dello stesso sesso, rappresenta l'evoluzione giurisprudenziale di una vicenda, per così dire, che affonda le sue origini nella precedente decisione *Schalk and Kopf c. Austria*³⁴⁷. Pur non essendo riferita al nostro ordinamento, quest'ultima si lega attraverso un ben visibile filo conduttore alla nota sentenza n. 138 del 2010³⁴⁸ della Corte costituzionale.

Le motivazioni di una simile constatazione sono essenzialmente due. In primo luogo, la (non banale) ragione temporale: le due decisioni sono state emesse a poco più di due mesi di distanza l'una dall'altra. In secondo luogo, l'omogeneità dei contenuti: le

³⁴⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Oliari e altri c. Italia*, 21 luglio 2015, ric. nn. 18766/11 e 36030/11.

³⁴⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Schalk and Kopf c. Austria*, 24 giugno 2010, ric. n. 3041/04. Su tale decisione si segnalano: R. CONTI, *Convergenze (inconsapevoli o ... naturali) e contaminazioni tra giudici nazionali e Corte EDU: a proposito del matrimonio di coppie omosessuali*, in *Corriere giuridico*, fasc. 4, 2011, 579; S. SILEONI, *La Corte di Strasburgo e i matrimoni omosessuali: il consenso europeo, un criterio fragile ma necessario*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 3, 2010, 867.

³⁴⁸ Tra i numerosi commenti a margine di tale decisione, si segnalano i seguenti consultabili su www.forumcostituzionale: F. CALZARETTI, *Coppie di persone dello stesso sesso: quali prospettive*; M. CROCE, *Diritti fondamentali programmatici, limiti all'interpretazione evolutiva e finalità procreativa del matrimonio: dalla Corte un deciso stop al matrimonio omosessuale*; L. D'ANGELO, *La Consulta al legislatore: questo matrimonio "nun s'ha da fare"*; A. MELANI, *Il matrimonio omosessuale dopo la pronuncia della Corte costituzionale: una questione aperta*; A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sentenza n. 138/2010*; C. SILVIS, *Il matrimonio omosessuale, tra l'art. 29 e l'art. 2 della Costituzione*; S. SPINELLI, *Il matrimonio non è un'opinione*. Ad essi si aggiungono: G. BRUNELLI, *Le unioni omosessuali nella sentenza n. 138/2010: un riconoscimento senza garanzia?*, in B. PEZZINI, A. LORENZETTI (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Jovene, Napoli, 2011, 143.

argomentazioni poste a fondamento delle decisioni appaiono simili, tanto da far supporre che ci siano state «convergenze inconsapevoli» e «contaminazioni» reciproche³⁴⁹.

Se da un lato, infatti, la nostra Consulta, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della normativa dalla quale emerge l'impossibilità di trascrivere nell'anagrafe dello stato civile i matrimoni contratti all'estero da persone dello stesso sesso, affermava che «spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette», restando stessa la sola possibilità di intervenire per la tutela di specifiche situazioni³⁵⁰. Dall'altro, la Corte europea dei diritti dell'uomo, chiamata a decidere sulla violazione, tra gli altri³⁵¹, del diritto a contrarre matrimonio nell'ordinamento austriaco a causa dell'assenza di una disciplina giuridica che estendesse tale istituto alle unioni tra persone dello stesso sesso, affermava: «*the area in question must therefore still be regarded as one of evolving rights with no established consensus, where States must also enjoy a margin of appreciation in the timing of the introduction of legislative changes*»³⁵².

È possibile leggere tra le righe che le due Corti, per ragioni diverse, si trovavano nella condizione di non poter agire: la prima per l'impossibilità di svolgere attività creativa in un ambito dove il riconoscimento di situazioni giuridiche soggettive nuove necessita di un confronto parlamentare, tanto più se la materia genera un dibattito con forti connotazioni etiche; nonostante la precisazione che, in relazioni ad ipotesi particolari, attraverso il controllo di ragionevolezza può garantire «un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale»³⁵³. La seconda, invece,

³⁴⁹ R. CONTI, *Convergenze (inconsapevoli o ... naturali) e contaminazioni tra giudici nazionali e Corte EDU: a proposito del matrimonio di coppie omosessuali*, cit., 579; ID., *Profili costituzionali del riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali alla luce di una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Corriere giuridico*, fasc. 4, 2011, 573.

³⁵⁰ Il riferimento era ad alcune pronunce in materia di convivenza *more uxorio*, in particolare: Corte costituzionale, sentenza del 24 marzo 1988, n. 404, in cui dichiarava, tra le altre, l'illegittimità costituzionale della disciplina delle locazioni degli immobili urbani, nella parte in cui non prevedeva tra i successibili nella titolarità del contratto di locazione, in caso di morte del conduttore, il convivente *more uxorio*; Corte costituzionale, sentenza 12 dicembre 1989, n. 559, in cui dichiarava l'illegittimità della disciplina delle assegnazioni degli alloggi di edilizia residenziale pubblica, nella parte in cui non prevedeva come causa di successione nell'assegnazione la cessazione della stabile convivenza.

³⁵¹ Le norme della Cedu prese in considerazione nel caso di specie sono in particolare: art. 8 (Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza); art. 12 (Uomini e donne, in età matrimoniale, hanno diritto di sposarsi e fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto).

³⁵² Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Schalk and Kopf c. Austria*, cit., par. 105.

³⁵³ Corte costituzionale, sentenza 14 aprile 2010, cit., par. 8.

nascondendosi dietro alla congettura del limitato consenso in materia di diritto al matrimonio per le coppie dello stesso sesso in Europa, mostrava la sua forte impotenza a garantire, tra gli altri diritti³⁵⁴, il rispetto del più generale principio di non discriminazione tutelato dall'art. 14 della Convenzione³⁵⁵.

Oltre alle argomentazioni in cui entrambe le Corti giustificavano il rigetto della questione, vi è un ulteriore passaggio interpretativo comune: la parte in cui le due Corti prendevano atto dell'evoluzione della società e delle dinamiche evolutive che hanno interessato la famiglia negli ultimi anni: al riguardo, per esempio la Corte costituzionale italiana sottolineava che «i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere cristallizzati con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore»³⁵⁶; allo stesso modo la Corte di Strasburgo, dando un'interpretazione evolutiva all'art. 12, che tutela il diritto al matrimonio, affermava che «[when] the Convention was adopted, in 1950s marriage was clearly understood in the traditional sense of being a union between partners of different sex (...). The exclusion of same-sex couples from entering into marriage did not serve to protect marriage or the family in the traditional sense. Nor would giving same-sex couples access to marriage devalue marriage in the traditional sense»³⁵⁷.

In ragione di tali osservazioni, dunque, da un lato la Consulta dichiarava che «l'unione omosessuale (...), intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso», costituisce a tutti gli effetti una «formazione sociale (...) idonea a favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione», di conseguenza spetta a tale coppia «il diritto fondamentale di vivere una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con connessi diritti e doveri»³⁵⁸: Dall'altro, la Corte europea ribadiva «as the institution of marriage had undergone considerable changes there was no longer any reason to refuse same-sex couples access to marriage», anche perché «the wording of Article 12 might be interpreted so as not to exclude the marriage between two men or two women»³⁵⁹. Nonostante ciò,

³⁵⁴ Cfr. P. PALLARO, *I diritti degli omosessuali nella Convenzione europea per i diritti umani e nel diritto comunitario*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, fasc. 1, 2000, 117.

³⁵⁵ L'art. 14 (Divieto di discriminazione) stabilisce che «Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione (...)».

³⁵⁶ Corte costituzionale, sentenza 14 aprile 2010, *cit.*, par. 9.

³⁵⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Schalk and Kopf c. Austria*, *cit.*, par. 44 e 47.

³⁵⁸ Corte costituzionale, sentenza 14 aprile 2010, *cit.*, par. 9.

³⁵⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Schalk and Kopf c. Austria*, *cit.*, par. 55.

entrambe, peraltro, precisavano che il riconoscimento delle unioni tra le persone dello stesso sesso può passare attraverso istituti giuridici diversi da quello del matrimonio, quasi a voler indicare almeno la via del premio di consolazione laddove non si riuscisse a superare la tradizione; oppure, rassicurare i più, scongiurando il pericolo di andare oltre l'interpretazione evolutiva e sconfinare in quella (temuta) creativa³⁶⁰.

2.1.2. Gli sviluppi del dialogo tra Cassazione, giudici di merito e giudice amministrativo in materia di trascrizioni matrimoniali

Aldilà delle numerose suggestioni che le pronunce appena esaminate hanno creato³⁶¹, va preso atto del forte eco che le stesse hanno prodotto: in tempi brevissimi, infatti, le parole delle due Corti si sono diffuse nelle aule dei tribunali sia dei giudici comuni che delle alte corti civili e amministrative, creando un non poco disordine soprattutto per la pluralità di questioni che il vuoto legislativo solleva.

In prima battuta si terranno in considerazione gli sviluppi giurisprudenziali registrati in materia di trascrizione dei matrimoni tra persone dello stesso sesso legalmente contratti all'estero. Al riguardo, il riferimento immediato è alla sentenza n. 4184 del 2012 con cui la Corte di Cassazione si trovava a decidere sull'iscrizione nel registro dello stato civile di un matrimonio contratto all'estero da persone dello stesso sesso³⁶². A tal proposito il giudice

³⁶⁰ Cfr. A. D'ALOIA, *Omosessualità e Costituzione. La tormentata ipotesi del matrimonio tra persone dello stesso sesso davanti alla Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it. Al riguardo l'A. nota che «l'elasticità della struttura dispositiva delle norme costituzionali (...), non è senza limiti o priva di elementi di precisazione e di orientamento dell'attività interpretativa (...), il modello costituzionale resta inclusivo ma non interamente fungibile con altri schemi relazionali». In una prospettiva diversa, cfr. M. GATTUSO, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, Vol. II, Giuffrè, Milano, 2011, 855 ss., in cui l'A. rileva, invece, che «l'ancoraggio alle tradizioni non è in grado d'opporre la necessaria resistenza avverso rischi di incrinature del tessuto costituzionale (...). Il pericolo di uno "scivolamento" dovrebbe essere prevenuto, piuttosto, ponendo il limite su basi razionali di rigoroso bilanciamento degli interessi». Tale argomento mira soprattutto a contrastare la cosiddetta teorica del piano inclinato in base alla quale l'estensione del matrimonio alle coppie dello stesso sesso, oltre a snaturare il nucleo essenziale dell'istituto, ossia l'eterosessualità, aprirebbe la porta ai matrimoni incestuosi, ai matrimoni tra i minori, ecc.

³⁶¹ L. CONTE, *"Impara una quantità di cose dai dotti": la vicenda del matrimonio omosessuale davanti alla Corte costituzionale e nello "specchio" della dottrina*, in M. CAVINO, C. TRIPODINA (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: «casi difficili» alla prova*, cit., 117.

³⁶² M. DI BARI, *Considerazioni a margine della sent. 4184/2012 della Corte di cassazione: la Cassazione prende atto di un trend europeo consolidato nel contesto delle coppie same - sex anche alla luce della sent. n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in www.rivistaaic.it; L. FRANCO, *Autonomia della famiglia e identità personale*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2012; B. PEZZINI, *La sentenza n. 4184/2012 della Corte di cassazione in una prospettiva costituzionale: il paradigma eterosessuale incrinato e la faticosa rielaborazione di categorie concettuali*, in www.dspace-roma3.caspur.it; I. MASSA PINTO, *"Fiat*

della legittimità, prendendo atto dell'evoluzione della giurisprudenza sovranazionale e della disciplina in materia di diritto di famiglia di alcuni paesi europei, giungeva ad affermare che non si può più ritenere il matrimonio tra persone dello stesso sesso sia viziato da inesistenza o nullità giuridica, e che l'interpretazione originalista dell'art. 29 Cost., proposta dalla Corte costituzionale, deve considerarsi superata visto che non è possibile sostenere che la norma costituzionale sia stata scritta per impedire il riconoscimento di tali unioni³⁶³. Al contrario, uno dei caratteri fondamentali delle Costituzioni è la loro capacità di durare nel tempo, e da ciò inevitabilmente discende la loro idoneità a «rispondere ad esigenze neppure ipotizzabili da coloro che le hanno un tempo elaborate»³⁶⁴.

Nonostante l'impossibilità di superare la lettera di numerose disposizioni di legge³⁶⁵, il giudice della legittimità affermava un principio che diventerà poi oggetto di richiamo da parte di tutta la giurisprudenza di merito successiva³⁶⁶, ovvero sia che «l'intrascrivibilità delle unioni omosessuali dipende - non più dalla loro "inesistenza" e neppure dalla loro "invalidità", ma - dalla loro inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio appunto, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano»³⁶⁷. In questo modo, anche se utilizzava una nuova categoria, «quella della inidoneità, di incerta individuazione sul piano

*matrimonio!" L'unione omosessuale all'incrocio del dialogo tra Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di Cassazione: può una sentenza della Corte di cassazione attribuire a (un inciso) una sentenza della Corte europea il potere di scardinare «una consolidata e ultramillenaria tradizione (superando anche il giudizio costituzionale)?», in www.rivistaaic.it; C. SGOBBO, *Il matrimonio celebrato all'estero tra persone dello stesso sesso: la Cassazione abbandona la qualifica di "atto inesistente" approdando a quelle di "non idoneo a produrre effetti giuridici nell'ordinamento interno"*, in *Giustizia civile*, fasc. 13, 2013, 2183.*

³⁶³ G. BRUNELLI, *Matrimonio same-sex e unioni civili: alla ricerca di una tutela costituzionale e sovranazionale*, in www.forumcostituzionale.it, 2 ss. Ad avviso dell'A. l'interpretazione originalista dell'art. 29 Cost. seguita dalla Corte costituzionale nella sentenza 138 del 2010 può essere ricondotta a tutta quella serie di elementi «che consentono al giudice delle leggi di non misurarsi con la vera domanda di fondo che dovrebbe porsi: se esista, ed eventualmente quale sia, un interesse costituzionale concorrente che giustifichi il divieto di matrimoni *same-sex*».

³⁶⁴ P. VERONESI, *Costituzione, "strane famiglie" e "nuovi matrimoni"*, *cit.*, 585.

³⁶⁵ Nonostante la diversità di sesso dei nubendi non sia indicata in maniera espressa negli art. 84 e ss. del codice civile come condizione necessaria per contrarre matrimonio, in numerose altre disposizioni si ritrova il richiamo ai due contraenti del matrimonio, "marito" e "moglie",: artt. 107, 108, 143, 143 bis e 156 bis c.c., e corrispondenti disposizioni relative ai casi di scioglimento del matrimonio. (Cfr. Corte Appello di Milano, Sez. Famiglia, sentenza del 6 novembre 2015, n. 2286).

³⁶⁶ Cfr. Tribunale di Bologna, ordinanza del 10 novembre 2014; Tribunale di Roma, sez. Lavoro, 17 giugno 2014, n. 63571; Tribunale di Milano, Sez. IX, sentenza 2 luglio 2014; Tribunale di Grosseto, 26 febbraio 2015; Corte di Appello di Napoli, ordinanza 13 marzo 2015; Corte di Appello di Milano, Sez. famiglia, sentenza 6 novembre 2015; n. 2286.

³⁶⁷ Corte di Cassazione, Sez. I civile, sentenza 15 marzo 2012, *cit.*, par. 2.2.2.

strettamente giuridico (...), [sembrava] alludere ad un futuro superamento della situazione, in una prospettiva di apertura»³⁶⁸.

Se lo sforzo (lodevole) compiuto dalla Cassazione non è stato in grado di creare basi giuridiche per estendere la disciplina in materia di trascrizione del matrimonio a quelle coppie che, per contrarlo legalmente, si recano all'estero; non si vede come la stessa avrebbe mai potuto dare un fondamento normativo alle richieste di pubblicazioni matrimoniali provenienti dalle stesse coppie: ciò avrebbe comportato uno sforzo interpretativo oltre la creatività pretoria consentita³⁶⁹.

Ciò nonostante, è bene ricordare che sui giudici ordinari il dovere di interpretazione convenzionalmente orientata³⁷⁰, ovverosia il dovere di compiere «un'operazione di omogeneizzazione [attraverso] un'interpretazione delle norme non solo costituzionalmente orientata ma anche convenzionalmente conforme»: questa attività potrebbe, infatti, fornire «un grado di protezione e tutela equiparabile a quello matrimoniale in tutte le situazioni nelle quali la mancanza di una disciplina legislativa determina una lesione dei diritti fondamentali»³⁷¹.

³⁶⁸ G. BRUNELLI, *Matrimonio same-sex e unioni civili: alla ricerca di una tutela costituzionale e sovranazionale*, cit., 4.

³⁶⁹ La conferma di ciò viene da una decisione della stessa Cassazione che rigetta la richiesta di pubblicazioni matrimoniali avanzata da parte di una coppia di persone dello stesso sesso. Quasi a voler fermare l'evoluzione iniziata precedentemente, la stessa ribadisce che il nucleo essenziale del matrimonio risiede nel paradigma eterosessuale. (Cfr. Corte di Cassazione, sentenza 9 febbraio 2015, n. 2400).

³⁷⁰ Al proposito è utile ricordare che, in seguito alle sentenze gemelle, attraverso le pronunce, Corte costituzionale, sentenza 16 novembre 2009, n. 311 e sentenza 30 novembre 2009, n. 317, venivano meglio definite le posizioni del giudice comune e della Corte costituzionale in relazione alla Cedu. Il giudice delle leggi se, da un lato, ribadiva il suo ruolo di giudice di legittimità, in particolare quando si tratta di sindacare quelle norme della Cedu contrarie ai principi costituzionali e da cui scaturisce un livello di protezione dei diritti fondamentali inferiore rispetto alla tutela offerta dalla normativa nazionale (sent. n. 317/2011); dall'altro, invitava il giudice comune a procedere ad un'interpretazione della norma interna conforme, oltre che alla Costituzione, alla Convenzione prima di sollevare una questione di legittimità costituzionale (sent. n. 311/2011). Tale orientamento è stato recentemente ribadito dalla Consulta con le seguenti specificazioni: «a fronte di una pluralità di significati potenzialmente compatibili con il significante, l'interprete è tenuto a collocare la singola pronuncia del flusso continuo della giurisprudenza europea»; in aggiunta «il dovere di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU (...), è ovviamente subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme»; Corte costituzionale, sentenza 14 gennaio 2015, n. 49. La letteratura sul punto è sconfinata, si segnalano: R. CONTI, *La Corte assediata?*, in www.giurcost.org; A. RUGGERI, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU*, in www.forumcostituzionale.it; D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in www.forumcostituzionale.it; V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in www.penalecontemporaneo.it.

³⁷¹ Corte di Cassazione, sentenza 9 febbraio 2015, cit.

Dunque, attraverso la via dell'interpretazione conforme³⁷² si potrebbe intravedere la luce infondo al tunnel, sebbene non si è certi della via per arrivarci: la direzione è tutta da inventare, più che scoprire. Il riferimento metaforico vuole fare da premessa per l'esame degli effetti che il sopra esaminato tira e molla giurisprudenziale ha prodotto nelle aule dei tribunali comuni. La giurisprudenza di merito continua a trovarsi in una posizione a dir poco spiacevole: la permanenza del vuoto legislativo e l'impossibilità di creare, attraverso la via pretoria, un regime legale per la tutela delle coppie formate da persone dello stesso sesso rende impraticabile, dal punto di vista concreto, qualsiasi forma di interpretazione convenzionalmente conforme. Se il giudice ordinario volesse andare oltre «il prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme» e rivedere «il [tradizionale] predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu»³⁷³ in materia di diritto di famiglia, verrebbe additato come un attivista che invade il campo riservato alla discrezionalità del Parlamento, luogo dove le decisioni non dovrebbero essere solo il risultato della scelta maggioritaria.

Tra le numerose decisioni che di recente hanno interessato la materia di cui si discute³⁷⁴, la trascrizione dei matrimoni contratti all'estero da persone dello stesso sesso può essere considerata una delle tante gocce che ha fatto traboccare il vaso³⁷⁵.

Al riguardo, vale la pena esaminare, *in primis*, la pronuncia del Tribunale di Grosseto del 26 febbraio 2015³⁷⁶. La decisione interviene in un momento successivo all'adozione della

³⁷² M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche interpretative*, Giappichelli, Torino, 2009;

³⁷³ Al riguardo si vedano le seguenti pronunce: Corte costituzionale, sentenze 22 ottobre 2007, nn. 348 e 349; sentenza 14 gennaio 2015, *cit.*

³⁷⁴ Sul tema, cfr. A. CARIOLA, *Famiglie e convivenze: il rilievo costituzionale comporta la giuridicizzazione dei rapporti interni*, in *Diritto delle famiglie e delle persone*, fasc. 3, 2015, 1025; L. LORELLO, *Coppie omosessuali e tutela costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2013; F. MANNELLA, *I diritti delle unioni omosessuali: aspetti problematici e casistica giurisprudenziale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013; F. MASTROMARTINO, *Il matrimonio conteso: le unioni omosessuali: il matrimonio omosessuale davanti ai giudici delle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013; T. TORINO, *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali: diritto comparato, europeo e italiano*, Giappichelli, Torino, 2012.

³⁷⁵ Sul tema, cfr. S. ARENA, *Particolarità riguardante la trascrizione in Italia di atti formati in Italia o all'estero*, in *Lo stato civile italiano*, fasc. 8, 2011, 4; G. NENCINI, *La trascrizione dei matrimoni "same sex" celebrati all'estero*, in *Lo stato civile italiano*, fasc. 9, 2015, 14; ID., *La trascrizione dei matrimoni celebrati all'estero davanti all'autorità locale*, in *Lo stato civile italiano*, fasc. 2, 2010, 12; M. M. WINKLER, *Ancora sul rifiuto di trascrizione in Italia di same-sex marriage straniero: l'ennesima occasione mancata*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, fasc. 3, 2011, 1239.

³⁷⁶ Tribunale di Grosseto, ordinanza 26 febbraio 2015, (Pres. V. PEDONE). Per un commento, cfr. A. M. BENEDETTI, *Giurisprudenza creativa o illusoria? Prima riflessione su tribunale di Grosseto: a proposito di trascrizione del matrimonio omosessuale celebrato all'estero*, in www.dirittocivilecontemporaneo.com.

cosiddetta “Circolare Alfano” del 7 ottobre 2014³⁷⁷, ma precedente alla pronuncia *Oliari e altri c. Italia* della Corte di Strasburgo³⁷⁸ e alla nota decisione del Consiglio di Stato del 26 ottobre 2015³⁷⁹. Il giudice ordina la trascrizione nel registro dello stato civile di Grosseto del matrimonio celebrato a New York da una coppia formata da persone dello stesso sesso. Il tribunale prima di giungere a tale decisione ripercorre la vicenda delle trascrizioni degli atti in questione, collegando gli sviluppi giurisprudenziali interni con quelli internazionali, al fine di individuare l’interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme per il caso in esame.

A tal proposito, il giudice ordinario ricorda uno dei principali passaggi argomentativi della sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo nel caso *Schalk and Kopf c. Austria*, ovvero: «*the Court would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex*»³⁸⁰. In secondo luogo, lo sguardo si sposta sulla casistica nazionale che gli permette di ripetere ciò che qualche anno prima aveva affermato la Corte Cassazione, ossia che « se il matrimonio fosse contrario all’ordine pubblico (...) giuridicamente si dovrebbe rendere ragione di come sia possibile al giorno d’oggi che il loro stare insieme sia ritenuto una minaccia per la società italiana»³⁸¹.

Preso atto che il matrimonio tra persone dello stesso sesso «non è né vietato né considerato inesistente, né contrario all’ordine pubblico», il Tribunale di Grosseto, con una lucida logica, si potrebbe dire, afferma che «l’intrascrivibilità del matrimonio tra persone dello stesso sesso celebrato validamente (...) si traduce nel mancato riconoscimento di uno *status* acquisito validamente all’estero che l’individuo ha diritto a vedersi riconosciuto in quanto tale a prescindere da ogni ulteriore considerazione sul fatto che da questo diritto possano sorgere un complesso di diritti e doveri che costituiscono appunto il rapporto». Dal momento che non esistono dubbi sull’inclusione delle coppie dello stesso sesso nella «realtà giuridico-sociale» della famiglia, ad avviso dello stesso giudice, non può negarsi il diritto a costituirne un nucleo familiare adducendo giustificazioni di natura lessicale, cioè

³⁷⁷ G. IORIO, *La “Circolare Alfano” del 7 ottobre 2014 sulla trascrizione dei matrimoni fra persone dello stesso sesso celebrati all’estero: poche luci e molte ombre*, in *Lo stato civile italiano*, fasc. 4, 2015, 7.

³⁷⁸ Corte europea dei diritti dell’uomo, caso *Oliari e altri c. Italia*, *cit.*

³⁷⁹ Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza del 26 ottobre 2015, n. 4897.

³⁸⁰ Corte europea dei diritti dell’uomo, caso *Schalk and Kopf c. Austria*, *cit.*, par. 61.

³⁸¹ La Cassazione giungeva a negare la trascrizione per il seguente motivo: «l’intrascrivibilità (...) dipende non già dalla sua contrarietà all’ordine pubblico, ai sensi dell’art. 18 del d.P.R. n. 396 del 2000 (...), ma dalla previa e più radicale ragione (...) della sua non riconoscibilità come atto di matrimonio nell’ordinamento italiano». (Cfr. Corte di Cassazione, Sez. I civile, sentenza 15 marzo 2012, *cit.*, par. 2.2.3).

in ragione dei termini, “marito” e “moglie”, utilizzati dalle norme che disciplinano il rapporto matrimoniale.

A ben vedere tutte queste argomentazioni hanno uno scopo ben preciso, dare le basi ad una interpretazione che, calando l’ordinamento italiano nel contesto sovranazionale, sia rispettosa degli obblighi derivanti dal sistema di protezione dei diritti umani istituito dal Consiglio d’Europa e, dunque, dal *living instrument* della Convenzione europea.

In particolare, il tribunale di Grosseto si preoccupa di interpretare la questione sottopostagli anche alla luce del generale principio di non discriminazione (art. 14 Cedu) che definisce un «imperativo sociale che (...) consente, ove sia proporzionale allo scopo, la diversità di trattamento di situazioni analoghe». Nel caso in questione, il collegio dubita che possa essere consentita una discriminazione basata sull’orientamento sessuale, specificando che «le differenze basate sull’orientamento sessuale richiedono giustificazioni particolarmente pregnanti», ad avviso dello stesso, infatti, non può ritenersi soddisfatto tale requisito adducendo come motivo (superficiale) l’utilizzo delle espressioni “marito” e “moglie”³⁸².

Lasciando da parte le questioni che riguardano il complesso intreccio tra diritto all’identità sessuale e diritto all’orientamento sessuale su cui si ritornerà in relazione alla disputa sul cosiddetto divorzio imposto; è importante precisare che la pronuncia appena esaminata riflette solo uno degli orientamenti espressi dalla giurisprudenza di merito, ricordando tuttavia che i casi di rifiuto della trascrizione dell’atto estero da parte dell’ufficiale dello stato civile risultano in numero minore rispetto a tutti quei casi in cui, invece, si è dato seguito alla richiesta avanzata dalla coppia dello stesso sesso validamente sposata all’estero³⁸³.

In ogni caso, accanto a questa decisione che ha ordinato la trascrizione nei registri dello stato civile dei matrimoni celebrati all’estero da una coppia formata da persone dello stesso sesso, si sono registrate pronunce che hanno negato la sussistenza di tale diritto³⁸⁴: vale la

³⁸² Tribunale di Grosseto, ordinanza del 26 febbraio 2015, *cit.*. Tale provvedimento è stato annullato in sede di reclamo dalla Corte di appello di Firenze, con decreto del 19 settembre 2014.

³⁸³ C. A. CIARALLI, *Lo Stato vieta, i sindaci consentono. La crisi del paradigma eterosessuale del matrimonio*, in *Istituzioni del federalismo*, fasc. 1, 2015, 173.

³⁸⁴ Al proposito si rinvia a T.A.R. Roma (Lazio), Sez. I, 9 marzo 2015, n. 3912 che nel valutare la natura del provvedimento prefettizio di annullamento delle trascrizioni nel registro dello stato civile dei matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all’estero, non si avvale di un’interpretazione positiva delle diverse pronunce registrate sul tema ed afferma che “allo stato dell’attuale normativa (...), le coppie omosessuali non vantano in Italia né un diritto a contrarre matrimonio, né la pretesa alla trascrizione di unioni celebrate all’estero, anche se le unioni tra persone dello stesso sesso non possono essere considerate contrarie

pena sottolineare che, in alcuni casi, la trascrizione sia stata riconosciuta alle sole coppie straniere, giustificando la disparità di trattamento con il motivo dell'inerzia del legislatore, e specificando come lo stesso più volte sia esortato a legiferare in materia.

Un simile orientamento è stato espresso dalla Corte di appello di Napoli che nell'accettare la richiesta di una coppia dello stesso sesso straniera, ha affermato che «la trascrizione del matrimonio di coniugi stranieri residenti in Italia (...), non può incontrare alcun limite, opponibile dall'amministrazione dello Stato di residenza, nemmeno riferito all'appartenenza di genere della coppia coniugata. Né può configurarsi una disparità di trattamento "a contrario" nel senso che il matrimonio *same sex* di cittadini stranieri avrebbe maggiore tutela (allo stato inesistente) delle coppie omoaffettive italiane»³⁸⁵.

Il carattere controverso di questi sviluppi giurisprudenziali, conseguente ad interpretazioni convenzionalmente conformi diverse spiega l'esistenza di un disordine, che si potrebbe definire multidisciplinare, in ragione degli aspetti normativo, giudiziario, politico e amministrativo di cui si caratterizza. Difatti, sulla questione in esame è intervenuto anche un provvedimento del Ministero dell'Interno, "la circolare Alfano", che indirizzata a tutti i Prefetti della Repubblica, ordinava l'annullamento degli di trascrizione nei registri dello stato civile dei matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all'estero fino a quel momento emanati³⁸⁶.

Al fine di chiudere il cerchio del dialogo nazionale generato dal livello sovranazionale (principalmente con il caso *Schalf and Kopf*) va considerata un'ulteriore pronuncia, quella del Consiglio di Stato del 26 ottobre 2015³⁸⁷, che demolisce tutti gli sforzi registrati in precedenza. Anche se tale decisione presenta molteplici aspetti di interesse, che provano il carattere multidisciplinare della materia; in questa sede si farà riferimento alla sola «censura relativa alla trascrivibilità in Italia di matrimoni omosessuali contratti all'estero», lasciando fuori l'oggetto dell'appello principale inerente al «potere del prefetto di annullare le loro trascrizioni»³⁸⁸.

all'ordine pubblico». (Cfr. F. V. VIRZÌ, *La trascrizione del matrimonio omosessuale e la potestà amministrativa di autotutela dinanzi all'atto di certezza*, in www.forumcostituzionale.it).

³⁸⁵ Nello stesso senso, Corte Appello di Napoli, ordinanza del 13 marzo 2015.

³⁸⁶ Sulla natura e contenuto della circolare, cfr. L. V. LO GIUDICE, *Sulla trascrizione dei matrimoni omosessuali all'estero. Considerazioni a margine della circolare del 7 Ottobre 2014 emessa dal ministero dell'interno*, in www.ildirittoamministrativo.it.

³⁸⁷ Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza del 26 ottobre 2015, n. 4897.

³⁸⁸ Consiglio di Stato, *cit.*, par. 2. Sul punto si veda: L. ATTADEMO, *La trascrivibilità di un matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Giurisprudenza italiana*, fasc. 7, 1611; F. IELO, *Il Prefetto difetta del potere di*

In primo luogo, il giudice amministrativo attua una ricognizione dei principi e delle regole che governano la trascrizione degli atti di matrimonio celebrati in altri ordinamenti³⁸⁹, alla fine della quale accerta «l'inesistenza, alla stregua dell'ordinamento positivo, di un diritto alla trascrizione di matrimoni omosessuali celebrati all'estero (e, quindi, la legittimità della circolare del Ministro dell'interno che le vieta)»³⁹⁰. Dopo tale disamina, il Consiglio di Stato ripercorre la giurisprudenza interna e sovranazionale in materia di diritto al riconoscimento della vita familiare per le coppie formate da persone dello stesso sesso. Tale esame produce i seguenti passaggi argomentativi: in relazione alla sentenza *Oleari e altri c. Italia*, egli afferma che, fermo restando la violazione della Cedu da parte dell'ordinamento italiano per mancanza di una disciplina che assicuri una protezione delle unioni formate da persone dello stesso sesso, si è «lungi dall'affermare l'obbligo per la Repubblica di riconoscere il matrimonio omosessuale». Ad avviso del Consiglio di Stato, la Corte di Strasburgo non rileva la violazione del diritto al matrimonio tradizionalmente inteso, anche perché «l'eventuale ammissione di quello omosessuale (...) rientra nel perimetro del margine di apprezzamento e, quindi, della discrezionalità riservata agli Stati contraenti»³⁹¹.

In relazione al diritto dell'Unione europea, l'esame riguarda la possibile violazione delle libertà di circolazione e di soggiorno (art. 21 della Carta di Nizza; artt. 18, 20, 21 del TFUE) che, tuttavia, verrebbe sanata attraverso il generale principio di disapplicazione della normativa interna a vantaggio di quella europea. In aggiunta, il giudice rileva che la disciplina legislativa del matrimonio e l'individuazione dei presupposti del riconoscimento giuridico dei matrimoni celebrati all'estero rientrano nella discrezionalità degli Stati e, sono «del tutto estranee al perimetro della regolamentazione europea». Inoltre pur volendo farle rientrare nel diritto comunitario, la competenza spetta «in via esclusiva alla sovranità

annullare le trascrizioni di matrimoni contratti all'estero da persone omosessuali, in *Giornale di diritto amministrativo*, fasc. 3, 2015, 389.

³⁸⁹ La disamina ha per oggetto le norme di diritto internazionale privato (L. 218 del 1995), le norme codicistiche in materia di condizioni, validità ed efficacia del matrimonio (artt. 107, 108, 115, 143, 143 *bis*, 156 *bis*, c.c.), e infine quelle regolamentari dello stato civile (art. 64 del d. P. R. 3 novembre 2000, n. 396). Queste ultime, ad avviso del Consiglio di Stato, impediscono «all'ufficiale dello stato civile la trascrizione dei matrimoni omosessuali celebrati all'estero, per il difetto della condizione relativa alla dichiarazione degli sposi di volersi prendere rispettivamente in marito e moglie».

³⁹⁰ Consiglio di Stato, *cit.*, par. 2.3.

³⁹¹ Consiglio di Stato, *cit.*, par. 2.

nazionale, di talché resta inconfigurabile (...) qualsivoglia violazione delle libertà di circolazione e di controllo»³⁹².

A ben vedere, l'obbligo di protezione delle coppie formate da persone dello stesso sesso - come affermato dalla Corte di Strasburgo e come ricordato dallo stesso giudice amministrativo - dovrebbe significare (probabilmente) che a tali unioni deve essere assicurato il godimento degli stessi diritti garantiti alle coppie legalmente riconosciute. Dunque, il Consiglio di Stato, soffermandosi sulle sole libertà comunitarie classiche, sembra dimenticare uno dei principi portanti dell'ordinamento europeo, ossia il divieto di discriminazione che, attraverso la direttiva n. 78 del 2000, è stato esteso anche all'orientamento sessuale. Tuttavia, le ragioni della mancata considerazione di tale norma possono essere ricavate dalla norma stessa, ossia dal considerando n. 22 che esclude la sua applicazione in relazione alle regole nazionali in materia di stato civile e prestazioni³⁹³; anche se, peraltro, si dubita che il giudice amministrativo non ne avrebbe dato conto.

Il passaggio della sentenza che genera maggiori perplessità è quello in cui il Collegio di Stato afferma che «non appare, in definitiva, configurabile, allo stato del diritto convenzionale europeo e sovranazionale, nonché della sua esegesi ad opera delle Corti istituzionalmente incaricate della loro interpretazione, un diritto fondamentale della persona al matrimonio omosessuale, sicché il divieto dell'ordinamento nazionale di equiparazione di quest'ultimo a quello eterosessuale non può giudicarsi configgente con i vincoli contratti dall'Italia a livello europeo o internazionale».

A tal proposito, pare che il giudice - per escludere la configurabilità del «diritto al matrimonio omosessuale» come diritto fondamentale - abbia fatto ricorso ad una interpretazione creativa oltreché (dis)evolutiva della giurisprudenza delle Corti europee, mostrando, in tal modo, una sorta di attivismo al contrario. Inoltre, lo stesso collegio giudicante sembra dimenticare un dato sovranazionale importante: ossia che la disciplina del «matrimonio eterosessuale» sia stata estesa alle coppie formate dalle persone dello

³⁹² Consiglio di Stato, *cit.*, par. 2.6.

³⁹³ Direttiva del Consiglio, 27 novembre 2000, n. 78, (2000/78/CE), considerando n. 22: «la presente direttiva lascia impregiudicate le legislazioni nazionali in materia di stato civile e le prestazioni che ne derivano». Sul punto la Corte di Giustizia, nel noto caso *Maruko*, ha precisato «è vero che lo stato civile e le prestazioni che ne derivano costituiscono materie che rientrano nella competenza degli Stati membri e il diritto comunitario non pregiudica tale competenza. Tuttavia, occorre ricordare che gli Stati membri, nell'esercizio di detta competenza, devono rispettare il diritto comunitario, in particolare le disposizioni relative al principio di non discriminazione». Per un commento, cfr. M. B. BARALDI, *La pensione di reversibilità al convivente registrato dello stesso sesso: prima applicazione positiva della direttiva 2000/78/CE*, in *Famiglia e Diritto*, 2008, 653.

stesso sesso in numerosi ordinamenti europei proprio al fine di tutelare quel diritto fondamentale della persona (e le altre situazioni giuridiche soggettive che ne derivano) di cui lo stesso nega la configurabilità.

A ben vedere, questi passaggi argomentativi sembrano servire al Consiglio di Stato per dare delle basi (in)certe ad una decisione presa sin dal principio. In altri termini, se l'obiettivo era quello di affermare l'esclusiva competenza del legislatore in tale materia, avrebbe potuto utilizzare argomenti ben giuridici, invece di affermare "l'inconfigurabilità di un diritto (di genesi nazionale o sovranazionale) al matrimonio omosessuale». In tal modo, ha finito per dare «un'opzione ermeneutica creativa» che egli stesso sembrava non ricondurre nelle sue competenze perché «non imposta da vincoli costituzionali o (latu sensu) internazionali», e oltretutto preclusagli dal «dibattito politico e culturale in corso in Italia»³⁹⁴.

La decisione del Consiglio di Stato appare deludente sotto ulteriori punti di vista: in particolare, non tiene in considerazione che la mancata trascrizione di atti validamente conclusi all'estero finisce per ripercuotersi sul godimento di altri diritti. Per comprendere la portata di tale osservazione è utile il riferimento ad una decisione in cui il Tribunale di Reggio Emilia³⁹⁵ si pronunciava sul provvedimento di diniego di rilascio della carta di soggiorno ad un cittadino uruguayano che assumeva di essere coniugato con un cittadino italiano. Entrambi avevano contratto regolare matrimonio in Spagna e, successivamente, avevano deciso di trasferire la loro residenza nel nostro paese. Nel caso di specie, il giudice doveva valutare se la condizione del ricorrente poteva farsi rientrare nell'ambito di applicazione del Dlgs. 6 febbraio 2007, n. 30, emanato in applicazione della Direttiva CE 2004/38, che tutela il diritto all'ingresso e al soggiorno per ricongiungimento familiare del cittadino extracomunitario con il cittadino italiano³⁹⁶. Il caso appariva particolarmente problematico per l'intreccio tra una norma sovranazionale, la Direttiva 2004/38 avente come finalità la tutela della libera circolazione in ambito europeo, e la legislazione nazionale in materia di famiglia.

³⁹⁴ Consiglio di Stato, *cit.*, parr. 2.7- 2.8.

³⁹⁵ Tribunale di Reggio Emilia, Sez. I, 13 gennaio 2012. Per un commento, cfr. R. DE FELICE, *Osservazioni a trib.*, 13 febbraio 2012, in *Diritto di famiglia*, fasc. 4, 2012, 1651.

³⁹⁶ Sul tema si segnalano: V. DE LISA, *Ricongiungimento familiare di una coppia omosessuale*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, fasc. 10, 2007, 1171; L. PASCUCI, *Coppie di fatto: un limite al ricongiungimento familiare?*, in *Famiglia e diritto*, fasc. 11, 1042.

Tuttavia, l'esame del Tribunale verteva sul significato del termine "coniuge" adoperato prima dal legislatore europeo e, dopo, da quello nazionale, e sulla diversificazione operata con l'uso del termine "*partner*". Nella sostanza, si trattava di comprendere se la normativa avesse presupposto «una nozione di coniuge che comprende soltanto i membri di coppie sposate di diverso genere; se [avesse] inteso riferirsi alla nozione di "coniuge" secondo le normative nazionali (legge nazionale dei coniugi) o, ancora, del paese di provenienza³⁹⁷.

Il giudice, oltre a tener chiaro il discrimine tra la libertà di circolazione e il diritto di famiglia, cercava la soluzione, *in primis*, guardando all'ordinamento sovranazionale (compreso quello convenzionale) e, in particolare, rilevava come la Carta di Nizza nel prevedere il diritto al matrimonio (art. 9) si era ispirata alla cosiddetta regola *neutral gender* che escludeva alla radice uno sforzo interpretativo che limitasse il termine "coniuge" alle sole coppie sposate di diverso genere. Tale conclusione veniva supportata anche da un'ulteriore constatazione, ossia che alcuni ordinamenti avevano già esteso il diritto al matrimonio alle coppie formate da persone dello stesso sesso, mentre altri avevano disciplinato le unioni civili. Per tali ragioni, dunque, il tribunale, accogliendo la richiesta di rilascio della carta di soggiorno, sceglieva di bilanciare «la relazione tra la libertà di circolazione all'interno dell'Unione e l'efficacia del matrimonio tra persone dello stesso sesso nei Paesi in cui essi non è consentito»³⁹⁸, a vantaggio della prima; anche perché, ad avviso dello stesso, interpretare l'art. 2, n. 1, Dlgs. n. 30/2004, «nel senso che il "coniuge" del cittadino dell'Unione europea sia titolare del diritto riconosciuto dalla direttiva soltanto qualora la legislazione dello stato membro equipari l'unione ... al matrimonio, configura un'opzione ermeneutica non consentita»³⁹⁹. Tale decisione verrà presa poi in considerazione dalla Corte di Strasburgo nel caso *Oliari c. Italia* (analizzato in seguito) nella valutazione del «diritto e la prassi interni pertinenti»⁴⁰⁰.

Dall'esame appena condotto emerge che la situazione di incertezza in cui versano le coppie formate da persone dello stesso sesso nel nostro ordinamento sia stata causata, in partenza, dal vuoto legislativo e, successivamente, dalla pluralità dei punti di vista giurisprudenziali che spesso hanno spostato il baricentro della questione, oltretutto provocare un arretramento in termini di tutela rispetto agli altri ordinamenti europei.

³⁹⁷ Tribunale di Reggio Emilia, Sez. I, 13 gennaio 2012, *cit.*, par. 3.

³⁹⁸ R. DE FELICE, *Osservazioni a trib.*, 13 febbraio 2012, *cit.*, 5

³⁹⁹ Tribunale di Reggio Emilia, Sez. I, 13 gennaio 2012, *cit.*, par. 3. 1.

⁴⁰⁰ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Oliari e altri c. Italia*, *cit.*, par. 37.

2.1.3. L' *àut àut* di Strasburgo: il caso *Oliari c. Italia*

Una breve analisi dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo costituisce un passaggio *ex post* obbligato, soprattutto in questo punto della trattazione. Al riguardo, il caso *Oliari c. Italia*⁴⁰¹, «la cui portata e le relative conseguenze si apprezzano pienamente solo se analizzate alla luce delle situazioni e degli episodi che hanno puntellato [il] lungo percorso giurisprudenziale»⁴⁰², si pone proprio in questa prospettiva.

Il fulcro della decisione ruota intorno all'art. 8 della Cedu che tutela il diritto al rispetto della vita privata e familiare⁴⁰³, più che intorno all'art. 12 che riconosce il diritto al matrimonio⁴⁰⁴. La norma in questione tutela gli individui nella loro vita privata e familiare⁴⁰⁵, con il duplice obiettivo: di escludere qualsiasi interferenza da parte delle autorità pubbliche e di creare un obbligo positivo nei confronti degli ordinamenti nazionali affinché tale diritto possa essere tutelato nel suo concreto esercizio. Nell'attuazione di tale obbligo positivo gli Stati godono di un certo margine di decisione che, ad avviso della Corte, «nel contesto della vita privata, qualora sia in gioco un aspetto particolarmente importante dell'esistenza, o dell'identità della persona, il margine consentito allo Stato sarà ristretto». Tuttavia, il margine di apprezzamento⁴⁰⁶ risulta particolarmente ampio «qualora

⁴⁰¹ Per un commento a tale decisione si segnalano: F. ALICINO, *Le coppie dello stesso sesso. L'arte dello Stato e lo stato della giurisprudenza*, in www.forumcostituzionale.it; C. DANISI, *Il diritto al rispetto della vita familiare impone l'obbligo di riconoscere giuridicamente la relazione tra due persone dello stesso sesso*, in www.articolo29.it; L. FERRARO, *Il caso Oliari e la inevitabile condanna dell'Italia da parte della Corte EDU*, in www.edizioniesi.it; C. NARDOCCI, *Dai moniti del giudice costituzionale alla condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo. Brevi note a commento della sentenza Oliari e altri c. Italia*, in www.forumcostituzionale.it; L. SCAFFIDI RUNCHELLA, *Utreya coppie same -sex. La Corte europea dei diritti umani sul caso Oliari e altri v. Italia*, in www.articolo29.it.

⁴⁰² F. ALICINO, *Le coppie dello stesso sesso. L'arte dello Stato e lo stato della giurisprudenza*, cit., 1.

⁴⁰³ Si ricorda che l'art. 8 della Convenzione stabilisce: «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

⁴⁰⁴ Si ricorda che l'art. 12 della Convenzione stabilisce: «A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto».

⁴⁰⁵ La norma in oggetto è stata più volte protagonista di un'interpretazione di carattere evolutiva, per esempio la Corte ha fatto rientrare nel diritto al rispetto della vita privata e familiare, per esempio il diritto a vivere in un ambiente salubre. (Cfr. M. DE SALVIA, *Ambiente e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, fasc. 2. 1997, 246).

⁴⁰⁶ Sul margine in questione si rinvia, ai già segnalati: C. CINELLI, *Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte costituzionale e margine di apprezzamento*, cit., 787; F. DONATI, P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L.

non vi sia accordo tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa (...) e, in particolare, quando la causa solleva delicate questioni morali o etiche⁴⁰⁷».

Per determinare l'ampiezza di tale margine nel caso di specie, la Corte europea, in primo luogo, non può prescindere dalle trasformazioni in materia di riconoscimento legale delle coppie formate da persone dello stesso sesso avutesi in Europa nel corso degli ultimi anni. A tal proposito ricorda che, all'epoca della sentenza pronunciata nel caso *Schalk and Kopf c. Austria*, «la materia in questione riguarda[va] diritti in evoluzione sui quali non vi era un accordo consolidato»⁴⁰⁸. Gli Stati che, infatti, avevano deciso di adottare una disciplina giuridica per le coppie in questione erano diciannove; in seguito alla sentenza, invece, «il movimento a favore del riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali ha continuato a svilupparsi rapidamente in Europa [e] un'esigua maggioranza di Stati del Consiglio d'Europa (ventiquattro su quarantasette) ha già legiferato a favore di tale riconoscimento e della relativa tutela»⁴⁰⁹.

L'ordinamento italiano non fa parte di questa - seppur esigua - (comunque) maggioranza di ordinamenti che, vuoi attraverso l'estensione dell'istituto del matrimonio, vuoi attraverso la disciplina di unioni registrate o unioni civili, ha riconosciuto una tutela giuridica effettiva alle coppie formate da persone dello stesso sesso. Il Governo italiano convenuto nel caso in esame, nascondendosi dietro l'esistenza di «diverse sensibilità su una questione sociale tanto delicata e profondamente sentita» la cui tutela dipende dall'assenza di un «consenso unanime di differenti correnti di pensiero e di sentimento, anche di ispirazione religiosa»⁴¹⁰, cerca di giustificare la sua inerzia. Queste motivazioni,

VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, cit., P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, cit., 149; R. SAPIENZA, *Sul margine di apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 571.

⁴⁰⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Oliari e altri c. Italia*, cit., par. 162.

⁴⁰⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Oliari e altri c. Italia*, cit., par. 163.

⁴⁰⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Oliari e altri c. Italia*, cit., par. 178.

⁴¹⁰ Se da un lato il Governo italiano afferma che per il riconoscimento normativo di tali unioni i tempi non sono ancora maturi, tuttavia porta all'attenzione della Corte alcune vicende giudiziarie che hanno offerto forme specifiche e concrete di tutela, in particolare: la sentenza del Tribunale di Roma n. 13445/82 del 20 novembre 1982 che, in una causa concernente la locazione di un appartamento, ha considerato la convivenza da parte di una coppia omosessuale sullo stesso piano di quella di una coppia eterosessuale; l'ordinanza del Tribunale di Milano del 13 febbraio 2011, in cui al partner sopravvissuto che aveva avuto una lunga relazione con la vittima è stato riconosciuto il danno morale per la perdita del partner dello stesso sesso; l'ordinanza del Tribunale di Milano del 13 novembre 2009 [sic] che ha ammesso la richiesta di costituzione come parte civile del partner omosessuale di una vittima ai fini del risarcimento della perdita subita; la sentenza n. 7176/12 della Corte di appello di Milano, Sezione Lavoro, del 29 marzo 2012, depositata nella pertinente cancelleria il 31 agosto 2012, che ha concesso al partner dello stesso sesso i benefici dell'assistenza sanitaria pagabile dal datore di lavoro alla famiglia convivente con il dipendente; la sentenza

tuttavia, non convincono la Corte⁴¹¹, anche perché il Governo non fa nessun riferimento agli interessi della collettività che intende far prevalere nella sua (non) scelta⁴¹²: solo tale richiamo, infatti, permetterebbe ai giudici di valutare se nel “fare” dell’obbligo positivo” vi sia stato un giusto equilibrio tra gli interessi dell’individuo e gli interessi della collettività nel suo insieme⁴¹³.

La Corte deve, dunque, prendere atto che il quadro giuridico italiano non contempla nessuna disciplina in grado di fornire «i mezzi giuridici o di altro tipo per risolvere i problemi pratici legati alla realtà sociale in cui vivono»⁴¹⁴: lo *status* giuridico di tali coppie viene infatti inquadrato nelle semplici “unioni di fatto” che possono essere regolate con privati accordi contrattuali, che hanno, peraltro, una portata molto limitata. Il giudice di Strasburgo sottolinea, infatti, che i contratti di convivenza «non provvedono ad alcune esigenze che sono fondamentali ai fini della regolamentazione del rapporto di una coppia che ha una relazione stabile, quali, *inter alia*, i reciproci diritti e obblighi, compresa la

del Tribunale dei minorenni di Roma n. 299/14 del 30 giugno 2014 che ha concesso “il diritto di adottare a una coppia omosessuale” [sic], recte: il diritto di una “madre” non biologica “di adottare la figlia della sua partner lesbica (concepita mediante procreazione medicalmente assistita, all’estero, nel perseguimento del loro desiderio di genitorialità condivisa), in considerazione degli interessi superiori della minore». (Cfr. Corte europea dei diritti dell’uomo, caso *Oliari e altri c. Italia*, cit., par. 128).

⁴¹¹ Anche perché gli studi mostrano il contrario, in particolare l’Associazione radicale certi diritti (ARCD) «ha sostenuto che da un sondaggio svolto nel 2011 dall’ISTAT (tra italiani di età compresa tra i 18 e i 74 anni) è emerso quanto segue: il 61,3% riteneva che gli omosessuali fossero discriminati o gravemente discriminati; il 74,8% riteneva che l’omosessualità non rappresentasse una minaccia per la famiglia (...); il 40,3% del milione di omosessuali o di bisessuali che vivono nell’Italia centrale ha dichiarato di essere stato discriminato; il 40,3% aumenta al 53,7% se la discriminazione basata chiaramente sull’orientamento omosessuale o bisessuale è aggiunta in relazione alla ricerca di un’abitazione (10,2%), ai loro rapporti con i vicini (14,3%), alle loro esigenze in campo medico (10,2%) oppure nei rapporti con gli altri in luoghi pubblici, uffici o trasporti pubblici (12,4%)». (Cfr. Corte europea dei diritti dell’uomo, caso *Oliari e altri c. Italia*, cit., par. 144).

⁴¹² Corte europea dei diritti dell’uomo, caso *Oliari e altri c. Italia*, cit., par. 175-176.

⁴¹³ F. ALICINO, *Le coppie dello stesso sesso. L’arte dello Stato e lo stato della giurisprudenza*, cit., 6. L’A. rileva che la Corte di Strasburgo su questo punto sembra essere d’accordo con la Corte costituzionale, sent. n. 138 del 2010, infatti, esse «convergono sul fatto che la legislazione italiana risulti troppo sbilanciata nel soddisfare gli interessi della Comunità/Stato, lasciando nell’assoluta indeterminatezza quelli delle persone LGBTI».

⁴¹⁴ Corte europea dei diritti dell’uomo, caso *Oliari e altri c. Italia*, cit., par. 166. La Corte si riferisce alle risoluzioni emanate in materia dall’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa, in particolare la Risoluzione n.1728 adottata il 29 aprile 2010 e intitolata “Discriminazione basata sull’orientamento sessuale e sull’identità di genere”. Tale documento invita gli Stati membri «ad assicurare il riconoscimento giuridico alle unioni omosessuali (...) prevedendo, *inter alia*: gli stessi diritti e obblighi economici stabiliti per le coppie eterosessuali; lo *status* di ‘parente stretto’; le misure che assicurino che laddove un partner della coppia omosessuale è straniero, a tale persona siano accordati gli stessi diritti di residenza che le sarebbero accordati se facesse parte di una coppia eterosessuale; il riconoscimento delle disposizioni di analogo effetto adottate dagli altri Stati membri». *Ivi*, 57-59.

reciproca assistenza morale e materiale, gli obblighi di mantenimento e i diritti successori»⁴¹⁵.

Di fronte all'affermazione da parte della Corte di questo vuoto di tutela, il Governo italiano si difende osservando che numerosi comuni hanno istituito un "Registro delle unioni civili" che consente alle coppie dello stesso sesso di vedersi riconosciute come nuclei familiari al fine di beneficiare delle politiche sociali e assistenziali del comune di residenza⁴¹⁶. Tuttavia, il riferimento ad essi non convince la Corte Edu che, invece, rileva che la trascrizioni in tali registri laddove sia possibile, «vale dire in meno del 2% dei comuni esistenti (...), ha un valore puramente simbolico (...) e non conferisce ai ricorrenti alcun stato civile ufficiale»⁴¹⁷.

La decisione della Corte è quasi obbligata: nell'ordinamento italiano manca qualsiasi tutela legale che protegga il vivere insieme delle coppie in questione, nessuna disciplina giuridica offre a tali unioni un riconoscimento formale da cui possano derivare diritti e obblighi reciproci, come avviene con il matrimonio o con le unioni registrate. Tale lacuna non può che essere accettata in quanto viola il diritto al rispetto della vita privata e familiare delle coppie formate da persone dello stesso sesso

Dopo la aver constatato, dunque, la violazione dell'art. 8 Cedu, i giudici di Strasburgo devono considerare le altre violazioni denunciate: in primo luogo, l'asserita lesione del diritto al matrimonio, *ex art.* 12 Cedu, e, in secondo luogo, la violazione dell'art. 14 (divieto di discriminazione) in combinato disposto sia con la norma che riconosce il diritto al matrimonio, che con quella che tutela la vita privata e familiare. Mentre, in relazione a

⁴¹⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Oliari e altri c. Italia*, *cit.*, par. 169.

⁴¹⁶ In relazione a tale registro, la Corte osserva che «per quanto riguarda il contenuto e gli effetti di tale forma di tutela, il Governo ha fatto riferimento, a mo' di esempio, al registro delle unioni civili istituito dal comune di Milano (delibera n. 30 del 26 luglio 2012), con il quale il comune si è impegnato a tutelare e sostenere le unioni civili, al fine di superare situazioni di discriminazione e favorirne l'integrazione nello sviluppo sociale, culturale ed economico del territorio. Le aree tematiche nel cui ambito era necessaria un'azione prioritaria erano la casa, la sanità e i servizi sociali, le politiche per i giovani, i genitori e gli anziani, lo sport e il tempo libero, l'istruzione, la scuola e i servizi educativi, i diritti, la partecipazione e i trasporti». Al contrario, i ricorrenti sostenevano che «il riconoscimento giuridico della vita e dello status familiare di un soggetto fosse cruciale per l'esistenza e il benessere della persona e per la sua dignità», e aggiungevano che «il Governo stesse fuorviando la Corte con un'interpretazione errata della decisione del comune di Milano relativa alla trascrizione [che non] prevedeva il rilascio di un documento attestante una "unione civile" basata su vincolo affettivo, bensì di una "unione anagrafica" basata su un vincolo affettivo. Essa riguardava esclusivamente la trascrizione ai fini di rilevazioni statistiche della popolazione esistente e non doveva essere confusa con la nozione di stato civile dell'individuo (...), questa non aveva alcun effetto sullo stato civile di una persona e poteva essere prodotta solamente come prova della convivenza. (Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Oliari e altri c. Italia*, *cit.*, 107- 108; 130).

⁴¹⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Oliari e altri c. Italia*, *cit.*, 168.

quest'ultima norma, la Corte dichiara di non doversi pronunciare, per quanto riguarda l'art. 12 Cedu, non va oltre a quanto dichiarato nel caso *Schalk and Kopf*: ossia che «l'art. 12 della Convenzione non pone in capo al Governo convenuto l'obbligo di concedere l'accesso al matrimonio ad una coppia omosessuale» e la stessa non si deve «spingere a sostituire l'opinione delle autorità nazionali con la propria»⁴¹⁸.

Con riguardo a tale affermazione, non si comprende perché la Corte definisca la scelta politica di estendere il matrimonio alle coppie formate da persone dello stesso sesso come «un'opinione»; in tal modo, la stessa implicitamente sembra rafforzare il paradigma tradizionale dello stesso, smentendo il fatto di essersi tenuta ben lontana da qualsiasi richiamo al «monopolio eterosessuale del matrimonio»⁴¹⁹. Probabilmente, se si depurasse il matrimonio dagli aspetti storico-sociali, non rimarrebbe altro che un istituto giuridico nato per il riconoscimento legale delle formazioni sociali, come le differenti unioni registrati.

La Corte, limitandosi a condannare l'ordinamento italiano per la violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare e non, dunque, per quella del diritto delle coppie dello stesso sesso di contrarre matrimonio, da una dimostrazione concreta del fatto che la valutazione sul margine di apprezzamento concesso allo Stato dipende da molteplici fattori. Nell'*affaire Oliari c. Italia*, infatti, esso risulta particolarmente ristretto perché si tratta «dell'esigenza generale di riconoscimento giuridico e la tutela fondamentale dei ricorrenti in quanto coppie omosessuali (...) e non [di] alcuni specifici diritti "supplementari" (...) che possono o non possono sorgere da tale unione e che possono essere oggetto di una feroce controversia alla luce della loro dimensione sensibile»⁴²⁰. In questo ultimo caso, difatti, «gli Stati godono di un certo margine di discrezionalità per quanto riguarda l'esatto status conferito da mezzi di riconoscimento alternativi»⁴²¹, come era successo per il caso austriaco⁴²².

La situazione italiana delle coppie formate da persone dello stesso sesso è di incertezza assoluta dal punto di vista legale in quanto nessun riconoscimento giuridico è garantito all'unione affettiva. Questa circostanza ha spinto la Corte di Strasburgo a condannare l'ordinamento italiano senza, tuttavia, indicare quale meccanismo introdurre a tutela di tali

⁴¹⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Oliari e altri c. Italia, cit.*, par. 189-194.

⁴¹⁹ In tal senso, cfr. F. ALICINO, *Le coppie dello stesso sesso. L'arte dello Stato e lo stato della giurisprudenza, cit.*, 7.

⁴²⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Oliari e altri c. Italia, cit.*, par. 177.

⁴²¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Oliari c. Italia, cit.*, par. 178.

⁴²² G. REPETTO, *Il matrimonio omosessuale al vaglio della Corte di Strasburgo, ovvero: la negazione "virtuosa" di un diritto*, in www.rivistaaic.it.

coppie. A tal proposito, il giudice europeo si è limitato a far presente che alcuni Stati hanno scelta la via dell'estensione del matrimonio e, altri, invece, hanno scelto di introdurre una disciplina alternativa attraverso la previsione delle unioni registrate. Sta di fatto che, ad avviso della Corte, la regolamentazione di qualche forma di unione civile rientra nell'obbligo positivo di fare che grava sullo Stato italiano al fine di rendere effettiva la tutela della vita privata e familiare, di cui le coppie dello stesso sesso ancora non conoscono protezione. Il margine di apprezzamento, dunque, non può esprimere la sua portata più ampia poiché si tratta di introdurre forme di tutela indispensabili per il godimento di diritti fondamentali⁴²³.

2.1.4. Le posizioni della Corte di Giustizia in materia di divieto di discriminazione fondata sulle tendenze sessuali

Pur in assenza di una competenza dell'Unione, la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha mostrato, negli ultimi anni, alcuni importanti sviluppi giurisprudenziali sul tema della tutela dei diritti delle coppie *same-sex*.

Tuttavia, alla fine degli anni Novanta, i giudici di Strasburgo affermavano che «allo stato attuale del diritto della Comunità, le relazioni stabili tra persone dello stesso sesso non sono equiparate alle relazioni tra persone coniugate o alle relazioni stabili fuori dal matrimonio tra persone di sesso opposto»⁴²⁴. A ben vedere si trattava di un momento storico in cui il cammino pretorio della tutela dei diritti fondamentali in Europa era già stata avviato, ma non era ancora culminato nell'adozione della Carta dei diritti fondamentali. Nemmeno il formale riconoscimento del diritto al rispetto della vita privata e della vita familiare (art. 7)⁴²⁵ e del diritto di sposarsi e di costituire una famiglia (art. 9)⁴²⁶

⁴²³ C. DANISI, *Il diritto al rispetto della vita familiare impone l'obbligo di riconoscere giuridicamente la relazione tra due persone dello stesso sesso*, cit., 1. Sul punto l'A. rileva che «i giudici non danno pertanto importanza al margine di apprezzamento finora riconosciuto in materia perché, significativamente, non è in gioco un diritto specifico o addizionale che può essere o meno attribuito alla coppia dello stesso sesso ma il più generale diritto al riconoscimento giuridico che gli Stati parte, in virtù dello stesso margine di apprezzamento, possono rendere effettivo in vario modo, ossia rimanendo liberi di conferire lo status ritenuto più opportuno in base alle sensibilità nazionali».

⁴²⁴ Corte di Giustizia delle Comunità europee, caso *L. J. Grant v. South West Train Ltd*, 17 febbraio 1998, C-249/96, par. 38.

⁴²⁵ L'art. 7 stabilisce: «Ogni individuo ha il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni».

⁴²⁶ L'art. 9 stabilisce: «Il diritto di sposarsi e il diritto di costituirsi una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio».

da parte della Carta di Nizza nel 2000 sembrava essere seguito da novità nell'interpretazione delle norme in questione da parte della giurisprudenza della Corte⁴²⁷.

Tuttavia, il diritto europeo doveva in qualche modo prendere atto delle trasformazioni sociali in materia e, in particolare del fatto che le legislazioni nazionali non apparivano molto ravvicinate in tema di riconoscimento delle coppie dello stesso sesso. Come si è visto sopra: mentre alcuni paesi avevano riconosciuto l'istituto giuridico del matrimonio alle coppie *same sex*, e altri avevano esteso la maggior parte delle disposizioni relative al matrimonio a tali coppie attraverso la disciplina delle unioni registrate; vi erano, invece, ordinamenti completamente sprovvisti di tutela.

Nello stesso anno in cui veniva proclamata la Carta di Nizza, il Consiglio emanava una direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro che, tra gli, si poneva l'obiettivo di eliminare le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale⁴²⁸. Anche se non si trattava di una norma introdotta per avere effetti diretti (seppur di solo obiettivo) in materia di riconoscimento delle coppie dello stesso sesso, ben presto la stessa viene ad essere applicata in un caso riguardante i diritti pensionistici del *partner* registrato di una coppia formata da persone dello stesso sesso. Il caso noto *Maruko*⁴²⁹ è considerato come la «prima applicazione positiva della direttiva»⁴³⁰ in materia di divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale⁴³¹. Tale pronuncia viene richiamata

⁴²⁷ In un commento all'art. 9 della Carta di Nizza redatto dalla Rete degli esperti indipendenti in materia di diritti fondamentali dell'UE del 2006, agenzia di cui si avvale il Parlamento europeo per i suoi rapporti annuali sulla situazione dei diritti fondamentali in Europa, si legge: «per tenere conto della diversità dei regolamenti nazionali relativi al matrimonio, l'articolo 9 della Carta rinvia alla legislazione nazionale. Come appare dalla sua formulazione, la disposizione ha un campo di applicazione più ampio dei corrispondenti articoli di altri strumenti internazionali. Dato che non vi è un riferimento esplicito “agli uomini e alle donne” come avviene in altri strumenti relativi ai diritti umani, si può sostenere che non vi è alcun ostacolo al riconoscimento delle relazioni omosessuali nel contesto del matrimonio. Non vi è, tuttavia, alcuna disposizione esplicita che imponga che le legislazioni nazionali debbano facilitare tali matrimoni. I tribunali e la commissioni internazionali hanno finora esitato a estendere l'applicazione del diritto al matrimonio alle coppie omosessuali. (...)». Tale commento viene espressamente richiamato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Oliari c. Italia* (par. 63).

⁴²⁸ Direttiva del Consiglio, 27 novembre 2000, n. 78, (2000/78/CE).

⁴²⁹ Corte di Giustizia, Grande Sezione, caso *Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, 1 aprile 2008, C- 267/06.

⁴³⁰ M. B. BARALDI, *La pensione di reversibilità al convivente registrato dello stesso sesso: prima applicazione positiva della direttiva 2000/78/CE*, cit., 1.

⁴³¹ Sulla decisione si segnalano: M. NICOLOSI, *Le discriminazioni per orientamento sessuale: osservazioni a margine della sentenza Maruko*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, fasc. 1, 2010, 289; L. RONCHETTI, *I due volti dell'Europa: il principio di non discriminazione tra libertà e uguaglianza. A proposito delle sentenze Maruko e Fuffert della Corte di Giustizia*, in *Giurisprudenza italiana*, fasc. 3, 2009, 564.

in dottrina insieme alla decisione, resa dalla stessa Corte di Giustizia, nel caso *Römer*⁴³². In sostanza, entrambe le sentenze più che esprimere il punto di vista sovranazionale in tema di riconoscimento di riconoscimento delle coppie dello stesso sesso, si occupava dell'estensione a tali coppie dei diritti di cui godono I coniugi uniti in matrimonio.

Per quanto riguarda il caso *Maruko*, la Corte di Giustizia si trova di fronte ad un ordinamento, quello tedesco, che riconosce alle coppie dello stesso sesso una tutela giuridica: esse, infatti, possono costituire un'unione registrata per vedersi riconoscere diritti e obblighi reciproci⁴³³. Tuttavia, tale istituto è stato creato *ad hoc* per tali unioni e, di conseguenza, non effettua nessun rinvio alla disciplina prevista per l'istituto del matrimonio. Questa differenza di disciplina per coppie dello stesso sesso emerge nel caso in questione poiché al Sig. *Maruko* non viene riconosciuto il diritto alla pensione di reversibilità, in seguito al decesso del *partner* registrato, come invece viene previsto per la persona unita in matrimonio che si trova nell'identica situazione.

La condizione di disparità di trattamento tra coniuge registrato e coniuge viene inquadrata da parte della Corte di Giustizia come una discriminazione, nonostante il ricorso del Sig. *Maruko* denunciasse una discriminazione indiretta⁴³⁴. L'obiettivo non era, infatti, quello di porre l'accento sulla «comparabilità tra matrimonio e unione registrata», bensì sulla circostanza che la legislazione statale avesse previsto un beneficio retributivo, ed averlo collegato ad una condizione che le coppie delle unioni registrate non potevano soddisfare⁴³⁵. Se la Corte avesse accettato un simile inquadramento avrebbe «valorizzato la formula del “particolare svantaggio” ingenerato nei confronti di quanti non possono sposarsi in ragione dell'orientamento sessuale»⁴³⁶, di conseguenza, la sentenza avrebbe

⁴³² Corte di Giustizia, Grande Sezione, caso *Jürgen Römer v. Freie und Hansestadt Hamburg*, 10 maggio 2011, C-147/08.

⁴³³ Nell'ordinamento tedesco la disciplina giuridica delle unioni in questione è stata introdotta attraverso la legge sull'*Angetragene Lebenspartnerschaft* del 16 febbraio 2001. Si tratta di un istituto che non effettua nessun rinvio alla disciplina matrimoniale. Sul punto, cfr. L. IMARISIO, *Le unioni omosessuali tra giudici e legislatori: percorsi e modelli di riconoscimento e disciplina*, in M. CAVINO, C. TRIPODINA (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: «casi difficili» alla prova*, cit., 96 ss.

⁴³⁴ «Secondo il sig. *Maruko*, i partner di unione solidale sono trattati in modo meno favorevole dei coniugi, mentre al pari di quest'ultimi, essi sono tenuti a prestarsi soccorso e assistenza, si impegnano reciprocamente in una comunione di vita e assumono responsabilità l'uno nei confronti dell'altro». Corte di Giustizia, Grande Sezione, caso *Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, cit.

⁴³⁵ M. B. BARALDI, *La pensione di reversibilità al convivente registrato dello stesso sesso: prima applicazione positiva della direttiva 2000/78/CE*, cit., 5.

⁴³⁶ In questo senso, cfr. M. B. BARALDI, *La pensione di reversibilità al convivente registrato dello stesso sesso*, cit., 7.

potuto produrre effetti anche negli ordinamenti che non prevedono nessuna forma di riconoscimento, come per esempio quello italiano.

Il giudice europeo, invece, sembra aver scelto di non assumere una posizione positiva in tal senso⁴³⁷; tuttavia, va preso atto che lo stesso, sottolineando che i due tipi di istituti devono considerarsi allo stesso modo in termini di diritti “supplementari”: in particolare la condizione del *partner* deve essere valutata come quella del coniuge in relazione ai diritti retributivi⁴³⁸, ha introdotto un principio importante per tutti quegli ordinamenti che hanno scelto una forma alternativa al matrimonio per il riconoscimento legale delle coppie formate da persone dello stesso sesso, e che, tuttavia, prevedono una disciplina diversa da quella del matrimonio in materia di diritti e obblighi reciproci.⁴³⁹

Il caso *Römer* non solo sembra confermare la posizione assunta dalla Corte di Giustizia nel caso *Maruko*, ma ripropone la stessa argomentazione giuridica, anche se questa volta non si tratta di pensioni di reversibilità, bensì di pensioni complementari di vecchiaia, dal cui godimento il *partner* della coppia dello stesso sesso registrata veniva escluso⁴⁴⁰.

Anche in questo caso, nel rinvio pregiudiziale il giudice *a quo* ripercorre la disciplina legale positiva, sottolineando che «il matrimonio, per le persone di orientamento eterosessuale, e l’unione solidale, per le persone di orientamento omosessuale, rappresentano rispettivamente la forma di comunione di vita prevista dal diritto o lo stato civile più comune»⁴⁴¹; di conseguenza, l’esclusione del *partner* registrato dal godimento dei trattamenti pensionistici complementari, a differenza del caso *Maruko*, costituisce una discriminazione diretta vietata dalla direttiva 2000/78.

⁴³⁷ Sulle conseguenze della decisione nell’ordinamento tedesco, cfr. L. VIOLINI, *Il Bundesverfassungsgericht di fronte alla sentenza Maruko: un dialogo tra sordi?*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 2, 2009, 410.

⁴³⁸ In tal senso, cfr. S. NINATTI, *Il caso Römer: limiti di materia, principio di uguaglianza o tutela dei diritti?*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 3, 2011, 695. L’A. rileva che questa giurisprudenza rappresenta una vera e propria svolta in quanto «se prima, in generale, l’argomentazione partiva dal presupposto che una condizione di diritto al fine dell’ottenimento di una certa prestazione finisce per discriminare un partner omosessuale, in quanto a questi la legge non consente di sposarsi (...), nei due casi in esame l’unione solidale registrata si è progressivamente allineata con l’istituzione del matrimonio».

⁴³⁹ La Corte di giustizia infatti afferma: «è compito del giudice *a quo* verificare se, nell’ambito di un’unione solidale, il partner superstite sia in una posizione analoga a quella di un coniuge beneficiario della prestazione ai superstiti». Cfr. Corte di Giustizia, Grande Sezione, caso *Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, *cit.*

⁴⁴⁰ Per un commento alla decisione si segnalano: S. NINATTI, *Il caso Römer: limiti di materia, principio di uguaglianza o tutela dei diritti?*, *cit.*, 693; M. M. WINKLER, *I trattamenti pensionistici delle coppie dello stesso sesso nell’Unione europea. Il caso Römer*, in *Responsabilità civile e previdenza*, fasc. 10, 2011, 1980.

⁴⁴¹ Cfr. Conclusioni dell’Avvocato Generale Niino Jääskinen nel caso *Jürgen Römer v. Freie und Hansestadt Hamburg*, *cit.*, par. 84.

La Corte di giustizia, dunque, risolve il caso in questione, applicando la giurisprudenza inaugurata nella sentenza a favore del Sig. *Maruko*, (ri)affermando che il presupposto per dichiarare la sussistenza di una discriminazione basata sull'orientamento sessuale, ai sensi del diritto europeo, non sta tanto nella identità delle situazioni, bensì nella semplice comparabilità delle stesse⁴⁴².

Tuttavia a differenza del caso *Maruko*, la Corte chiarisce quale sia l'ambito di applicazione del principio previsto dalla direttiva 2000/78, quasi a voler delineare gli "effetti economici" della sua decisione per l'ordinamento tedesco. Al riguardo, nelle conclusioni dell'Avvocato Generale si legge che «né l'art. 13 CE né la direttiva 2000/78 consentono di ricondurre all'ambito di applicazione del diritto dell'Unione una situazione quale quella oggetto della causa principale relativamente al periodo precedente la scadenza del termine di trasposizione di tale direttiva»⁴⁴³. In altri termini, il divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale non si applica alle situazioni verificatesi prima della scadenza del termine previsto per la trasposizione della direttiva⁴⁴⁴; in tal modo, i giudici di Lussemburgo fanno retroagire il diritto al trattamento pensionistico a quel momento e non, come richiesto dalla parte, alla data di registrazione dell'unione⁴⁴⁵.

⁴⁴² Inoltre, la Corte aggiunge: «l'esame di tale carattere paragonabile deve essere condotto non in maniera globale e astratta, bensì in modo specifico e concreto in riferimento alla prestazione di cui trattasi. Infatti, nella sentenza [*Maruko*], avente ad oggetto il rifiuto di concedere una pensione di reversibilità alla persona legata in unione civile ad un affiliato ad un regime di previdenza professionale poi deceduto, la Corte non ha effettuato una comparazione globale del matrimonio e dell'unione civile registrata all'interno dell'ordinamento tedesco, bensì (...) ha evidenziato come tale unione civile fosse equiparata al matrimonio relativamente alla pensione vedovile». (Cfr. Corte di Giustizia, Grande Sezione, caso *Jürgen Römer v. Freie und Hanesstadt Hamburg*, cit., p. 42).

⁴⁴³ Cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale Niino Jääskinen nel caso *Jürgen Römer v. Freie und Hanesstadt Hamburg*, cit., par. 61.

⁴⁴⁴ Questa parte della decisione ha posto degli interrogativi circa l'effettività del principio di uguaglianza nell'ordinamento europeo, è significativo al proposito il rilievo «trattasi di limite di materia, principio di uguaglianza o tutela dei diritti?» posto da S. NINATTI, *Il caso Römer*, cit., 696.

⁴⁴⁵ Si legge nelle conclusioni dell'Avvocato Generale che il Sig. *Römer* «si oppone alla tesi secondo cui il punto di partenza potrebbe essere fissato in una data successiva per tenere conto dell'evoluzione nel diritto tedesco del regime applicabile all'unione solidale registrata. Per quanto attiene alla discriminazione diretta, sostiene che gli obblighi di mantenimento esistenti tra i partner di un'unione solidale sono identici a quelli dei coniugi (...). Ne deduce che gli *ex dipendenti* della *Freie und Hanesstadt Hamburg* che hanno contratto un'unione solidale si sono sempre trovati nella stessa situazione degli *ex dipendenti* coniugati per quanto riguarda l'accesso alle pensioni complementari controverse». (Cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale Niino Jääskinen nel caso *Jürgen Römer v. Freie und Hanesstadt Hamburg*, cit., par. 143).

Il caso *Hay*⁴⁴⁶ si pone in una prospettiva di continuità rispetto alle altre due decisioni della Corte di Giustizia in tema di divieto di discriminazione sulla base delle tendenze sessuali⁴⁴⁷. Tuttavia, a differenza degli altri due, esso riguarda il beneficio del congedo matrimoniale che la legge francese, prima del 2013 (anno in cui si è esteso l'istituto del matrimonio alle coppie formate da persone dello stesso sesso)⁴⁴⁸, concedeva alle sole coppie unite in matrimonio.

Come l'ordinamento tedesco, prima di tale legge, le persone dello stesso sesso, per vedersi riconoscere legalmente lo *status* di coppia, potevano concludere il cosiddetto *pacte civil de solidarité (Pacs)* che era stato introdotto per offrire una tutela giuridica alle convivenze *more uxorio*, indipendentemente dall'orientamento sessuale⁴⁴⁹.

Ebbene, la vicenda ha origine nel periodo storico in cui i patti civili di solidarietà costituivano l'unica forma giuridica in grado di dare una tutela alle coppie formate da persone dello stesso sesso. Si trattava di una disciplina legale da cui scaturivano diritti e obblighi diversi da quelli previsti per il matrimonio, tanto è vero che, quando il Sig. *Hay*, che aveva concluso con il suo compagno un *Pacs*, chiedeva i benefici del congedo straordinario e del premio stipendiale previsti dal contratto collettivo del *Crédit agricole mutuel*, questi ultimi gli venivano negati perché spettanti alle sole coppie unite unite dal contratto matrimoniale⁴⁵⁰.

⁴⁴⁶ Corte di Giustizia, caso *Frédéric Hay v. Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, 12 dicembre 2013, C-227/12.

⁴⁴⁷ Per un commento a tale decisione, si segnalano: F. RIZZI, *Il caso Hay e la Corte di Giustizia: una nuova dottrina contro la discriminazione delle coppie omosessuali*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza*, fasc. 1, 2015, 47; V. VALENTI, *Verso l'uropeizzazione del diritto nazionale di famiglia?*, in www.forumcostituzionale.it; N. RODEAN, *Pacs e matrimonio: istituti analoghi nella riscossione dei benefici matrimoniali*, in *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. 2, 2014, 735; M. GATTUSO, *Orientamento sessuale, famiglia, eguaglianza*, in *La Nuova Giurisprudenza civile commentata*, fasc. 12, 2011, 584.

⁴⁴⁸ Legge n. 404 del 17 maggio 2013.

⁴⁴⁹ Il *Pacte civil de solidarité* è stato introdotto con la legge n. 944 del 15 novembre 1999. L'istituto ha una natura strettamente contrattuale ed è limitato alla regolamentazione degli aspetti patrimoniali della vita in comune. Per approfondimenti, cfr. L. IMARISIO, *Le unioni omosessuali tra giudici e legislatori: percorsi e modelli di riconoscimento e disciplina*, in M. CAVINO, C. TRIPODINA (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: «casi difficili» alla prova*, cit., 100 ss.

⁴⁵⁰ Con sentenza del 30 marzo 2010, la *Cour d'appel de Poitiers*, confermando la decisione del 13 ottobre 2008 del *Conseil de prud'homme*, affermava che «il *Pacs* si distingue dal matrimonio per le formalità di celebrazione, per la possibilità di essere concluso tra due persone fisiche maggiorenni di sesso diverso o del medesimo sesso, per le modalità di scioglimento nonché per gli obblighi reciproci di diritto patrimoniale, di diritto successorio e di diritto di filiazione»; di conseguenza, «la disparità di trattamento tra coniugi sposati e parti di un *Pacs* a livello di benefici accessori al salario per eventi familiari non deriva né dalla loro situazione familiare né dal loro orientamento sessuale, bensì dalla differenza di *status* risultante dal loro stato

Le evidenti differenze tra la disciplina francese e quella tedesca delle (sole) unioni registrate non impedisce ai giudici di Lussemburgo di applicare la giurisprudenza *Maruko* e *Römer*. Al riguardo, è interessante notare che gli stessi utilizzano le medesime argomentazioni, in particolare quella relativa alla paragonabilità dei due istituti: come nel matrimonio, infatti, «le persone che concludono un *Pacs* decidono di organizzare una vita in comune impegnandosi, nell'ambito di tale vita in comune, in un aiuto materiale e in un'assistenza reciproci». A loro avviso, dunque, «la circostanza che il *Pacs* (...) non sia riservato alle coppie omosessuali è inconferente e, in particolare, non cambia la natura della discriminazione nei confronti di tali coppie le quali, a differenza delle coppie eterosessuali (...) non potevano contrarre legalmente matrimonio»⁴⁵¹.

La Corte di Giustizia non poteva non rilevare che il contratto collettivo francese in questione aveva posto in essere una disciplina in violazione del divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale così come previsto dalla direttiva 2000/78, anche se nelle *more* del giudizio era intervenuta la legge che estendeva il matrimonio civile anche alle coppie dello stesso sesso.

L'esame appena condotto mostra come la giurisprudenza europea sia stata capace di dare un'interpretazione evolutiva del principio di uguaglianza e di fissare i limiti alle deroghe dello stesso. In relazione al divieto di discriminazione fondate sulle tendenze sessuali, la Corte ha escluso qualsiasi possibilità di deroga a tale principio che, dunque, finisce per vincolare in maniera assoluta i legislatori degli Stati membri.

Tuttavia, la stessa ha deciso di procedere con estrema cautela e di non cogliere nessuna delle diverse occasioni per esprimersi in generale sul motivo che origina le discriminazioni, ossia l'assenza di una disciplina uniforme in materia di riconoscimento

civile, che non li colloca in una situazione identica». A quel punto il Sig. *Hay* propone ricorso *alla Cour de cassation* che sospende il procedimento e sottopone la seguente questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia: «Se l'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/78/CE, del 27 novembre 2000, debba essere interpretato nel senso che la scelta del legislatore nazionale di riservare la conclusione del matrimonio alle persone di sesso diverso può costituire una finalità legittima, appropriata e necessaria atta a giustificare la discriminazione indiretta derivante dalla circostanza che un contratto collettivo, riservando un vantaggio in materia di retribuzione e di condizioni di lavoro ai lavoratori dipendenti che contraggono matrimonio, escluda necessariamente dal godimento di tale vantaggio i partner dello stesso sesso che concludono un Patto civile di solidarietà». (Cfr. Corte di Giustizia, caso *Frédéric Hay v. Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, par. 16 ss.).

⁴⁵¹ Inoltre, la Corte aggiunge: «una disparità di trattamento fondata sullo *status* matrimoniale dei lavoratori, e non esplicitamente sul loro orientamento sessuale, è pur sempre una discriminazione diretta in quanto, essendo il matrimonio riservato alle persone di sesso diverso, i lavoratori omosessuali sono impossibilitati a soddisfare la condizione necessaria per ottenere i benefici rivendicati». (Cfr. Corte di Giustizia, caso *Frédéric Hay v. Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, par. 43-44).

legale dello coppie dello stesso sesso. Mentre si comprende il *self-restraint* della Corte per incompetenza *ratione materiae* (e non solo) dell'ordinamento europeo, non si capisce la scelta di evitare qualsiasi richiamo all'eterogeneità delle discipline nazionali in materia, anche solo *per relationem*.

In altre parole, i giudici di Lussemburgo potevano spingersi un pochino oltre e, per esempio, nel caso *Hay* richiamare la pronuncia resa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Vallianatos e altri c. Grecia*⁴⁵². In questa decisione la Corte di Strasburgo afferma che sulla base degli *standard* convenzionali e, quindi potremmo dire europei, qualsiasi disparità di trattamento fondata sull'orientamento sessuale è da ritenersi inaccettabile⁴⁵³. Dunque, nonostante le differenze rilevanti tra i due casi e il "diverso" ruolo delle due Corti, la comunanza delle tematiche e la vicinanza temporale potevano rendere opportuno un richiamo al divieto di discriminazione convenzionale nella prospettiva di inaugurare una «politica antidiscriminatoria» comune⁴⁵⁴.

2.2. Il dialogo tra le Corti in materia di rapporti di filiazione nelle coppie dello stesso sesso

Il tema del riconoscimento legale delle coppie dello stesso sesso non può non ricomprendere l'aspetto della genitorialità. L'assenza di una disciplina giuridica che assicuri il formale riconoscimento di tali coppie incide inevitabilmente sul loro diritto ad essere genitori e, laddove il rapporto di filiazione sia stato instaurato attraverso l'adozione o la procreazione medicalmente assistita, incide sulle relazioni con i figli⁴⁵⁵. Gli sviluppi giurisprudenziali registrati nel nostro ordinamento mostrano come le due questioni siano strettamente legate tra loro, e come l'inesistenza di una disciplina al riguardo provochi

⁴⁵² Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Vallianatos e altri c. Grecia*, sentenza 7 novembre del 2013, ric. nn. 29381/08 e 32684/09. Per un commento a tale decisione si segnalano: C. BRIGNONE, *Dignità e diritti degli omosessuali: riflessioni a margine del caso Vallianatos e altri v. Grecia*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it; R. 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, ric. n. 29381/09 32684/09*, in www.magistraturademocratica.it; D. RUDAN, *Unioni civili registrate e discriminazione fondata sull'orientamento sessuale: il caso Vallianatos*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, fasc. 1, 2014, 232;

⁴⁵³ Nello specifico la Corte rileva: «*just like differences based on sex, differences based on sexual orientation require "particularly convincing and weighty reasons" by way of justification (...). Where a difference in treatment is based on sex or sexual orientation the State's margin of appreciation is narrow*». (Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Vallianatos e altri c. Grecia*, cit., par. 77).

⁴⁵⁴ V. VALENTI, *Verso l'europeizzazione del diritto nazionale di famiglia?*, cit., 1.

⁴⁵⁵ Sul punto, cfr. G. OBERTO, *Problemi di coppia, omosessualità e filiazione*, in *Diritto di famiglia*, fasc. 2, 2010, 802.

conseguenze negative nei rapporti instaurati con i figli minori, soprattutto nel momento di crisi della relazione tra le persone dello stesso sesso⁴⁵⁶.

Aldilà dell'importante (e ingrato) ruolo svolto dai giudici, rimane il problema di una risposta in termini di diritto che garantisca un minimo di certezza giuridica a tali situazioni meritevoli di tutela: una risposta che tarda ad arrivare a causa dell'esistenza di una radicata convinzione all'interno della nostra società, cioè quella fondata sulla natura «oggettivamente naturale» del legame tra filiazione ed eterosessualità, dalla quale il diritto (forse) non può prescindere, o meglio, dalla quale può prescindere solo nella misura di una deroga soltanto parziale, come avviene nel caso della previsione dell'istituto dell'adozione e nella possibilità di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita⁴⁵⁷.

In un primo momento, le questioni sul legame tra l'orientamento sessuale e il rapporto di filiazione sono approdate nelle aule giudiziarie quando bisognava decidere dell'affidamento del minore ad uno genitori in seguito alla crisi del rapporto matrimoniale, nella maggior parte delle volte originata dalla scelta di uno dei coniugi di vivere liberamente la propria sessualità. Anche se si trattava di casi molto diversi da quelli a cui si è fatto riferimento sopra, è utile ricordare che, in tempi non molto lontani, i giudici di merito, sulla scia della giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁴⁵⁸, affermavano l'irrelevanza dell'orientamento sessuale del genitore ai fini della loro decisione sull'affidamento del minore⁴⁵⁹.

⁴⁵⁶ Il riferimento è alle seguenti pronunce: Tribunale dei Minorenni di Roma, sentenza 30 luglio 2014, n. 299; Tribunale dei Minorenni di Bologna, Sez. I, ordinanza 10 novembre 2014; Corte di Appello di Palermo, Sez. I, ordinanza 31 agosto 2015; Corte di Appello di Milano, Sez. famiglia, ordinanza 1 dicembre 2015, n. 2543.

⁴⁵⁷ A. D'ALOIA, *Omosessualità e Costituzione. La tormentata ipotesi del matrimonio tra persone dello stesso sesso davanti alla Corte costituzionale*, cit., 6 ss. Tuttavia, ad avviso dell'A. «una volta che si afferma che il matrimonio è un istituto costituzionalmente aperto alle relazioni omosessuali, poi bisogna coerentemente trarre alcune conseguenze anche sulla genitorialità di queste coppie».

⁴⁵⁸ In particolare: Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, 21 dicembre 1999, ricorso n. 33290/96. Il caso riguardava il diniego delle autorità portoghesi di concedere l'affidamento ad uno dei genitori perché omosessuale. Al riguardo la Corte affermava che la disparità di trattamento fondata sull'orientamento sessuale non può essere tollerata dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

⁴⁵⁹ In particolare si vedano: Tribunale di Napoli, del 28 giugno 2006, dove si afferma che «l'atteggiamento di ostilità, più o meno elevata, nei confronti dell'omosessualità è ormai frutto di meri stereotipi pseudoculturali (...) privi peraltro di un fondamento normativo (...). L'omosessualità del genitore si pone – ai fini che qui interessano – in termini non diversi dalle opzioni politiche, culturali e religiose, che pure sono di per sé irrilevanti ai fini dell'affidamento». Tribunale di Bologna, 15 luglio 2008, dove si afferma che la condizione omosessuale di uno dei genitori non può giustificare l'esclusione dello stesso dall'affidamento condiviso del minore; Corte di Cassazione, sentenza 11 gennaio 2013, n. 601, in cui si afferma che in seguito alla separazione dei genitori, la supposta dannosità dell'inserimento del minore nella nuovo nucleo formato da uno di questi e costituito da una coppia dello stesso sesso «non può essere fondata sul mero pregiudizio» che

Le questioni di cui sopra riguardano «l'uso neutro dello schema matrimoniale»⁴⁶⁰: in virtù delle istanze di riconoscimento provenienti dalle coppie dello stesso sesso, è comprensibile che, oltre al riconoscimento legale della loro unione, esse chiedano «il riconoscimento della possibilità (eventuale, come per le coppie eterosessuali) di formare una famiglia, intesa come un gruppo composto da genitori e figli»⁴⁶¹.

Mentre il dibattito attuale, soprattutto in Italia, si (sof)ferma sull'individuazione di forme di riconoscimento legale alternative al matrimonio⁴⁶², ed evita la questione della filiazione nascondendosi dietro all'esigenza di tener separate la famiglia matrimoniale dalla disciplina della procreazione medicalmente assistita⁴⁶³, la realtà fattuale si presenta già profondamente mutata, e i ricorsi presentati nelle aule giudiziarie ne danno conferma. A differenza di quanto avviene nei luoghi di discussione politica, il circuito giudiziario non può sottrarsi dalla decisione sulle questioni presentate, se non sospendendo il giudizio e proponendo questione di legittimità costituzionale. Tuttavia, dopo la sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale, i giudici di merito sembrano non sentire il “peso del dubbio” (di costituzionalità), si assumono la responsabilità di pronunciarsi sulle questioni più controverse che il tema in esame propone. La scelta di decidere viene favorita non solo dal generale dovere del giudice di tentare l'interpretazione adeguatrice alla Costituzione prima di sollevare qualsiasi ricorso, ma soprattutto dalla possibilità di individuare una interpretazione convenzionalmente orientata; con la conseguenza di generare scelte giudiziarie diverse per casi simili, anche se non vi è stata una decisione del giudice della

ancora investe tale orientamento sessuale. Per un commento, G. OBERTO, *Problemi di coppia, omosessualità e filiazione*, cit., 10. Da ultimo si segnala Tribunale dei Minorenni di Bologna, 31 luglio 2013, con nota di R. CONTI, *Sull'affidamento del minore ad una coppia dello stesso sesso ex art. 2 L. n. 184/83. Le decisioni dei due giudici di merito – G. T. Parma, 3 luglio 2013 e Trib. Min. Bologna, 31 ottobre 2013*, in www.questionegiustizia.it.

⁴⁶⁰ L. CONTE, “*Impara una quantità di cose dai dotti*”: la vicenda del matrimonio omosessuale davanti alla Corte costituzionale e nello “specchio” della dottrina, in M. CAVINO, C. TRIPODINA (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: «casi difficili» alla prova*, cit., 132.

⁴⁶¹ M. MANETTI, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso e filiazione*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La “società naturale” e i suoi “nemici”. Sul paradigma omosessuale del matrimonio*, cit., 234.

⁴⁶² A. D'ALOIA, *Omosessualità e Costituzione. La tormentata ipotesi del matrimonio tra persone dello stesso sesso davanti alla Corte costituzionale*, cit., 7; M. MANETTI, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso e filiazione*, cit., 231.

⁴⁶³ P. VERONESI, *Matrimonio omosessuale, ovvero: «è sorprendente per quanto tempo si può negare l'evidenza di fronte a certe cose»*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La “società naturale” e i suoi “nemici”. Sul paradigma omosessuale del matrimonio*, cit., 382.

nomofilachia, non essendo i nostri giudici parte di un sistema di *common law* e, dunque, abituati allo *stare decisis*.

2.2.1. La genitorialità nel momento di instaurazione del rapporto

La prima decisione a favore dell'adozione nelle famiglie omogenitoriali è stata adottata dal Tribunale dei Minorenni di Roma il 30 luglio 2015⁴⁶⁴. Con un'interpretazione evolutiva della norma che disciplina la cosiddetta adozione particolare che può essere richiesta anche dalla persona singola quando vi sia un interesse superiore del minore⁴⁶⁵, il tribunale romano accoglieva la richiesta della ricorrente di adottare la figlia biologica della compagna. La donna aveva provato l'esistenza di una relazione stabile con madre dell'adottanda e la scelta di ricorrere alla fecondazione eterologa era alla base di un progetto di vita comune. La bambina così nata, dunque, era sempre vissuta con entrambe, e si era instaurato con la ricorrente un rapporto di genitorialità a tutti gli effetti.

Tuttavia, il Tribunale di Roma, ad avviso di alcuni, «adottava una decisione che aveva sin troppo chiaramente il sapore di un artificio argomentativo per bypassare il limite»⁴⁶⁶ dell'adozione coparentale prevista a favore del solo «coniuge» del genitore⁴⁶⁷.

Senza andare ad approfondire la disciplina giuridica delle adozioni, ai fini della nostra analisi rilevano le argomentazioni giuridiche che il Tribunale dei Minorenni di Roma ha posto alla base della constatazione che una lettura in senso diverso della norma in questione discriminerebbe le coppie e omosessuali, sarebbe cioè «contraria al dato costituzionale nonché ai principi di cui alla Convenzione europea sui diritti umani e le libertà fondamentali, di cui l'Italia è parte»⁴⁶⁸.

Per quanto riguarda «il dato costituzionale», il giudice romano richiamava la sentenza n. 138 del 2010, in particolare, nella parte in cui la Corte costituzionale affermava che

⁴⁶⁴ Tribunale dei Minorenni di Roma, 30 luglio 2014, n. 299. Per un commento alla decisione, cfr. N. CIPRIANI, *La prima sentenza italiana a favore dell'adozione nelle famiglie omogenitoriali*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, fasc. 1, 2015, 176; M. G. RUO, *A proposito di omogenitorialità adottiva e interesse del minore*, in *Famiglia e diritto*, fasc. 6, 2015, 580.

⁴⁶⁵ La legge sull'adozione (L. n. 184 del 1983, modificata dalla L. n. 149 del 2001), all'art. 44, stabilisce che minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni previste nell'art. 7, comma 1, (minori dichiarati in stato di adottabilità) nei seguenti casi: [...] d) quando vi sia constatata l'impossibilità di affidamento preadottivo. Per approfondimenti, cfr. F. BILOTTA, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, fasc. 3, 2011, 1376.

⁴⁶⁶ N. CIPRIANI, *La prima sentenza italiana a favore dell'adozione nelle famiglie omogenitoriali*, cit., 179.

⁴⁶⁷ L'art. 44 della legge sull'adozione alla lettera b) stabilisce che l'adozione può avvenire a favore del coniuge, nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge.

⁴⁶⁸ Tribunale dei Minorenni di Roma, 30 luglio 2014, cit.

l'unione stabile tra persone dello stesso sesso costituisce a pieno titolo una formazione sociale tutelata dall'art. 2 Cost. Tale passaggio consentiva al giudice di merito di ritenere che il desiderio di avere dei figli, naturali o adottati, rientrasse in quello che il giudice di legittimità definiva, richiamando la formula convenzionale dell'art. della Cedu, il diritto alla vita familiare, ossia «il diritto di fondamentale di vivere liberamente la propria condizione di coppia (...) ottenendone il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri»⁴⁶⁹.

A ben vedere, il Tribunale dei Minorenni non affronta la questione della discriminazione sotto il punto di vista della disparità di trattamento di tali coppie per la mancata estensione della disciplina del matrimonio; prende, infatti, atto della scelta della Consulta di non giungere ad una modifica costituzionalmente obbligata in tal senso. Ad avviso del giudice romano la disparità di trattamento delle coppie dello stesso sesso opera rispetto alla condizione delle coppie conviventi a cui, nell'interesse superiore del minore, è stata estesa la possibilità di adozione *ex art. 44, l. d)* della legge sull'adozione⁴⁷⁰. Partendo, dunque, dal presupposto che «quello che occorre valutare in via prioritaria è l'interesse del minore, considerando soprattutto le situazioni caratterizzate dalla preesistenza di legami affettivi tra i soggetti dell'instaurando rapporto adottivo»⁴⁷¹, il giudice di merito afferma che «una volta valutato in concreto il superiore interesse del minore ad essere adottato (...) un'interpretazione (...) che escludesse l'adozione per le coppie omosessuali solo in ragione della predetta omosessualità, al tempo stesso riconoscendo la possibilità di ricorrere a tale istituto alle coppie di fatto eterosessuali, sarebbe un'interpretazione non conforme al dettato costituzionale»⁴⁷².

Per quanto riguarda il dato convenzionale, il tribunale di Roma richiama la nota decisione, nel caso *X e altri c. Austria*⁴⁷³, in cui la Corte di Strasburgo aveva stabilito che la legge austriaca, non consentendo l'adozione cosiddetta co-parentale, nel caso di specie quella richiesta da parte della compagna senza la rottura del legame giuridico tra la madre

⁴⁶⁹ Corte costituzionale, sentenza 14 aprile 2010, n. 138, par. 8.

⁴⁷⁰ Il riferimento è alle decisioni: n. 626 del 2007 del Tribunale dei Minorenni di Milano e n. 1274 del 2012 della Corte di Appello di Firenze.

⁴⁷¹ Al riguardo si vedano: Corte costituzionale, sentenza 27 novembre 1969, n. 145; sentenza 16 maggio 1994, n. 183 dove la Corte costituzionale affermava che «i principi costituzionali non vincolano l'adozione dei minori al criterio dell'*imitatio naturae*» e, quindi, non escludono l'adozione da parte del singolo.

⁴⁷² Tribunale dei Minorenni di Roma, 30 luglio 2014, *cit.*

⁴⁷³ Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *X e altri c. Austria*, 19 febbraio 2013, ric. n. 19010/07. Per un commento alla decisione si segnala: L. CONTE, *Il caso X e altri c. Austria: l'adozione del figlio del proprio partner omosessuale*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 2, 2013, 462.

biologica e la figlia, provocava una violazione sia del divieto convenzionale di discriminazione (art. 14 Cedu) che del diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 Cedu) della coppia in questione. Ad avviso dei giudici europei escludere le coppie dello stesso sesso dalla possibilità di accedere all'adozione e, invece, consentirilo alle coppie eterosessuali si risolveva in una irragionevole disparità di trattamento sulla base dell'orientamento sessuale⁴⁷⁴. Questa argomentazione viene fatta propria dal Collegio romano che, dunque, afferma che «la legge italiana consente al convivente del genitore di un minore di adottare quest'ultimo a prescindere dall'orientamento sessuale dei conviventi», ed aggiunge che «una diversa interpretazione della norma sarebbe, non solo contraria al dato lettera e alla *ratio legis* e ai principi costituzionali, ma anche ai diritti fondamentali garantiti dalla Cedu»⁴⁷⁵.

Ebbene, è interessante notare come il Tribunale dei Minorenni di Roma sorvola completamente la questione dell'assenza di un riconoscimento legale delle coppie dello stesso sesso, e le considera ai fini dell'adozione, come è logico che sia, alla stregua delle coppie eterosessuali conviventi, privilegiando la loro stabile convivenza come unico criterio per la scelta sul miglior interesse del minore. Difatti, lo stesso tribunale sottolinea come la prova del legame stabile sia data dal fatto che «le due donne hanno utilizzato tutti gli strumenti giuridici a loro disposizione per ufficializzare la forza e la stabilità del loro progetto di vita, dalla sottoscrizione di accordi privati alla iscrizione nel Registro delle Unioni Civili, unici strumenti previsti allo stato in Italia al matrimonio celebrato in Spagna»⁴⁷⁶.

Un caso in cui i nostri giudici di merito, invece, hanno deciso di non decidere e di rimettere la soluzione della questione alla Corte costituzionale, ha avuto come protagonista il

⁴⁷⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *X e altri c. Austria*, *cit.*, par. 116 ss.

⁴⁷⁵ Tribunale dei Minorenni di Roma, 30 luglio 2014, *cit.*

⁴⁷⁶ Nello specifico, il tribunale ritiene che «nel caso di specie, non si può non tenere conto delle situazioni che sono da tempo esistenti e cristallizzate: (...) è nata e cresciuta con la ricorrente e la sua compagna, madre biologica della bimba, instaurando con loro un legame inscindibile che, a prescindere da qualsiasi "classificazione giuridica", nulla ha di diverso rispetto a un vero e proprio vincolo genitoriale. Negare alla bambina i diritti e i vantaggi che derivano da questo rapporto costituirebbe certamente una scelta non corrispondente all'interesse della minore (...). Nel caso di specie non si tratta, infatti, di concedere un diritto *ex novo*, creando una situazione prima inesistente, ma di garantire la copertura giuridica di una situazione di fatto già esistente da anni, nell'esclusivo interesse di una bambina che è da sempre cresciuta e stata allevata da due donne, che essa stessa riconosce come riferimenti affettivi primari, al punto tale da chiamare entrambe "mamma"». (Cfr. Tribunale dei Minorenni di Roma, 30 luglio 2014, *cit.*).

Tribunale dei Minorenni di Bologna⁴⁷⁷. Il ricorso proposto al giudice bolognese ha per oggetto una richiesta di riconoscimento della sentenza straniera di adozione, pronunciata dal Tribunale di primo grado dello Stato dell'Oregon, negli Stati Uniti, con la quale si disponeva l'adozione piena in favore della ricorrente con il mantenimento della responsabilità genitoriale congiunta alla madre biologica.

Si tratta di una situazione, ben diversa da quella precedente che vede il tribunale felsineo prendere in considerazione il diritto vivente, formatosi in relazione alle trascrizioni dei provvedimenti di adozione formati presi all'estero⁴⁷⁸, al fine di decidere sulla rilevanza e non manifesta infondatezza della questione da sottoporre alla Consulta. In particolare, la decisione della Corte di Cassazione che affermava che tra «i principi fondamentali che regolano il diritto di famiglia e dei minori», previsti come limiti alla trascrizione nel registro dello stato civile dei provvedimenti di adozione di minori pronunciati all'estero (art. 35 della legge sull'adozione), vi è il principio secondo cui l'adozione è consentita solo ai coniugi uniti in matrimonio (art. 6 della legge sull'adozione)⁴⁷⁹.

In primo luogo, il tribunale di Bologna - muovendo dalla constatazione dell'esistenza di (non poche) perplessità circa l'applicazione di un simile orientamento alla situazione di due «genitori con ventennale convivenza, confluita in matrimonio regolarmente celebrato all'estero, in cui il coniuge del genitore ha adottato il figlio di quest'ultimo» - non può non sottolineare che quanto espresso dalla Cassazione contrasta con il principio (affermato dalla stessa) in base al quale il matrimonio celebrato all'estero tra persone dello stesso sesso non è più considerato contrario all'ordine pubblico, non è più inesistente, ma è semplicemente improduttivo di effetti giuridici⁴⁸⁰.

Lo stesso tribunale aggiunge, inoltre, che lo sguardo al quadro sociale europeo dimostra come non si possa più condividere «la concezione secondo cui la diversità di sesso dei nubendi [sia] presupposto indispensabile, per così dire naturalistico, della stessa esistenza

⁴⁷⁷ Tribunale dei Minorenni di Bologna, Sez. I, ordinanza 10 novembre 2014, n. 4701. Per un commentosi segnala: R. DE FELICE, *Brevi note sulla rimessione alla Corte costituzionale della questione di legittimità costituzionale dell'art. 36, comma 4, L. 184/83 in caso di stepchild adoption statunitense all'interno di coppia matrimoniale omosessuale*, in www.retelenford.it.

⁴⁷⁸ L'art. 36, quarto comma, della legge sull'adozione stabilisce che l'adozione pronunciata all'estero su istanza di cittadini italiani che dimostrino, al momento della pronuncia, di aver soggiornato continuamente nel paese straniero e di avervi avuto la residenza da almeno due anni viene riconosciuto ad ogni effetto in Italia con provvedimento del Tribunale di Minorenni.

⁴⁷⁹ Corte di Cassazione, sez I civile, sentenza 14 febbraio 2011, n. 3572.

⁴⁸⁰ Corte di Cassazione, Sez. I civile, sentenza 15 marzo 2012, *cit.*

del matrimonio»⁴⁸¹. Al riguardo, il Tribunale di Bologna considera giurisprudenza costituzionale e convenzionale: mentre, infatti, la Consulta fa rientrare la tutela costituzionale di tali coppie in quella delle formazioni sociali *ex art. 2 Cost.*, sottolineando che spetta al Parlamento la scelta sulle forme di riconoscimento e alla stessa «la [sola] possibilità di intervenire in specifiche situazioni»⁴⁸²; la Corte di Strasburgo, pur rispettando le scelte degli ordinamenti nazionali circa le forme di riconoscimento giuridico, utilizza la locuzione “famiglia” per indicare il nucleo affettivo formato dalle stesse⁴⁸³.

Dunque, il caso in questione rientra, ad avviso del tribunale dei minori, in quelle «specifiche situazioni» dove il controllo di adeguatezza e proporzionalità delle scelte compiute dal legislatore risulta necessario, come affermato dalla stessa Corte costituzionale⁴⁸⁴: il fatto di impedire, «per la sola omosessualità dei genitori (...), alla famiglia formatasi all'estero di continuare ad essere famiglia anche in Italia» è in palese contrasto con i principi costituzionali. Infatti, il giudice rileva la sussistenza di un contrasto di interessi: da un lato, quello dell'ordinamento alla conservazione del modello di famiglia tradizionale; dall'altro, quello della coppia «a che l'unione dei membri della famiglia non si cancellata in modo completo e irreversibile con il sacrificio integrale della dimensione giuridica preesistente»⁴⁸⁵, ossia della relazione ventennale portata avanti in nome di un progetto di vita comue.

Ebbene, da ciò discende il primo profilo di censura: in particolare l'art. 36, quarto comma, della legge n. 184/83 finisce per risolvere il contrasto a vantaggio dell'esclusivo interesse statate, «disgregando in modo incondizionato» ciò che l'unione familiare aveva costruito in una continuata e duratura relazione e provocando, dunque, una violazione, tra gli altri, dell'art. 2 e dell'art. 3 della Costituzione⁴⁸⁶.

⁴⁸¹ Tribunale dei Minorenni di Bologna, Sez. I, ordinanza 10 novembre 2014, *cit.*

⁴⁸² Cfr. Corte costituzionale, sentenza 15 aprile 2010, *cit.*, p. 8; e sentenza 11 giugno 2014, n. 170, par. 5.5.

⁴⁸³ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Schalk and Kopf c. Austria*, 24 giugno 2010, *cit.*; Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *X e altri c. Austria*, 19 febbraio 2013, *cit.*

⁴⁸⁴ Si ricorda che la Corte costituzionale nella sentenza n. 138/2010, *cit.*, par. 8, precisava che come è avvenuto per le convivenze *more uxorio* «può accadere (...) che in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza».

⁴⁸⁵ Tribunale dei Minorenni di Bologna, Sez. I, ordinanza 10 novembre 2014, *cit.*

⁴⁸⁶ «Nel merito le disposizioni impugnate sono sospettate di incostituzionalità per violazione degli artt. 2, 3, 30 e 117 della Carta Costituzionale (...), quanto all'art. 117 *cit.*, *sub specie* di violazione dell'art. 8 Cedu come norma interposta, in particolare perché il rifiuto di concedere il riconoscimento della sentenza straniera di adozione, senza aver previamente potuto valutare in concreto la sussistenza del superiore interesse del

Il secondo profilo di censura, invece, riguarda l'impossibilità da parte del giudice di «condurre un vaglio giudiziale sull'effettivo *best interest* del minore». Le norme in questione pongono, infatti, un veto assoluto di riconoscibilità della decisione, creando un vero e proprio automatismo che non consente al giudice di verificare il preminente interesse del minore⁴⁸⁷.

Mentre il Tribunale dei Minorenni di Roma non fa nessun riferimento alla questione delle trascrizioni dei matrimoni tra le persone dello stesso sesso celebrati all'estero, il giudice bolognese, invece, si preoccupa di fare una duplice precisazione: in primo luogo, che il caso sottoposto alla sua attenzione non riguarda il rapporto di coniugio e, quindi, gli interessi dei *partners*; in secondo luogo, che lo stesso non ha per oggetto la creazione di un legame familiare tra un minore e una coppia omogenitoriale. La materia del contendere concerne «esclusivamente il rapporto genitoriale e l'interesse preminente del minore» in una situazione in cui «uno dei genitori è già, senza alcun dubbio, genitrice del minore (il coniuge dell'adottante)».

Per rafforzare tale posizione, il tribunale bolognese prende in considerazione una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo⁴⁸⁸ in cui i giudici europei sottolineavano la differenza sostanziale che intercorre tra il provvedimento di riconoscimento di una sentenza di adozione già esecutiva in altro paese e il

minore, è una palese violazione delle disposizioni contenute nella stessa Cedu». (Cfr. Tribunale dei Minorenni di Bologna, Sez. I, ordinanza 10 novembre 2014, *cit.*, par. 3).

⁴⁸⁷ Sul principio del preminente interesse del minore, il Tribunale richiama: 1) La Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176, [che] dispone nell'art. 3, primo comma, che “in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente”; 2) la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, adottata dal Consiglio l'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata e resa esecutiva con legge 20 marzo 2003, n. 77, [che] nel disciplinare il processo decisionale nei procedimenti riguardanti un minore, detta le modalità cui l'autorità giudiziaria deve conformarsi “prima di giungere a qualunque decisione”, stabilendo (tra l'altro) che l'autorità stessa deve acquisire “informazioni sufficienti al fine di prendere una decisione nell'interesse superiore del minore”; 3) la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, [che] nell'art. 24, comma secondo, prescrive che “in tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente”, e il comma terzo del medesimo articolo aggiunge che “il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse”. (Cfr. Tribunale dei Minorenni di Bologna, Sez. I, ordinanza 10 novembre 2014, *cit.*).

⁴⁸⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, caso Wagner c. Lussemburgo, 28 settembre 2007, ricorso n. 67240/01. Per un commento, cfr. C. FATTA, M. M. WINKLER, *Le famiglie omogenitoriali all'esame della Corte di Strasburgo: il caso della second-parent adoption*, in www.spgi.unipd.it.

provvedimento dell'autorizzazione all'adozione; ebbene, in virtù di tale distinzione, essi rilevavano che rigettare la richiesta di *exequatur*, quando già si è formata una famiglia di fatto, è in contrasto con l'interesse preminente del minore⁴⁸⁹.

La decisione del Tribunale dei Minorenni di Bologna di sollevare questione di legittimità costituzionalità può essere apprezzata in vista degli effetti di una futura declaratoria di incostituzionalità della Consulta: infatti, se il giudice delle leggi, decidesse di accogliere la questione (e sostituirsi all'inerzia del legislatore) la decisione produrrebbe effetti *erga omnes*, e si eviterebbe dunque che la sorte dei rapporti genitoriali già instaurati all'interno di relazioni tra persone dello stesso sesso sia lasciata alla discrezionalità del giudice di turno⁴⁹⁰.

2.2.2. (Segue): nel momento di crisi della coppia

Gli aspetti problematici e controversi in materia di genitorialità per le coppie formate da persone dello stesso sesso si presentano non solo nel momento dell'instaurazione del rapporto di filiazione, ma soprattutto nel momento patologico della relazione. In tutti questi casi, cioè, in cui la coppia entra in crisi e decide per la rottura del legame: ebbene in queste circostanze si propongono le questioni tipiche delle famiglie matrimoniali in crisi con l'aggravante che, nelle coppie (scoppiate) dello stesso sesso, diventa difficile individuare una disciplina che regoli i rapporti di filiazione, dal momento che solo il genitore biologico è riconosciuto come tale in senso giuridico, mentre nessun diritto e obbligo spetta al cosiddetto genitore sociale.

⁴⁸⁹ Al proposito il Tribunale dei Minorenni di Bologna riporta, in maniera dettagliata, alcuni passaggi della decisione della Corte di Starsburgo: «Nel caso di specie, i giudici del Lussemburgo avevano respinto l'*exequatur* di una sentenza peruviana che aveva pronunciato l'adozione di una minore in favore di genitrice non coniugata. La Corte Edu ha accertato la violazione dell'art. 8 della Convenzione e ricordato che il rifiuto di concedere l'*exequatur* della sentenza straniera di adozione piena rappresenta "un'interferenza con il diritto al rispetto della vita familiare (...) e tale ingerenza, per non costituire una violazione dell'art. 8 Cedu deve essere prevista dalla legge, perseguire uno o più scopi legittimi tra quelli previsti dal secondo comma dell'art. 8 ed essere necessaria in una società democratica per il raggiungimento degli stessi"». (Cfr. Tribunale dei Minorenni di Bologna, Sez. I, ordinanza 10 novembre 2014, *cit.*).

⁴⁹⁰ Cfr. L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri*, Einaudi, Torino, 2015, 42 ss. L'A. sottolinea che «solo l'inerzia del Parlamento potrebbe legittimare l'intervento creativo della giurisdizione (...). La supplenza della giurisdizione alle manchevolezze dei poteri politici in singoli eccezionali casi può essere ammissibile, purchè il carattere dell'eccezionalità dell'intervento non alteri gli equilibri tra rappresentanza democratica e giurisdizioni».

Una decisione che si inserisce in questo solco è stata oggetto dell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale da parte della Corte di Appello di Palermo⁴⁹¹. La vicenda riguarda due donne che decidono di porre fine al loro legame: una relazione caratterizzata da una convivenza stabile e duratura e dalla realizzazione di un progetto di genitorialità, attraverso la sottoposizione di una delle donne alle tecniche di procreazione assistita di tipo eterologo dalla quale erano nati due gemelli. Nel momento della crisi, la genitrice sociale viene allontanato dai due minori, dunque, ricorre al giudice al fine di ottenere un provvedimento volto a regolare il rapporto genitoriale (di fatto) instauratosi tra lei e i bambini, avendo la stessa, insieme alla compagna, provveduto moralmente ed economicamente alla crescita del nucleo familiare⁴⁹².

La ricorrente, nello specifico, (ri)chiede al giudice di sollevare una questione di legittimità costituzionale⁴⁹³, in relazione agli artt. 2 e 3 della Costituzione, dell'art. 337 *ter* c.c., in combinato disposto con gli artt. 317, 317 *bis*, 336 e 337 *bis* c.c., nella parte in cui non prevede il diritto al mantenimento di un rapporto equilibrato, continuativo e significativo del minore con la genitrice sociale nel caso di separazione di una coppia omosessuale⁴⁹⁴.

⁴⁹¹ Corte di Appello di Palermo, ordinanza 31 agosto 2015. Per un commento, cfr. A. ARDIZZONE, *La convivenza omosessuale ed il ruolo del genitore sociale in caso di PMA*, in *Famiglia e diritto*, fasc. 1, 2016, 40.

⁴⁹² La Corte di Appello rileva che «il riconoscimento di tale ruolo emerge anche dal contenuto della CTU espletata nel giudizio di primo grado (...), secondo la quale i bambini riconoscono la (*omissis*) “come appartenente al loro sistema familiare in una posizione di seconda mamma”».

⁴⁹³ Cfr. Tribunale di Palermo, decreto 6 aprile 2015, n. 6.

⁴⁹⁴ L'art. 337 *ter*, rubricato “Provvedimenti riguardo ai figli”, stabilisce: «il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale. Per realizzare la finalità (...) il giudice adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa. Valuta prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori oppure stabilisce a quale di essi i figli sono affidati, determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore, fissando altresì la misura e il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli (...). La responsabilità genitoriale è esercitata da entrambi i genitori. Le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione, alla salute e alla scelta della residenza abituale del minore sono assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli. In caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice. (...) Salvo accordi diversi liberamente sottoscritti dalle parti, ciascuno dei genitori provvede al mantenimento dei figli in misura proporzionale al proprio reddito; il giudice stabilisce, ove necessario, la corresponsione di un assegno periodico al fine di realizzare il principio di proporzionalità, da determinare considerando: 1) le attuali esigenze del figlio; 2) il tenore di vita goduto dal figlio in costanza di convivenza con entrambi i genitori; 3) i tempi di permanenza presso ciascun genitore; 4) le risorse economiche di entrambi i genitori; 5) la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore. Gli artt. 317, 317 *bis*, 336 e 337 *bis* c.c. si riferiscono rispettivamente a: “Impedimento di uno dei genitori”, “Rapporto con gli ascendenti”, “Procedimento”, “ascolto del minore”.

In primo luogo, la Corte di appello di Palermo deve pronunciarsi sulla legittimazione ad agire della ricorrente nel procedimento: la sua condizione di *ex partner* (della genitrice biologica dei minori) non gli permette di ravvisare alcun interesse della stessa e lo obbliga a dichiarare il difetto di legittimazione attiva. Tuttavia, il giudizio prosegue poiché il pubblico ministero fa proprio il ricorso, ed agisce giudizialmente.

Dunque, i giudici palermitani non possono che valutare la rilevanza della questione e, al proposito, sottolineano che l'art. 337 *ter* c.c. presenta diverse censure sul piano costituzionale: in primo luogo, in relazione all'art. 2 Cost. «sotto il profilo della mancata tutela del rapporto tra il minore e l'*ex partner* del genitore biologico del minore», la norma costituzionale, infatti, include nella tutela delle formazioni sociali sia le famiglie di fatto eterosessuali che quelle formate da persone dello stesso sesso. In secondo luogo, il collegio, rileva che l'esclusione dell'*ex partner* dal novero dei soggetti con i quali «il minore ha diritto a mantenere un rapporto stabile e significativo, anche dopo la disgregazione della coppia, [sia] in conflitto con l'interesse del minore» e sia, dunque, in contrasto con gli artt. 30 e 31 della Costituzione⁴⁹⁵ e con il parametro interposto dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁴⁹⁶.

A differenza del Tribunale di primo grado, la Corte di appello afferma che il carattere rigido di tale disposizione non permette una «differente opzione interpretativa»⁴⁹⁷: la norma crea, infatti, una sorta di automatismo che impedisce al giudice di comporre il conflitto in via interpretativa⁴⁹⁸, ragion per cui si rende necessaria una pronuncia della Corte costituzionale.

⁴⁹⁵ Si ricorda che l'art. 30 Cost. stabilisce che «è dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio. Nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti. La legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima. La legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità; l'art. 31 Cost. prevede che «La Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose. Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo.

⁴⁹⁶ Si ricorda che l'art. 8 della Cedu tutela il diritto al rispetto della vita privata e familiare.

⁴⁹⁷ Il giudice di primo grado, invece, aveva accolto la domanda formulata dal pubblico ministero nell'interesse del minore e attraverso un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme agli artt. 7 e 4 della Carta di Nizza e all'art. 8 della Cedu aveva esteso l'ambito applicativo dell'art. 337 *ter* c.c. fino a farvi rientrare anche il genitore sociale. In tal modo, affermava dunque il preminente interesse dei minori il diritto dei minori a mantenere il rapporto instauratosi con l'*ex partner* del genitore biologico. (Cfr. Tribunale di Palermo, decreto 6 aprile 2015, n. 6).

⁴⁹⁸ Ad avviso, dunque, dei giudici palermitani, «la struttura “rigida” della disposizione di cui all'art. 337 *ter* c.c., caratterizzata da un automatismo che preclude al giudice di vagliare l'effettivo preminente interesse del minore (...), vanifica i principi di origine internazionale ed europea ponendosi altresì in contrasto con il principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.) e con il diritto del minore ad una famiglia (art. 2,

Anche in questo caso, dunque, la questione rimane sospesa in attesa della decisione del giudice delle leggi. A ben vedere, la Corte di appello non ha confermato l'interpretazione estensiva del Tribunale di prima istanza soprattutto per la ricostruzione contraddittoria operata da quest'ultimo: il giudice di prima istanza, infatti, da un lato, rilevava la carenza di legittimazione ad agire della ricorrente, dall'altro, però le riconosceva la potestà genitoriale in ragione della profonda relazione instaurata con i due minori⁴⁹⁹.

Gli aspetti problematici legati alla genitorialità delle coppie dello stesso sesso si presentano ancor più evidenti quando le relazioni con i minori hanno conosciuto una tutela legale, in termini di stabilizzazione giuridica, in ordinamenti stranieri e, successivamente, necessitano di un riconoscimento nel nostro paese: in tale prospettiva si inserisce la decisione del Tribunale della Corte di appello di Milano dello scorso dicembre⁵⁰⁰. La vicenda riguarda due donne di nazionalità italiana che avevano deciso di contrarre matrimonio in Spagna per dare un riconoscimento legale alla loro unione. In seguito, una delle donne si sottopone alla fecondazione eterologa assistita dalla quale nasce una bambina che viene cresciuta, mantenuta ed educata da entrambe le coniugi. In base alla legge spagnola⁵⁰¹, alla mamma sociale viene riconosciuto il diritto di adottare la figlia della *partner*. In seguito, il rapporto matrimoniale entra in crisi e, su richiesta di ambedue le coniugi, le autorità spagnole dichiarano sciolto il matrimonio mediante divorzio e approvano l'accordo regolatorio intervenuto tra le parti riguardante: i rapporti economici tra le due donne, l'affido della figlia, la regolamentazione dei rapporti tra la bambina e ciascuna genitrice, il contributo di ciascuna madre al mantenimento e alle spese di cura, educazione e istruzione della bambina⁵⁰².

Alla base del ricorso presentato davanti alle autorità italiane vi sono, dunque, le seguenti richieste: il riconoscimento e la trascrizione dell'atto di matrimonio e della sentenza di divorzio emessi in Spagna; la trascrizione dell'accordo regolatore recepito nella sentenza

30 e 31 Cost.), ed in particolare a mantenere rapporti significativi con l'*ex partner* del genitore biologico, compresi i casi di famiglia omo-genitoriali». (Corte di Appello di Palermo, ordinanza 31 agosto 2015, *cit.*).

⁴⁹⁹ Anche il giudizio di primo grado prosegue nonostante la carenza della legittimazione ad agire della ricorrente grazie all'intervento del pubblico ministero. Per approfondimenti, cfr. A. ARDIZZONE, *La convivenza omosessuale ed il ruolo del genitore sociale in caso di PMA*, *cit.*, 2 ss.

⁵⁰⁰ Corte di appello di Milano, Sez. famiglia, 1 dicembre 2015, n. 2543.

⁵⁰¹ Cfr. artt. 175 ss. del *Codice Civile* spagnolo.

⁵⁰² Il Regolamento europeo si preoccupa di garantire nell'ordinamento sovranazionale il cosiddetto principio dell'interesse superiore del minore. Per approfondimenti, cfr. O. LOPES PEGNA, *L'interesse superiore del minore nel Regolamento n. 2201/2003*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, fasc. 2, 2013, 357.

di divorzio dalle autorità spagnole; il riconoscimento del provvedimento di adozione della minore da parte della genitrice sociale. La Corte di appello di Milano, di tali domande, si limita a dichiarare l'efficacia e la conseguente trascrizione dell'ordinanza emessa dalle autorità spagnole nel procedimento di adozione della minore; inoltre, la stessa dà atto che l'accordo regolatorio riguardante le condizioni relative alla potestà genitoriale è riconosciuto in Italia in base agli artt. 21 e ss del Regolamento CE n. 2201 del 2003⁵⁰³.

Il percorso argomentativo seguito dal collegio milanese non è molto diverso da quello seguito dagli altri giudici nelle decisioni aventi per oggetto la trascrizione dei matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all'estero, esaminate nel paragrafo precedente⁵⁰⁴.

Anche in questa vicenda, il giudice si trova a verificare, in assenza di disposizioni di legge, se la giurisprudenza costituzionale⁵⁰⁵ e la normativa comunitaria e convenzionale⁵⁰⁶ impongono il riconoscimento nell'ordinamento italiano del diritto al matrimonio alle persone dello stesso sesso. Attraverso un'interpretazione, in alcuni punti oscura, la Corte di appello risponde negativamente, escludendo dunque anche la possibilità che i matrimoni celebrati all'estero da persone dello stesso sesso possano avere un riconoscimento legale, in ragione del fatto che il paradigma eterosessuale dello stesso non sia stato mai smentito, né ci sia stata una modifica legislativa in tal senso. Tuttavia, tali passaggi argomentativi

⁵⁰³ Tribunale dei Minorenni di Roma, sentenza 30 luglio 2014, n. 299; Tribunale dei Minorenni di Bologna, Sez. I, ordinanza 10 novembre 2014; Corte di Appello di Palermo, Sez. I, ordinanza 31 agosto 2015; Corte di Appello di Milano, Sez. famiglia, ordinanza 1 dicembre 2015, n. 2543.

⁵⁰⁴ Il riferimento è alle decisioni *cit.*: Tribunale di Bologna, ordinanza del 10 novembre 2014; Tribunale di Roma, sez. Lavoro, 17 giugno 2014, n. 63571; Tribunale di Milano, Sez. IX, sentenza 2 luglio 2014; Tribunale di Grosseto, 26 febbraio 2015; Corte di Appello di Napoli, ordinanza 13 marzo 2015; Corte di Appello di Milano, Sez. famiglia, sentenza 6 novembre 2015; n. 2286.

⁵⁰⁵ Oltre all'esame delle note sentenze (Corte costituzionale, n. 138 del 2010, Corte di Cassazione, n. 4184 del 2012, Corte di Cassazione n. 2400 del 2015), la Corte di appello di Milano richiama in maniera più dettagliata rispetto agli altri giudici la pronuncia sul cosiddetto "divorzio imposto" (Corte costituzionale, sentenza 11 giugno 2014, n. 170), sottolineando che «la connotazione eterosessuale del matrimonio non è smentita nemmeno dalla più recente decisione 170/2014 – con la quale la Consulta ha dichiarato, in riferimento all'art. 2 della Costituzione l'illegittimità costituzionale degli articoli 2 e 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164, nella parte in cui tali norme non prevedevano che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi consentisse, comunque, ove entrambi lo richiedessero, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata – risultando da tale decisione che la regolamentazione dell'unione omosessuale resta comunque demandata alle scelte discrezionali del legislatore». (Corte di appello di Milano, Sez. famiglia, 1 dicembre 2015, *cit.*, par. 11).

⁵⁰⁶ Il richiamo è *in primis* alla «regola *gender neutral*» contenuta nell'art. 9 della Carta di Nizza che tutela il diritto al matrimonio e, in secondo luogo, alle decisioni della Corte di Strasburgo rese nei casi *Schalk and Kopf c. Austria* (24 giugno 2010), *Gas et Dubois c. Francia* (15 marzo 2012), *Hämäläinen c. Finlandia* (16 luglio 2014) dalle quali, ad avviso dei giudici milanesi, non emerge nessun obbligo all'estensione dell'istituto del matrimonio alle coppie dello stesso sesso. (Corte di appello di Milano, Sez. famiglia, 1 dicembre 2015, *cit.*, par. 12).

vengono contraddetti da una sorta di *lapsus freudiano* quando la Corte afferma che «non può ragionevolmente negarsi che il matrimonio disciplinato dal legislatore del 1942, e non rivisitato sotto il profilo in esame da successive riforme del diritto di famiglia, sia quello tra persone dello stesso sesso e che solo a queste il vigente istituto sia attualmente riservato». L'errore (non intenzionale) viene, tuttavia, smentito nel capoverso immediatamente successivo quando la stessa Corte sottolinea che «pur valorizzando il contenuto di norma aperta attribuibile all'articolo 29 (...), permane comunque l'effetto preclusivo costituito dall'attuale disciplina legislativa, costituzionalmente compatibile»⁵⁰⁷. Anche se ciò lascia numerose perplessità circa il valore (genuino) da attribuire a tali *obiter dicta*, va preso atto che la Corte di appello di Milano da tali ragioni fa discendere l'impossibilità di trascrivere in Italia la sentenza straniera di scioglimento del matrimonio. Non perviene alla stessa conclusione quando si tratta di decidere della trascrizione del provvedimento di adozione emesso dalle autorità spagnole a favore della genitrice sociale. Distinguendo tale ipotesi da quella dell'adozione internazionale dei minori e da quella dell'adozioni di minori in stato di abbandono (art. 44 della legge n. 184 del 1983), la Corte afferma che si tratta dell'adozione di «una ragazzina che sin dalla nascita (...) è stata adeguatamente amata, curata, mantenuta, educata ed istruita da entrambe le donne che hanno realizzato l'originario progetto di genitorialità condivisa, nell'ambito di una famiglia fondata sulla comunione materiale e spirituale di due persone di sesso femminile»⁵⁰⁸; un'adozione, tra l'altro, che in un altro ordinamento europeo è valida ed efficace. Sulla base di queste osservazioni, la Corte di appello di Milano accoglie la richiesta della ricorrente di trascrivere nei registri dello stato civile l'adozione a suo favore motivandola con il principio del preminente interesse del minore e con la constatazione che, nel nostro ordinamento, la Costituzione nulla dice in materia di adozione, limitandosi ad affermare il principio della tutela giuridica e sociale dei figli (art. 30 Cost.). Nel caso di specie, appariva chiaramente il *best interest* del minore: la bambina aveva costruito con la genitrice sociale, come con quella biologica, una relazione affettiva stabile e forte, e lo dimostrava il fatto che le due donne, in seguito allo scioglimento del matrimonio, avevano scelto la via dell'affidamento condiviso. È interessante notare, dunque, che la Corte non si preoccupa tanto di scavare nella legislazione italiana in materia di adozione per la ricerca di una soluzione, ma di assicurare

⁵⁰⁷ Corte di appello di Milano, Sez. famiglia, 1 dicembre 2015, *cit.*, par. 11.

⁵⁰⁸ Corte di appello di Milano, Sez. famiglia, 1 dicembre 2015, *cit.*, par. 16.

con la sua decisione la realizzazione dell'interesse della minore a mantenere il rapporto di genitorialità, difatti, la stessa precisa che «l'adozione “piena” (...) comporta il riconoscimento in capo all'adottante di tutti i doveri e i diritti che derivano dalla filiazione naturale, [e] tale situazione giuridica appare idonea ad attribuire alla minore un insieme di diritti molto più ampio e vantaggioso di quello garantito dall'adozione disciplinata dagli artt. 44 e segg. della L. 184/1983»⁵⁰⁹.

2.3. Diritto di famiglia, identità sessuale e orientamento sessuale

Un ulteriore profilo oggetto di riflessione riguarda l'intreccio tra il diritto di formare una famiglia, il diritto all'identità sessuale e il divieto di discriminazioni in base all'orientamento sessuale. Tralasciando le questioni in materia di rettificazione di attribuzione di sesso su cui la giurisprudenza si sta recentemente confrontando⁵¹⁰, il discorso è qui limitato alla nota vicenda del cosiddetto “divorzio imposto” su cui la Consulta ha deciso in dialogo con la giurisprudenza sovranazionale e con il legislatore⁵¹¹.

La questione sottoposta alla Corte costituzionale riguardava gli effetti della pronuncia di rettificazione del sesso su un matrimonio preesistente: nel caso di specie, un soggetto di sesso maschile, regolarmente sposato, decideva di procedere alla rettifica del sesso d'accordo con il coniuge, in costanza di matrimonio. Nel riportare nel registro dello stato civile l'avvenuta modifica del sesso, l'ufficiale procedeva d'ufficio anche all'annotazione, a margine dell'atto di matrimonio, della cessazione degli effetti civili dello stesso come prescrive l'art. 4 della 164 del 1982⁵¹². Si riproponeva, dunque, la questione del

⁵⁰⁹ Corte di appello di Milano, Sez. famiglia, 1 dicembre 2015, *cit.*, par. 30.

⁵¹⁰ Corte costituzionale, sentenza del 21 ottobre 2015, n. 221.

⁵¹¹ Corte costituzionale, sentenza 23 gennaio 2014, *cit.* Tra i commenti si segnalano: P. BIANCHI, *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: “divorzio imposto” incostituzionale ma non troppo*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 3, 2014, 669; F. BIONDI, *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: una sentenza additiva di principio sul c.d. “divorzio imposto”*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 3, 2014, 666; G. 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.forumcostituzionale.it ; L. FERRARO, *Corte costituzionale, Bundesverfassungsgericht e Corte EDU tra identità sessuale e orientamento sessuale*, in www.rivistaaic.it ; R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del “divorzio imposto”: quando la Corte dialoga con il legislatore ma dimentica il giudice*, in www.giurcost.org ; A. 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 ; P. VERONESI, *Un'anomala additiva di principio in materia di “divorzio imposto”: il “caso Bernaroli” nella sentenza n.170/2014*, in *Studium iuris*, fasc. 10, 2014, 1146.

⁵¹² La norma in questione stabilisce: «La sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso non ha effetto retrattivo. Essa provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso (...)».

riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso: si trattava di «un matrimonio nato eterosessuale ed arrivato omosessuale»⁵¹³ a cui la coppia non intendeva rinunciare proseguendo la vita familiare insieme.

Con una sentenza additiva di principio, la Consulta decide di accogliere la questione dichiarando l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge n. 164/82 nella parte in cui «non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione del sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la 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 della coppia medesima con le modalità da statuirsi dal legislatore»⁵¹⁴.

Senza andare nel dettaglio della decisione, qui è importante ricordare che, nel caso di specie, bisognava valutare il conflitto tra i seguenti interessi: l'interesse dello Stato a conservare il paradigma eterosessuale del matrimonio e il diritto degli individui di autodeterminarsi circa l'identità sessuale. Inoltre, come affermava il giudice *a quo* «l'operatività *ope legis* della causa di scioglimento del vincolo»⁵¹⁵ sacrificava ulteriori diritti, tra cui quello alla conservazione del legame familiare e il diritto a non essere discriminati rispetto a tutte le altre coppie coniugate che liberamente possono scegliere di porre fine alla relazione attraverso il divorzio⁵¹⁶. In continuità con quanto affermato nella sentenza n. 138 del 2010⁵¹⁷, la Consulta affermava l'impossibilità di effettuare qualsiasi

⁵¹³ R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": quando la Corte dialoga con il legislatore ma dimentica il giudice*, cit., 1.

⁵¹⁴ Cfr. Corte costituzionale, sentenza 23 gennaio 2014, cit.

⁵¹⁵ Cassazione civile, Sez. I, 6 giugno 2013, n. 14329. Per un commento, cfr. M. FIORINI, *La normativa contrasta con i parametri europei ma la soluzione passa per una nuova disciplina*, in *Guida al diritto*, fasc. 33, 2013, 26.

⁵¹⁶ L. FERRARO, *Corte costituzionale, Bundesverfassungsgericht e Corte EDU tra identità sessuale e orientamento sessuale*, cit., 2.

⁵¹⁷ «Si potrebbe parlare di "sentenze sorelle", tra le quali la più giovane si muove nel solco degli insegnamenti forniti dalla primogenita, ma, come spesso accade per i secondi figli, in maniera anche più intraprendente e disinvolta, avendo i genitori ormai fatto la loro esperienza sulla prima figlia», (R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": quando la Corte dialoga con il legislatore ma dimentica il giudice*, cit., 1); l'analisi della decisione in questione deve avvenire attraverso «un esame per vie "parallele" (...) del quadro risultante a seguito della odierna pronunzia con quello disegnato dalla nota sent. n. 138 del 2010, a riguardo della condizione delle persone dello stesso sesso che vantino la pretesa ad accedere alle nozze», (A. 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, cit., 7)*; la parafrasi dei passaggi argomentativi della sentenza n. 138 del 2010 da parte della decisione n. 170 conferma «il "dialogo" esistente tra tali pronunce e la continuità della

bilanciamento, in ragione della «tutela esclusiva [dell'interesse] statale alla non modificazione dei caratteri fondamentali dell'istituto del matrimonio»⁵¹⁸; il paradigma eterosessuale rappresenta, ad avviso del giudice delle leggi, il «nocciolo intangibile» dell'art. 29 Cost., un significato «non superabile in via meramente ermeneutica»⁵¹⁹ che esclude, dunque, qualsiasi estensione dell'istituto del matrimonio alle coppie dello stesso sesso. Tuttavia, ciò non impedisce la disciplina di forme alternative di riconoscimento di tali unioni, che compete alla scelta discrezionale del legislatore.

Detto ciò, ai fini del presente lavoro rilevano i passaggi argomentativi in cui la Corte fa riferimento alle norme convenzionali, in particolare, quelli in la Consulta ricordava che, «in assenza di un consenso tra i vari Stati nazionali sul tema delle unioni omosessuali, la Corte Edu (...) afferma essere riservate alla discrezionalità del legislatore nazionale le eventuali forme di tutela per le coppie di soggetti appartenenti al medesimo sesso»⁵²⁰. A ben vedere, con una simile constatazione - volta ad escludere la possibilità che gli artt. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e 12 (diritto al matrimonio) possano essere presi in considerazione come norme parametro nel giudizio in questione⁵²¹ - la Corte sembra voler bypassare ulteriori approfondimenti, quasi a voler evitare il confronto con il mutato *consensus* europeo (si ricorda che la maggioranza dei paesi contraenti del Consiglio d'Europa hanno legiferato in materia) e con il fatto che il «paradigma eterosessuale del matrimonio ha cominciato a sgretolarsi [anche] nel sistema Cedu»⁵²², confermato di recente dall'ultima pronuncia della Corte di Strasburgo nel caso *Oliari c. Italia*.

giurisprudenza sul punto», (P. VERONESI, *Un'anomala additiva di principio in materia di "divorzio imposto": il "caso Bernaroli" nella sentenza n.170/2014, cit.*, 15).

⁵¹⁸ Corte costituzionale, sentenza 23 gennaio 2014, *cit.*, par. 5.6.

⁵¹⁹ P. VERONESI, *Un'anomala additiva di principio in materia di "divorzio imposto": il "caso Bernaroli" nella sentenza n.170/2014, cit.*, 4.

⁵²⁰ Corte costituzionale, sentenza 23 gennaio 2014, *cit.*, par. 5.3.

⁵²¹ Al contrario la Corte di Cassazione aveva richiamato nel dettaglio la giurisprudenza di Strasburgo sottolineando che «nell'endiadi "diritto alla vita privata e familiare" (...) l'attenzione, dopo il consolidamento dei diritti individuali, si è rivolta alle conseguenze relazionali delle scelte personali e private, ovvero alla dimensione "familiare" di tali scelte (...) coincidente con il contenuto delle "formazioni sociali" cui si riferisce l'art. 2 della Costituzione», poi la stessa aggiunge: «in questo quadro profondamente rinnovato e sempre più frequentemente arricchito dalla "felice" contaminazione delle fonti costituzionali europee, convenzionali ed internazionali (...), deve essere valutata la compatibilità costituzionale dell'art. 4 della l. n. 164 del 1982 rispetto ai parametri (...) nella loro qualità di norme interposte (...) degli artt. 8 e 12 della CEDU, non omettendo di considerare che la stessa Corte costituzionale nella pronuncia n. 161 del 1985 ha riconosciuto che questa legge "si colloca nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione». (Cfr. Cassazione civile, Sez. I, 6 giugno 2013, *cit.*, parr. 27 ss.).

⁵²² G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. "divorzio imposto"*, *cit.*, 3. L'A. afferma che «un conto (...) è il giudizio affidato ad

Eppure la Corte non sembrava temere il confronto con gli altri paesi europei, anzi sceglieva di dialogare con le Corti di altri ordinamenti⁵²³ probabilmente nell'obiettivo di verificare la collocazione della sua decisione nella "classifica europea" delle pronunce sul tema, oppure meglio argomentare l'assunto secondo il quale il preminente interesse dello Stato alla conservazione del paradigma eterosessuale del matrimonio non può sacrificare integralmente «la dimensione giuridica del preesistente rapporto», quanto uno dei coniugi, in accordo l'altro, decide «relativamente ad un tal significato aspetto della identità personale»⁵²⁴.

Un sacrificio assoluto di tali interessi, per esempio, avveniva nell'ordinamento tedesco prima della pronuncia di incostituzionalità del *Bundesverfassungsgericht* richiamata dalla nostra Consulta: la legge "Sul cambiamento dei prenomi e sulla determinazione dell'appartenenza sessuale in casi particolari" del 10 settembre 1980 (*Transsexuellengesetz*), infatti, stabiliva come presupposto indispensabile per ottenere dal tribunale la rettifica della registrazione del sesso la sussistenza della condizione di nubilato o celibato⁵²⁵.

Non si comprende il cenno al (differente) caso tedesco favorevole alla prosecuzione del vincolo matrimoniale ai fini della decisione della Consulta che, pur caratterizzata da forti contraddizioni⁵²⁶, accoglie la questione di legittimità; tale richiamo potrebbe, tuttavia,

una Corte sovranazionale, che deve per sua stessa natura mantenere uno sguardo "esterno" sugli ordinamenti degli Stati membri, come dimostra la stessa dottrina (pur non priva di ambiguità) del "margine di apprezzamento"; altra cosa è il controllo di costituzionalità della legge, nel cui ambito, laddove opera per bilanciamenti, la Corte costituzionale non può esimersi da una precisa e appropriata definizione degli interessi in gioco».

⁵²³ La Corte costituzionale si riferisce, nello specifico, a: Corte costituzionale austriaca, VerfG 8 giugno 2006, n. 17849 e a Corte costituzionale tedesca, BVerfG 27 maggio 2008, BvL 10/05.

⁵²⁴ Corte costituzionale, sentenza 23 gennaio 2014, *cit.*, par. 5.3.

⁵²⁵ Ebbene, il *Bundesverfassungsgericht* ha dichiarato costituzionalmente illegittima tale condizione dal momento che la stessa «crea[va] nella persona interessata una situazione inestricabile di conflitto interiore»: scegliere di aderire alla sua vera identità o mantenere in vita il rapporto matrimoniale. Il giudice tedesco, da un lato, affermava che la legge in questione operava «un bilanciamento irragionevole a favore dell'interesse statale al mantenimento del modello eterosessuale del matrimonio», dall'altro, a differenza del giudice italiano, precisava che, nel caso di specie, «l'applicazione del diritto all'identità sessuale non consent[iva] l'assimilazione della fattispecie a quella di una coppia originariamente *same sex*». Dunque, lo stesso pur prevedendo l'ipotesi di una scelta alternativa del legislatore, decideva di consentire la prosecuzione del vincolo matrimoniale. (Cfr. L. FERRARO, *Corte costituzionale, Bundesverfassungsgericht e Corte EDU tra identità sessuale e orientamento sessuale, cit.*, 8 ss.).

⁵²⁶ Sulle contraddizioni tra «parte motiva e parte decisoria», cfr. G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. "divorzio imposto"*, *cit.*, 1.

interpretarsi come la necessità di dare al legislatore una sorta di guida “europea” nella scelta delle possibili soluzioni da adottare in materia.

Sebbene non “sacrificati eccessivamente” dal legislatore e, dunque, dalla decisione della Consulta si potrebbe dire, la necessità di garantire una protezione ai diritti in questione non poteva rimanere insoddisfatta in attesa che il Parlamento decidesse di colmare il vuoto, per cui, per l’ennesima volta, la responsabilità della tutela è ricaduta sul giudice⁵²⁷. Le regole processuali, infatti, prescrivono che una volta pronunciatisi la Corte, il giudice *a quo* possa riprendere il giudizio che precedentemente aveva sospeso⁵²⁸, per cui la vicenda non poteva non avere un naturale seguito processuale.

La Corte di Cassazione si ritrovava, dunque, a decidere sulle sorti del legame familiare, con la consapevolezza della responsabilità che ciò comportava⁵²⁹. Si ricorda, infatti, che il mantenimento del vincolo matrimoniale è il presupposto essenziale per il riconoscimento dei diritti e degli obblighi da esso discendenti dei quali la coppia aveva goduto prima della decisione di rettificazione del sesso, e che rivendicava in seguito all’applicazione dell’automatismo previsto dall’art. 4 della Legge n. 164 del 1982; su questo (e solo su questo) assunto il giudice della legittimità sapeva bene di dover decidere⁵³⁰. Le alternative non erano molte e il giudice della nomofilachia sceglieva di «esprimersi con il cuore»⁵³¹ e,

⁵²⁷ «Per il giudice, come è noto, a differenza di quanto accade per il legislatore, non esiste la possibilità di *non liquet*, ma sussiste al contrario l’obbligo di decidere (...), non essendo possibile una sospensione del giudizio *a quo* in attesa dell’intervento del legislatore». (Cfr. R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del “divorzio imposto”: quando la Corte dialoga con il legislatore ma dimentica il giudice*, cit., 6).

⁵²⁸ Cfr. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2014; G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012.

⁵²⁹ Cassazione civile, Sez. I, sentenza 21 aprile 2015, n. 8097. Per un commento alla decisione si segnalano: V. BALDINI, *Riflessioni a caldo sulla sentenza n. 8097/2015: il giudice della nomofilachia smentisce la Corte costituzionale in tema di matrimoni omosessuali?*, in www.dirittifondamentali.it; I. RIVERA, *Il c.d. divorzio imposto tra illegittimità costituzionale e seguito processuale (osservazioni a margine della sentenza n. 170/2014 della Corte costituzionale e n. 8097/2015 della Corte di Cassazione)*, in www.giurcost.org.

⁵³⁰ Al riguardo, la Cassazione afferma: «da una comunione coniugale e familiare caratterizzata da un nucleo intangibile di diritti fondamentali e doveri di assistenza morale e materiale condizionante l’assetto della vita personale e patrimoniale dei suoi componenti si passa ad una situazione priva di qualsiasi ancoraggio ad un sistema giuridico di protezione e garanzie di riferimento. È questo peculiare profilo degli effetti, in quanto produttivo di un deficit di tutela incompatibile con la conservazione del grado di protezione costituzionale dell’unione, ancorché non più matrimoniale, ad essere ritenuto illegittimo dalla Corte Costituzionale e ad essere espunto dall’ordinamento mediante la pronuncia di accoglimento». (Cfr. Cassazione civile, Sez. I, sentenza 21 aprile 2015, cit.).

⁵³¹ R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del “divorzio imposto”: quando la Corte dialoga con il legislatore ma dimentica il giudice*, cit., 6. Le alternative per la Corte di Cassazione erano due: o considerare l’incostituzionalità come omissione del legislatore e, dunque, sciogliere il vincolo matrimoniale; oppure considerare l’incostituzionalità delle norme di cui agli artt. 2 e 4 della L. n. 164/1982 e, allora, dichiarare

segnando una rottura con la pronuncia costituzionale⁵³², dichiarava valido ed efficace il vincolo matrimoniale⁵³³.

La decisione della Cassazione ripercorre la pronuncia di incostituzionalità della Consulta riprendendone tutti i passaggi argomentativi e valorizzando, in particolare, quello in cui la Corte costituzionale affermava che il sacrificio assoluto dei diritti matrimoniali dei coniugi in questione non può, comunque, accettarsi perché contrario alla norma costituzionale che tutela le formazioni sociali (art. 2 Cost.).

Nello specifico, il giudice della legittimità sottolineava che, se da un lato, si comprende la scelta legislativa di consentire soltanto alle coppie eterosessuali di unirsi in matrimonio e, dunque, di «escludere che si possano mantenere unioni coniugali divenute a causa della rettificazione di sesso di uno dei componenti non più fondate sul predetto paradigma»; dall'altro, «non può essere costituzionalmente tollerato (...) in virtù della protezione costituzionale (nonché convenzionale *ex art. 8 CEDU*) di cui godono le unioni tra persone dello stesso sesso (...) che per effetto del sopravvenuto non mantenimento del modello matrimoniale tali unioni possano essere private del nucleo di diritti fondamentali e doveri solidali propri delle relazioni affettive sulle quali si fondano le principali scelte di vita e si forma la personalità sul piano soggettivo e relazionale»⁵³⁴.

In quest'ultima osservazione della Cassazione si legge un (nascosto) richiamo alla Cedu: tuttavia, questa volta, a differenza che nell'ordinanza di rimessione della questione di legittimità costituzionale alla Consulta⁵³⁵, il cenno alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo è limitato alla sola norma che tutela il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 Cedu), e non anche all'art. 12 Cedu che garantisce il diritto al matrimonio; in aggiunta, nessun richiamo è rivolto alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione

valido il matrimonio. Al proposito, l'A. afferma: «se dovessi esprimermi con il cuore sarei decisamente per la seconda soluzione, mentre con la mente sento di dovermi esprimere per la prima».

⁵³² V. BALDINI, *Riflessioni a caldo sulla sentenza n. 8097/2015: il giudice della nomofilachia smentisce la Corte costituzionale in tema di matrimoni omosessuali?*, *cit.*, 2; ad avviso dell'A. la pronuncia della Cassazione «ha il sapore di un confronto/scontro tra il giudice di legittimità e quello costituzionale (...). Il giudice della legittimità compie uno “scatto in avanti” interpretando la sentenza del giudice costituzionale come autoapplicativa, sul presupposto che oggetto della censura d'illegittimità sia stata la previsione relativa allo scioglimento automatico del vincolo matrimoniale previsto dalla disciplina impugnata».

⁵³³ Si legge, infatti, nel dispositivo: «la Corte, accoglie il ricorso nei sensi di cui in motivazione. Cassa la sentenza impugnata e, decidendo nel merito, dichiara illegittima l'annotazione di cessazione degli effetti civili del matrimonio apposta a margine dell'atto di matrimonio delle ricorrenti e le successive annotazioni e ne dispone la cancellazione». (Cfr. Cassazione civile, Sez. I, sentenza 21 aprile 2015, *cit.*).

⁵³⁴ Cassazione civile, Sez. I, sentenza 21 aprile 2015, *cit.*

⁵³⁵ Cassazione civile, Sez. I, 6 giugno 2013, *cit.*, parr. 27 ss.

europea, in particolare alla regola *neutral gender* contenuta nell'art. 9. Ebbene, il passaggio argomentativo riportato potrebbe interpretarsi in due modi: o la Corte prende atto dell'inidoneità delle suddette norme interposte a fungere da parametro costituzionale nel caso di specie (dando seguito a quanto affermato dalla Corte costituzionale), per cui il richiamo tra parentesi costituisce un'aggiunta; oppure la Corte, avendo già argomentato al riguardo, non si dimentica di ricordare, tra parentesi, la rilevanza della protezione convenzionale in questa materia.

Leggendo le pronunce della Cassazione in “combinato disposto” e considerando la forza con cui la stessa affermava nell'ordinanza di rimessione che, in materia di tutela delle coppie dello stesso sesso, bisogna considerare il «quadro profondamente rinnovato e sempre più frequentemente arricchito dalla “felice” contaminazione delle fonti (...) convenzionali»⁵³⁶, si dovrebbe propendere per la seconda. Tuttavia, di fondo rimane un dubbio poiché il giudice della legittimità sembra fare dei passi indietro quando precisa che la dichiarazione di illegittimità costituzionale non riguarda «la norma mancante del riconoscimento di uno statuto costituzionalmente adeguato alle unioni tra persone dello stesso sesso»⁵³⁷; bensì concerne il mantenimento di uno statuto di diritti e doveri, precedentemente garantiti alla coppia in questione. Senza considerare la recente condanna nel caso *Oliari e altri c. Italia* che la Cassazione non poteva prevedere, è opportuno ricordare che, invece, le pronunce dalla Corte di Strasburgo richiamate nell'ordinanza di rimessione andavano nella prima direzione: ragion per cui si deve rilevare che l'oggetto dell'azione, seppur nella veste di *petitum* mediato, è in qualche modo legato all'assenza di una disciplina legislativa che offra un protezione giuridica alle coppie formate da persone dello stesso sesso. Tuttavia, ciò poco importa per la vicenda in esame visto che il vincolo matrimoniale è stato restituito alla coppia; se, in attesa che il legislatore decida, casi analoghi venissero proposti, per essi ci sarebbe comunque il “beneficio del precedente”⁵³⁸,

⁵³⁶ Cassazione civile, Sez. I, 6 giugno 2013, *cit.*, parr. 27 ss.

⁵³⁷ Ed aggiunge: «se l'intento della Corte fosse stato limitato a questo profilo sarebbe stata sufficiente una sentenza monito, conforme alla pronuncia n. 138 del 2010, con un dispositivo di rigetto. Al contrario la Corte ha ritenuto che il meccanismo di caducazione automatica del vincolo matrimoniale nel sistema di vuoto normativo attuale fosse produttivo di effetti costituzionalmente incompatibili con la protezione che l'unione conseguente alla rettificazione di sesso di uno dei componenti deve, per obbligo costituzionale, conservare *ex art. 2 Cost.*». (Cfr. Cassazione civile, Sez. I, sentenza 21 aprile 2015, *cit.*).

⁵³⁸ Al riguardo, infatti, la Cassazione afferma che «la regola costituzionalmente corretta secondo la quale l'unione in questione, in quanto protetta dall'art. 2 Cost., deve essere fonte di diritti e doveri regolati da una legge sulle unioni civili, in mancanza della disciplina legislativa può essere attuata solo mediante

la cui applicazione tuttavia deve necessariamente passare per la discrezionalità dell'ufficiale dello stato civile di turno.

3. Il dialogo tra le Corti in materia di procreazione medicalmente assistita

Tra i nuovi diritti che hanno conosciuto una tutela giudiziaria particolarmente creativa merita di essere approfondito il “rivendicato” diritto ad essere genitori. Sebbene si dubiti che il desiderio di avere dei figli possa costituire una situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela costituzionale⁵³⁹, si deve prendere atto degli sviluppi che hanno visto il diffondersi di istanze di protezione in tal senso in virtù dell'imprescindibile legame tra le tecniche di riproduzione artificiale e il diritto costituzionalmente garantito alla salute *ex art. 32 Cost.* Negli ultimi anni, le vicende che hanno interessato il tema della procreazione medicalmente assistita (legge n. 40 del 2004) sembrano favorire il riconoscimento di un diritto ad essere genitori nella misura in cui il suo “godimento” possa essere assicurato dal ricorso alle tecniche di riproduzione artificiale.

Prima di ricostruire le principali problematiche affrontate in tale materia, è utile un breve cenno al rapporto tra tali tecniche e i campi della bioetica e del biodiritto. La procreazione medicalmente assistita rappresenta solo una delle questioni che il dibattito bioetico ha dovuto affrontare a partire dagli anni Settanta; difatti, esso sin dal principio ha ricompreso diversi ambiti di studio, basti pensare alle scelte riguardanti il fine-vita, alla sperimentazione sugli animali, all'ingegneria genetica. Ciò nonostante, il concetto di bioetica rimane di difficile definizione: non si identifica con l'etica che tuttavia utilizza come strumento di misurazione, bensì si tratta di una disciplina onnicomprensiva che coinvolge diversi ambiti di riflessione come la filosofia, il diritto, la morale e altre regole, tra cui quelle in campo medico⁵⁴⁰. Anche il biodiritto si presenta come una scienza articolata, inclusiva di molteplici discipline giuridiche; il suo principale merito è quello di «contribui[re] alla realizzazione dell'impresa bioetica» e alla diffusione del progresso

l'adeguamento caso per caso rimesso alla Corte Costituzionale od ai giudici ordinari». (Cfr. Cassazione civile, Sez. I, sentenza 21 aprile 2015, *cit.*).

⁵³⁹ In tal senso, dopo la nota sentenza della Corte Costituzionale, 9 aprile 2014, n. 162: A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in www.forumcostituzionale.it; M. G. RODOMONTE, *É un diritto avere un figlio?*, in www.confronticostituzionali.eu.

⁵⁴⁰ L'espressione risale agli anni Settanta quando di fronte al rapido sviluppo scientifico in ambito biomedico e biotecnologico si sentì il bisogno di costruire una nuova disciplina che «combinasse la conoscenza biologica (bio) con la conoscenza del sistema dei valori umani (etica)», cfr. V. R. POTTER, *Bioethics. Bridge to the future*, Englewood Cliffs, New Jersey, 1971.

scientifico⁵⁴¹. Tuttavia, si tratta «in larga misura di un diritto giurisprudenziale, o comunque non legislativo»⁵⁴².

La presa di coscienza della rilevanza delle questioni riguardanti la procreazione artificiale può essere ricondotta alla metà degli anni Cinquanta quando per la prima volta l'opinione pubblica fu sconvolta dal caso di una donna che era stata sottoposta alla fecondazione di tipo eterologo⁵⁴³, ossia con donazione anonima del seme da parte di un soggetto terzo alla coppia. Con una decisione, in cui si discuteva del diritto del marito ad esercitare l'azione di disconoscimento, il Tribunale di Roma, ammettendo l'azione, rilevava che era ormai «indilazionabile una regolamentazione della materia, che [assecondasse] l'evoluzione della tecnica medica»⁵⁴⁴. Da quel momento in poi si aprirono le strade per il dibattito politico, che coinvolse diverse competenze (medici, giuristi, filosofi) e che, tuttavia, ebbe come effetto quello di sfociare in una serie di progetti di legge accomunati dallo stesso obiettivo, quello di regolamentare la materia, e dalla stessa sorte, quella di non vedere terminato l'*iter* legislativo⁵⁴⁵. Nel maggio 1999, il Parlamento si risvegliava dal torpore e (ri)iniziava un nuovo procedimento per la discussione di un disegno di legge in materia⁵⁴⁶: il percorso questa volta si è concluso con l'approvazione della legge n. 40 che, dopo anni di dibattiti e confronti, finalmente collocava l'ordinamento italiano nella lista dei paesi dotati di una regolamentazione in materia di fecondazione artificiale.

Ciò nonostante, la legge n. 40 è stata protagonista di una trasformazione che ha mutato il suo impianto iniziale e modificato inevitabilmente l'equilibrio dei valori ad essa sottesi. In realtà, i segnali di questo graduale cambiamento erano apparsi, subito dopo la sua entrata

⁵⁴¹ P. BORSELLINO, *Tra cultura e norma*, in S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di), *Trattato di Biodiritto. Ambito e fonti del biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2010, 149.

⁵⁴² A. D'ALOIA, *Norme, giustizia, diritti nel tempo delle bio-tecnologie: note introduttive*, in ID. (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2006, XVI.

⁵⁴³ Per approfondimenti si veda G. MILAN, *Gli aspetti giuridici della procreazione assistita*, Cedam, Padova, 1997, 221.

⁵⁴⁴ Tribunale di Roma, 30 aprile 1956. Per un commento, cfr. A. TRABUCCHI, *Fecondazione artificiale e legittimità dei figli*, in *Giurisprudenza italiana*, fasc. 1, 1957, 218.

⁵⁴⁵ I più significativi si collocano in quella che è stata definita la seconda fase della vicenda legislativa in materia di fecondazione artificiale, ossia il periodo che va dalla IX legislatura (1983-87) alla XII legislatura (1994-96). Per approfondimenti si vedano: C. CASINI, M. CASINI, M. L. DI PIETRO (a cura di), *Commentario: la legge 19 febbraio 2004, n. 40, norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, Giappichelli, Torino 2004, 8; F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita*, Giuffrè, Milano, 2004, 24; F. SCIA, *Procreazione medicalmente assistita e status del generato*, Jovene, Napoli, 2010, 37.

⁵⁴⁶ Il riferimento è al disegno di legge “Testo unificato delle proposte di legge in materia di procreazione medicalmente assistita” elaborato dalla XII Commissione Affari Sociali.

in vigore, quando la Corte costituzionale decidendo sull'ammissibilità del referendum che riguardava alcune sue parti, sembrava preannunciare (profeticamente) la sua successiva opera di riscrittura. In quell'occasione, il giudice delle leggi nel sottolineare che il suo era semplicemente un giudizio di ammissibilità delle richieste referendarie, sembrava mostrare dubbi sulla ragionevolezza della legge, in particolare quando escludeva che dalla sua decisione potessero trarsi conseguenze circa la conformità o meno a Costituzione della stessa visto che non era «in discussione la valutazione di eventuali profili di illegittimità costituzionale»⁵⁴⁷.

È utile ricordare che la Corte, prima che si decidesse di decidere⁵⁴⁸, ebbe la possibilità di esaminare i profili di supposta irrazionalità della legge in relazione alla questione della esclusione dalla diagnosi pre-impianto delle coppie fertili portatrici di malattie trasmissibili sollevata dal Tribunale di Cagliari⁵⁴⁹; tuttavia, la stessa decise di non cogliere l'occasione e si pronunciò con *non liquet*⁵⁵⁰.

L'opera di riscrittura della legge n. 40 inizia pochi anni dopo con la nota decisione sulla irragionevolezza della previsione relativa al numero di embrioni da impiantare (art. 14, comma 2)⁵⁵¹. Da quel momento in poi, la Consulta inizia a confrontarsi con le difficoltà

⁵⁴⁷ Corte costituzionale, sentenza 28 gennaio 2005, n. 45, par. 3.

⁵⁴⁸ L. TRUCCO, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide (almeno in parte) di decidere*, consultabile su www.giurcost.org.

⁵⁴⁹ Tribunale di Cagliari, 24 settembre 2007, in *Foro Italiano*, fasc. 1, 2007, 3245.

⁵⁵⁰ Corte Costituzionale, ordinanza 9 novembre 2006, n. 369.

⁵⁵¹ Corte costituzionale, sentenza 8 maggio 2009, n. 151. Nello specifico, la decisione ha avuto per oggetto l'art. 14, comma 2 e 3, L. n. 40/2004. Il primo stabiliva che «le tecniche di produzione degli embrioni, tenuto conto dell'evoluzione tecnico-scientifica e di quanto previsto dall'articolo 7, comma 3, non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre»; il secondo, invece, prevedeva: «qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile». In relazione a queste due disposizioni, la declaratoria di incostituzionalità ha riguardato, rispettivamente, la prima parte della norma, limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre», e la seconda «nella parte in cui non prevedeva che il trasferimento degli embrioni fosse effettuato senza pregiudizio della salute della donna». Ad avviso del giudice delle leggi, la previsione normativa in questione non garantisce né la tutela dell'embrione né della donna proprio perché «non riconosce al medico la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento, con conseguente individuazione, di volta in volta, del limite numerico di embrioni da impiantare, ritenuto idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita, riducendo al minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto». Per un commento si segnalano: S. AGOSTA, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte Cost., sent. n. 151/2009)*, in www.forumcostituzionale.it; G. DI GENIO, *Il primato della scienza sul diritto (ma non sui diritti) nella*

applicative della legge: in questo confronto non può fare a meno di considerare la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in particolare nella vicende relative all'estensione della diagnosi pre-impianto alle coppie fertili portatrici sane di malattie trasmissibili e fecondazione eterologa.

3.1. Il diritto alla diagnosi pre-impianto

In relazione alla diagnosi pre-impianto⁵⁵², tuttavia, non si può prescindere dalla decisione (non presa, ricordata sopra) in cui il Tribunale di Cagliari sollevava questione di legittimità costituzionale, in relazione agli artt. 2, 3, 32, dell'art. 13 della legge n. 40 nella parte vietava alle coppie non sterili la diagnosi pre-impianto sull'embrione ai fini dell'accertamento di eventuali patologie. Ad avviso del rimettente, nel caso di specie, né l'interesse della ricorrente né quello dell'embrione ricevevano una protezione: la salute della donna «era seriamente minacciata dall'impossibilità di conoscere lo stato di salute dell'embrione prima di procedere all'impianto»; allo stesso modo l'embrione, che era sottoposto a criconservazione «in ragione del rifiuto della ricorrente di procedere all'impianto senza previa diagnosi»⁵⁵³. La Corte costituzionale, tacendo sulla questione e avallando l'interpretazione restrittiva della giurisprudenza di merito⁵⁵⁴, affermava che il divieto della diagnosi pre-impianto - che trova il suo fondamento esplicito, anche se inespresso, nell'art. 13 - è in linea con i criteri ispiratori della legge n. 40 e con la

fecondazione assistita, in www.forumcostituzionale.it ; L. TRUCCO, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide (almeno in parte) di decidere*, cit.

⁵⁵² La diagnosi pre-impianto (art. 13, L. 40/2004) consiste in un accertamento genetico che attraverso la tecnica del prelievo di una o più cellule dell'embrione prima del suo impianto nell'utero materno, consente di accertare se l'embrione stesso sia portatore o meno di determinate malattie. La norma in questione, al primo comma, sancisce in linea di principio il divieto di sperimentazione su ciascun embrione; al secondo comma, come eccezione alla stessa regola, stabilisce la possibilità di effettuare «la ricerca clinica e sperimentale a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso», tuttavia con il divieto di produzione di embrioni umani ai fini della ricerca o della sperimentazione, o per scopi eugenetici.

⁵⁵³ V. Corte Costituzionale, ordinanza n. 369 del 2006, cit. Per un commento, cfr. A. GIGLIOTTI, *L'ordinanza della Corte costituzionale sul divieto di diagnosi preimpianto*, in www.rivistaaic.it .

⁵⁵⁴ A titolo esemplificativo si può ricordare la decisione del Tribunale di Catania che, nei primi mesi di vigenza della legge n. 40, sulla base della nuova disciplina rigettava la richiesta di una coppia, portatrice sana di talassemia, di effettuare la diagnosi pre-impianto. Il giudice siciliano affermava in modo che «è difficile, francamente, capire in che senso la pretesa di una coppia di produrre un numero indeterminato di embrioni da selezionare, conservando o eliminando quelli malati e impiantando quelli sani, violerebbe i principi di uguaglianza e di tutela della persona e il diritto alla salute intesa come integrità psicofisica (...), vale la pena di sottolineare come non faccia parte dei diritti della persona né della sua integrità psicofisica la possibilità di selezionare eugeneticamente i suoi figli». (Cfr. Tribunale di Catania, Sez. I Civile, ordinanza 3 maggio 2004, in *Giurisprudenza italiana*, 2004, 2089, 16).

«disciplina complessiva della procedura di procreazione medicalmente assistita disegnata dalla legge» riservata solo alle coppie affette da sterilità o infertilità.

Intanto i casi di richiesta di diagnosi pre-impianto da parte delle coppie non sterili si moltiplicavano e i giudici di merito venivano chiamati a svolgere il loro ruolo creativo. Tra le decisioni più significative è utile ricordare quella del Tribunale di Salerno che, con un'interpretazione «costituzionalmente orientata dell'art. 13», ordinava la diagnosi pre-impianto a favore di una coppia non sterile. Ad avviso del giudice di merito: «il diritto a procreare, e lo stesso diritto alla salute dei soggetti coinvolti, verrebbero irrimediabilmente lesi da una interpretazione delle norme in esame che impedissero il ricorso alla tecniche di procreazione medicalmente assistita da parte di coppie, pur non infertili o sterili, che però rischiano concretamente di procreare figli affetti da gravi malattie, a causa di patologie geneticamente trasmissibili»⁵⁵⁵.

Le problematiche connesse a questa materia non potevano non coinvolgere la Corte europea dei diritti dell'uomo che, nell'*affaire Costa e Pavan c. Italia*⁵⁵⁶, si pronunciava, per la prima volta, sulla compatibilità della legge n. 40 con la Cedu. Nello specifico, i giudici di Strasburgo effettuavano un'analisi della questione tendo conto anche della legge sull'interruzione volontaria della gravidanza (legge n. 194 del 1978): il divieto della diagnosi pre-impianto contrastando, infatti, con il diritto fondamentale della salute della donna, sollevava la grande questione sul raccordo delle due discipline⁵⁵⁷, che i giudici comuni cercavano di risolvere attraverso l'interpretazione costituzionalmente conforme.

Dopo tale analisi la Corte Edu arrivava ad affermare la contrarietà del divieto in questione con l'art. 8 della Cedu che, garantendo il diritto al rispetto della vita privata e familiare, tutela anche il diritto delle coppie ad avere un figlio sano. Il giudice di Strasburgo

⁵⁵⁵ Tribunale di Salerno, ordinanza 9 gennaio 2010, in *Giurisprudenza di merito*, 2010, 1289. L'interpretazione estensiva veniva favorita sia dalle Linee guida del 2008 che, estendendo l'accesso alle tecniche di procreazione assistita anche alle coppie in cui l'uomo era portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili (in particolare del virus HIV e di quelli delle epatiti B e C), di fatto, determinava un ampliamento del concetto normativo di infertilità che ben si prestava ad includere anche le coppie fertili portatrici sane di malattie geneticamente trasmissibili; sia da alcune pronunce degli altri giudici civili che avevano autorizzato la diagnosi per le coppie sterili portatrici di malattie trasmissibili, in particolare: Tribunale di Cagliari, ordinanza del 22 settembre 2007 e Tribunale di Firenze, ordinanza del 19 dicembre 2007.

⁵⁵⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Costa e Pavan c. Italia*, sentenza 28 agosto 2012, ric. n. 54270/2010.

⁵⁵⁷ Per approfondimenti si segnalano: B. LIBERALI, *La diagnosi genetica preimpianto fra interpretazioni costituzionalmente conformi, disapplicazione della legge n. 40 del 2004, diretta esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e questioni di legittimità costituzionale*; C. NARDOCCI, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa e Pavan c. Italia*, entrambi consultabili su www.rivistaaic.it.

motivava la sua decisione con le seguenti constatazioni: in primo luogo, distingueva le pratiche di selezione genetica degli embrioni dalla diagnosi pre-impianto, il cui unico fine è quello di evitare la trasmissione di malattie genetiche gravi ed incurabili; in secondo luogo, evidenziava un'incoerenza sistematica nell'ordinamento italiano poiché, da un lato, la legge n. 40 vietava la diagnosi pre-impianto alle coppie fertili; dall'altro, tuttavia, consentiva alle stesse di ricorrere all'aborto terapeutico⁵⁵⁸: «vi è dunque un'evidente irragionevolezza della disciplina che, permettendo l'aborto e invece proibendo l'inseminazione medica con i soli embrioni sani, autorizza il più (e il più penoso), mentre nega il meno (e meno grave)»⁵⁵⁹.

L'eco della decisione dei giudici di Strasburgo si fa presto sentire nell'ordinamento italiano che viene chiamato a dare esecuzione alla pronuncia resa nel caso *Costa e Pavan*: in particolare, il Tribunale di Roma si ritrova a valutare la portata effettiva della decisione, sia alla luce dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento convenzionale, che alla luce dell'interpretazione evolutiva data all'art. 13, L. 40/2004, dagli altri giudici di merito. In relazione a quest'ultimo punto, il giudice romano affermava che «la *ratio* sottesa all'interpretazione evolutiva (...), consistente in una lettura della norma in linea con i progressi raggiunti nel campo della genetica dalla scienza medica, e (...) l'equivoca e non coordinata formulazione della legge 40/2004 lascia[no] ampi spazi ad una lettura che escluda il divieto tanto della diagnosi, quanto della selezione pre-impianto»⁵⁶⁰. A tale constatazione aggiungeva il suo dovere di dar seguito alle decisioni di condanna del giudice europeo soprattutto nei casi, come quello in esame, in cui «la regola ricavabile dalla sentenza Cedu era sufficientemente precisa ed incondizionata da sostituirsi (...) a quella interma riconosciuta contraria alla Convenzione»⁵⁶¹.

⁵⁵⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Costa e Pavan c. Italia*, cit., par. 56 ss.

⁵⁵⁹ In questo senso, cfr. V. ZAGREBELSKY, *La irragionevolezza della legge italiana sulla procreazione assistita nel giudizio della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, fasc. 3, 2012. In senso critico, invece, cfr. E. MALFATTI, *La Corte di Strasburgo tra coerenze e incoerenze della disciplina in materia di procreazione assistita e interruzione volontaria della gravidanza: quando i "giochi di parole" divengono decisivi*, in www.rivistaaic.it.

⁵⁶⁰ Tribunale di Roma, Sez. I civile, 23 settembre 2013. Il tribunale si riferisce alle pronunce cit.: Tribunale di Cagliari, sentenza 24 settembre 2007; Tribunale di Firenze, ordinanza 17 dicembre 2007, Tribunale di Salerno, 9 gennaio 2010. Ad avviso del giudice di merito, «la *ratio* sottesa all'interpretazione evolutiva resa dalle pronunce citate, consistente in una lettura della norma in linea con i progressi raggiunti nel campo della genetica dalla scienza medica e (...) l'equivoca e non coordinata formulazione della legge 40/2004 lascia[no] ampi spazi ad una lettura che escluda il divieto tanto della diagnosi, quanto della selezione pre-impianto».

⁵⁶¹ Al riguardo il giudice di merito, fa riferimento alla sentenza della Corte costituzionale del 3 luglio 2013, n. 210 in cui si precisa che «allorquando la sentenza della Corte europea cui occorre conformarsi implica

Anche se il Tribunale di Roma si era pronunciato a favore della diagnosi pre-impianto, dichiarando il diritto dei coniugi *Costa e Pavan* di beneficiare di tale tecnica, la questione rimaneva aperta in quanto la norma restava vigente ed effettiva. Ben presto, per la seconda volta, la diagnosi pre-impianto torna alla Consulta attraverso una nuova questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Roma: questa volta il giudice *a quo* affermava l'impossibilità di procedere ad una interpretazione costituzionalmente orientata della legge ed escludeva la disapplicazione delle norme sospettate di incostituzionalità per contrasto con la Convenzione⁵⁶².

La Corte costituzionale con una decisione alquanto stringata affermava che il divieto in questione si poneva in contrasto con il diritto fondamentale alla salute della donna (art. 32 Cost), «senza peraltro che il *vulnus*, così arrecato a tale diritto, potesse trovare un positivo contrappeso, in termini di bilanciamento, in un'esigenza di tutela del nascituro, il quale sarebbe comunque esposto all'aborto»⁵⁶³. In altri termini, il giudice delle leggi, probabilmente seguendo un po' il ragionamento della Corte di Strasburgo, operava un raffronto con la legge sull'aborto (L. n. 194/ 1978) e impiegava il criterio del grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna prevista dalla stessa come presupposto per l'interruzione della gravidanza, al fine di motivare l'irragionevole bilanciamento della legge sottoposta al suo scrutinio.

l'illegittimità costituzionale di una norma nazionale, allorché la pronuncia della Corte sia specifica, debba darsene esecuzione diretta da parte del giudice nazionale senza sollevare questione di illegittimità costituzionale».

⁵⁶² Cfr. Tribunale di Roma, ordinanza del 14 gennaio 2014. Il giudice sollevava questione di legittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, che stabiliscono rispettivamente: «al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito. Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità», e «il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico».

⁵⁶³ Corte costituzionale, sentenza 14 maggio 2015, n. 96. Per un commento si segnalano: G. REPETTO, *La linea più breve tra due punti. La diagnosi preimpianto per le coppie fertili tra divieti irragionevoli e diritto alla salute (a prima lettura della sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale)*, in www.diritticomparati.it ; C. TRIPODINA, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in www.costituzionalismo.it .

Nella decisione in questione, quasi a riportare ordine «nella ripartizione dei compiti»⁵⁶⁴ dopo la confusione interpretativa creata dalle pronunce di merito che avevano ammesso la diagnosi pre-impianto, la Corte ricordava la sua giurisprudenza in materia di rapporti tra ordinamento interno, ordinamento convenzionale e ordinamento comunitario, e (ri)afferma in tal modo che quando l'oggetto del giudizio non rientra nell'ambito di applicazione del diritto comunitario, non vi è «spazio per un'eventuale disapplicazione della normativa nazionale da parte del tribunale rimettente»⁵⁶⁵. In questa prospettiva, il giudice delle leggi sembra riappropriarsi del suo ruolo nella tutela dei diritti; non sembra, tuttavia, prendere le distanze dalla tutela convenzionale, al contrario sembra avallarla utilizzando i parametri costituzionali interni.

3.2. La fecondazione di tipo eterologo

La questione sulla legittimità del divieto di fecondazione eterologa approdava per la prima volta alla Consulta nel 2012; tuttavia, il giudice delle leggi riusciva ad aggirare l'ostacolo della decisione, restituendo gli atti ai giudici *a quibus*⁵⁶⁶ alla luce della sopravvenuta sentenza *S.H. e altri c. Austria* della Grande Camera⁵⁶⁷.

Ciò che rileva in questa sede non riguarda tanto il fatto che il giudice delle leggi abbia chiesto ai giudici un'interpretazione convenzionalmente conforme al *novum* di Strasburgo, bensì che si sia limitato ad indicare solo la pronuncia della Grande Camera che ribaltava *in toto* la decisione della Prima Sezione attraverso l'utilizzo del "paracadute" del margine di apprezzamento⁵⁶⁸, e non abbia, invece, operato una ricostruzione della giurisprudenza convenzionale in materia⁵⁶⁹.

⁵⁶⁴ In questo senso, G. REPETTO, *La linea più breve tra due punti*, cit., 2.

⁵⁶⁵ Corte costituzionale, sentenza 14 maggio 2015, cit., par. 7.

⁵⁶⁶ Corte costituzionale, ordinanza 22 maggio 2012, n. 150. Per un commento si segnalano: E. MALFATTI, *Un nuovo (incerto) passo nel cammino "convenzionale" della Corte*, in www.forumcostituzionale.it; A. MORRONE, *Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell'ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it; R. ROMBOLI, *Lo strumento della restituzione degli atti e l'ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della Corte EDU come ius superveniens e la sua incidenza per la riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa*, in www.giurcost.org.

⁵⁶⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *S.H. e altri c. Austria*, 3 novembre 2011, ric. n. 5783/00.

⁵⁶⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, Prima Sez., caso *S. H. e altri c. Austria*. La Prima sezione aveva considerato la legge austriaca irragionevole in quanto creava un disparità di trattamento per le coppie che «per realizzare il loro desiderio di avere un bambino [potevano] solo ricorrere alla donazione di sperma per una fecondazione *in vitro*» e non, quindi, a quella legale per una fecondazione *in vivo*.

⁵⁶⁹ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Evans c. Regno Unito*, 10 aprile 2007, ric. n. 2346/02; caso *A. B. e C. c. Irlanda*, 16 dicembre 2010, ric. n. 25579/05. Per approfondimenti, cfr. F. PERRINI, *La legge*

Tuttavia, il trionfo della legge 40 in materia di divieto di fecondazione eterologa non poteva durare a lungo: il desiderio delle coppie sterili di avere un figlio continuava ad alimentare le controversie ordinarie che non riuscivano più a trovare una soluzione, senza stravolgere la *ratio* della legge 40, nell'interpretazione convenzionalmente orientata al *novum* di Strasburgo. Ragon per cui, la questione tornava alla Consulta⁵⁷⁰ e, dopo dieci anni di vigenza, finalmente cadeva il divieto di fecondazione eterologa, (ri)portando così l'ordinamento italiano al passo con gli altri paesi europei⁵⁷¹.

Sebbene la legge n. 40 riguardi «temi eticamente sensibili, in relazione ai quali l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze nel rispetto della dignità umana»⁵⁷² di solito spetta alla discrezionalità legislativa, la Corte questa volta non si tirava indietro e dichiarava il divieto dell'eterologa in contrasto con la fondamentale libertà di autodeterminazione della persona (artt. 2, 3, 31 Cost.) che, tra le sue espressioni, include la scelta di diventare genitori e formare una famiglia⁵⁷³: la «determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile»⁵⁷⁴ purché non si ponga in contrasto con altri valori costituzionali. A ben vedere, quindi, il diritto alla genitorialità viene elevato a diritto costituzionale, un diritto che è irragionevole non riconoscere visto che il progresso scientifico lo permette⁵⁷⁵. E a nulla rileva il problema della cosiddetta provenienza genetica, in quanto la legge

40/2004: la sentenza n.162/2014 della Corte costituzionale e i principali orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo, in www.rivistaoidu.net.

⁵⁷⁰ Corte Costituzionale, sentenza 9 aprile 2014, n. 162. Per ulteriori commenti si segnalano: G. D'AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, in www.forumcostituzionale.it; A. RUGGERI, *La Consulta apre all'eterologa ma chiude, dopo averlo preannunciato, al "dialogo" con la Corte Edu*, in www.forumcostituzionale.it.

⁵⁷¹ La fecondazione eterologa è ammessa in Spagna, in Germania (dopo che l'Ordine dei medici abbia verificato che non si tratti di una maternità surrogata), nel Regno Unito, in Francia (con una manifestazione scritta del consenso del padre sociale); per approfondimenti, cfr. C. CASONATO, T. E. FROSINI (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2006.

⁵⁷² Corte costituzionale, sentenza 9 aprile 2014, *cit.*, par. 5.

⁵⁷³ M. G. RODOMONTE, *È un diritto avere un figlio?*, *cit.*, in cui l'Autrice osserva che «la Corte costituzionale, pur non richiamando espressamente gli artt. 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come interpretati dalla relativa Corte Edu, sembra così in realtà accedere ad una lettura dell'autodeterminazione quale principio assoluto e quale fonte inesauribile di nuovi diritti dei singoli e della coppia».

⁵⁷⁴ Corte costituzionale, sentenza 9 aprile 2014, *cit.*, p. 6.

⁵⁷⁵ A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, *cit.*, in cui l'A. mostra il dubbio circa il riconoscimento di un diritto come fondamentale «ma condizionato alle acquisizioni della scienza e limitato soggettivamente a determinate situazioni patologiche».

ammette l'istituto dell'adozione, così come ammette la prevalenza dell'interesse del minore alla stabilità del rapporto di filiazione sul suo diritto alla verità genetica⁵⁷⁶.

4. Il dialogo tra le Corti in materia penale

Il diritto penale costituisce uno degli ambiti più influenzati dalla giurisprudenza convenzionale: le garanzie fondamentali in materia penale, «un tempo misura dell'accettazione della potestà punitiva domestica», si aprono in maniera a volte naturale, altre problematica, al confronto con quelle sviluppate nel «*network multilivello*»⁵⁷⁷ e nello spazio giudiziario europeo⁵⁷⁸.

Si può individuare una sorta di parallelismo con ciò che sta caratterizzando l'ambito di protezione dei diritti fondamentali esaminati sopra: anche qui la disciplina legislativa viene integrata e modificata dalla giurisprudenza⁵⁷⁹ a colpi di interpretazione⁵⁸⁰. Ancora una volta, dunque, si pone il problema di verificare in quali casi⁵⁸¹ la valorizzazione convenzionale delle garanzie (penali⁵⁸²) realizzi un *surplus* di tutela e quali siano gli strumenti di cui l'ordinamento italiano si avvale per dar esecuzione alle decisioni di

⁵⁷⁶ A dimostrazione di ciò, il Dlgs. n. 154/2013, modificando l'art. 244 c.c., ha stabilito il termine tombale di cinque anni per l'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità e di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità.

⁵⁷⁷ MANES V., *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto palingenesi, cross-fertilization*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, fasc. 3, 2012, 839.

⁵⁷⁸ «Oggi, è a tutti chiaro che il diritto penale non è più padrone in casa propria. Lo dimostra (...) il progressivo svuotamento delle competenze interne in favore delle competenze dell'Unione europea, che con il Trattato di Lisbona (...) hanno trovato ulteriore ed espresso riconoscimento anche in materia penale», cfr. MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili di intersezione tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike Giuridica, Roma, 2012, 1.

⁵⁷⁹ O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Rivista di diritto penale contemporaneo*, fasc. 1, 2013, 161. L'A. osserva che «neanche i più convinti assertori del ruolo (inevitabilmente) creativo della giurisprudenza (quali siamo noi) si spingerebbero ad identificare la giurisprudenza con l'esito di una o più pronunce isolate della Corte di Strasburgo».

⁵⁸⁰ A. RUGGERI, *La Corte costituzionale "equilibrata", tra continuità e innovazione, sul filo dei rapporti con la Corte EDU*, in *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. 3, 2011, 1757.

⁵⁸¹ Al riguardo, cfr. V. VALENTINI, *Legalità penale convenzionale e obbligo d'interpretazione conforme alla luce del nuovo art. 6 TUE*, in *Rivista di diritto penale contemporaneo*, fasc. 2, 2012, 170, in cui l'A. afferma che «esistono terreni, infatti, in cui il dialogo non è né sarà mai possibile: quello degli obblighi positivi, per esempio, e quello dell'ermeneutica di lotta, del giudice, cioè, chiamato ad abbandonare "anacronistiche" evolutive in nome della sicurezza dei diritti della comunità delle *virtual victims*».

⁵⁸² «La natura eminentemente "casistica" (...) della giurisprudenza della Corte EDU, alimenta una funzione "prismatica" capace di irradiare e vascolarizzare il contenuto valoriale delle diverse garanzie in una miriade di fattispecie», cfr. MANES V., *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto palingenesi, cross-fertilization*, *cit.*, 843.

condanna provenienti da Strasburgo, considerando che in il cerchio ermeneutico si allarga, abbracciando inevitabilmente quello del legislatore.

Innanzitutto, è utile ricordare che ancor prima della «rivoluzione d'ottobre» ad opera delle sentenze gemelle⁵⁸³, i giudici penali, interrogandosi sulle modalità di esecuzione alle decisioni di condanna di Strasburgo, avvertivano l'urgenza di introdurre nell'ordinamento italiano meccanismi idonei a rendere effettivi i principi del giusto processo garantiti dalla Cedu⁵⁸⁴. Al riguardo, è emblematica la vicenda *Dorigo*⁵⁸⁵ che si sviluppava proprio nel periodo (di transizione) in cui si discuteva del valore della Convenzione nell'ordinamento interno. Senza andare nel dettaglio dell'annosa (e ben nota) questione, qui rilevano i principi affermati dalla Corte di cassazione nella decisione sull'ordinanza di rigetto della Corte d'Assise di Udine⁵⁸⁶ e la decisione della Corte costituzionale che concludeva l'intera vicenda.

Il giudice della nomofilachia, dando per acquisita la precettività delle norme della Cedu⁵⁸⁷, affermava che «gli effetti della sentenza della Corte hanno un'incidenza non limitata alla sfera sovranazionale, ma sono costitutivi di diritti e obblighi operanti anche nell'ordinamento nazionale»; di conseguenza «il giudice dell'esecuzione deve dichiarare

⁵⁸³ Il riferimento è alle note sentenze nn. 348 e 349 della Corte costituzionale. (Cfr. G. UBERTIS, «*La rivoluzione d'ottobre*» della Corte costituzionale e alcune discutibili reazioni, in *Cassazione penale*, fasc. 1, 2012, 19).

⁵⁸⁴ Sul punto si rinvia al Capitolo Terzo, par. 1.1, del presente lavoro.

⁵⁸⁵ Si ricorda che la vicenda ha avuto origine quando la Commissione europea, nel 1998, ha condannato l'ordinamento italiano per la violazione del diritto al giusto processo previsto all'art. 6 della Cedu, cfr. Commissione europea dei diritti dell'uomo, caso *Dorigo c. Italia*, sentenza 9 settembre 2008. Nel caso di specie, il Sig. Dorigo era stato condannato sulla base di dichiarazioni rese in fase di indagini preliminari da tre coimputati che, avvalendosi della facoltà di non rispondere, si erano rifiutati di confermarle successivamente in dibattimento. In tal modo veniva violato il diritto dell'imputato a «esaminare o far esaminare testimoni a carico» così come previsto dall'art. 6, par. 3, Cedu. La vicenda tornava a Strasburgo una seconda volta e la Corte confermava la violazione dell'art. 6, cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Dorigo c. Italia*, sentenza 16 novembre 2000, ricorso n. 46520/99. Sul punto la letteratura è sterminata, si segnalano: V. SCIARABBA, *La riapertura del giudicato in seguito alle sentenze della Corte di Strasburgo: questioni generali e profili interni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 1, 2008, 513; S. SERENA, *il caso Dorigo: una questione chiusa?*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 3, 2008, 645; P. TANZARELLA, *Il "caso Dorigo", paradigma dei rapporti ordinamentali tra Roma e Strasburgo*, in *Studium iuris*, fasc. 3, 2012, 291;

⁵⁸⁶ In seguito alla condanna di Strasburgo, il pubblico ministero di Udine sollevava questione di sopravvenuta inefficacia del titolo esecutivo a carico del Sig. Dorigo per contrasto con la decisione della Commissione europea e chiedeva al giudice dell'esecuzione della Corte d'Assise di Udine di sospendere l'esecuzione della pena. Quest'ultimo rigettava la richiesta del p.m. sostenendo, essenzialmente, che in assenza di un rimedio per la rinnovazione del processo, si sarebbe avuta una sospensione *sine die* dell'esecuzione della pronuncia di condanna. (Cfr. Corte d'Assise di Udine, ordinanza del 5 dicembre 2005).

⁵⁸⁷ Cfr. Cassazione penale, sentenza 3 ottobre, n. 32678 (caso *Somogy*) in cui si affermava anche l'immediata precettività della pronuncia della Corte europea che dichiara la violazione dell'art. 6 della Convenzione.

(...) l'ineseguibilità del giudicato quando la Corte europea (...) abbia accertato che la condanna sia stata pronunciata per effetto della violazione delle regole sul processo equo sancite dall'art. 6 della Convenzione europea ed abbia riconosciuto il diritto del condannato alla rinnovazione del giudizio»⁵⁸⁸. In altre parole, nonostante la Consulta non si fosse ancora pronunciata sul rango delle norme della Cedu nel sistema delle fonti italiane⁵⁸⁹, il giudice comune veniva invitato, non semplicemente ad applicare la decisione di Strasburgo, ma a svolgere il compito ulteriore di integrare i principi costituzionali del giusto processo con quelli dell'art. 6 della Convenzione, così come interpretato dalla Corte. A distanza di quattro anni (o meglio) tredici dalla prima condanna Edu, la Corte Costituzionale metteva il punto sulla questione⁵⁹⁰ introducendo attraverso una sentenza «additiva di istituto»⁵⁹¹ il rimedio della «revisione europea»⁵⁹². Erano, dunque, divenuti maturi i tempi per uniformare l'ordinamento ai corollari convenzionali del giusto processo e la Consulta, in mancanza di un intervento del legislatore⁵⁹³, dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva un diverso caso di revisione della sentenza (o del decreto penale di condanna) al fine di conseguire la

⁵⁸⁸ Cassazione penale, SS. UU., 25 gennaio 2007, n. 2800 (caso *Dorigo*). Per un commento della decisione, si segnala: A. GUAZZAROTTI, *Il caso Dorigo: una piccola rivoluzione nei rapporti tra Cedu e ordinamento interno?*, in www.forumcostituzionale.it.

⁵⁸⁹ Solo in una pronuncia isolata, la sentenza n. 10 del 1993, la Corte costituzionale in un «fugace *obiter dictum*, non seguito né sviluppato da alcuna pronuncia successiva», affermava che le norme della Cedu possono essere ricondotte al rango delle leggi atipiche rinforzate sul lato passivo, quindi insuscettibili di essere modificate dalla legge ordinaria. Per approfondimenti, cfr. A. MORRONE, *Diritto, principi e fonti del diritto*, Bonomia University Press, Bologna, 2015, 26 ss.

⁵⁹⁰ Corte costituzionale, sentenza 4 aprile 2011, n. 113. Per un commento si vedano A. RUGGERI, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la CEDU, dopo la svolta di Corte cost. n. 113 del 2011, ovvero sia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in *Legislazione Penale*, 2011, 481; G. UBERTIS, *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 3, 2011, 1542.

⁵⁹¹ M. GIALUZ, *Una sentenza "additiva di istituto": la Corte costituzionale crea la "revisione europea"*, in *Cassazione penale*, fasc. 10, 2011, 3308.

⁵⁹² Prima della sentenza n. 113 del 2011, il giudice delle leggi si era già pronunciato sulla questione della revisione cosiddetta europea con una decisione di infondatezza in cui, tuttavia, spronava il legislatore ad intervenire con «un pressante invito ad adottare i provvedimenti più idonei». (Cfr. Corte costituzionale, sentenza 16 aprile 2008, n. 129. Per un commento, cfr. V. SCIARABBA, *Il problema dell'intangibilità del giudicato tra Corte di Strasburgo, giudici comuni, Corte costituzionale e...legislatore?*, in www.forumcostituzionale.it).

⁵⁹³ Al proposito si ricorda che l'ordinamento italiano era stato più volte ammonito per l'inesistenza di un simile rimedio, sul punto si vedano le Risoluzioni del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, ResDH (2005) 85 e ResDH (2007) 83, e la Risoluzione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa del 2 ottobre 2006, n. 1516

riapertura del processo, quando ciò era necessario, ai sensi dell'art. 46, par. 1, Cedu, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo⁵⁹⁴.

La pronuncia in questione poneva un importante tassello nella regolamentazione dei rapporti tra i giudici in quanto in maniera ufficiale la Consulta dichiarava che il giudice comune, «servendosi di ogni strumento ermeneutico a sua disposizione», è competente ad effettuare un'interpretazione della norma interna conforme, oltre che alla Costituzione, alla Convenzione prima di sollevare una questione di legittimità costituzionale⁵⁹⁵.

Lasciando da parte il tema alla revoca dei giudicati interni discendente da una pronuncia definitiva della Corte Edu che abbia accertato l'assenza di equità del processo e, quindi, il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sul rapporto tra il principio dell'intangibilità del giudicato interno e le esigenze di giustizia sostanziale (convenzionale), nel prossimo paragrafo si soffermerà l'attenzione sull'impatto della giurisprudenza convenzionale in materia di successione delle leggi penali nel tempo.

4.1. Il principio di irretroattività e la retroazione *in metius* della legge penale

Tra le garanzie penali che hanno ricevuto maggiori impulsi dal diritto sovranazionale e, quindi, dal dialogo tra le Corti (e tra le Carte⁵⁹⁶) si annovera il principio di retroattività delle leggi penali di favore. La regola in questione si presenta come eccezione al principio costituzionale di irretroattività della legge penale sancito all'art. 25, comma 2, della Costituzione⁵⁹⁷, che costituisce il principio base dell'intero ordinamento penale⁵⁹⁸,

⁵⁹⁴ La Consulta prendeva atto dell'obbligo dell'ordinamento italiano di adottare le misure individuali e generali per rimediare all'avvenuta violazione della Convenzione. In realazione alle prime, la Corte individuava la loro finalità nella *restituito in integrum*, consistente appunto nel ristabilimento dello *status quo ante* la violazione, a cui si aggiungeva la compensazione dei danni subiti; le misure generali, invece, dovevano essere adottate per il futuro, per eliminare quei problemi strutturali che originavano la violazione delle medesime norme della Convenzione. Per approfondimenti, cfr. R. GRECO, *Dialogo tra Corti ed effetti nell'ordinamento interno. Le implicazioni della Corte costituzionale del 7 aprile 2011, n. 113*, in www.giurcost.org.

⁵⁹⁵ La Consulta aggiungeva: «ove tale verifica dia esito negativo (...) egli deve denunciare la rilevata incompatibilità, proponendo questione di legittimità costituzionale (...). A sua volta, la Corte costituzionale, investita dello scrutinio, pur non potendo sindacare l'interpretazione della CEDU data dalla Corte europea, resta legittimata a verificare se la norma della Convenzione (...) si ponga in eventualmente in conflitto con altre norme della Costituzione e ipotesi nella quale dovrà essere esclusa la idoneità della norma convenzionale a integrare il parametro considerato». (Cfr. Corte costituzionale, sentenza 4 aprile 2011, *cit.*, par. 8).

⁵⁹⁶ Tale principio ha ricevuto la sua prima formulazione normativa nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 (art. 8); la Costituzione italiana riprende testualmente tale formulazione.

⁵⁹⁷ La norma in questione stabilisce che «nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso». Con tale disposizione viene ribadito a livello costituzionale, ma

rappresentando uno dei corollari del principio del *favor libertatis*. Esso viene, infatti, completato dalla regola che, appunto «in omaggio alla libertà del cittadino, assicura il trattamento penale più mite» tra quello stabilito dalla legge al momento della commissione del fatto e quello stabilito dalla legge successiva⁵⁹⁹.

Il principio di retroazione *in mitius*, a differenza del primo, trova il suo fondamento normativo nella legge ordinaria, all'art. 2, commi 2, 3, 4, del codice penale⁶⁰⁰. Tuttavia, l'inesistenza di un fondamento costituzionale non ha mai convinto la dottrina né la giurisprudenza che si sono interrogate allo scopo di individuare una sua base giuridica all'interno della Costituzione⁶⁰¹. Ebbene, a partire dalle coeve pronunce n. 393 e n. 394 del 2006, la giurisprudenza costituzionale ha indicato l'art. 3 Cost. quale fondamento e limite del principio di retroattività della *lex mitior*⁶⁰², escludendo che lo stesso potesse trovare un diretto riconoscimento nell'art. 25, comma 2, Cost.⁶⁰³.

Ad avviso della Consulta, l'applicazione della legge penale di favore risponde al più generale principio di uguaglianza, per cui «se la valutazione del legislatore in ordine al

solo per le leggi penali, il generale principio di irretroattività stabilito all'art. 11 delle Preleggi, ossia: «la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo».

⁵⁹⁸ M. GAMBARELLA, *Legge penale nel tempo*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. VII, Giuffrè, Milano, 2014, 648.

⁵⁹⁹ A. PAGLIARO, *Legge penale nel tempo*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, 1063.

⁶⁰⁰ Essi stabiliscono rispettivamente: «nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti.»; «se vi è stata una condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria (...);» «se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile».

⁶⁰¹ R. GAROFOLI, *Rango, cogenza e latitudine applicativa del principio di retroazione in mitius*, in *La Rivista nel diritto*, fasc. 1, 2012, 48. In particolare, l'A. individua tre fasi evolutive: in una prima fase si dubitava del rango costituzionale di tale principio, allo stesso tempo si dubitava della «compatibilità dei meccanismi di retroazione favorevole disciplinati dall'art. 2 c.p. con l'art. 25, co. 2, Cost. e con il principio di irretroattività delle norme»; in una seconda fase grazie alle sentenze della Corte costituzionale, 23 novembre 2006, nn. 393 e 394, «si è affermato il fondamento costituzionale del principio di retrattività favorevole»; infine, nella terza fase, la portata del principio è arricchita dalla giurisprudenza convenzionale, a partire dal caso *Scoppola c. Italia* del 17 settembre 2009.

⁶⁰² Corte costituzionale, 23 novembre 2006, *cit.* Per un commento, cfr. I. PELLIZZONE, *Il fondamento costituzionale del principio di retrattività delle norme penali in bonam partem: due decisioni dall'impostazione divergente*, in www.forumcostituzionale.it.

⁶⁰³ Ad avviso della Corte «il principio di retroattività della *lex mitior* ha una valenza ben diversa rispetto al principio di irretroattività della norma penale sfavorevole che «si pone come essenziale strumento di garanzia del cittadino contro gli arbitri del legislatore, espressivo dell'esigenza della "calcolabilità" delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta, quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale». (Cfr. Corte costituzionale, 23 novembre 2006, n. 394, *cit.*, par. 6.4).

fatto muta (...), tale mutamento deve quindi riverberarsi a vantaggio di coloro che abbiano posto in essere il fatto in un momento anteriore»: il trattamento differenziato di soggetti responsabili della medesima violazione solo in ragione di una diversa data di commissione del reato appare, quindi, irragionevole. Inoltre, la Corte aggiunge che l'art. 3 Cost. funge anche da limite: «nel senso che, a differenza del principio della irretroattività della norma penale sfavorevole – assolutamente inderogabile – detto principio deve ritenersi di deroghe legittime sul piano costituzionale, ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli»⁶⁰⁴. Ciò vuol dire che mentre per il primo si esclude il bilanciamento con altri valori costituzionali, il secondo può essere sottoposto a deroghe per ragioni diverse, tra cui quelle derivanti dalla certezza dei rapporti esauriti o dalla temporaneità o eccezionalità della legge penale sfavorevole⁶⁰⁵.

Il dibattito intorno alla portata del principio in esame si è riaperto su impulso della giurisprudenza convenzionale che, premendo per l'aggiunta di un ulteriore “nuovo” fondamento, ha aperto le strade per un confronto continuo e più che mai reciproco. A ben vedere, nello stesso momento in cui la Corte di Strasburgo sollecitava tale confronto, immetteva nel circuito ermeneutico una regola parzialmente diversa da quella elaborata dalla Corte costituzionale. In altre parole, la Convenzione europea non conosceva la regola della retroattività della legge penale favorevole e dava riconoscimento esplicito al solo principio dell'irretroattività in materia penale; a partire dalla pronuncia nel caso *Scoppola c. Italia*⁶⁰⁶, per la prima volta, viene individuato anche un fondamento convenzionale per il principio di retroattività della *lex mitior*.

Tuttavia, a differenza della giurisprudenza costituzionale, la Corte di Strasburgo fa discendere il principio in questione direttamente dall'art. 7 Cedu che garantisce, appunto, il principio di irretroattività in materia penale⁶⁰⁷, collegando allo stesso la medesima portata

⁶⁰⁴ Cfr. Corte costituzionale, 23 novembre 2006, n. 394, *cit.*

⁶⁰⁵ «Così, accanto allo sbarramento temporale della irrevocabilità della sentenza di condanna, figurano (...) ipotesi legate alla eccezionalità o temporaneità della legge vigente al momento della commissione del fatto (...), alla decadenza di un decreto legge (...), alla sopravvenienza di una norma che (...) sostituisce la pena detentiva con quella pecuniaria». (Cfr. C. SCACCIANOCE, *La retrattività della lex mitior nella lettura della giurisprudenza interna e sovranazionale: quali ricadute sul giudicato penale?*, in *Archivio Penale*, fasc. 1, 2013, 2).

⁶⁰⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Scoppola c. Italia*, sentenza del 17 settembre 2009, ric. 10249/03.

⁶⁰⁷ L'art. 7 (*Nulla poena sine lege*) stabilisce: «1. Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. 2. Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona

inderogabile. La sentenza riveste particolare importanza per due ragioni: in primo luogo, perché, come si è anticipato, apre il confronto sulla diversa portata applicativa del principio di retroazione *in mitius* elaborata in sede convenzionale dalla Corte Edu che non ha impedito – ed ecco la seconda ragione – la produzione di rilevanti effetti a catena nell’ordinamento italiano, sollevando nuovi interrogativi sulla latitudine applicativa del principio in esame.

In breve, la vicenda giuridica vede come protagonista il Sig. Scoppola che, rinviato a giudizio per alcuni gravi reati, si avvaleva del rito abbreviato *ex art. 442, comma 2, c.p.p.*⁶⁰⁸: la norma vigente all’epoca prevedeva come “premio” per la scelta di tale rito la sostituzione della pena dell’ergastolo con quella degli anni trenta di reclusione. Tuttavia, il giorno stesso della condanna in primo grado entrava in vigore il D.L. n. 341/2000 che modificava la norma del codice penale, prevedendo che, nel caso di scelta del rito abbreviato (e di concorso di reati o reato continuato), la pena dell’ergastolo con isolamento dovesse essere sostituita con la pena dell’ergastolo semplice⁶⁰⁹. In appello, di conseguenza, il ricorrente vedeva sostituirsi la pena di anni trenta con quella dell’ergastolo in virtù del principio *tempus regit actum*⁶¹⁰. Il Sig. Scoppola ricorreva, dunque, alla Corte europea dei diritti dell’uomo lamentando la mancata applicazione della norma penale di favore e, dunque, un trattamento irragionevolmente discriminatorio.

Consapevole della differente portata delle disposizioni convenzionali in materia penale rispetto a quelle interne, la Corte precisava il significato delle espressioni contenute nell’art. 7 Cedu attraverso il ricorso a concetti particolarmente ampi, probabilmente allo scopo di accorciare le distanze con gli ordinamenti nazionali (e autoproclamarsi custode delle principali garanzie penali). A tal proposito, per esempio, mentre sottolineava che la nozione di diritto (*law*) corrisponde a quella di legge, anche se in maniera più estesa perché «comprende il diritto di origine sia legislativa che giurisprudenziale»; invece, nulla diceva

colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, era un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili».

⁶⁰⁸ Come modificata dalla cosiddetta Legge Carotti, 16dicembre 1999, n. 479.

⁶⁰⁹ Il D.L. 24 novembre 2000, n. 341, veniva convertito senza modificazioni dalla L. 5 giugno 2001, n. 4. Sull’evoluzione legislativa in materia di giudizio abbreviato, cfr. B. BERARDI, *In tema di giudizio abbreviato e di esecuzione: la riquantificazione dell’ergastolo inflitta nel 2000*, in *Archivio Penale*, fasc. 3, 2013, 1.

⁶¹⁰ «Semplificando al massimo la questione (...) si erano succedute tre leggi incidenti sulla specie e misura della pena: A, in vigore al momento del fatto, prevedeva per il fatto commesso dagli imputati la pena dell’ergastolo; B, entrata in vigore durante il processo, consentiva la riduzione della pena a trent’anni di reclusione; C, entrata in vigore prima della sentenza definitiva, tornava a prevedere l’ergastolo, sia pure senza isolamento diurno», cfr. E. LAMARQUE, F. VIGANÒ, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 8.

per quanto riguarda la nozione di pena, al fine di «rimanere libera di andare oltre le apparenze e di valutare (...) se una particolare misura si traduca nel merito in una pena»⁶¹¹. Ai fini dell'elaborazione del principio di retroattività della *lex mitior*, la Corte non poteva fare a meno di guardare al vicino ordinamento europeo: oltre alla proclamazione formale del principio nella Carta di Nizza⁶¹², i giudici Edu prendevano atto della giurisprudenza della Corte di Giustizia, in particolare, veniva menzionata la decisione resa nel noto caso *Berlusconi*, dove il giudice di Lussemburgo affermava che il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite fa parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, di conseguenza, lo stesso «deve essere considerato come parte integrante dei principi generali del diritto comunitario che il giudice nazionale deve osservare quando applica il diritto nazionale adottato per attuare l'ordinamento comunitario»⁶¹³.

Come anticipato sopra, fino al caso *Scoppola c. Italia* il sistema convenzionale non conosceva il principio in questione; pertanto, risulta utile ripercorrere il percorso argomentativo attraverso il quale la Corte Edu perviene al riconoscimento di tale regola. Ebbene, la Corte partiva dall'assunto che l'art. 7 Cedu non si limita solo «a vietare l'applicazione retroattiva del diritto penale a svantaggio dell'imputato», bensì sancisce il generale principio di legalità dei delitti e delle pene (il principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*⁶¹⁴) e, allo stesso tempo, ricomprende il divieto di analogia in materia penale. Sulla base di una simile premessa e attraverso un approccio dinamico ed evolutivo

⁶¹¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Scoppola c. Italia*, cit., parr. 96-97.

⁶¹² Il riferimento è all'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che stabilisce: «1. Nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima. 2. Il presente articolo non osta al giudizio e alla condanna di una persona colpevole di un'azione o di un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali riconosciuti da tutte le nazioni. 3. Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato».

⁶¹³ Corte di Giustizia, sentenza del 3 maggio 2005, C-387/02, C-391/02, C-403/02, 68-69. Per un commento, cfr. L. FOFFANI, *Verso una europeizzazione del diritto penale dell'economia: la sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee sul falso in bilancio (caso Berlusconi)*, in www.ruc.udc.es.

⁶¹⁴ Il sistema convenzionale non conosce la riserva di legge, la Convenzione, infatti, utilizza l'espressione «diritto», «ciò non significa (...) che sia giunto il momento di abbandonare la riserva di legge (...), ma che sia opportuno assecondare una lettura in chiave di maggiore complessità» derivante, appunto, dall'imprescindibile interrelazione tra l'ordinamento interno e quello sovranazionale ed internazionale. In questo senso, cfr. O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, 163 ss.

che non poteva prescindere dal consenso formatosi a livello europeo e internazionale⁶¹⁵, i giudici di Strasburgo arrivavano ad affermare che «è coerente aspettarsi che il giudice di merito applichi ad ogni atto punibile la pena che il legislatore ritiene proporzionata, [poichè] infliggere una pena più severa, solo perché prevista al momento della perpetrazione del reato, si tradurrebbe in una applicazione a svantaggio dell'imputato delle norme che regolano la successione delle leggi penali nel tempo», e in un *vulnus* del principio della preminenza del diritto e di quello della prevedibilità delle sanzioni⁶¹⁶.

Come noto, la decisione della Corte Edu rileva sia in relazione all'obbligo dei giudici di merito di conformarsi alle decisioni di condanna provenienti Strasburgo⁶¹⁷, sia per quanto riguarda i suoi effetti sul principio nazionale di retroattività delle leggi penali di favore.

In relazione a quest'ultimo punto, le differenze con sistema nazionale sono più che evidenti. Dal caso *Scoppola c. Italia*, infatti, discende un principio di legalità penale che potremmo definire plurale, comprendente sia il diritto di origine legislativa che quello di origine giurisprudenziale⁶¹⁸. È indubbio, dunque, che si tratti di un concetto di “legge” diverso da quella accolto dalla Costituzione, dal quale, per esempio, «resta estraneo il principio della riserva di legge (oltre che il principio di legalità *tout court*)⁶¹⁹.

Dunque, accettare la legalità convenzionale significherebbe ripudiare l'impostazione illuminista e considerare la fonte “legge”, già colpita dalla crisi cronica⁶²⁰, come anche il

⁶¹⁵ In relazione a ciò la Corte prendeva le distanze dalla decisione della Commissione nel caso *X. c. Germania*, 6 marzo 1978 (ricorso n. 7900/77) che dichiarava manifestamente infondato il motivo di ricorso di un ricorrente che affermava che, dopo la loro perpetrazione, una parte dei reati di cui era imputato erano stati oggetto di una depenalizzazione. Ad avviso della Corte Edu, dal momento che «la Convenzione è anzitutto un meccanismo di tutela dei diritti dell'uomo (...), è di fondamentale importanza che venga interpretata e applicata in modo tale da rendere le garanzie concrete ed effettive, e non teoriche e illusorie». (Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Scoppola c. Italia*, *cit.*, par. 104).

⁶¹⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Scoppola c. Italia*, *cit.*, par. 108.

⁶¹⁷ Si ci riferisce ai casi dei cosiddetti «fratelli minori» di Scoppola.

⁶¹⁸ In maniera critica, cfr. V. VALENTINI, *Legalità penale convenzionale e obbligo d'interpretazione conforme alla luce del nuovo art. 6 TUE*, *cit.*, 176. L'A. afferma: «come noto, la Corte identifica la legge penale col diritto penale (...). Non solo, però. La Corte considera il diritto vivente come un'autentica fonte del diritto, andando oltre il ruolo co-costitutivo: precetti e sanzioni punitivi, infatti, possono essere prodotti da fonti *sub*-primarie, da fonti sovranazionali e da *fonti non scritte*, come la giurisprudenza (anche nazionale) e la consuetudine (anche internazionale)».

⁶¹⁹ Tale differenza era stata rilevata dalla Consulta quando si era trovata a riaffermare il modello di legalità fondato sulla riserva di legge, in particolare contro l'impostazione delle Sezioni Unite che voleva, invece, far discendere dalla giurisprudenza di Strasburgo l'applicazione del principio di retrattività favorevole anche al mutamento giurisprudenziale. (Cfr. Corte costituzionale, sentenza 8 ottobre 2012, n. 230). Sul punto si veda: D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

⁶²⁰ Cfr. F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, Torino, 1999.

prodotto del potere giudiziario, in aggiunta, svuotando di significato il principio che vede il giudice precostituito e soggetto alla legge. Ebbene, non si condivide tale prospettiva, non si vuole rovesciare una delle regole dello Stato di diritto, bensì - distinguendo il piano delle fonti da quello dell'ermeneutica – si propone la ricerca di meccanismi di *checks and balances* alternativi in grado di regolare i rapporti tra i due poteri senza snaturare le rispettive “aree” di competenza. Uno strumento in tal senso potrebbe essere proprio quello del dialogo che dalle Corti (anche sovranazionali) si estenda fino al legislatore.

Se sul piano della legalità i due sistemi non convergono; allo stesso modo, la portata convenzionale del principio di retroattività della *lex mitior* si mostra distante da quello conosciuto dall'ordinamento interno: ciò in ragione del fatto che i giudici di Strasburgo fanno discendere tale regola dal generale principio di irretroattività della legge penale (art. 7 Cedu) in ossequio al rispetto della «chiarezza delle norme sulla successione nel tempo delle leggi penali»⁶²¹. Al contrario, la Corte costituzionale, fin dalla sue prime pronunce, ha espressamente escluso che l'art. 25, comma 2, Cost., potesse fungere da fondamento per l'applicazione retroattiva della legge penale favorevole, risultando ragionevole (oltre che giuridicamente logico) rinvenire nel principio di uguaglianza la sua base costituzionale⁶²².

Nonostante la differente portata del principio in questione, la Corte costituzionale non ha preso le distanze dalla giurisprudenza europea, tutt'altro ha inaugurato una stagione di confronto, attraverso l'instaurazione di «un gioco di squadra», coinvolgendo anche il giudice della nomofilachia⁶²³.

Nella sua prima decisione n. 236 del 2011⁶²⁴, la Corte veniva chiamata a decidere sulla compatibilità della legge n. 251 del 2005 con l'art. 7 della Cedu che, si ricorda, «nell'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo, sancisce non solo il principio dell'irretroattività della legge penale più severa, ma anche, implicitamente, il principio della retroattività della legge penale più favorevole al reo⁶²⁵».

⁶²¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Scoppola c. Italia*, cit., par. 96.

⁶²² Corte costituzionale, 23 novembre 2006, cit.

⁶²³ E. LAMARQUE, F. VIGANÒ, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola*, cit., 1.

⁶²⁴ Corte Costituzionale, sentenza 19 luglio 2011, n. 236.

⁶²⁵ Nello specifico, la questione di legittimità costituzionale riguardava l'art. 10, comma 3, della legge 5 dicembre 2005, n. 251 (Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione), nella parte in cui escludeva l'applicazione dei nuovi termini di prescrizione, se più brevi ai «processi già pendenti in grado di appello o avanti alla Cassazione». Nell'originaria formulazione, tale disposizione escludeva l'applicazione dei suddetti termini di prescrizione anche ai processi già pendenti in primo grado quando vi era stata la dichiarazione di apertura del dibattimento; con la citata sent. 393 del 2006,

Nella sostanza, la Corte doveva, da un lato, colmare le distanze tra i due principi e, dall'altro, verificare se la tutela convenzionale fosse in grado di offrire uno *standard* di garanzia più elevato rispetto a quello derivante dall'ordinamento penale interno⁶²⁶. Peraltro, la stessa Corte ricordava:, in primo luogo, che l'ambito di applicazione delle norme di favore e la loro retroattività si riferiva «a tutte quelle norme che apportino modifiche *in melius* (...), ivi comprese quelle che incidono sulla prescrizione del reato»; e, in secondo luogo, che tale principio potesse subire delle deroghe da parte della legge ordinaria quando, «ai sensi dell'art. 3 della Cost. (...) ricorreva una sufficiente ragione giustificativa»; infine, che il principio in questione avesse una portata autonoma rispetto alla normativa internazionale e comunitaria⁶²⁷ che, tuttavia, non escludeva il confronto, oltre che con la giurisprudenza⁶²⁸, con i dati normativi sovranazionali dai quali desumere la rilevanza dell'interesse tutelato dallo stesso⁶²⁹.

Ad ogni conto, anche se la pronuncia in esame non costituiva il seguito diretto del caso *Scoppola c. Italia*, gli effetti di tale decisione si facevano sentire in maniera piuttosto forte a due anni dopo due anni, poiché si trattava di (re)interpretare il principio di retroattività della *lex mitior* alla luce della giurisprudenza Edu.

Tuttavia, la Corte costituzionale prima di applicare l'art. 7 della Cedu doveva valutare la natura e l'oggetto del principio convenzionale così come interpretato dai giudici di Strasburgo. In relazione alla prima, il giudice della legge, pur rimarcando che la Corte Edu avesse affermato che il fondamento del principio in questione discendesse dal generale

la Corte costituzionale ne dichiarava l'incostituzionalità, ritenendo che tale scelta legislativa non fosse «assistita da ragionevolezza» e, quindi, violasse l'art. 3 Cost.

⁶²⁶ In particolare la difesa dell'imputato affermava che «il principio di retroattività in *mitius* riconosciuto dall'art. 7 della CEDU (...), da un lato, determina un ampliamento di tutela di un diritto fondamentale della persona ed è connaturato a valori che trovano la loro espressione nel principio di uguaglianza, nel principio di legalità materiale (...), dall'altro non contrasta con altre norme costituzionali poste a loro volta a garanzia di diritti fondamentali. in particolare, gli interessi dell'efficienza del processo». (Corte Costituzionale, sentenza 19 luglio 2011, *cit.*, par. 1.2).

⁶²⁷ Cfr. Corte costituzionale, 12 marzo 2008, n. 72, in cui la Consulta confermava sua la sua giurisprudenza precedente (sentenza n. 393/2006): «il principio di retroattività della *lex mitior*, lungi dall'essere assolutamente cogente sulla base delle indicazioni fornite dai trattati internazionali cui l'Italia ha dato esecuzione, nonché del diritto comunitario, è derogabile qualora le disposizioni derogatorie siano conformi al canone della ragionevolezza».

⁶²⁸ Il riferimento è in particolare alle seguenti decisioni: Corte di Giustizia, sentenza 3 maggio 2005, caso *Berlusconi*, *cit.*; sentenza 11 marzo 2008, caso *Jaker*, C-420/06; sentenza 28 aprile, caso *El Dridi*, C-61/11. (Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 19 luglio 2011, *cit.*, par. 11).

⁶²⁹ Al riguardo, infatti, dal punto di vista delle fonti, la Corte richiamava il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (art. 15, comma 1) e la Carta di Nizza (art. 49, comma 1); dal punto di vista della giurisprudenza, il richiamo espresso era alle prime decisioni della Corte di Giustizia sulla portata applicativa del principio comunitario di retroazione *in mitius*.

principio dei irretroattività della legge penale sfavorevole (art. 7 Cedu), rilevava che la stessa nulla aveva detto invece in relazione alla sua natura inderogabile; per cui «non emerge[ndo] una novità siffatta»⁶³⁰ dalla sentenza *Scoppola c. Italia*, non si escludeva «la possibilità di introdurre deroghe o limitazioni all'operatività» del principio in questione, come avveniva nell'ordinamento interno tutte le volte in cui vi era una ragione «positivamente apprezzabile»⁶³¹.

Per quanto riguarda l'oggetto si trattava di verificare in primo luogo il suo ambito di applicazione: il principio convenzionale di retroattività *in mitius* discendendo da quello di legalità, veniva limitato «alle disposizioni che definiscono i reati e le pene che li reprimono»; si trattava, dunque, di un principio con «una portata più circoscritta» rispetto a quello previsto dall'art. 2 del codice penale che, invece, trova applicazione per «ogni disposizione penale successiva alla commissione del fatto che apporti modifiche *in melius* di qualunque genere». Di conseguenza, la norma sottoposta allo scrutinio di costituzionalità non si poneva in contrasto con l'art. 7 Cedu (così come interpretato dalla Corte di Starsburgo); la stessa, infatti, prevedeva una deroga ragionevole al principio in questione che, tra l'altro, avendo una portata applicativa più ampia nel nostro ordinamento, favoriva un livello di garanzia più elevato.

La Corte costituzionale si trovava, invece, a decidere sul seguito nel nostro ordinamento della pronuncia *Scoppola c. Italia* nella decisione n. 210 del 2013⁶³². La questione di legittimità riguardava, infatti, gli artt. 7 e 8 del D. L. n. 341 del 2000 (convertito dalla L. n. 4 del 2001) che, prevedendo l'applicazione della pena all'ergastolo anziché il trattamento più favorevole degli anni trenta di reclusione, continuavano ad applicarsi ai soggetti che, al tempo, come il Sig. Scoppola, avevano richiesto l'accesso al rito abbreviato. Ad avviso del giudice rimettente, infatti, le suddette norme, «determinando ingiustificate disparità di trattamento (...) tra soggetti che versa[vano] in un'identica posizione sostanziale», si ponevano in contrasto con il canone della ragionevolezza e con il principio di uguaglianza

⁶³⁰ Nello specifico, la Corte costituzionale rilevava: «secondo la Corte europea, la circostanza che un determinato fatto era previsto come reato dalla legge in vigore al momento della sua commissione ed era punito con una certa sanzione non può costituire, di per sé, valida ragione per giustificare l'applicazione di tale legge, ancorché successivamente abrogata o modificata *in melius* (...). Perciò, qualora vi sia una ragione diversa (...) la deroga all'applicazione della legge sopravvenuta più favorevole al reo dovrebbe ritenersi possibile». (Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 19 luglio 2011, *cit.*, par. 13).

⁶³¹ Per esempio, nella precedente sentenza n. 72 del 2008, *cit.*, la Corte aveva escluso l'illegittimità della parte residua della disposizione ora sottoposta allo scrutinio di costituzionalità per evitare «la dispersione delle attività processuali già compiute».

⁶³² Corte costituzionale, 3 luglio 2013, n. 210.

(art. 3 Cost.), nonché con «il principio dell'affidamento connaturato allo Stato di diritto sorto nel soggetto al momento della scelta del rito alternativo»⁶³³. In aggiunta, la disciplina normativa, in quanto «ostacolo al doveroso accoglimento della richiesta di sostituzione della pena», violava l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 7 della Cedu così come interpretato dai giudici di Strasburgo nel caso richiamato⁶³⁴.

Ad avviso del giudice *a quo* la sentenza pronunciata in quel caso aveva rilevato l'esistenza di un problema strutturale dal quale scaturiva, oltre che la violazione del principio di irretroattività della *lex mitior*, un *vulnus* del principio di uguaglianza per tutti coloro che si trovavano nella situazione analoga a quella di Scoppola, i cosiddetti «fratelli minori di Scoppola»⁶³⁵. Pertanto, tali effetti dovevano essere eliminati anche «sacrificando il valore della certezza del giudicato»; quest'ultimo, infatti, di fronte alla tutela di un diritto fondamentale, come quello della libertà personale, non può che cedere⁶³⁶. Nella sostanza, la Cassazione rilevava che il giudizio della Corte Edu, pur riferito ad un caso concreto, aveva dato origine ad una regola di portata generale che poteva, senza dubbio, applicarsi a fattispecie analoghe⁶³⁷.

Tuttavia, il giudice *a quo* non riusciva a superare l'ostacolo in via interpretativa ed applicare il «titolo esecutivo europeo»⁶³⁸, senza che vi fosse stata, dunque, un'ulteriore

⁶³³ Corte di Cassazione, SS. UU., ordinanza 19 aprile 2012, n. 34472. Per un commento, si segnala M. GAMBARDELLA, *Overruling favorevole della Corte europea e revoca del giudicato di condanna: a proposito dei casi analoghi alla sentenza Scoppola*, in *Cassazione penale*, 12, 2012, 3981.

⁶³⁴ Corte costituzionale, 3 luglio 2013, *cit.*, par. 2.

⁶³⁵ In particolare il riferimento è noti casi Giannone ed Ercolano oggetto di ricorso davanti alle Sezioni Unite della Cassazione (che hanno sollevato l'incidente di costituzionalità). Per un approfondimento delle analoghe vicende si segnalano: L. CAUDIO, *Giudizio abbreviato e ultrattività della lex mitior: un nuovo fratello minore per Scoppola?*, in *Giurisprudenza di merito*, 6, 2013, 1372; M. GAMBARDELLA, *Overruling favorevole della Corte europea e revoca del giudicato di condanna: a proposito dei casi analoghi alla sentenza Scoppola*, *cit.*, 3981; F. VIGANÒ, *Figli di un Dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁶³⁶ In relazione a tale punto, il giudice rimettente rilevava che la regola contenuta nell'art. 2 c.p., quarto comma, secondo cui si applica al reo la disposizione più favorevole «salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile» trova un'eccezione nell'art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953. Da quest'ultima discende che «nel caso di dichiarazione di incostituzionalità di una norma penale sostanziale, la tutela della libertà personale si unisce alla forza espansiva della dichiarazione di incostituzionalità, e travolge anche il giudicato». Cfr. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, *cit.*

⁶³⁷ Si legge, infatti nell'ordinanza di rimessione: «eventuali effetti ancora perduranti della violazione, determinata da una illegittima applicazione di una norma interna di diritto penale sostanziale interpretata in senso non convenzionalmente orientato, devono dunque essere rimossi anche nei confronti di coloro che, pur non avendo proposto ricorso a Strasburgo, si trovano in una situazione identica a quella oggetto della decisione adottata dal giudice europeo per il caso Scoppola». (Cfr. Corte di Cassazione, ordinanza 19 aprile 2012, *cit.*).

⁶³⁸ F. VIGANÒ, *Figli di un Dio minore?*, *cit.*, 2.

condanna da parte della Corte Edu per tali casi: in altri termini, l'ordinamento giudiziario non riusciva a dar seguito alle richieste di Strasburgo, ed aprire quindi la strada alla modifica dei giudicati per i condannati che versavano nella condizione analoga a quella del Sig. Scoppola, senza una dichiarazione di illegittimità costituzionale degli artt. 7 e 8 del D.L. 141/2000⁶³⁹.

Ebbene, su tale punto la Consulta iniziava il percorso argomentativo che avrebbe poi portato alla declaratoria di incostituzionalità (limitatamente all'art. 7 del decreto-legge censurato⁶⁴⁰ e in relazione al solo parametro convenzionale interposto⁶⁴¹). In prima luogo, il giudice delle leggi ripercorreva gli sviluppi relativi all'esecuzione delle pronunce di condanna della Corte di Strasburgo, ricordando che mentre in passato gli Stati avevano la facoltà di scelta sul conformarsi o meno alle pronunce europee⁶⁴²; successivamente, i giudici Edu avevano affermato che «quando la Corte constata una violazione, lo Stato convenuto ha l'obbligo giuridico non solo di versare agli interessati le somme attribuite a titolo di equa soddisfazione (...), ma anche di adottare le misure generali e/o individuali necessarie»⁶⁴³. In aggiunta, un particolare obbligo di conformazione alle pronunce della Corte Edu sorgeva in tutti i casi in cui viene emanata una sentenza pilota.

Senza andare nel dettaglio di tale meccanismo di cui si dirà in seguito, ciò che rileva nella decisione della Corte è la presa di coscienza dell'importanza della pronuncia della Cedu al punto da considerarla alla stregua di una sentenza pilota⁶⁴⁴. Anche se in evidente

⁶³⁹ F. VIGANÒ, *La Corte costituzionale sulle ricadute interne della sentenza Scoppola della Corte EDU*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁶⁴⁰ In relazione alla presunta illegittimità dell'art. 8, D.L. n. 341 del 2000, la Corte costituzionale si pronuncia per l'inammissibilità in quanto, non essendo indicato nell'ordinanza di rimessione l'ambito di applicabilità nel giudizio principale, manca la motivazione sulla rilevanza della questione relativa a tale norma.

⁶⁴¹ In relazione all'presunta violazione dell'art. 3 Cost., la Corte affermava l'inammissibilità della questione in quanto tale parametro costituzionale «non attiene alla necessità di conformarsi a una sentenza della Corte EDU». (Corte costituzionale, 3 luglio 2013, *cit.*, par. 8)

⁶⁴² Si ricorda che l'art. 46 Cedu stabilisce: «1. le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controverse nelle quali sono parte. (...) 5. Se la Corte constata una violazione del paragrafo 1, rinvia il caso al Comitato dei Ministri affinché questo esamini le misure da adottare (...)». Tali norme vanno lette in combinazione con l'art. 41 Cedu: «Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa».

⁶⁴³ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Scozzari e Giunta c. Italia*, 13 luglio 2000, ricc. nn. 39221/98 e 41963/98.

⁶⁴⁴ Anche se, nel caso in esame, la Corte era consapevole che il riferimento alla "sentenza pilota" non era puntuale. La Corte di Strasburgo, infatti, si concentrava sull'individuazione delle misure individuali, affermando che le stesse devono essere «volte a porre il ricorrente, per quanto possibile, in una situazione

contraddizione con la precedente decisione⁶⁴⁵, si comprende il cambio di orientamento per l'identità delle posizioni dei ricorrenti rispetto al caso Scoppola; anche se ciò pone in secondo piano la portata del principio convenzionale della *lex mitior*. Tuttavia, della stessa aveva già preso atto nella sentenza n. 236 del 2011, rilevando che il suo ambito di applicazione fosse meno ampio rispetto a quello coperto dal principio nazionale. Ma nel caso di specie, la Corte, dando seguito alla decisione dei giudici di Strasburgo, sembrava accettare la (supposta) minore garanzia; oppure, semplicemente faceva mente locale e si rendeva conto di non aver provveduto neppure all'applicazione del (più ampio) principio di retroazione *in mitius* previsto dall'art. 2, quarto comma, c.p.

Tuttavia, la Corte andava oltre, affermando che il procedimento di adeguamento alla sentenza *Scoppola c. Italia* poteva spingersi al di là della certezza del giudicato, soprattutto quando, come nel caso di specie, dovevano ritenersi «prevalenti opposti valori, ugualmente di dignità costituzionale, ai quali il legislatore intend[eva] dare un primato»⁶⁴⁶. Peraltro, il giudice delle leggi non faceva discendere la tangibilità del giudicato dalla giurisprudenza convenzionale, piuttosto affermava chiaramente che «è [solo] l'ordinamento interno a reputare recessivo il valore del giudicato, in presenza di alcune sopravvenienze relative alla punibilità e al trattamento punitivo del condannato»⁶⁴⁷.

A ben vedere, la Corte non diceva nulla di nuovo rispetto alla sua precedente giurisprudenza: la certezza del diritto e della stabilità dei rapporti giuridici finisce per cedere, di fronte alla garanzia dell'uguaglianza e alla tutela dell'libertà personale «laddove essa venga ristretta sulla base di una norma incriminatrice successivamente abrogata oppure modificata in favore del reo»⁶⁴⁸.

equivalente a quella in cui si troverebbe se non vi fosse stata una inosservanza delle esigenze della Convenzione», cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Scoppola c. Italia*, cit.

⁶⁴⁵ Il riferimento è alla sentenza n. 236 del 2011, *cit.* Sul punto, cfr. E. LAMARQUE, F. VIGANÒ, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola*, *cit.*, 11. Ad avviso degli A.: «la contraddizione (...), ci pare, non potrebbe essere più evidente: esattamente lo stesso argomento avrebbe potuto condurre alla conclusione dell'irrelevanza della questione sollevata a proposito dell'art. 7 del d.l. 341/2000, che era stato parimenti applicato dal giudice della cognizione nel momento in cui aveva inflitto la pena dell'ergastolo, anziché quella della reclusione fino a trent'anni stabilita dalla legge Carotti».

⁶⁴⁶ Come, per esempio, accadeva nel caso dell'*abolitio criminis* ex art. 2, secondo comma, c.p.; oppure, nei casi di declaratoria di incostituzionalità ex art. 30, quarto comma, L. n. 87/1953. Corte costituzionale, 3 luglio 2013, *cit.*, par. 7.3.

⁶⁴⁷ Corte costituzionale, 3 luglio 2013, *cit.*

⁶⁴⁸ Corte costituzionale, 3 luglio 2013, *cit.*

A differenza del caso Scoppola⁶⁴⁹, dunque, era stato necessario passare attraverso una pronuncia di incostituzionalità in ragione dell'assenza di una specifica condanna da parte della Corte di Strasburgo; solo in quel caso, quindi, il giudice rimettente, così come il giudice dell'esecuzione, poteva sciogliere il nodo della questione e convertire la pena dell'ergastolo in quella di anni trenta di reclusione. Tale conclusione veniva, peraltro, circoscritta da parte della stessa Corte alla sole «ipotesi in cui si debba applicare una decisione della Corte europea in materia sostanziale», relativa a casi che siano identici a quello deciso e che non richiedano la riapertura del processo⁶⁵⁰.

Senza andare nel dettaglio della decisione della Cassazione che chiude i casi relativi ai «fratelli minori» di Scoppola⁶⁵¹, è interessante riportare alcuni passaggi, in *primis*, quello in cui le sezioni unite confermano la precettività della decisione di Strasburgo, affermando che «pur non potendo essere definita sentenza pilota (...) individua comunque la criticità sistemica, della quale lo Stato responsabile della violazione (...) deve tener conto, con il conseguente obbligo di adottare gli opportuni rimedi». Tuttavia, il passaggio più interessante risulta quello in cui la Cassazione fa discendere dall'«trama strutturale dei principi di cui agli artt. 2 e 3 della Costituzione» l'obbligo dell'ordinamento «di porre riparo alla violazione riscontrata a livello normativo». In tal modo, il giudice della nomofachia sembra rispolverare la vecchia dottrina che vedeva nella previsione della garanzia dei diritti inviolabili il possibile fondamento costituzionale della Convenzione⁶⁵². Non si può concludere l'analisi senza verificare gli effetti (ulteriori) del dialogo che ha coinvolto i giudici di Strasburgo, il giudice delle leggi e la Corte di Cassazione di cui

⁶⁴⁹ Mentre, al contrario, nei confronti di Scoppola, la Corte di Cassazione aveva dato direttamente esecuzione alla sentenza della Corte europea attraverso la procedura del ricorso straordinario *ex art. 625 bis c.p.p.*; sul punto, cfr. Cassazione, sez. V, 11 febbraio 2010, n. 16507. È utile ricordare che il rimedio suddetto era stato oggetto del primo pronunciamento della Cassazione di attuazione a quanto disposto dalla Corte di Strasburgo in caso di violazione dell'art. 6 della Cedu (Diritto a un equo processo). Sul punto, cfr. Cassazione, Sez. VI, 11 dicembre 2008, n. 45807, caso *Drassich*.

⁶⁵⁰ In relazione alla procedura da utilizzare, la Corte ricordava che «il procedimento di revisione previsto dall'art. 630 c.p.p., quale risulta per effetto della dichiarazione di illegittimità costituzionale di cui alla sentenza n. 113 del 2011 di questa Corte, non è adeguato al caso di specie, nel quale non è necessaria una «riapertura del processo» di cognizione ma occorre più semplicemente incidere sul titolo esecutivo, in modo da sostituire la pena irrogata con quella conforme alla CEDU e già precisamente determinata dalla legge». (Corte costituzionale, 3 luglio 2013, *cit.*, par. 8).

⁶⁵¹ Cfr. Corte di Cassazione, SS. UU., sentenza 7 maggio 2014, n. 18821.

⁶⁵² Cfr. A. BARBERA, *Articolo 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, *cit.*, 102. Sull'analisi di tale dottrina si rinvia al Capitolo 2, par. 1.1., del presente lavoro.

sopra. Al riguardo, infatti, merita di essere considerata la prima di una serie di decisioni⁶⁵³ del giudice della legittimità successive alla pronuncia n. 210 del 2013 che, in sede di esecuzione, prendevano atto dell'*excursus* giurisprudenziale e, senza ulteriori passaggi giudiziari, applicavano la giurisprudenza Scoppola, questa volta senza dover fare i conti con l'ostacolo dell'art. 7 della D.L. 141/2000⁶⁵⁴. Nel caso di specie, una volta accertato che il ricorrente si trovava nella stessa posizione di Scoppola e dei fratelli minori, la sezione prima della Cassazione affermava di «uniformandosi al *dictum* della Corte nella sua massima espressione nomofilattica» e, quindi, di applicare in concreto «il principio della legalità della pena anche nella sua valenza convenzionale». A ben vedere, in questo breve passaggio argomentativo, la Cassazione enunciava due principi: il primo, che l'applicazione delle norme della Cedu, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo, non può che realizzarsi ad opera del giudice comune, cioè del giudice del caso concreto: il vero protagonista nel sistema di garanzia sovranazionale dei diritti; il secondo, invece, si collega al principio della soggezione del giudice alla sola legge che, in questo modo, si espande quindi anche alla “legge convenzionale”, nell'accezione di *law* ideata dalla giurisprudenza.

5. Il dialogo tra le Corti in materia di “violazioni strutturali” e la procedura pilota

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, da sempre incentrata sulla soluzione di questioni in materia di diritti relative a casi concreti, via via ha assunto «una funzione para-costituzionale di tutela dell'interesse generale»⁶⁵⁵: in particolare nelle ipotesi in cui i giudici di Strasburgo si trovano ad indicare le misure specifiche che lo Stato deve adottare per rimuovere le cause generatrici della violazione diritti protetti dalla Convenzione. Attraverso il meccanismo della sentenza pilota che segna, dunque, «il

⁶⁵³ La pronuncia in questione viene, infatti, emanata contestualmente ad altre decisioni della stessa Cassazione che dispongono la sostituzione della pena dell'ergastolo con quella della reclusione di trent'anni per coloro che si trovavano nella posizione analoga a quella del sig. Scoppola. (Cfr. Corte di Cassazione, Sez. I, sent. nn. 4008, 4009, 4010, 4012, 4015 del 2014.)

⁶⁵⁴ Cfr. Corte di Cassazione, Sez. I, 10 gennaio 2014, n. 4013. Per un commento si rinvia a: C. MASCIOTTA, *Gi effetti delle sentenze della Corte EDU: il caso Scoppola all'esame delle Corti nazionali. Nota a Corte di Cassazione, I sezione penale n. 4013/2014*, in www.osservatoriosullefonti.it.

⁶⁵⁵ S. VEZZANI, *L'attuazione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che richiedono l'adozione di misure a portata generale*, in L. CASSETTI (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Jovane, Napoli, 2012, 43.

superamento della funzione di giustizia del caso concreto»⁶⁵⁶, la Corte Edu si pronuncia per mettere fine ad un particolare tipo di violazione della Convenzione, quella di carattere strutturale di cui uno Stato parte si rende responsabile per ragioni diverse.

Per comprendere la portata di tale infrazione, è utile ricordare che l'istituto della sentenza pilota si ricollega necessariamente al tema degli effetti delle pronunce della Corte di Strasburgo nell'ordinamento interno⁶⁵⁷. Al riguardo, la Cedu, all'art. 46, par. 1, stabilisce che «le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti»; ed aggiunge, all'art. 41, che «se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi protocolli e se il diritto interno dell'Alta parte contraente non permette che in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa»: ebbene la procedura pilota, si fonda su tali norme, anche se parte della dottrina ha da sempre contestato una lettura del suddetto combinato disposto convenzionale⁶⁵⁸. Tuttavia, dal 2011, la stessa ha ricevuto un riconoscimento formale attraverso la regolamentazione espressa codificazione nel regolamento di procedura della Corte Edu⁶⁵⁹. Dunque, la procedura in questione nasce prima dalla prassi applicativa: la Corte inaugurava tale tecnica nel caso *Broniowski c. Polonia*⁶⁶⁰ al fine di risolvere un problema di natura strutturale che, nell'ordinamento polacco, aveva causato ripetute violazioni del diritto di proprietà di alcuni cittadini⁶⁶¹. La Corte si pronuncia con una sentenza pilota

⁶⁵⁶ S. VEZZANI, *L'attuazione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che richiedono l'adozione di misure a portata generale*, cit., 54.

⁶⁵⁷ Sul punto si segnalano: M. MIDIRI, *La Cedu in Parlamento*, in *Rivista di diritto pubblico*, fasc. 1, 2015, 85; G. REPETTO, *L'effetto di vincolo delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nel diritto interno: dalla riserva di bilanciamento al "doppio binario"*, in *Rivista di Diritto pubblico*, fasc. 3, 2014, 1075.

⁶⁵⁸ Nello specifico, nonostante la Corte, più volte, avesse affermato che le misure di carattere generale, per rimuovere le cause della violazione della Convenzione, trovassero la loro base giuridica nell'art. 46 Cedu; al contrario, parte della dottrina sosteneva che alla luce di tale disposizione (e dell'art. 41, Cedu) la procedura pilota risultasse, invece, illegittima, in quanto la base normativa della tecnica in questione deve farsi discendere dal generale principio di acquiescenza. Per approfondimenti: F. M. PALOMBINO, *La «procedura della sentenza pilota» nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, fasc. 1, 2008, 91.

⁶⁵⁹ Cfr. art. 61 Regolamento della Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 febbraio, 2011.

⁶⁶⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Broniowski c. Polonia*, 28 settembre 2005, ric. n. 31443/96.

⁶⁶¹ Nello specifico la violazione del diritto di proprietà era stata causata dall'incapacità della legislazione in materia di risarcimento del danno di ricompensare le perdite subite da tutti quei cittadini che, dopo la fine della seconda guerra mondiale, erano stati costretti ad abbandonare i propri beni nei territori orientali del fiume Bug. Nel caso in questione, la Corte oltre a condannare lo Stato polacco, indicava di adottare le misure adottate per rimuovere le cause della violazione della Convenzione entro un periodo determinato. Pochi mesi

quando sussistono le seguenti circostanze: in primo luogo, l'esistenza di un problema strutturale originato da una legge, da una consolidata prassi amministrativa e/o giurisprudenziale, non conformi alla Convenzione. Deve trattarsi di «una violazione sistemica e continuativa di un diritto protetto dalla Convenzione, che come tale incida negativamente su posizioni soggettive imputabili ad una pluralità di privati»⁶⁶². Non a caso, infatti, la Corte nel momento in cui si emette una sentenza pilota congela tutti i ricorsi successivi che hanno lo stesso *petitum* – cosiddetti ripetitivi - affinché lo Stato destinatario possa adottare le misure necessarie per porre fine alla violazione. In secondo luogo, rilevano le indicazioni circa le misure generali che lo Stato deve porre in essere per porre fine all'accertata violazione. La Corte lascia un certo margine di discrezionalità nella scelta dei mezzi di esecuzione interna: è, infatti, lo Stato a decidere se adottare la via del mutamento giurisprudenziale, della declaratoria di incostituzionalità oppure quella dell'abrogazione legislativa; tuttavia, la stessa stabilisce un termine entro il quale lo Stato deve provvedere all'esecuzione delle misure indicate, pena la condanna successiva per i ricorsi congelati⁶⁶³.

Il ruolo della Corte europea nelle ipotesi delle violazioni sistemiche sembra mettere in secondo piano quello di interprete dei diritti della Convenzione: mentre in quest'ultimo caso, infatti, l'efficacia delle sentenze va oltre la semplice esecuzione, in quanto la Corte «dice ora quello che dirà in seguito nei casi simili (...), rende[ndo] così prevedibile e ragionevolmente certo il diritto della Convenzione»; con la procedura pilota, invece, i giudici si impegnano a dare una natura più giudiziaria alle formule contenute nel dispositivo attraverso l'indicazione delle misure che lo Stato deve adottare in conformità alla Convenzione⁶⁶⁴. Tuttavia, si trascurava il fatto che la Corte, comunque, accerti la violazione di un diritto protetto dalla Convenzione e, soprattutto che, da tale accertamento discendano, nella maggior parte delle ipotesi, principi in materia di diritti valevoli *erga omnes*.

dopo, la Corte costituzionale polacca dichiarava incostituzionale la legge sui risarcimenti, e una nuova legge veniva emanata dal Parlamento.

⁶⁶² F. M. PALOMBINO, *La «procedura della sentenza pilota» nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, cit.*, 101.

⁶⁶³ La *ratio* dell'istituto è sicuramente duplice: da un lato, l'obiettivo è quello di consigliare allo Stato la misura più idonea per risolvere il problema strutturale; dall'altro, quello di ridurre i ricorsi dinanzi alla Corte, nello specifico quelli che sono originati dallo stesso problema sistemico.

⁶⁶⁴ V. ZAGREBELSKY, *Violazioni "strutturali" e Convenzione europea dei diritti umani: interrogativi a proposito di Broniowski*, in *Rivista di diritti umani e diritto internazionale*, fasc. 1, 2008, 5.

5.1. Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti

L'ordinamento italiano è stato destinatario di una procedura pilota nella nota decisione *Torreggiani e altri c. Italia*⁶⁶⁵ attraverso la quale la Corte europea per l'ennesima volta denunciava il principale problema strutturale del sistema penitenziario italiano, quello del sovraffollamento carcerario⁶⁶⁶. La precedente condanna era stata pronunciata nel caso *Sulejmanovic c. Italia*⁶⁶⁷ in cui i giudici di Strasburgo avevano affermato che la permanenza in una cella di poco più di sedici metri quadri insieme ad altri cinque detenuti costituiva una violazione dell'art. 3 Cedu che, oltre a proibire la tortura, vieta i trattamenti inumani e degradanti⁶⁶⁸.

Sebbene non si trattasse della prima sentenza pilota pronunciata nei confronti dell'Italia⁶⁶⁹, la Corte Edu, nel caso *Torreggiani*, dichiarava nuovamente la violazione dell'art. 3 Cedu per le condizioni sofferte dai ricorrenti nelle strutture penitenziarie di Busto Arsizio e Piacenza e indicava un termine (di un anno) entro il quale l'ordinamento italiano doveva

⁶⁶⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Torreggiani e altri c. Italia*, sentenza 8 gennaio 2013, ric. nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10. Sul punto la letteratura è sterminata, si segnalano: P. DE STEFANI, *La sentenza Torreggiani: una sentenza pilota contro il sovraffollamento delle carceri*, in www.unip-centrodirittumani.it; M. MONTAGNA, *Art. 3 Cedu e sovraffollamento carcerario. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ed il caso dell'Italia*, in www.federalismi.it; F. RIMOLI, *Il sovraffollamento carcerario come trattamento inumano e degradante*, in *Giurisprudenza italiana*, 2013, fasc. 2, 1187; G. TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cassazione penale*, 2013, fasc. 1, 11; F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in www.penalecontemporaneo.it; P. ZICCHITTU, *Considerazioni a margine della sentenza Torreggiani c. Italia in materia di sovraffollamento delle carceri*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, fasc. 1, 161. Si permetta di rinviare anche a: M. ABAGNALE, *Il caso Torreggiani e altri c. Italia*, in www.forumcostituzionale.it; M. ABAGNALE, *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti: il caso Torreggiani*, in A. MORRONE, *Il diritto costituzionale nella giurisprudenza*, cit., (5° ed.), 154.

⁶⁶⁶ Sul problema del sovraffollamento, si segnalano: A. GARGANI, *Sovraffollamento carcerario e violazione dei diritti umani: un circolo virtuoso per la legalità dell'esecuzione penale*, in *Cassazione penale*, 2011, 1261; M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Editoriale Scientifica Italiana, Napoli, 2014.

⁶⁶⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Sulejmanovic c. Italia*, sentenza 16 luglio 2009, ric. n. 22635/03.

⁶⁶⁸ Nello specifico, la Corte rilevava che, per un periodo superiore a due anni, il ricorrente aveva avuto a disposizione uno spazio personale di circa 2,70 mq.: uno spazio di gran lunga inferiore alla superficie minima stimata come auspicabile dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti disumani e degradanti. Tale organo, «istituito in seno al Consiglio d'Europa in virtù della Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani e degradanti (ratificata dall'Italia con legge 2 gennaio 1989, n. 7), indica come livello auspicabile 7 metri mq. per singolo detenuto, con 2 metri o più tra i muri e 2,50 tra il suolo e il soffitto». (Cfr. M. BORTOLATO, *Sovraffollamento carcerario e trattamenti disumani o degradanti (la CEDU condanna l'Italia per le condizioni dei detenuti)*, in *Questione giustizia*, fasc. 5, 2009, 112).

⁶⁶⁹ La Corte europea si era pronunciata, infatti, con una procedura pilota nei confronti dell'Italia nei noti casi *Sejdovic c. Italia*, cit., e *Scordino n. 1 c. Italia*, 29 marzo 2006, ric. n. 36813/97.

adottare le misure necessarie per far fronte al drammatico fenomeno del sovraffollamento, congelando i ricorsi (ripetitivi) pendenti⁶⁷⁰.

All'origine della causa vi erano sette ricorsi da parte di soggetti che lamentavano le cattive condizioni delle strutture penitenziarie in cui erano detenuti per scontare la pena della reclusione⁶⁷¹. Nello specifico, i ricorrenti del primo carcere venivano costretti a dividere una cella di nove metri quadri con altre due persone, disponendo, quindi, di uno spazio personale di soli tre metri quadri; in aggiunta, non poche volte, gli stessi avevano sofferto di un limitato accesso alle docce a causa della penuria di acqua calda⁶⁷². La stessa situazione era sofferta dai detenuti di Piacenza che, addirittura, per svariati mesi non avevano potuto accedere regolarmente alle docce; questi ultimi, inoltre, lamentavano la carenza di una sufficiente illuminazione delle celle a causa delle barre metalliche apposte alle finestre del penitenziario⁶⁷³.

I ricorrenti denunciavano dunque la violazione dell'art. 3 della Cedu poiché, sulla base della giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁶⁷⁴ (e un'isolata decisione giudiziaria italiana⁶⁷⁵), le condizioni da loro sofferte si risolvevano in trattamenti disumani e degradanti⁶⁷⁶.

⁶⁷⁰ I. D'ANNA, *Ricorsi ripetitivi e violazioni strutturali alla luce delle modifiche apportate dal Protocollo 14 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 12 ss.

⁶⁷¹ In relazione alle condizioni dei locali di soggiorno e pernottamento degli istituti penitenziari, l'art. 6 della legge sull'ordinamento penitenziario (L. 354 del 26 luglio 1975), stabilisce: «i locali nei quali si svolge la vita dei detenuti e degli internati devono essere di ampiezza sufficiente, illuminati con luce naturale e artificiale in modo da permettere il lavoro e la lettura; aerati, riscaldati ove le condizioni climatiche lo esigono, e dotati di servizi igienici riservati, decenti e di tipo razionale. I detti locali devono essere tenuti in buono stato di conservazione e di pulizia. I locali destinati al pernottamento consistono in camere dotate di uno o più posti. Particolare cura è impiegata nella scelta di quei soggetti che sono collocati in camere a più posti. Agli imputati deve essere garantito il pernottamento in camere ad un posto a meno che la situazione particolare dell'istituto non lo consenta. Ciascun detenuto e internato dispone di adeguato corredo per il proprio letto». (Cfr. V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, Cedam, Padova, 2006).

⁶⁷² Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Torreggiani e altri c. Italia*, cit., par. 1.

⁶⁷³ Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Torreggiani e altri c. Italia*, cit., par. 2.

⁶⁷⁴ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Sulejmanovic c. Italia*, cit.

⁶⁷⁵ Il Magistrato di Sorveglianza di Lecce, ordinanza 9 giugno 2011, n. 17, aveva riconosciuto al detenuto A. S., un indennizzo per il danno esistenziale derivante dalla detenzione per le inumane condizioni in cui si trovava a scontare la pena.

⁶⁷⁶ A sostegno della violazione della Convenzione vi erano, inoltre, ben tre ordinanze del magistrato di sorveglianza di Reggio Emilia che accogliendo i reclami del sig. Ghisoni e dei suoi due co-detenuti affermava che nel carcere di Piacenza si era ormai superata la capienza tollerabile. Nell'anno 2010, l'istituto aveva ospitato tra le 411 e 415 persone, mentre era previsto che potesse accogliere 178 detenuti, per una capienza tollerabile di 376 persone. Il magistrato di sorveglianza, oltre ad asserire che i ricorrenti fossero esposti a trattamenti inumani a causa delle ridotte dimensioni delle celle, aggiungeva che tale situazione

Pur non contestando l'evidente problema del sovraffollamento, il Governo italiano, a sua discolpa, affermava che le condizioni detentive denunciate dai ricorrenti non raggiungevano la soglia minima di gravità richiesta per qualificarle come inumane e/o degradanti, per cui l'ordinamento non poteva considerarsi colpevole della violazione dell'art. 3 della Convenzione⁶⁷⁷. Sul punto la Corte europea non si dimostrava d'accordo e, infatti, ci teneva a ricordare i principi fondamentali in materia di diritti dei detenuti⁶⁷⁸ elaborati nella sua giurisprudenza⁶⁷⁹: in primo luogo, la condizione di detenuto e, in generale, di un soggetto sottoposto a misure privative della libertà, ad avviso della Corte, non giustifica la perdita del beneficio dei diritti garantiti dalla Cedu; al contrario, «la persona incarcerata può avere bisogno di una maggior tutela proprio per la vulnerabilità della sua situazione e per il fatto di trovarsi totalmente sotto la responsabilità dello Stato». Sulla base di tale principio, dunque, il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti ex art. 3 della Cedu «pone a carico delle autorità un obbligo positivo» che deve assicurare, da un lato, «che ogni prigioniero sia detenuto in condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana»; dall'altro, «che le modalità di esecuzione della misura non

provocava un'irragionevole discriminazione rispetto agli altri detenuti dell'istituto penitenziario che, invece, potevano condividere la cella delle medesime dimensioni con una sola persona. (Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Torreggiani e altri c. Italia*, cit., par. 12).

⁶⁷⁷ Il Governo italiano costruiva le sue argomentazioni su due punti fondamentali: da un lato il difetto della qualità di vittima dei ricorrenti; dall'altro il mancato esaurimento delle vie di ricorso interne. In relazione alla prima eccezione, ad avviso dello stesso, sei dei sette ricorrenti (eccezion fatta per il sig. Ghisoni) erano stati scarcerati o trasferiti in altri istituti penitenziari, di conseguenza non risultavano nella condizione di "vittima" di una violazione della Convenzione. Su questo punto, la Corte di Strasburgo ricorda che «una decisione o una misura favorevole al ricorrente è sufficiente, in linea di principio, a privarlo della qualità di "vittima" solo quando le autorità nazionali abbiano riconosciuto, esplicitamente o sostanzialmente, la violazione della Convenzione e vi abbiano posto rimedio», e questo non era avvenuto né per i detenuti di Busto Arsizio, né per quelli di Piacenza, cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Torreggiani e altri c. Italia*, cit., par. 36 ss. Per quanto riguarda la seconda eccezione, il Governo affermava che qualsiasi persona detenuta/internata nelle carceri italiane può, sulla base degli artt. 35 e 69, L. 354/1975, rivolgere un reclamo al magistrato di sorveglianza al fine di ottenere una decisione volta a riparare ad eventuali violazioni dei suoi diritti da detenuto: nel caso in questione, solo il sig. Ghisoni si era rivolto al magistrato di sorveglianza e ne era uscito con una decisione favorevole che, tuttavia, non aveva ricevuto esecuzione dalle autorità giudiziarie interne, cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Torreggiani e altri c. Italia*, cit., par. 41 ss.

⁶⁷⁸ In materia di diritti dei detenuti nel nostro ordinamento, si segnalano: A. MORRONE, *Il diritto alle ferie per i detenuti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 3, 2001, 1264; M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti*, in M. FLORIS (a cura di), *Dizionario dei Diritti Umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione*, Vol. I, Utet, Torino, 2007; ID., *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2002.

⁶⁷⁹ R. CONTI, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul sovraffollamento carcerario e i diritti del detenuto*, in AA. VV., *Fine pena: mai? Diritti della persona e criticità del sistema penitenziario. Prospettive di riforma*, Incontro di studi in memoria di R. LIVATINO, Agrigento, 20-21 settembre 2013.

sottopongano l'interessato ad uno stato di sconforto né ad una prova di intensità che ecceda l'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione»⁶⁸⁰.

Solo in secondo luogo, la Corte Edu affrontava il problema del livello di gravità del sovraffollamento, in particolare distinguendo le ipotesi gravi da quelle "meno gravi" e affermando che in questi ultimi casi bisogna considerare anche gli altri aspetti delle condizioni detentive, ossia «la possibilità di utilizzare i servizi igienici in modo riservato, l'aerazione disponibile, l'accesso alla luce e all'aria naturali, la qualità del riscaldamento e, [infine], il rispetto delle esigenze sanitarie di base»⁶⁸¹. Per cui, anche quando «ciascun detenuto dispone di uno spazio variabile dai tre ai quattro metri quadri»⁶⁸², la mancanza di illuminazione o di aria, l'accesso limitato all'aria aperta e, in generale, la mancanza di intimità nelle celle possono far concludere per la violazione dell'art. 3 della Convenzione⁶⁸³. Per il caso di specie, la Corte sosteneva che le condizioni detentive di *Torreggiani e altri* erano state tali da sottoporre «gli interessati ad una prova d'intensità superiore all'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione» e, perciò, concludeva per la violazione dell'art. 3 della Convenzione⁶⁸⁴, stabilendo in un anno il termine per porre fine a tale violazione.

Riscontrando il carattere sistemico del problema, la Corte invitava lo Stato italiano a «creare senza indugio un ricorso o una combinazione di ricorsi con effetti preventivi e compensativi», capaci di garantire «realmente una riparazione effettiva» delle violazioni della Convenzione⁶⁸⁵. La stessa indicava, dunque, seppur non nel dettaglio degli istituti giuridici, le misure da adottare e lasciava all'ordinamento italiano la valutazione dei provvedimenti più idonei per far fronte al problema sistemico; anche se, tuttavia, rimetteva l'esecuzione della sentenza al controllo del Comitato dei ministri *ex* 46, par. 2, Cedu.

Prima ancora che intervenisse il legislatore e, come noto, la Corte costituzionale, la pronuncia *Torreggiani e altri c. Italia* si fermava nel palazzo del giudice della legittimità e nel tribunale del giudice di sorveglianza di Venezia. La presa di coscienza che le condizioni sofferte dai detenuti si risolvessero in trattamenti inumani e degradanti era stata

⁶⁸⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Torreggiani e altri c. Italia*, *cit.*, par. 61 ss.

⁶⁸¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Torreggiani e altri c. Italia*, par. 67 ss.

⁶⁸² Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Torreggiani e altri c. Italia*, par. 69.

⁶⁸³ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Moisseiev c. Russia*, 9 ottobre 2008, ricorso n. 62936/00; caso *Belevitskiy c. Russia*, 1 marzo 2007, ricorso n. 72967/01.

⁶⁸⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Torreggiani e altri c. Italia*, par. 78 ss.

⁶⁸⁵ Per approfondimenti sulla risarcibilità dei danni derivanti dalle condizioni inumane di detenzione, cfr. F. VIGANÒ, *Alla ricerca di un rimedio risarcitorio per il danno da sovraffollamento carcerario: la Cassazione esclude la competenza del magistrato di sorveglianza*, in www.penalecontemporaneo.it.

avvertita in maniera forte dalla giurisprudenza che, tuttavia, non aveva gli strumenti legali idonei ad assicurare un rimedio preventivo e risarcitorio alle conseguenze derivanti dal sovraffollamento⁶⁸⁶. La Cassazione⁶⁸⁷, per esempio, pur riconoscendo il diritto alla tutela risarcitoria per i detenuti che avevano sofferto le condizioni negative del fenomeno, escludeva la competenza del magistrato di sorveglianza a conoscere tali domande, principalmente perché non poteva «trarsi dalla giurisprudenza della Cedu il principio che l'aspetto compensativo o risarcitorio (...) debba essere compreso di necessità nell'ambito del ricorso alla Magistratura di sorveglianza», auspicando così un intervento del legislatore in tal senso⁶⁸⁸.

Il Tribunale di sorveglianza di Venezia⁶⁸⁹, invece, veniva investito da un ricorso da parte di un detenuto che chiedeva il differimento della pena in ragione delle condizioni di sovraffollamento del carcere in cui era detenuto. Nel caso di specie, più la questione della tutela risarcitoria, si poneva il problema di individuare un rimedio effettivo contro la violazione del diritto fondamentale del detenuto a un trattamento umano e non degradante, rimedio che «non po[teva] che, «realisticamente, essere ricercato in soluzioni alternative, rispetto alla scarcerazione»⁶⁹⁰. Il giudice dell'esecuzione non riusciva, tuttavia, a superare in via interpretativa, neppure seguendo le istruzioni Torreggiani, le ipotesi di differimento tassativamente indicate all'art. 147 c.p.; ragion per cui sollevava questione di legittimità costituzionale della norma in questione nella parte in cui non prevedeva tra le ipotesi di differimento della pena quella in cui la stessa si svolgesse in condizioni contrarie al senso di umanità.

Prima di esaminare la decisione della Consulta, è utile ricostruire brevemente il quadro costituzionale in materia di diritti dei detenuti⁶⁹¹. Innanzitutto va ricordato che la

⁶⁸⁶ Al riguardo la Corte Edu aveva affermato che il rimedio del reclamo al magistrato di sorveglianza *ex artt.* 35 e 69 della legge sull'ordinamento penitenziario non risponde ai canoni convenzionali: «è un ricorso accessibile, ma non effettivo nella pratica, dato che non consente di porre fine rapidamente alla carcerazione in condizioni contrarie all'articolo 3 della Convenzione». (Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Torreggiani e altri c. Italia*, par. 97).

⁶⁸⁷ Cassazione Penale, Sez. I, sentenza 15 gennaio 2013, n. 4772.

⁶⁸⁸ Per un commento della decisione, cfr. F. VIGANÒ, *Alla ricerca di un rimedio risarcitorio per il danno da sovraffollamento carcerario: la Cassazione esclude la competenza del magistrato di sorveglianza*, *cit.*.

⁶⁸⁹ Tribunale di Sorveglianza Venezia, ordinanza 13 febbraio 2013, n. 67.

⁶⁹⁰ F. VIGANÒ, *Alla ricerca di un rimedio giurisdizionale preventivo contro il sovraffollamento delle carceri: una questione di legittimità costituzionale della vigente disciplina in materia di rinvio dell'esecuzione della pena detentiva*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁶⁹¹ La presa di coscienza della tutela di tali diritti viene collegata sia agli interventi legislativi realizzati successivamente alla legge sull'ordinamento penitenziario, ossia a partire dalle leggi n. 663 del 1986 (c.d.

Costituzione nel proclamare l'inviolabilità della libertà personale stabilisce due importanti garanzie in virtù delle quali le restrizioni della stessa devono avvenire «solo nei casi e modi previsti dalla legge» e attraverso «un atto motivato dell'autorità giudiziaria» (art. 13, primo e secondo comma, Cost.)⁶⁹². Per il momento, invece, immediatamente successivo alla privazione della libertà, la carta costituzionale stabilisce che «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato» (art. 27, terzo comma, Cost.)⁶⁹³. Dunque, il Costituente, nell'orientare la funzione della pena in chiave rieducativa per l'inserimento del soggetto all'interno della società, ha escluso dalle modalità di esecuzione⁶⁹⁴ della stessa quelle contrarie al senso di umanità che si risolvono in una violazione della dignità umana dell'individuo; in aggiunta, si è preoccupato di punire «ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizione di libertà» (art. 13, quarto comma, Cost.)⁶⁹⁵. Ebbene dal combinato disposto delle due norme emerge che la tutela costituzionale “minima” dei soggetti sottoposti a limitazioni della libertà personale, si realizzi attraverso il duplice obiettivo: di

legge Gozzini); n. 165 del 1998 (c.d. legge Simenone); n. 193 del 2000 (c.d. legge Smuraglia), che da importanti decisioni della Corte costituzionale. Sul punto, cfr. M. RUOTOLO, *Il carcere come luogo della legalità*, in AA. VV. (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 2001, 1785, in cui l'A. afferma che dal 1975 in poi «il discorso giurisprudenziale non si articolerà più soltanto lungo il binario della finalità rieducativa, ma sarà incentrato sul più ampio e pervasivo principio di umanizzazione della pena, ricavato da una lettura combinata degli artt. 2, 3, 13, commi primo e quarto, 27, terzo comma, Cost.».

⁶⁹² P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2011, 237 ss.; V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, fasc. XXIV, 1974, 315; M. RUOTOLO, *Il carcere come luogo della legalità*, cit., 1781.

⁶⁹³ G. FIANDACA, *Commento all'art. 27, comma 3 e 4, Cost.*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1991, 222.

⁶⁹⁴ In generale sull'esecuzione penale, cfr. F. CAPRIOLI, D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli, Torino, 2011.

⁶⁹⁵ Il paradigma rieducativo si è consolidato solo a partire dagli anni Novanta. In un primo momento, infatti, sulla base della cosiddetta teoria polifunzionale, le funzioni della pena erano le seguenti: retribuzione e prevenzione generale nella fase della previsione legislativa e nella commisurazione giudiziale, prevenzione speciale nella fase dell'esecuzione; la finalità rieducativa, nonostante «il suo alto significato sociale e morale», aveva solo un ruolo secondario. Di conseguenza, la pena risultava legittima anche se sprovvista delle condizioni idonee a realizzare la rieducazione, essendo sufficiente che non fosse contraria al senso di umanità (cfr. Corte costituzionale, 4 febbraio 1966, n. 12). Successivamente, invece, reinterprestando il terzo comma dell'art. 27 Cost., la Consulta, confermava le suddette funzioni, ma aggiungeva che «se la finalizzazione venisse orientata verso questi diversi caratteri, anziché al principio rieducativo, si correrebbe il rischio di strumentalizzare l'individuo per fini generali di politica criminale (prevenzione generale) o di privilegiare la soddisfazione di bisogni collettivi di stabilità e di sicurezza (difesa sociale), sacrificando il singolo attraverso l'esemplarità della sanzione. È per questo che, in uno Stato evoluto, la finalità rieducativa non può essere ritenuta estranea alla legittimazione e alla funzione stesse della pena» (cfr. Corte costituzionale, 26 giugno 1990, n. 313). Sul tema si segnala: M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 1 ss.

evitare che alla privazione della libertà si aggiunga la privazione della dignità umana; dall'altro, di assicurare l'esecuzione di una pena che non sia priva della finalità rieducativa e non sia contraria al senso di umanità⁶⁹⁶. Le condizioni in cui versano numerosi istituti penitenziari si pone in contrasto con tutti questi principi⁶⁹⁷ in quanto finisce per privare il soggetto detenuto della sua dignità, «costringend[olo] a rinunciare al proprio pudore, alla propria igiene personale, alla propria esistenza individuale», generando nello stesso «sentimenti di rivalsa verso la società e di disprezzo di una legalità che non vede osservata nei suoi confronti»⁶⁹⁸.

Tornando all'ordinanza di rimessione del Tribunale di sorveglianza di Venezia (a cui si aggiungeva quella analoga del Tribunale di Milano)⁶⁹⁹, la Consulta veniva investita della questione di legittimità costituzionale in riferimento agli artt. 2, 3 e 27, terzo comma, della Costituzione, e all'art. 3 della Convenzione (attraverso il parametro dell'art.117, primo comma, Cost.)⁷⁰⁰. Ad avviso dei giudici *a quibus*, le condizioni di sovraffollamento degli istituti penitenziari in cui i ricorrenti scontavano la pena definitiva realizzavano una violazione dell'art. 27, terzo comma, Cost., sotto due aspetti: da un lato, in relazione alla loro contrarietà al senso di umanità; dall'altro, in rapporto alla finalità rieducativa della pena. Per quanto riguarda il primo aspetto, i giudici *a quibus* indicavano il metro di valutazione della Corte Edu, ossia quello in base al quale si ritiene «integrato il carattere disumano e degradante laddove alla persona detenuta sia riservato uno spazio nella camera

⁶⁹⁶ In relazione alla finalità rieducativa, la formula secondo la quale le pene “devono tendere” alla rieducazione del condannato, ad avviso della Corte costituzionale (sent. 313/1990, *cit.*), è da intendersi quale limite chiamato a garantire e incentivare il processo rieducativo, senza però imporlo alla libera autodeterminazione del detenuto», cfr. A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi pregi)*, in www.rivistaaic.it, 3.

⁶⁹⁷ L. MANCONI, S. ANASTASIA, V. CALDERONE, F. RESTA, *Abolire il carcere*, Chiarelettere, Milano, 2015.

⁶⁹⁸ G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in www.rivistaaic.it, 5.

⁶⁹⁹ All'origine della prima ordinanza vi era l'istanza di un detenuto motivata «sulla base delle condizioni di perenne sovraffollamento in cui versava la Casa circondariale di Padova: si metteva in evidenza, infatti, una situazione che, per il numero di detenuti ristretti in ciascuna cella (in media, da nove a undici), era tale da influire negativamente sulle condizioni psicofisiche, sottolineandosi come l'esecuzione della pena fosse certamente contraria al senso di umanità»; anche la seconda ordinanza veniva motivata sulla base di un'istanza presentata da un detenuto che divideva con altri due reclusi una cella di circa mq. 3.30, «di poco superiore al limite considerato vitale dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (...), dovendosi considerare che tale spazio [era] in gran parte occupato da vario mobilio».

⁷⁰⁰ Corte costituzionale, 9 ottobre 2013, n. 279. Per un commento si segnalano: R. ORLANDI, *Il sovraffollamento delle carceri al vaglio della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 2, 2013, 424; A. RUGGERI, *Ancora una decisione d'incostituzionalità accertata, ma non dichiarata (nota minima a Corte cost. n. 279 del 2013, in tema di sovraffollamento carcerario)*, in www.giurcost.org; M. RUOTOLO, *Quale tutela per il diritto all'esecuzione della pena non disumana? Un'occasione mancata o forse soltanto rinviata*, in www.dirittopenitenziarioecostituzione.it.

di detenzione inferiore o pari a mq. tre». Le condizioni di “inumanità” provocate dal sovraffollamento rilevavano anche in rapporto alla finalità rieducativa della pena che, dunque, dalle stesse veniva profondamente compromessa; infatti, ad avviso dei giudici *a quibus*: «la restrizione in spazi angusti, a ridosso di altri corpi, produce invalidazione di tutta la persona e quindi deresponsabilizzazione e rimozione del senso di colpa non inducendo nel condannato quel significativo processo modificativo che (...) consente l’instaurazione di una normale vita di relazione»⁷⁰¹.

Per quanto riguarda gli altri parametri, i giudici rimettenti osservavano che la mancata previsione da parte del legislatore del rinvio dell’esecuzione della pena quando questa si svolga in condizioni contrarie al senso di umanità risultava in contrasto: a) con i «parametri di vivibilità minima» - così come indicati dai giudici di Strasburgo nel caso *Torreggiani e altri c. Italia* espressamente richiamata - al di sotto dei quali la detenzione si risolve in un trattamento inumano o degradante (art. 3 Cedu, in riferimento all’art. 117, primo comma, Cost.); b) con la dignità umana quale diritto inviolabile (art. 2 Cost., e presupposto dello stesso art. 27 Cost.); c) con «la razionalità giuridica e la coerenza costituzionale dell’intero sistema» e con il divieto di pene crudeli (art. 3 Cost.).

La Corte costituzionale si pronunciava per l’inammissibilità della questione e indicava la via legislativa come l’unica situazione possibile per far fronte al fenomeno del sovraffollamento. Inoltre, la stessa non condivideva il rimedio proposto dai giudici *a quibus* per due ordini di motivi: in primo luogo, perché il rinvio dell’esecuzione della pena avrebbe provocato una disparità di trattamento: una volta raggiunto il «numero dei reclusi compatibile con lo stato delle strutture carcerarie», infatti, gli altri detenuti avrebbero visto respingersi l’istanza. In secondo luogo, poiché i detenuti avevano a disposizione il rimedio del reclamo al giudice di sorveglianza *ex art. 35, ord. pen.*,⁷⁰² per denunciare la violazione dei loro diritti. Tale rimedio, in caso di accoglimento, garantiva un decisione vincolante per l’intera amministrazione penitenziaria⁷⁰³. Contrariamente a

⁷⁰¹ Corte costituzionale, 9 ottobre 2013, *cit.*, par. 1.

⁷⁰² La norma stabilisce che «i detenuti e gli internati possono rivolgere istanze o reclami orali o scritti, anche in busta chiusa: 1) al direttore dell’istituto, nonché agli ispettori, al direttore generale per gli istituti di prevenzione e di pena e al Ministro per la grazia e giustizia; 2) al magistrato di sorveglianza; 3) alle autorità giudiziarie e sanitarie in visita all’istituto; 4) al presidente della giunta regionale; 5) al capo dello stato».

⁷⁰³ Sul punto si vedano: Corte costituzionale, sentenza dell’8 ottobre 2009, n. 266; sentenza 3 giugno 2013, n. 135. Per un commento di quest’ultima decisione si segnala: M. RUOTOLO, *Sul principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, in www.giurcost.org.

quanto affermava la Corte di Strasburgo⁷⁰⁴, infatti, le prescrizioni e i semplici “ordini” del giudice dell’esecuzione erano in grado di assicurare una protezione effettiva proprio in ragione del loro carattere vincolante⁷⁰⁵.

Ciò nonostante, il giudice delle leggi non negava che le condizioni sofferte dai detenuti integrassero trattamenti disumani e degradanti in violazione dell’art. 27 Cost. e dell’art. 3 della Cedu; al contrario, prendeva atto della drammatica «realità carceraria italiana» e aggiungeva che la situazione non poteva protrarsi fino a «pregiudicare i connotati costituzionalmente inderogabili dell’esecuzione penale e ad incidere (...) sul “residuo” irriducibile della libertà personale del detenuto»⁷⁰⁶. In altre parole, alla persona privata della libertà persona deve essere garantito il contenuto essenziale, seppur minimo, che trova riconoscimento nella natura inviolabile della libertà in questione.

Dal momento che a causa delle dimensioni strutturali del fenomeno del sovraffollamento, le autorità penitenziarie non erano in grado di assicurare l’effettività di rimedi interni, la Consulta suggeriva al legislatore alcune possibili soluzioni come il ricorso alla detenzione domiciliare e ad altre «misure di carattere sanzionatorio e di controllo diverse da quelle previste (...), e forme alternative di esecuzione della pena». Ad avviso della stessa, infatti, il rinvio facoltativo non poteva essere uno strumento capace di «garantire la fuoriuscita dal circuito carcerario del detenuto che sia costretto a vivere in condizioni contrarie al senso di umanità»⁷⁰⁷ e, dunque, escludeva la possibilità di un intervento additivo “a rime obbligate”

⁷⁰⁴ Corte europea dei diritti dell’uomo, caso *Torreggiani e altri c. Italia*, *cit.*, par. 97.

⁷⁰⁵ Inoltre, si ricorda che rientra nelle funzioni del magistrato di sorveglianza quella di approvare il programma di trattamento di ciascun condannato *ex art.* 13. Tale norma stabilisce che «il trattamento penitenziario deve rispondere ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto. Nei confronti dei condannati e degli internati è predisposta l’osservazione scientifica della personalità per rilevare le carenze fisiopsichiche e le altre cause del disadattamento sociale. L’osservazione è compiuta all’inizio dell’esecuzione e proseguita nel corso di essa. Per ciascun condannato e internato, in base ai risultati della osservazione, sono formulate indicazioni in merito al trattamento rieducativo da effettuare ed è compilato il relativo programma, che è integrato o modificato secondo le esigenze che si prospettano nel corso dell’esecuzione. Le indicazioni generali e particolari del trattamento sono inserite, unitamente ai dati giudiziari, biografici e sanitari, nella cartella personale, nella quale sono successivamente annotati gli sviluppi del trattamento pratico e i suoi risultati. Deve essere favorita la collaborazione dei condannati e degli internati alle attività di osservazione e di trattamento». Ebbene, a norma dell’art. 69, comma 5, ord. pen., il magistrato di sorveglianza «approva, con decreto, il programma di trattamento (...), ovvero, se ravvisa in esso elementi che costituiscono violazione dei diritti del condannato o dell’internato, lo restituisce, con osservazioni, al fine di una nuova formulazione (...)».

⁷⁰⁶ Sul punto la Consulta richiamava il Messaggio alle Camere del (l’ex) Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano sulla questione carceraria dell’8 ottobre 2013 (consultabile su www.osservatorioaic.it) in cui lo stesso definiva «drammatiche» e «intollerabili» le condizioni degli istituti penitenziari italiani, e sollecitava l’intervento del Parlamento. (Cfr. Corte costituzionale, 9 ottobre 2013, *cit.*, par. 6).

⁷⁰⁷ Corte costituzionale, 9 ottobre 2013, *cit.*, par. 8.

in ragione della pluralità di soluzioni normative che possono essere adottate per far fronte al problema sistemico⁷⁰⁸.

Il *self restraint* della Corte si può comprendere se dalle aule giudiziarie ci spostiamo per un attimo in quelle parlamentari: il legislatore non è rimasto indifferente ai moniti dei giudici e, sin dal caso *Sulejmanovic c. Italia*, ha intrapreso la strada delle riforme per ridurre la densità della popolazione carceraria. Proprio in seguito a tale decisione veniva emanata la prima legge cosiddetta svuota-carceri⁷⁰⁹ che ampliava le ipotesi di ricorso all'applicazione della misura della detenzione domiciliare⁷¹⁰. A tale intervento normativo seguiva il D.L. 22 dicembre 2011, n. 211 (convertito in L. 17 febbraio 2012, n. 9) che introduceva una serie di misure specifiche sempre rivolte a ridurre il sovraffollamento⁷¹¹ e che, inoltre, stabiliva la definitiva chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari⁷¹².

A parte tali interventi emanati sull'onda della prima emozione, le misure più rilevanti sono state adottate in seguito alla decisione *Torreggiani c. Italia* che, come anticipato sopra, chiedeva di ristabilire l'umanità dentro le mura degli istituti penitenziari entro il termine di un anno dalla data della pronuncia definitiva.

Tralasciando l'analisi *sic et simpliciter* delle misure adottate dal Parlamento per contrastare il sovraffollamento (analisi che, tra l'altro, non rientra nelle "nostre competenze"⁷¹³), prima di chiudere il presente lavoro è interessante verificare attraverso la lente dei giudici di Strasburgo la capacità di incisione di questi interventi sulla riduzione della popolazione carceraria. In altre parole, la prova che la sentenza pilota abbia prodotto effetti positivi nel

⁷⁰⁸ «Quando la *judicial deference* finisce per privare i diritti fondamentali anche di quel minimo di tutela di cui dispone la Corte con i suoi mezzi, allora è preferibile affrontare le critiche di maestri e maestrini, anziché ripararsi dietro il comodo scudo del *non possumus*», cfr. G. SILVESTRI, *La dignità dentro le mura del carcere*, cit., 5.

⁷⁰⁹ Legge 26 novembre 2010, n. 199.

⁷¹⁰ Nello specifico la legge, all'art. 1, stabiliva che ai condannati con pena detentiva (anche residua) non superiore a dodici mesi, poteva essere concessa dal tribunale di sorveglianza la possibilità di scontare la pena presso la propria abitazione o un altro luogo, pubblico o privato.

⁷¹¹ Tra le misure merita di essere menzionata l'estensione da dodici a diciotto mesi della soglia di pena detentiva, anche residua, per l'accesso alla detenzione domiciliare prevista dalla L. 199 del 2010.

⁷¹² In materia di chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari il legislatore è intervenuto, inoltre, con il D.L. 31 marzo 2014, n. 52 (convertito in L. 30 maggio 2014, n. 81); quest'ultimo, tra l'altro, è stato anche oggetto della decisione della Corte costituzionale, 24 giugno 2015, n. 186. Per approfondimenti si rinvia a A. PUGIOTTO, *Dalla chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari alla (possibile) eclissi della pena manicomiale*, in www.costituzionalismo.it; ID., *La giurisprudenza difensiva in materia di OPG a giudizio della Corte costituzionale*, in www.rivistaaic.it.

⁷¹³ In particolare sulle misure alternative non carcerarie, di cui alla legge delega 28 aprile 2014, n. 67, si rinvia infatti a: P. SECHI, *Contrasto al sovraffollamento carcerario e misure alternative alla detenzione: un primo bilancio*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, fasc. 1, 2015, 199.

nostro ordinamento non può che rinvenirsi attraverso la lettura delle successive decisioni della Corte. Quest'ultima, registrando con favore gli sforzi compiuti dal legislatore, dichiarava irricevibili i ricorsi sollevati da alcuni detenuti ristretti nelle carceri italiane dopo poco più di un anno dalla scadenza fissata dalla sentenza *Torreggiani*⁷¹⁴. I ricorrenti, come *Torreggiani e altri*, avevano dichiarato di essere stati trattenuti in celle sovraffollate e prive di adeguata areazione, illuminazione e riscaldamento, dunque, in condizioni di detenzione contrarie al divieto di trattamenti inumani e degradanti *ex art. 3 Cedu*.

Nei casi di specie, la Corte non poteva non ripercorrere nell'esposizione dei fatti le diverse misure adottate dal legislatore italiano per incidere sulle cause del sovraffollamento carcerario e soffermarsi, in particolare, sulle nuove vie di ricorso interne⁷¹⁵, ossia sul rimedio di tipo preventivo e su quelli carattere compensativo⁷¹⁶. In relazione al primo⁷¹⁷, i giudici europei osservavano che il carattere giurisdizionale del nuovo istituto, superando i limiti del reclamo generico⁷¹⁸, rendeva finalmente obbligatorie per l'amministrazione penitenziaria le decisioni del magistrato di sorveglianza che accertavano la violazione dei diritti dei detenuti⁷¹⁹. Invece, in relazione ai secondi, la Corte europea, distinguendo il rimedio risarcitorio da quello di riduzione della pena⁷²⁰, affermava che quest'ultimo potesse costituire «una riparazione appropriata in caso di cattive condizioni materiali di detenzione se, da una parte ess[o] veni[sse] espressamente accordat[o] per porre rimedio all'violazione dell'art. 3 della Convenzione e, dall'altra, se il suo impatto sul *quantum* della pena (...) fosse quantificabile». In altri termini, dunque, la riduzione della pena «può costituire una riparazione soddisfacente per le violazioni della Convenzione in materia

⁷¹⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Stella e altri c. Italia*, 16 settembre 2014, ricorso n. 49169/09; caso *Rexhepi c. Italia*, 25 settembre 2014, ricorso n. 47180/2010. Per un commento di segnala: A. MARTUFI, *La Corte EDU dichiara irricevibili i ricorsi presentati dai detenuti italiani per violazione dell'art. 3 CEDU senza il previo esperimento dei rimedi ad hoc introdotti dal legislatore italiano per fronteggiare il sovraffollamento*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁷¹⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Stella e altri c. Italia*, *cit.*, pp. 17-18; caso *Rexhepi c. Italia*, *cit.*, parr. 17-18.

⁷¹⁶ Introdotti rispettivamente dal D.L. 23 dicembre 2013, n. 146 (convertito con modifiche in L. 21 febbraio 2014, n. 10) e D.L. 26 giugno 2014, n. 92 (convertito con modifiche in L. 11 agosto 2014, n. 117).

⁷¹⁷ Cfr. art. 35 *bis*, Legge sull'ordinamento penitenziario n. 354 del 1975.

⁷¹⁸ Cfr. artt. 35 e 69, Legge sull'ordinamento penitenziario *cit.*

⁷¹⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Stella e altri c. Italia*, *cit.*, par. 48; caso *Rexhepi c. Italia*, *cit.*, par. 48.

⁷²⁰ Entrambi previsti dall'art. 35 *ter*, Legge sull'ordinamento penitenziario, *cit.* Sui tali rimedi, cfr. E. SANTORO, *Contra CSM: parlare a nuora perché suocera intenda. Pedanti osservazioni sulla competenza dei magistrati di sorveglianza a riconoscere l'indennizzo ex art. 35-ter per la detenzione inumana e degradante*, in www.penalecontemporaneo.it.

penale, quando le autorità nazionali hanno, espressamente o in sostanza, riconosciuto e poi riparato alla violazione della Convenzione»⁷²¹.

Infine, la Corte europea sia nella decisione *Stella c. Italia* che in quella *Rexhepi c. Italia*⁷²², indicando tra le misure adottate anche quella dell'introduzione della distinzione, ai fini del sistema sanzionatorio, della differenza «tra le condotte illecite legate alle droghe leggere e quelle legate alle droghe pesanti»⁷²³, indirettamente apprezzava la pronuncia con la quale Consulta aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale delle legge cosiddetta Fini-Giovanardi⁷²⁴, nella misura dell'impatto della stessa sulla densità carceraria.

⁷²¹ CCorte europea dei diritti dell'uomo, caso *Stella e altri c. Italia*, cit., pp. 58-59; caso *Rexhepi c. Italia*, cit., parr. 58-59.

⁷²² Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Stella e altri c. Italia*, cit., p. 14; caso *Rexhepi c. Italia*, cit., par. 13.

⁷²³ Cfr. L. 16 maggio 2014, n. 79.

⁷²⁴ Corte costituzionale, 21 febbraio 2006, n. 49. Per un commento, cfr. V. MANES, L. ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. "Fini-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale*, in www.penalecontemporaneo.it.

CONCLUSIONI

Le ricostruzioni proposte nel presente lavoro hanno fornito un quadro sulla tutela dei diritti nello spazio giuridico europeo, in particolare nei casi controversi che hanno spinto le richieste di protezione fuori dai confini nazionali e chiedere dunque l'intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo. Negli ambiti oggetto dell'analisi appena conclusa, ossia la materia dei "nuovi diritti", l'ambito penale e i casi di "violazioni strutturali", la Corte di Strasburgo, a ben vedere, non si è imposta subito per l'adeguamento del sistema interno alle garanzie convenzionali, piuttosto nascondendosi dietro al c.d. *consensus* europeo ha, in primo luogo, lasciato al sistema nazionale il margine di apprezzamento nella scelta delle soluzioni per conformare la protezione nazionale dei diritti a quella della Convenzione. Dunque, solo in un secondo momento la stessa è intervenuta a svolgere il suo ruolo di custode dei diritti in maniera incisiva. Ebbene in tale momento si è attivato il c.d. dialogo che inteso come scambio necessario in un sistema "precostituito" di Corti ha favorito un confronto tra le diverse istanze giurisdizionali sul terreno dei diritti fondamentali.

Al riguardo è stato interessante notare come, in alcuni ambiti, la "disponibilità" dei giudici di merito nei riguardi dell'esecuzione delle decisioni di Strasburgo sia andata oltre il *dictum* della Corte costituzionale e abbia innescato delle spinte centrifughe volte al mutamento degli indirizzi consolidati. In tal modo, si è mostrato, dunque, che la tutela delle situazioni giuridiche sprovviste di tutela legislativa oppure provviste di un livello di protezione inferiore non possa arrestarsi per ciò solo; piuttosto spinge il giudice ad attivarsi, per cui, in assenza di una *interpositio legislatoris*, la protezione effettiva dei diritti non può che passare attraverso la soluzione dei c.d. casi difficili, a cui appunto, il giudice non può sottrarsi.

OPERE CITATE

- AA. VV., *Due iceberg a confronto: le derive di common e civil law*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2009, 1.
- AA. VV., *Nuove dimensioni nei diritti di libertà. Scritti in onore di P. Barile*, Cedam, Padova, 1990.
- AGOSTA S., *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte Cost., sent. n. 151/2009)*, in www.forumcostituzionale.it.
- ALICINO F., *Le coppie dello stesso sesso. L'arte dello Stato e lo stato della giurisprudenza*, in www.forumcostituzionale.it.
- ADAM R., TIZZANO A., *Lineamenti di diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2014.
- AMATO G., *Libertà (diritto cost.)*, in *Enciclopedia Giuridica*, XXIV, 1974.
- AMODIO E., *Processo penale, diritto europeo e common law, dal rito inquisitorio al giusto processo*, Giuffrè, Milano, 2003.
- ARAI-TAKAHASHI Y., *The European Court of Human Rights in National, European and Global context*, Cambridge University Press, 2013.
- ARDIZZONE A., *La convivenza omosessuale ed il ruolo del genitore sociale in caso di PMA*, in *Famiglia e diritto*, fasc. 1, 2016, 40.
- ARENA S., *Particolarità riguardante la trascrizione in Italia di atti formati in Italia o all'estero*, in *Lo stato civile italiano*, fasc. 8, 2011, 4.
- ATTADEMO L., *La trascrivibilità di un matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Giurisprudenza italiana*, fasc. 7, 1611.
- BALDASSARRE A., *Diritti inviolabili*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1989, 1.
- BALDASSARRE A., *La Corte costituzionale italiana e il metodo comparativo*, in *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. 2, 2006, 983.
- BALDASSARRE A., *Alcuni problemi sulla «globalizzazione» dei diritti dell'uomo e sulla loro concezione nelle democrazie pluraliste*, in S. CAPRIOLI, E. TREGGIARI (a cura di), *Diritti umani e civiltà giuridica*, Pliniana, Perugia, 1992, 91.
- BALDINI V., *Riflessioni a caldo sulla sentenza n. 8097/2015: il giudice della nomofilachia smentisce la Corte costituzionale in tema di matrimoni omosessuali?*, in www.dirittifondamentali.it.
- BARALDI M. B., *La pensione di reversibilità al convivente registrato dello stesso sesso: prima applicazione positiva della direttiva 2000/78/CE*, in *Famiglia e Diritto*, 2008, 653.
- BARBERA A., *Articolo 2*, in G. BRANCA, (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1975, 65.

- BARBERA A., FUSARO C., *Corso di diritto costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2014.
- BARBERA A., *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia dei diritto*, Vol. VIII, Giuffrè, Milano, 2015, 263.
- BARBERA A., *La Carta europea dei diritti: una fonte di ri-cognizione?* in *Diritto dell'Unione europea*, fasc. 2-3, 2001, 241.
- BARBERA A., *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in ID. (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Roma-bari, 1997.
- BARBERA A., *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti*, in P. BILANCIA, E. DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti momenti di stabilizzazione*, Giuffrè, Milano, 2004, 81.
- BARBERA A., “Nuovi diritti”: *attenzione ai confini*, in L. CALIFANO, *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2004, 19.
- BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984.
- BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G. (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Torino, 2001.
- BARTOLE S., *Costituzione e costituzionalismo nella prospettiva sovranazionale*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 3, 2009, 569.
- BATTAGLIA F. (a cura di), *Le Carte dei diritti (dalla Magna Charta alla Carta di San Francisco)*, Sansoni, Firenze, 1946.
- BENEDETTI A. M., *Giurisprudenza creativa o illusoria? Prima riflessione su tribunale di Grosseto: a proposito di trascrizione del matrimonio omosessuale celebrato all'estero*, in www.dirittocivilecontemporaneo.com.
- BERARDI B., *In tema di giudizio abbreviato e di esecuzione: la riquantificazione dell'ergastolo inflitta nel 2000*, in *Archivio Penale*, fasc. 3, 2013, 1.
- BERTI G., *Interpretazione costituzionale*, Cedam, Padova, 1987.
- BIANCHI P., *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: “divorzio imposto” incostituzionale ma non troppo*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 3, 2014, 669.
- BIONDI F., *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: una sentenza additiva di principio sul c.d. “divorzio imposto”*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 3, 2014, 666.
- BILOTTA F., *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, fasc. 3, 2011, 1376.
- BIFULCO R., CARTABIA M., CELOTTO A. (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2001.
- BIN R., BRUNELLI G., GUAZZAROTTI A., PUGIOTTO A., VERONESI P. (a cura di), *La “società naturale” e i suoi “nemici”. Sul paradigma omosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010.

- BIN R., PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2012.
- BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1992.
- BOLOGNA C., *Corte suprema e same-sex marriage; opportuna tutela di nuovi diritti o iperattivismo giudiziario?*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 3, 2015, 768.
- BONGIOVANNI G., *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2005.
- BORTOLATO M., *Sovraffollamento carcerario e trattamenti disumani o degradanti (la CEDU condanna l'Italia per le condizioni dei detenuti)*, in *Questione giustizia*, fasc. 5, 2009, 111.
- BRIGNONE C., *Dignità e diritti degli omosessuali: riflessioni a margine del caso Vallianatos e altri v. Grecia*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.
- BRUNELLI G., *Le unioni omosessuali nella sentenza n. 138/2010: un riconoscimento senza garanzia?*, in B. PEZZINI, A. LORENZETTI (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Jovene, Napoli, 2011, 143
- BRUNELLI G., *Matrimonio same-sex e unioni civili: alla ricerca di una tutela costituzionale e sovranazionale*, in www.forumcostituzionale.it.
- BRUNELLI G., *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. "divorzio imposto"*, in www.forumcostituzionale.it.
- BULTRINI A., *Il meccanismo di protezione dei diritti fondamentali istituito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Cenni introduttivi*, in B. NASCIMBENE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2002, 6.
- CABRAS D., *Le ragioni dei DICO*, in www.forumcostituzionale.it.
- CAMERLENGO Q., *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Giuffrè, Milano, 2007.
- CAPPELLETTI M., *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984.
- CAPPELLETTI M., *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Giuffrè, Milano, 1955.
- CAPRIOLI F., VICOLI D., *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli, Torino, 2011.
- CAPRIOLI S., TREGGIARI E. (a cura di), *Diritti umani e civiltà giuridica*, Pliniana, Perugia, 1992.
- CARDONE A., *Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IV, 2011, 335.
- CARETTI P., *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2011.
- CARIOLA A., *Famiglie e convivenze: il rilievo costituzionale comporta la giuridicizzazione dei rapporti interni*, in *Diritto delle famiglie e delle persone*, fasc. 3, 2015, 1025.
- CARRILLO SALCEDO J. A., *El Convenio Europeo de derechos humanos y sus protocolos adicionales*, in www.biblio.juridicas.unam.mx.
- CARTABIA M. (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna, 2012.

- CARTABIA M., *La Costituzione italiana e l'universalità dei diritti umani*, in www.astrid-online.it, Rassegna n. 70, 2008.
- CARTABIA M., *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, fasc. 5, 3565.
- CARTABIA M., *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in ID. (a cura di), *I diritti in azione*, Il Mulino, Bologna, 2007, 16.
- CARTABIA M., *The multilevel protection of fundamental rights in Europe: the European pluralism and the need for a judicial dialogue*, in C. CASONATO (a cura di), *The protection of fundamental rights in Europe: lessons from Canada*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2004, 81.
- CASSETTA E., *Diritto (principio e concetto)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XII, Milano, Giuffrè, 1964.
- CASINI C., CASINI M., DI PIETRO M. L. (a cura di), *Commentario: la legge 19 febbraio 2004, n. 40, norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, Giappichelli, Torino 2004.
- CASONATO C., FROSINI T. E. (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2006.
- CASSESE A., *I diritti umani: tendenze recenti della comunità internazionale*, in S. CAPRIOLI, E. TREGGIARI (a cura di), *Diritti umani e civiltà giuridica*, Pliniana, Perugia, 1992, 51.
- CASSESE S., *La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fasc. 3, 2007, 609.
- CASSESE S., *La prolusione romaniana sulla crisi dello Stato moderno e il suo tempo*, in www.irpe.eu.
- CASSESE S., *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, Roma, 2009.
- CASSETTI L. (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente di Strasburgo*, Jovene, Napoli, 2012.
- CECCANTI S., *Famiglia e Costituzioni: un cambiamento accelerato*, in www.forumcostituzionale.it.
- CHELI E., *Protezione e giustiziabilità dei diritti umani: la via degli articoli 10 e 11 della Costituzione italiana*, in S. CAPRIOLI, E. TREGGIARI (a cura di), *Diritti umani e civiltà giuridica*, Pliniana, Perugia, 1992, 97.
- CIANCIO A. (a cura di), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, Aracne, Roma, 2014.
- CIARALLI C. A., *Lo Stato vieta, i sindaci consentono. La crisi del paradigma eterosessuale del matrimonio*, in *Istituzioni del federalismo*, fasc. 1, 2015, 173.
- CINELLI C., *Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte costituzionale e margine di apprezzamento*, in *Rivista di diritto internazionale*, fasc. 3, 787.

- CIPRIANI N., *La prima sentenza italiana a favore dell'adozione nelle famiglie omogenitoriali*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, fasc. 1, 2015, 176.
- COCOZZA F., *Diritto comune delle libertà in Europa. Profili costituzionali della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 1994.
- CONDINANZI M., *Il livello comunitario di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo*, in P. BILANCIA, E. DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2004, 42.
- CONFORTI B., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in L. S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2002, 4.
- CONTE L., *Il caso X e altri c, Austria: l'adozione del figlio del proprio partner omosessuale*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 2, 2013, 462.
- CONTE L., *“Impara una quantità di cose dai dotti”: la vicenda del matrimonio omosessuale davanti alla Corte costituzionale e nello “specchio” della dottrina*, in M. CAVINO, C. TRIPODINA (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: «casi difficili» alla prova*, Giuffrè, Milano, 2012, 117.
- CONTI R., *Convergenze (inconsapevoli o ... naturali) e contaminazioni tra giudici nazionali e Corte EDU: al proposito del matrimonio di coppie omosessuali*, in *Corriere giuridico*, fasc. 4, 2011, 579.
- CONTI R., *Corte costituzionale e CEDU: qualcosa di nuovo all'orizzonte?*, in *Corriere Giuridico*, fasc. 5, 2010, 631.
- CONTI R., *La Corte assediata?*, in www.giurcost.org.
- CONTI R., *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, ricorsi n. 29381/09 32684/09*, in www.magistraturademocratica.it.
- CONTI R., *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul sovraffollamento carcerario e i diritti del detenuto*, in AA. VV., *Fine pena: mai? Diritti della persona e criticità del sistema penitenziario. Prospettive di riforma*, Incontro di studi in memoria di R. LIVATINO, Agrigento, 20-21 settembre 2013.
- CONTI R., *Profili costituzionali del riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali alla luce di una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Corriere giuridico*, fasc. 4, 2011, 573.
- CONTI R., *Sull'affidamento del minore ad una coppia dello stesso sesso ex art. 2 L. n. 184/83. Le decisioni dei due giudici di merito – G. T. Parma, 3 luglio 2013 e Trib. Min. Bologna, 31 ottobre 2013*, in www.questionegiustizia.it .
- COSIO R., FOGLIA R., *Il diritto europeo nel dialogo tra le Corti*, Giuffrè, Milano, 2012.

- COSTA P., *Dai diritti del cittadino ai diritti dell'uomo: alle origini della Dichiarazione Onu del 1948*, in T. MAZZARESE, P. PAROLARI, *Diritti fondamentali: le nuove sfide*, Giappichelli, Torino, 2010, 15.
- COSTA P., *Diritti fondamentali (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. II, Giuffrè, Milano, 2008, 365.
- DANISI C., *Il diritto al rispetto della vita familiare impone l'obbligo di riconoscere giuridicamente la relazione tra due persone dello stesso sesso*, in www.articolo29.it.
- D'ALOIA A., *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione multilevel*, in *Rivista Il diritto dell'Unione europea*, fasc. 1, 2014, 1.
- D'ALOIA A., *Norme, giustizia, diritti nel tempo delle bio-tecnologie: note introduttive*, in ID. (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2006.
- D'ALOIA A., *Omosessualità e Costituzione. La tormentata ipotesi del matrimonio tra persone dello stesso sesso davanti alla Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it.
- D'AMICO G., *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, in www.forumcostituzionale.it
- D'AMICO M., PELLIZZONE I. (a cura di), *I diritti delle coppie infertili*, Giuffrè, Milano, 2010.
- D'AMICO M., RANDAZZO B. (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche interpretative*, Giappichelli, Torino, 2009.
- D'ANNA I., *Ricorsi ripetitivi e violazioni strutturali alla luce delle modifiche apportate dal Protocollo 14 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, su www.sioi.org.
- D'ATENA A., *Diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello*, in A. D'ATENA, P. GROSSI (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello tra Europa e Stati nazionali*, Giuffrè, Milano, 2004, 22.
- DE FELICE R., *Brevi note sulla rimessione alla Corte costituzionale della questione di legittimità costituzionale dell'art. 36, comma 4, L. 184/83 in caso di stepchild adoption statunitense all'interno di coppia matrimoniale omosessuale*, in www.retelenford.it .
- DE FELICE R., *Osservazioni a trib., 13 febbraio 2012*, in *Diritto di famiglia*, fasc. 4, 2012, 1651.
- DE LISA V., *Ricongiungimento familiare di una coppia omosessuale*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, fasc. 10, 2007, 1171.
- DE SALVIA M., *Ambiente e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, fasc. 2. 1997, 246.
- DE SALVIA M., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2001.
- DE STEFANI P., *La sentenza Torreggiani: una sentenza pilota contro il sovraffollamento delle carceri*, in www.unip-centrodirittiumani.it .

- DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali. Sviluppi e crisi del costituzionalismo alla fine del XX secolo*, Il Mulino, Bologna, 1998.
- DE VERGOTTINI G., *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010.
- DI BARI M., *Considerazioni a margine della sent. 4184/2012 della Corte di cassazione: la Cassazione prende atto di un trend europeo consolidato nel contesto delle coppie same - sex anche alla luce della sent. n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in www.rivistaaic.it.
- DIEZ PICAZO L. M., *Le relazioni tra Unione europea e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in S. P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Jovene, Napoli, 2005, 279.
- DI GENIO G., *Il primato della scienza sul diritto (ma non sui diritti) nella fecondazione assistita*, in www.forumcostituzionale.it.
- DI GIOVINE O., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Rivista di diritto penale contemporaneo*, fasc. 1, 2013, 159.
- DI STASI A., *Alla ricerca di una nozione giuridica di "embrione umano": il contributo del judicial dialogue tra le Corti internazionali*, in www.federalismi.it.
- DONATI F., MILAZZO P., *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Giappichelli Torino, 2003.
- DRAGHICI C., *The Human Rights Act in the shadow of the European Convention: are copyist's errors allowed?* in *European Human Rights Law Review*, fasc. 2, 2014, 154.
- FATTA C., WINKLER M. M., *Le famiglie omogenitoriali all'esame della Corte di Strasburgo: il caso della second-parent adoption*, in www.spgi.unipd.it.
- FERRAJOLI L., *Diritti fondamentali e democrazia costituzionale*, relazione presentata alle *Primeras Jornadas Internacionales de Derechos Fundamentales y Derecho penal*, Cordoba, 10-12 aprile 2002, 338, in www.giuri.unige.it.
- FERRAJOLI L., *Una definizione del concetto di diritti fondamentali*, in www.ristretti.it.
- FERRARI G. F., GAMBARO A. (a cura di), *Corti costituzionali e comparazione giuridica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006.
- FERRARO L., *Corte costituzionale, Bundesverfassungsgericht e Corte EDU tra identità sessuale e orientamento sessuale*, in www.rivistaaic.it.
- FERRARO L., *Il caso Oliari e la inevitabile condanna dell'Italia da parte della Corte EDU*, in www.edizioniesi.it.
- FLORES M., *Storia dei diritti umani*, Il Mulino, Bologna, 2008.
- FLORIDIA G. G., *La Costituzione dei moderni: profili tecnici di storia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1991.

- FIANDACA G., *Commento all'art. 27, comma 3, Cost.*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1991, 222.
- FIORINI M., *La normativa contrasta con i parametri europei ma la soluzione passa per una nuova disciplina*, in *Guida al diritto*, fasc. 33, 2013, 26.
- FOIS S., «Nuovi» diritti di libertà, in AA. VV., *Nuove dimensioni nei diritti di libertà. Scritti in onore di P. Barile*, Cedam, Padova, 1990, 81.
- FOFFANI L., *Verso una europeizzazione del diritto penale dell'economia: la sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee sul falso in bilancio (caso Berlusconi)*, in www.ruc.udc.es.
- FRANCIONI F., GESTRI M., RONZITTI N., SCOVAZZI T., *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2008.
- FRANCO L., *Autonomia della famiglia e identità personale*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2012.
- FREIXES T., *La europeización de los derechos fundamentales*, in BILANCIA, E. DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2004, 21.
- GAMBARDELLA M., *Legge penale nel tempo*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. VII, Giuffrè, Milano, 2014, 648.
- GAMBARDELLA M., *Lex mitior e giustizia penale*, Giappichelli, Torino, 2013.
- GAMBARDELLA M., *Overruling favorevole della Corte europea e revoca del giudicato di condanna: a proposito dei casi analoghi alla sentenza Scoppola*, in *Cassazione penale*, fasc. 12, 2012, 3981.
- GAMBARO A., SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, Utet, Torino, 2002.
- GAMBINO S., *Il diritto costituzionale europeo: principi strutturali e diritti fondamentali*, in ID. (a cura di), *Costituzione italiana e diritto comunitario*, Giuffrè, Milano, 2002, 34.
- GAROFOLI R., *Rango, coerenza e latitudine applicativa del principio di retroazione in mitius*, in *La Rivista nel diritto*, fasc. 1, 2012, 48.
- GATTUSO M., *Orientamento sessuale, famiglia, eguaglianza*, in *La Nuova Giurisprudenza civile commentata*, fasc. 12, 2011, 584.
- GATTUSO M., *Le unioni civili in mare aperto: ecco il progetto di legge che andrà in aula al Senato*, in www.articolo29.it.
- GATTUSO M., *Matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, Vol. II, Giuffrè, Milano, 2011, 855.
- GENNUSA M. E., *La Cedu e l'Unione europea*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Il Mulino, Bologna, 2007, 91.
- GIGLIOTTI A., *L'ordinanza della Corte costituzionale sul divieto di diagnosi preimpianto*, in www.rivistaaic.it.

- GIUNTINI M., *Sviluppo e limiti della cooperazione tra le Corti di rango costituzionale*, in *Archivio Giuridico*, fasc. 3, 2010, 319.
- GIUPPONI F. T., *Corte costituzionale, obblighi internazionali e “contro limiti allargati”: che tutto cambi perché tutto rimanga uguale?*, in www.forumcostituzionale.it.
- GIUPPONI F. T., *La tutela multilivello dei diritti e il “gioco” delle tre Corti*, in *IUS 17*, 2008, 101.
- GOLDONI M., *Il ritorno del costituzionalismo alla politica: il «Political» e il «Popular» Constitutionalism*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 4, 2010, 733.
- GRECO R., *Dialogo tra Corti ed effetti nell’ordinamento interno. Le implicazioni della Corte costituzionale del 7 aprile 2011, n. 113*, in www.giurcost.org.
- GREVI V., GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, Cedam, Padova, 2006.
- GREVI V., *Libertà personale dell’imputato*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, fasc. XXIV, 1974, 315.
- GUAZZAROTTI A., *Il caso Dorigo: una piccola rivoluzione nei rapporti tra Cedu e ordinamento interno?*, in www.forumcostituzionale.it.
- GUZZETTA G., *Garanzia multilivello dei diritti e dialogo tra le Corti nella prospettiva di un Bill of Rights europeo*, in A. D’ATENA, *Diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello*, Giuffrè, Milano, 2004, 158.
- HÄBERLE P., *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, trad. a cura di P. RIDOLA, La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1993.
- IANNIELLO SALICETI A., *Il significato delle tradizioni costituzionali comuni nell’Unione europea*, in G. ROLLA (a cura di), *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, Giuffrè, Milano, 2010, 141.
- IELO F., *Il Prefetto difetta del potere di annullare le trascrizioni di matrimoni contratti all’estero da persone omosessuali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, fasc. 3, 2015, 389.
- IMARISIO L., *Le unioni omosessuali tra giudici e legislatori: percorsi e modelli di riconoscimento e disciplina*, in M. CAVINO, C. TRIPODINA (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: «casi difficili» alla prova*, Giuffrè, Milano, 2012, 83.
- IORIO G., *La “Circolare Alfano” del 7 ottobre 2014 sulla trascrizione dei matrimoni fra persone dello stesso sesso celebrati all’estero: : poche luci e molte ombre*, in *Lo stato civile italiano*, fasc. 4, 2015, 7.
- JELLINEK G., *La Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino*, a cura di G. BONGIOVANNI, Laterza, Roma-Bari, 2002.
- KYMLICKA W., *La cittadinanza multiculturale*, Il Mulino, Bologna, 1999.
- E. LAMARQUE, F. VIGANÒ, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

- LAW D. S., CHANG W. C., *The limits of a global judicial dialogue*, in *Washington Law Review*, 86, 3, 2011, 523.
- L'HEUREUX-DUBÈ C., *The Importance of Dialogue: Globalization and the International impact of the Rehnquist Court*, in *Tulsa Law, Journal*, Vol. 34, 15.
- LIBERALI B., *La diagnosi genetica preimpianto fra interpretazioni costituzionalmente conformi, disapplicazione della legge n. 40 del 2004, diretta esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e questioni di legittimità costituzionale*, in www.rivistaaic.it.
- LO GIUDICE L. V., *Sulla trascrizione dei matrimoni omosessuali all'estero. Considerazioni a margine della circolare del 7 Ottobre 2014 emessa dal ministero dell'interno*, in www.ildirittoamministrativo.it.
- LOGLI A., *La riapertura del processo a seguito della sentenza CEDU. Questioni interpretative sul nuovo caso di "revisione europea"*, in *Cassazione penale*, 2012, 933.
- LOLLINI A., *La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extra-sistemici nella giurisprudenza costituzionale sudafricana*, in *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. 1, 2007, 479.
- LOPES PEGNA O., *L'interesse superiore del minore nel Regolamento n. 2201/2003*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, fasc. 2, 2013, 357.
- LORELLO L., *Coppie omosessuali e tutela costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2012.
- LUCIANI M., *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, 1643.
- MANCONI L., ANASTASIA S., CALDERONE V., RESTA F., *Abolire il carcere*, Chiarelettere, Milano, 2015.
- MALFATTI E., *La Corte di Strasburgo tra coerenze e incoerenze della disciplina in materia di procreazione assistita e interruzione volontaria della gravidanza: quando i "giochi di parole" divengono decisivi*, in www.rivistaaic.it.
- MALFATTI E., *Un nuovo (incerto?) passo nel cammino convenzionale della Corte*, in www.forumcostituzionale.it.
- MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili di intersezione tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike Giuridica, Roma, 2012.
- MANES V., *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto palingenesi, cross-fertilization*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, fasc. 3, 2012, 839.
- MANES V., ROMANO L., *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. "Fini-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale*, in www.penalecontemporaneo.it.
- MANETTI M., *Matrimonio tra persone dello stesso sesso e filiazione*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma omosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010, 231.

- MANNELLA F., *I diritti delle unioni omosessuali: aspetti problematici e casistica giurisprudenziale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013.
- MARKESINIS B., FEDTKE J. (a cura di), *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, Il Mulino, Bologna, 2009.
- MARTUFI A., *La Corte EDU dichiara irricevibili i ricorsi presentati dai detenuti italiani per violazione dell'art. 3 CEDU senza il previo esperimento dei rimedi ad hoc introdotti dal legislatore italiano per fronteggiare il sovraffollamento*, in www.penalecontemporaneo.it.
- MASCIOTTA C., *Gi effetti delle sentenze della Corte EDU: il caso Scoppola all'esame delle Corti nazionali. Nota a Corte di Cassazione, I sezione penale n. 4013/2014*, in www.osservatoriosullefonti.it.
- MASSA PINTO I., *Diritto costituzionale e tradizione: a proposito della famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»*, in www.forumcostituzionale.it.
- MASSA PINTO I., *“Fiat matrimonio!” L'unione omosessuale all'incrocio del dialogo tra Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di Cassazione: può una sentenza della Corte di cassazione attribuire a (un inciso) una sentenza della Corte europea il potere di scardinare «una consolidata e ultramillenaria tradizione (superando anche il giudizio costituzionale)?»*, in www.rivistaaic.it.
- MASTROMARTINO F., *Il matrimonio conteso: le unioni omosessuali davanti ai giudici delle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013.
- MEZZETTI L., MORRONE A., *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo*, Giappichelli, Torino, 2011.
- MIDIRI M., *La Cedu in Parlamento*, in *Rivista di diritto pubblico*, fasc. 1, 2015, 85.
- MILAN G., *Gli aspetti giuridici della procreazione assistita*, Cedam, Padova, 1997.
- MODUGNO F., *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995.
- MONTAGNA M., *Art. 3 Cedu e sovraffollamento carcerario. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ed il caso dell'Italia*, in www.federalismi.it.
- MORI P., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Patto delle Nazioni Unite e Costituzione italiana*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1983, 306.
- MORRONE A., *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. II, 2008, Giuffrè, Milano, 185.
- MORRONE A., *Commento all'art. 2 della Costituzione*, in M. SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, Tomo 1, Giuffrè, Milano, 2014, 3.
- MORRONE A. (a cura di), *Costituzione e diritto europeo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.
- MORRONE A., *Crisi economica e integrazione politica in Europa*, in A. CIANCIO (a cura di), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, Aracne, Roma, 2014, 335.

- MORRONE A., *Diritto, principi e fonti del diritto. Saggi scelti*, Bonomia University Press, Bologna, 2015.
- MORRONE A., *Multiculturalismo e Stato costituzionale*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto*, Giappichelli, Torino, 2005, 13.
- MORRONE A., *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2014.
- MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001.
- MORRONE A., *Il diritto alle ferie per i detenuti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 3, 2001, 1264.
- MORRONE A., *Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell'ordinanza n. 150 del 2012 della Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it.
- MORRONE A., *Teologia economica v. teologia politica. Appunti su sovranità dello Stato e "diritto costituzionale globale"*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 4, 2012, 829.
- MORRONE A., *Ubi scientia ibi iura*, in www.forumcostituzionale.it.
- MORTATI C., *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XI, Giuffrè, Milano, 1962, 143.
- MORTE GOMEZ C., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos: primeros pasos para una nueva reforma*, su www.revistas.ucm.es.
- NARDOCCI C., *Dai moniti del giudice costituzionale alla condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo. Brevi note a commento della sentenza Oliari e altri c. Italia*, in www.forumcostituzionale.it.
- NARDOCCI C., *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa e Pavan c. Italia*, in www.rivistaaic.it.
- NASCIMBENE B., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2002.
- NASCIMBENE B., *Quale strumento giuridico per la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea?*, in *Giurisprudenza italiana*, fasc. 3, 2011, 613.
- NENCINI G., *La trascrizione dei matrimoni "same sex" celebrati all'estero*, in *Lo stato civile italiano*, fasc. 9, 2015, 14.
- NENCINI G., *La trascrizione dei matrimoni celebrati all'estero davanti all'autorità locale*, in *Lo stato civile italiano*, fasc. 2, 2010, 12.
- NICO A. M., *La giustizia di Strasburgo e la deflazione dei giudizi pendenti davanti alla Corte. Riflessioni sul procedimento di adozione delle decisioni del giudice unico introdotto dal Protocollo XIV*, in www.giurcost.org.

NICOLOSI M., *Le discriminazioni per orientamento sessuale: osservazioni a margine della sentenza Maruko*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, fasc. 1, 2010, 289.

NINATTI S., *Il caso Römer: limiti di materia, principio di uguaglianza o tutela dei diritti?*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 3, 2011, 693.

OBERTO G., *La tutela dei diritti fondamentali nelle Carte costituzionali, ovvero del difficile dialogo tra Carte e Corti*, in *Diritto di famiglia*, 2013, 173.

OBERTO G., *Problemi di coppia, omosessualità e filiazione*, in *Diritto di famiglia*, fasc. 2, 2010, 802.

ORLANDI R., *Il sovraffollamento delle carceri al vaglio della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 2, 2013, 424.

ORLANDO V. E., *Scritti Giuridici Varii (1941-1952)*, Giuffrè, Milano, 1955.

ORRÙ R., *La Costituzione di tutti. Il Sudafrica dalla segregazione razziale alla democrazia della «Rainbow nation»*, Giappichelli, Torino, 1998.

PACE A., *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminari*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc.1, 2001, 193.

PACE A., *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 1, 2001, 35.

PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali*, Cedam, Padova, 1990.

PAGLIARO A. , *Legge penale nel tempo*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, 1063.

PALLARO P., *I diritti degli omosessuali nella Convenzione europea per i diritti umani e nel diritto comunitario*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, fasc. 1, 2000, 117.

PALOMBINO F. M., *La «procedura della sentenza pilota» nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, fasc. 1, 2008, 91.

PANUNZIO S. P., *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in ID. (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Jovene, Napoli, 2005, 10.

PASCUCCI L., *Coppie di fatto: un limite al ricongiungimento familiare?*, in *Famiglia e diritto*, fasc. 11, 1042.

PELLIZZONE I., *Il fondamento costituzionale del principio di retrattività delle norme penali in bonam partem: due decisioni dall'impostazione divergente*, in www.forumcostituzionale.it .

PERNICE I., *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, in *European Law Review*, 2002, 511.

PERRINI F., *La legge 40/2004: la sentenza n.162/2014 della Corte costituzionale e i principali orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.rivistaoidu.net .

PEZZINI B., *La sentenza n. 4184/2012 della Corte di cassazione in una prospettiva costituzionale: il paradigma eterosessuale incrinato e la faticosa rielaborazione di categorie concettuali*, in www.dspace-roma3.caspur.it.

- PIGNATELLI N., *I livelli europei di tutela delle coppie omosessuali tra “istituzione” matrimoniale e “funzione” familiare*, in M. CAVINO, C. TRIPODINA (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: «casi difficili» alla prova*, Giuffrè, Milano, 2012, 243.
- PIZZORUSSO A., *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea: le principali tappe preparatorie*, in G. ROLLA (a cura di), *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2001, 103.
- POCAR, *Dignità – Giustizia*, in L. S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell’Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2002.
- POLAKIEWICZ J., JACOB-FOLTZER V., *The European Human Rights Convention in domestic law: the impact of the Strasbourg case law in States where direct effect is given to the Convention*, in *Human Rights Law Journal*, Vol. 12, 1991, 125.
- PUGIOTTO A., *Dalla chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari alla (possibile) eclissi della pena manicomiale*, in www.costituzionalismo.it.
- PUGIOTTO A., *Il volto costituzionale della pena (e i suoi pregi)*, in www.rivistaaic.it.
- PUGIOTTO A., *La giurisprudenza difensiva in materia di OPG a giudizio della Corte costituzionale*, in www.rivistaaic.it.
- PULITANÒ D., *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.
- QUADRI E., *Il diritto di famiglia: evoluzione storica e prospettive di riforma*, in AA. VV., *Studi in onore di G. Benedetti*, Jovane, Napoli, 2003, 1511.
- RAIMONDI G., *La controversa nozione di Consensus e le recenti tendenze della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in riferimento agli articoli 8-11 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, discorso in occasione del convegno tenuto al Consiglio superiore della Magistratura, 11 gennaio 2013, Aula Magna del Palazzo di Giustizia di Milano, consultabile in www.europeanrights.eu.
- REPETTO G., *Il matrimonio omosessuale al vaglio della Corte di Strasburgo, ovvero: la negazione “virtuosa” di un diritto*, in www.rivistaaic.it.
- REPETTO G., *L’effetto di vincolo delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo nel diritto interno: dalla riserva di bilanciamento al “doppio binario”*, in *Rivista di Diritto pubblico*, fasc. 3, 2014, 1075.
- REPETTO G., *La linea più breve tra due punti. La diagnosi preimpianto per le coppie fertili tra divieti irragionevoli e diritto alla salute (a prima lettura della sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale)*, in www.diritticomparati.it.
- RESCIGNO U., *Il diritto di famiglia ad un ventennio dalla riforma*, in *Rivista di diritto civile*, Vol. 1, 1998, 109.

RESS G., *La Carta europea dei diritti fondamentali e la protezione giurisdizionale*, in V. ATRIPALDI, R. MICCÙ, *L'omogeneità costituzionale nell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2003, 381.

REVILLA M., *El crucifijo y el derecho de libertad religiosa en torno a las sentencias del Tribunal Constitucional del Perú y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in *Estado Constitucional*, fasc. 4, 2011, 175.

RIDOLA P., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e le "tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri*, in S. P. PANUNZIO, E. SCISO (a cura di), *Le riforme costituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2002.

RIMOLI F., *Il sovraffollamento carcerario come trattamento inumano e degradante*, in *Giurisprudenza italiana*, 2013, fasc. 2, 1187.

RIVERA I., *Il c.d. divorzio imposto tra illegittimità costituzionale e seguito processuale (osservazioni a margine della sentenza n. 170/2014 della Corte costituzionale e n. 8097/2015 della Corte di Cassazione)*, in www.giurcost.org.

RIVOSECCHI G., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra codificazione sui generis e diritto previgente*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, fasc.1, 2002, 63.

RIZZI F., *Il caso Hay e la Corte di Giustizia: una nuova dottrina contro la discriminazione delle coppie omosessuali*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza*, fasc. 1, 2015, 47.

RODEAN N., *Pacs e matrimonio: istituti analoghi nella riscossione dei benefici matrimoniali*, in *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. 2, 2014, 735.

RODOMONTE M. G., *É un diritto avere un figlio?*, in www.confronticostituzionali.eu.

RODOTÀ S., *Diritto d'amore*, in *Politica dei diritti*, fasc. 3, 2014, 335.

RODOTÀ S., *Diritto d'amore*, Laterza, Roma-Bari, 2016.

RODOTÀ S., *La riforma del diritto di famiglia alla prova*, in *Politica dei diritti*, 1975, 661. RODOTÀ S., TALLACCHINI M. (a cura di), *Trattato di Biodiritto. Ambito e fonti del biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2010.

ROLLA G. (a cura di), *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2001.

ROMANO S., *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in V. E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, Vol. I, Libreria, Milano, 1900.

ROMBOLI R., *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare ai modelli*, in www.osservatoriosullefonti.it.

ROMBOLI R., *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": quando la Corte dialoga con il legislatore ma dimentica il giudice*, in www.giurcost.org.

ROMBOLI R., *Lo strumento della restituzione degli atti e l'ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della Corte EDU come ius superveniens e la sua incidenza per la riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa*, in www.giurcost.org.

RONCHETTI L., *I due volti dell'Europa: il principio di non discriminazione tra libertà e uguaglianza. A proposito delle sentenze Maruko e Fuffert della Corte di Giustizia*, in *Giurisprudenza italiana*, fasc. 3, 2009, 564.

RUDAN D., *Unioni civili registrate e discriminazione fondata sull'orientamento sessuale: il caso Vallianatos*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, fasc. 1, 2014, 232.

RUGGERI A., *Ancora una decisione d'incostituzionalità accertata, ma non dichiarata (nota minima a Corte cost. n. 279 del 2013, in tema di sovraffollamento carcerario)*, in www.giurcost.org.

RUGGERI A., *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU*, in www.forumcostituzionale.it.

RUGGERI A., *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in *Il diritto dell'Unione europea*, fasc. 1, 2010, 128.

RUGGERI A., *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 4, 2007, 751.

RUGGERI A., *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la CEDU, dopo la svolta di Corte cost. n. 113 del 2011, ovvero sia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in *Legislazione Penale*, 2011, 481.

RUGGERI A., *La Consulta apre all'eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al "dialogo" con la Corte Edu*, in www.forumcostituzionale.it.

RUGGERI A., *La Corte costituzionale "equilibrata", tra continuità e innovazione, sul filo dei rapporti con la Corte EDU*, in *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. 3, 2011, 1757.

RUGGERI A., *La tutela «multilivello» dei diritti fondamentali, tra esperienze di normazione e teorie costituzionali*, in *Politica del diritto*, fasc. 3, 2007, 317.

RUGGERI A., SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2014.

RUGGERI A., *Primato del diritto dell'Unione europea in fatto di tutela dei diritti fondamentali?*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 4, 2015, 931.

RUGGERI A., *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.

RUGGERI A., *Sovranità dello Stato e sovranità nazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo "intercostituzionale"*, in *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. 2, 2001, 544.

RUO M. G., *A proposito di omogenitorialità adottiva e interesse del minore*, in *Famiglia e diritto*, fasc. 6, 2015, 580.

RUOTOLO M., *Dignità e carcere*, Editoriale Scientifica Italiana, Napoli, 2014.

RUOTOLO M., *Diritti dei detenuti*, in M. FLORIS (a cura di), *Dizionario dei Diritti Umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione*, Vol. I, Utet, Torino, 2007.

RUOTOLO M., *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2002.

RUOTOLO M., *Il carcere come luogo della legalità*, in AA. VV. (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 2001, 1781.

RUOTOLO M., *Quale tutela per il diritto all'esecuzione della pena non disumana? Un'occasione mancata o forse soltanto rinviata*, in www.dirittopenitenziarioecostituzione.it.

RUOTOLO M., *Sul principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, in www.giurcost.org.

SANDULLI A., *La Corte di giustizia europea e il dialogo competitivo tra le Corti*, in AA. VV., *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Giuffrè, Milano, 2008, 190.

SANTORO E., *Contra CSM: parlare a nuora perché suocera intenda. Pedanti osservazioni sulla competenza dei magistrati di sorveglianza a riconoscere l'indennizzo ex art. 35-ter per la detenzione inumana e degradante*, in www.penalecontemporaneo.it.

SANTOSUOSSO F., *La procreazione medicalmente assistita*, Giuffrè, Milano, 2004.

SAPIENZA R., *Sul margine di apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, fasc. 2, 1991, 571.

SCAFFIDI RUNCHELLA L., *Ultreya coppie same-sex. La Corte europea dei diritti umani sul caso Oliari e altri v. Italia*, in www.articolo29.it.

SCIA F., *Procreazione medicalmente assistita e status del generato*, Jovene, Napoli, 2010.

SCIARABBA V., *Il problema dell'intangibilità del giudicato tra Corte di Strasburgo, giudici comuni, Corte costituzionale e...legislatore?*, in www.forumcostituzionale.it.

SCIARABBA V., *La Corte e la Cedu: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117, comma 1, Cost.*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 5, 3574.

SCIARABBA V., *La riapertura del giudicato in seguito a sentenze della Corte di Strasburgo: questioni generali e profili interni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc., 1, 2009, 513.

SCIARABBA V., *Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Cedam, Padova, 2008.

SECHI P., *Contrasto al sovraffollamento carcerario e misure alternative alla detenzione: un primo bilancio*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, fasc. 1, 2015, 199.

SESTA M., *2004-2014: cosa resta della legge 40?*, in www.dimit.it.

SESTA M., *Art. 29 della Costituzione*, in ID. (a cura di), *Codice della famiglia*, Giuffrè, Milano, 2015, 1144.

SESTA M., *Famiglia e figli a quarant'anni dalla riforma*, in *Famiglia e diritto*, fasc. 11, 2015, 1009.

SGOBBO C., *Il matrimonio celebrato all'estero tra persone dello stesso sesso: la Cassazione abbandona la qualifica di "atto inesistente" approdando a quelle di "non idoneo a produrre effetti giuridici nell'ordinamento interno"*, in *Giustizia civile*, fasc. 13, 2013, 2183.

SLAUGHTER M., *A typology of Transjudicial Communication*, in *University of Richmond Law Review*, Vol. 29, 1994, 99.

SILEONI S., *Il caso Dorigo: una questione chiusa?*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 3, 2008, 641.

SILEONI S., *La Corte di Strasburgo e i matrimoni omosessuali: il consenso europeo, un criterio fragile ma necessario*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 3, 2010, 867.

SILVESTRI G., *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in www.rivistaaic.it.

SILVESTRI G., *La tutela dei diritti nella giurisprudenza costituzionale*, in M. FIORILLO (a cura di), *Contributi per un'analisi sulla tutela dei diritti*, Giappichelli, Torino, 2007, 107.

SILVESTRI G., *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 1, 2006, 8.

SORRENTI G., *Le Carte internazionali sui diritti umani: un'ipotesi di «copertura» costituzionale «a più facce»*, in *Politica del diritto*, fasc. 3, 1997, 360.

SORRENTINO F., *La tutela multilivello dei diritti*, in www.archivio.rivistaaic.it.

SORRENTINO F., *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, Torino, 1999.

SORRENTINO F., *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona*, in *Corriere giuridico*, fasc. 2, 2010, 148.

SPERTI A., *Il dialogo tra le Corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente*, in www.archivio.rivistaaic.it.

TAMBURINO G., *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cassazione penale*, 2013, fasc. 1, 11.

TANZARELLA P., *Il caso Dorigo, oaradigma dei rapporti ordina mentali tra Roma e Strasburgo*, in *Studium iuris*, fasc. 3, 2012, 291.

TANZARELLA P., *Il futuro della Corte europea dei diritti dopo il Protocollo XIV*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, 423.

TANZARELLA P., *Il margine di apprezzamento*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Il Mulino, Bologna, 2007, 149.

TARELLO G., *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1976.

TAVANO F., *Convivenza e coppie di fatto: diritti e doveri nella convivenza more uxorio. Testo integrale del disegno di legge sui "DICO"*, Cierre, Roma, 2007.

TEGA D., *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano, 2012.

- TEGA D., *Il sistema di protezione Cedu dei diritti e l'ordinamento italiano*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Il Mulino, Bologna, 2007, 68.
- TEGA D., *La Carta dei diritti di Nizza nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in L. CALIFANO (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2004, 142.
- TESAURO G., *Diritto dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2012.
- TONDI DELLA MURA V., *La dimensione istituzionale dei diritti dei coniugi e la pretesa dei diritti individuali dei conviventi*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 1, 2008, 101.
- TORINO T., *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali: diritto comparato, europeo e italiano*, Giappichelli, Torino, 2012.
- TRABUCCHI A., *Fecondazione artificiale e legittimità dei figli*, in *Giurisprudenza italiana*, fasc. 1, 1957, 218.
- TRIPODINA C., *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in www.costituzionalismo.it.
- TRUCCO L., *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide (almeno in parte) di decidere*, consultabile su www.giurcost.org.
- UBERTIS G., *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 3, 2011, 1542.
- UBERTIS G., *“La rivoluzione d’ottobre” della Corte costituzionale e alcune discutibili reazioni*, in *Cassazione penale*, fasc. 1, 2012, 19.
- UBERTIS G., *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Raffaello Cortina, Milano, 2009.
- VALENTI V., *Verso l'europeizzazione del diritto nazionale di famiglia?*, in www.forumcostituzionale.it.
- VALENTINI C., *La sentenza Lawrence v. Texas e l'interpretazione del XIV Emendamento*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 1, 2005, 189.
- VALENTINI V., *Diritto penale intertemporale. Logiche intercontinentali e ermeneutica europea*, Giuffrè, Milano, 2012.
- VERONESI P., *Costituzione, “strane famiglie” e 2nuovi matrimoni*, in *Quaderno costituzionali*, fasc. 3, 2008, 577.
- VERONESI P., *Matrimonio omosessuale, ovvero: «è sorprendente per quanto tempo si può negare l'evidenza di fronte a certe cose»*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La “società naturale” e i suoi “nemici”. Sul paradigma omosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010, 382.

- VERONESI P., *Un'anomala additiva di principio in materia di "divorzio imposto"*, in *Studium iuris*, fasc. 10, 2014, 1146.
- VEZZANI S., *L'attuazione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che richiedono l'adozione di misure a portata generale*, in L. CASSETTI (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Jovane, Napoli, 2012, 43.
- VIGANÒ F., *Alla ricerca di un rimedio giurisdizionale preventivo contro il sovraffollamento delle carceri: una questione di legittimità costituzionale della vigente disciplina in materia di rinvio dell'esecuzione della pena detentiva*, in www.penalecontemporaneo.it.
- VIGANÒ F., *Alla ricerca di un rimedio risarcitorio per il danno da sovraffollamento carcerario: la Cassazione esclude la competenza del magistrato di sorveglianza*, in www.penalecontemporaneo.it.
- VIGANÒ F., *La Corte costituzionale sulle ricadute interne della sentenza Scoppola della Corte EDU*, in www.penalecontemporaneo.it
- VIGANÒ F., *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il limite di un anno*, in www.penalecontemporaneo.it.
- VIOLANTE L., *Il dovere di avere doveri*, Einaudi, Torino, 2015.
- VIOLINI L., *Il Bundesverfassungsgericht di fronte alla sentenza Maruko: un dialogo tra sordi?*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 2, 2009, 410.
- VIOLINI L., *Il riconoscimento delle coppie di fatto: praeter o contra constitutionem?*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, 395.
- VIRGA P., *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1947.
- VIRZÌ F. V., *La trascrizione del matrimonio omosessuale e la potestà amministrativa di autotutela dinanzi all'atto di certezza*, in www.forumcostituzionale.it.
- WINKLER M. M., *Ancora sul rifiuto di trascrizione in Italia di same-sex marriage straniero: l'ennesima occasione mancata*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, fasc. 3, 2011, 1239.
- WINKLER M. M., *I trattamenti pensionistici delle coppie dello stesso sesso nell'Unione europea. Il caso Römer*, in *Responsabilità civile e previdenza*, fasc. 10, 2011, 1980.
- ZAGREBELSKY G., *Corti costituzionali e diritti universali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fasc. 1, 2006, 297.
- ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992.
- ZAGREBELSKY G., *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008.
- ZAGREBELSKY G., MARCENÒ V., *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012.
- ZAGREBELSKY V., *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in www.penalecontemporaneo.it.

ZAGREBELSKY V., *La irragionevolezza della legge italiana sulla procreazione assistita nel giudizio della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, fasc. 3, 2012, 5.

ZAGREBELSKY V., *Violazioni “strutturali” e Convenzione europea dei diritti umani: interrogativi a proposito di Broniowski*, in *Rivista di diritti umani e diritto internazionale*, fasc. 1, 2008, 5.

ZANON N., *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quaderni Costituzionali*, fasc. 4, 2015, 919.

ZENO-ZENCOVICH V., *Il contributo storico-comparatistico nella giurisprudenza delle Corti costituzionale italiana: una ricerca sul nulla*, in *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. 4, 2005, 1995.

ZICCHITTU P., *Considerazioni a margine della sentenza Torreggiani c. Italia in materia di sovraffollamento delle carceri*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, fasc. 1, 161.