

LA TUTELA MULTILIVELLO DEI DIRITTI FONDAMENTALI

*Quaderno predisposto in occasione
dell'incontro trilaterale tra Corte costituzionale italiana,
Tribunale costituzionale spagnolo e Tribunale costituzionale portoghese*

Santiago de Compostela, 16-18 ottobre 2014

INDICE*

INTRODUZIONE

LA REVISIONE DEL GIUDICATO PENALE

LE PENSIONI SVIZZERE

IL DIRITTO DELL'ADOTTATO A CONOSCERE LE PROPRIE ORIGINI

LA FECONDAZIONE ETEROLOGA

* L'introduzione e le parti relative alle pensioni svizzere ed alla fecondazione eterologa sono state curate da Maria Fierro.

Le parti relative alla revisione del giudicato penale ed al diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini sono state curate da Riccardo Nevola.

INTRODUZIONE

La riunione trilaterale dell'anno 2014 tra la Corte costituzionale italiana, il Tribunale costituzionale portoghese e il Tribunale costituzionale spagnolo è incentrata sul tema de "La tutela multilivello dei diritti fondamentali".

Vertendosi in materia di diritti fondamentali, il tema conduce naturalmente ad affrontare l'argomento delle relazioni tra le Corti deputate alla tutela di tali diritti: le Corti costituzionali, in ambito nazionale, e la Corte europea dei diritti dell'uomo, istituita nell'ambito del Consiglio d'Europa.

Nella prospettiva del sistema delle fonti, la Corte costituzionale italiana, a partire dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, ha così delineato il quadro delle relazioni tra diritto interno e ordinamento convenzionale: l'adesione alla CEDU non ha comportato limitazioni di sovranità, sicché alle disposizioni della CEDU non possono essere riferiti l'art. 11 Cost. né le elaborazioni della giurisprudenza costituzionale relative alla prevalenza delle norme comunitarie direttamente applicabili; l'art. 117, primo comma, Cost. è la via attraverso cui le norme della CEDU entrano nell'ordinamento interno, sicché esse, da un lato, limitano la discrezionalità del legislatore ordinario (in quanto l'impegno assunto in sede internazionale dallo Stato vale *pro futuro*) e, dall'altro, costituiscono parametro interposto per la valutazione di legittimità costituzionale degli atti legislativi; l'art. 117, primo comma, Cost., non consentendo di ritenere la comunitarizzazione delle norme CEDU, impone al giudice comune di attivare il sindacato di costituzionalità nelle ipotesi di contrasto insanabile in via interpretativa tra norme interne e norme convenzionali, le quali in questo caso sono sottoposte a un controllo di costituzionalità non limitato ai principi e diritti fondamentali (i controlimiti che ostano all'ingresso del diritto comunitario nell'ordinamento interno), bensì esteso a tutto l'insieme delle norme costituzionali; tale assetto rimane valido anche dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona e in attesa dell'adesione dell'UE alla CEDU.

La Corte costituzionale, in tal modo, ha corretto la tendenza – che si era manifestata nella giurisprudenza di legittimità – a dare applicazione diretta alla CEDU con contestuale disapplicazione delle norme interne contrastanti, ed ha riaffermato il suo ruolo di custode ultima dei diritti fondamentali e della conformità della legge ordinaria alla Costituzione, in un sistema di controllo accentrato.

Nella prospettiva del concreto operare, in un medesimo contesto materiale, di due distinti sistemi di tutela dei diritti fondamentali, la Corte costituzionale italiana – chiarito che l'integrazione del parametro costituzionale rappresentato dal primo comma dell'art. 117 Cost. non deve intendersi come una sovraordinazione gerarchica delle norme CEDU rispetto alle leggi ordinarie e, tanto meno, rispetto alla Costituzione – ha elaborato la teoria della «massima espansione delle garanzie» di tutti i diritti e i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati, che sempre si trovano in rapporto di integrazione reciproca, affinché si realizzi la necessaria «integrazione delle tutele».

Secondo l'impostazione della giurisprudenza costituzionale italiana, i livelli minimi di tutela dei diritti fondamentali prefigurati dalla CEDU, nell'interpretazione offertane dalla sua Corte, costituiscono, ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost., un limite inderogabile per il legislatore italiano solo "verso il basso", ma non "verso l'alto"; il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutele rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento interno, ma può e deve costituire strumento efficace di ampliamento delle stesse; il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo, nel senso che dall'incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana deve derivare un *plus* di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali.

D'altro canto, l'art. 53 della stessa CEDU stabilisce espressamente che l'interpretazione delle norme della Convenzione non può limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente: confermando, con ciò, che il sistema di garanzia della Convenzione mira a rinforzare la protezione offerta a livello nazionale, senza mai imporre limitazioni.

Inoltre, secondo il consolidato orientamento espresso dalla Corte costituzionale italiana, gli enunciati costituzionali e quelli convenzionali devono essere fatti valere congiuntamente per consentire una "valutazione sistemica e non frazionata dei diritti coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, in modo da assicurare la massima espansione delle garanzie di tutti i diritti e i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati, che sempre si trovano in rapporto di integrazione e reciproco bilanciamento" (da ultimo, sentenza n. 191 del 2014).

Il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali suscettibili di essere incisi dall'espansione di una singola tutela, trova la sua realizzazione più avanzata nel «margine di apprezzamento» nazionale, elaborato dalla stessa Corte di Strasburgo, come temperamento alla rigidità dei principi formulati in sede europea. Alla Corte europea spetta di decidere sul singolo caso e sul singolo diritto fondamentale, ma appartiene alle autorità nazionali (legislatore, giudice delle leggi, giudice comune) il dovere di valutare come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione del Giudice europeo si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano, onde evitare che la tutela di alcuni diritti fondamentali si sviluppi in modo squilibrato, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta costituzionale e dalla stessa Convenzione europea.

In questo quadro generale, se è vero che in molti casi le relazioni tra i due sistemi si attecchiscono in termini di armoniosa concorrenza, tuttavia l'impatto crescente – e di carattere sempre più interventista – della giurisprudenza europea sulle scelte interne degli Stati impone al Giudice delle leggi di approntare una gamma di soluzioni che vanno dall'accettazione e relativo adeguamento fino alla "resistenza" diversamente modulata (applicazione del margine di apprezzamento riservato agli Stati; uso della tecnica del *distinguishing* che consente di superare la vincolatività del precedente; preferenza accordata ai parametri interni e utilizzo della giurisprudenza europea *ad adiuvandum*).

Nel presente lavoro sono stati selezionati quattro casi che hanno visto protagoniste la Corte costituzionale italiana e la Corte europea dei diritti umani, attraverso i quali viene concretamente illustrato il diverso atteggiarsi delle relazioni tra le due Corti:

- La revisione del processo penale giudicato non equo in sede europea (rapporto della Commissione europea dei diritti dell'uomo del 9 settembre 1998, causa *Dorigo c. Italia*; sentenza della Corte costituzionale n. 113 del 2011). In questo caso è la stessa Corte costituzionale italiana che dà piena esecuzione ad una sentenza della Corte di Strasburgo, intervenendo su un istituto, la revisione del giudicato penale, ritenuto un caposaldo del nostro sistema processuale penale.

- Le c.d. pensioni svizzere (sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 31 maggio 2011, causa *Maggio e altri c. Italia*; sentenza della Corte costituzionale n. 264 del 2012; sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 15 aprile 2014, causa *Stefanetti e altri c. Italia*). La vicenda delle c.d. pensioni svizzere rappresenta un caso di rapporto "conflittuale", in cui la Corte costituzionale si oppone alla decisione della Corte EDU facendo applicazione del "margine di apprezzamento" riconosciuto agli Stati nazionali. La vicenda, dal punto di vista delle relazioni tra le Corti, è particolarmente interessante non solo perché dopo la pronuncia della Corte italiana, la Corte di Strasburgo è nuovamente tornata sulla vicenda, ma soprattutto perché apre il confronto sulla problematica dell'esecuzione.

- Il diritto del figlio adottivo di conoscere le proprie origini (sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 25 settembre 2012, causa *Godelli c. Italia*; sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013). In questo caso si registra una piena consonanza fra le due Corti nel merito della questione. Tuttavia la Corte costituzionale italiana – richiesta dal giudice *a quo* di modificare la propria precedente giurisprudenza sulla base della sentenza *Godelli c. Italia* – decide effettivamente di rivedere il proprio pregresso orientamento e di accogliere la questione di legittimità costituzionale prospettata, sulla base però esclusivamente di una nuova e diversa lettura dei parametri interni e dichiarando assorbito il parametro convenzionale.

- La fecondazione eterologa (sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, del 3 novembre 2011, causa *S.H. e altri c. Austria*; ordinanza della Corte costituzionale n. 150 del 2012; sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 2014). Nella vicenda della fecondazione eterologa, la Corte costituzionale, investita della questione di legittimità, in un primo momento, sceglie di "valorizzare" il parametro convenzionale rispetto ai parametri interni, al punto da restituire gli atti relativi ai processi *a quibus* ai giudici rimettenti per una nuova valutazione della rilevanza, dopo il mutato orientamento della Corte EDU; e successivamente, ritiene di fondare la decisione di incostituzionalità del divieto assoluto di fecondazione eterologa esclusivamente sui parametri interni, con assorbimento del parametro convenzionale.

La revisione del giudicato penale

SOMMARIO

<i>Premessa</i>	11
<i>La vicenda giudiziaria del sig. Dorigo</i>	12
<i>Le decisioni delle competenti autorità europee: in particolare, il rapporto della Commissione europea dei diritti dell'uomo del 9 settembre 1998</i>	13
<i>La sentenza della Corte costituzionale n. 129 del 2008: un esito di non fondatezza</i>	14
<i>La sentenza della Corte costituzionale n. 113 del 2011: l'accoglimento della questione</i>	17
<i>Alcuni commenti della dottrina alla sentenza della Corte costituzionale n. 113 del 2011</i>	24

~ ~ ~

Premessa

La sentenza n. 113 del 2011 ha introdotto nell'ordinamento italiano una nuova ipotesi di revisione per consentire la riapertura del processo penale definito con decisione irrevocabile dell'autorità giudiziaria nei casi in cui una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo ne abbia accertato l'iniquinà per violazione delle garanzie processuali consacrate dall'art. 6 della CEDU.

Molteplici sono i profili di interesse emergenti dall'analisi della sentenza costituzionale.

Innanzitutto, vi è la stessa complessità della vicenda giudiziaria (cd. caso Dorigo) da cui hanno tratto origine sia la prima questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d'appello di Bologna e dichiarata non fondata, in riferimento agli artt. 3, 10 e 27 Cost., dalla sentenza n. 129 del 2008; sia il nuovo quesito riformulato dalla medesima corte territoriale ed accolto, per accertata violazione del diverso parametro dell'art. 117, primo comma, Cost., con la decisione del 2011. Su tale vicenda hanno avuto modo di esprimersi le competenti autorità (Commissione e Comitato dei ministri) preposte dalla Convenzione EDU alla tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e le supreme istanze giurisdizionali nazionali (Corte di cassazione e Corte costituzionale), in un dialogo a distanza che, partito da posizioni contrastanti, si è risolto, grazie alla sentenza in esame, con l'adeguamento dell'ordinamento interno alle esigenze di effettività del sistema europeo di protezione dei diritti umani.

Inoltre, i Giudici costituzionali sono intervenuti significativamente sulla revisione che è un istituto centrale della procedura penale, attesa la sua idoneità a travolgere, per superiori ragioni di giustizia, l'intangibilità del giudicato, ed hanno messo da parte il tradizionale atteggiamento di *self-restraint* nella materia processuale generalmente affidata alla ragionevole discrezionalità del legislatore.

Infine, la sentenza n. 113 del 2011 ha attirato l'attenzione della dottrina sia per la ricchezza di spunti relativi alla particolarità del dispositivo adottato ed al delicato rapporto con un legislatore rimasto troppo a lungo inerte di fronte alle sollecitazioni provenienti da Strasburgo, sia per le rilevanti implicazioni in chiave di bilanciamento di valori costituzionalmente rilevanti e di ricostruzione dei rapporti tra ordinamento interno e sistema CEDU.

La vicenda giudiziaria del sig. Dorigo

La vicenda giudiziaria che ha dato origine alla sentenza n. 113 del 2011 ha avuto inizio con la condanna del sig. Paolo Dorigo alla pena di 13 anni e 6 mesi di reclusione, pronunciata dalla Corte d'assise di Udine il 3 ottobre 1994 e divenuta definitiva il 27 marzo 1996, per i reati di associazione con finalità di terrorismo, ricettazione, banda armata, detenzione e porto illegale di armi, attentato per finalità terroristiche e rapina.

Il condannato si è rivolto – in conformità all'allora vigente disciplina convenzionale – alla Commissione europea dei diritti dell'uomo denunciando la violazione del diritto ad un equo processo consacrato dall'art. 6 della CEDU e lamentando, in particolare, che la condanna era stata inflitta sulla base delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari da tre coimputati che, in sede di dibattimento, si erano avvalsi della facoltà di non rispondere. Con il rapporto del 9 settembre 1998 la Commissione ha accertato la violazione della predetta disposizione convenzionale che, al paragrafo 3, lett. *d*), riconosce ad ogni accusato il diritto di interrogare o fare interrogare i testimoni a carico. Con la risoluzione del 15 aprile 1999 il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa (competente *ratione temporis* a deliberare sui casi non deferiti alla Corte di Strasburgo) ha fatto proprio il rapporto della Commissione ed ha sanzionato la violazione della Convenzione con una decisione vincolante, avente la stessa valenza di quelle correntemente assunte dalla Corte EDU. Nel tempo si sono poi susseguite numerose risoluzioni del Comitato dei ministri che hanno richiamato invano lo Stato italiano ad adeguarsi alla decisione europea, in ossequio al disposto dell'art. 46, par. 1, della CEDU che impegna gli Stati contraenti ad uniformarsi alle sentenze definitive della Corte europea emesse nelle controversie di cui sono parte.

Sul fronte interno, il pubblico ministero di Udine ha chiesto alla locale Corte d'assise, in veste di giudice dell'esecuzione, di dichiarare l'illegittimità della detenzione del sig. Dorigo per violazione della Convenzione europea. Tale richiesta, rigettata in prima battuta, è stata accolta dalla Corte di cassazione che, con la sentenza n. 2800 del 1° dicembre 2006, ha dichiarato l'inefficacia dell'ordine di carcerazione e disposto la liberazione del detenuto, enunciando il seguente principio di diritto: «il giudice dell'esecuzione deve dichiarare, a norma dell'art. 670 c.p.p., l'ineseguibilità del giudicato quando la Corte europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali abbia accertato che la condanna è stata pronunciata per effetto della violazione delle regole sul processo equo sancite dall'art. 6 della Convenzione europea e abbia riconosciuto il diritto del condannato alla rinnovazione del giudizio, anche se il legislatore abbia omissis di introdurre nell'ordinamento il mezzo idoneo ad instaurare il nuovo processo».

Anteriormente alla decisione del giudice di legittimità, il difensore del condannato ha proposto un'istanza di revisione del processo alla Corte d'appello di Bologna che, con ordinanza del 22 marzo 2006, ha sollevato, in relazione agli artt. 3, 10 e 27 Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 630, comma 1, lett. *a*), cod. proc. pen., nella parte in cui esclude, dai casi di revisione, l'impossibilità che i fatti stabiliti a fondamento della sentenza o del decreto di condanna si concilino con la sentenza della Corte europea che abbia accertato l'assenza di equità del processo ai sensi dell'art. 6 CEDU. La sentenza n. 129 del 2008 – pur rivolgendosi al legislatore «un pressante invito ad adottare i provvedimenti ritenuti più idonei,

per consentire all'ordinamento di adeguarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbiano riscontrato, nei processi penali, violazioni ai principi sanciti dalla predetta disposizione convenzionale – ha dichiarato non fondata la questione in riferimento agli indicati parametri. Ripresa la trattazione del procedimento, la Corte emiliana, reinvestita da due richieste riunite di revisione proposte dal difensore del condannato e da quest'ultimo personalmente, con ordinanza del 23 dicembre 2008, ha sollevato una nuova e diversa questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto l'art. 630 cod. proc. pen. nella sua interezza e prospettata in riferimento al differente parametro dell'art. 117, primo comma, Cost., come integrato dalla norma interposta dell'art. 46, par. 1, CEDU. La sentenza n. 113 del 2011 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della censurata disposizione nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte di Strasburgo.

Per effetto dell'intervenuta declaratoria di incostituzionalità, in data 14 giugno 2012 è iniziato davanti alla Corte d'appello di Bologna il processo di revisione nei confronti di Paolo Dorigo. Il 27 gennaio 2014 è stato emesso il dispositivo della sentenza recante condanna, tra l'altro, alla pena di 11 anni e 11 mesi di reclusione (peraltro inferiore ai 12 anni e 5 mesi effettivamente scontati).

~ ~ ~

Le decisioni delle competenti autorità europee; in particolare, il rapporto della Commissione europea dei diritti dell'uomo del 9 settembre 1998

L'esame della complessa vicenda giudiziaria ha evidenziato che sul caso Dorigo la Corte europea dei diritti dell'uomo non si è mai pronunciata, come del resto ha limpidamente puntualizzato la stessa sentenza n. 113 del 2011. Infatti, l'atto qualificato dal rimettente come "sentenza del 9 settembre 1998" della Corte di Strasburgo è, in realtà, un rapporto di pari data della Commissione europea dei diritti dell'uomo (organo soppresso dal Protocollo n. 11), poi recepito dal Comitato dei ministri con decisione del 15 aprile 1999 (Risoluzione interinale DH(99)258). Ai sensi dell'art. 32 della CEDU, nel testo anteriore all'entrata in vigore del Protocollo n. 11 (avvenuta il 1° novembre 1998, ma con applicazione della disciplina previgente ai casi pendenti a detta data, in forza della disposizione transitoria di cui all'art. 5), il Comitato dei ministri era competente a deliberare sui casi pervenuti al suo esame dopo la redazione di un rapporto da parte della Commissione europea, qualora non fosse seguito entro tre mesi il deferimento della controversia alla Corte di Strasburgo. In forza dell'originario art. 32, par. 4, della CEDU, le decisioni del Comitato dei ministri erano vincolanti per gli Stati contraenti allo stesso modo delle sentenze definitive della Corte europea dei diritti dell'uomo, con la conseguenza di una piena equivalenza di siffatti pronunciamenti ai fini dell'osservanza dell'obbligo di rispetto sancito dall'art. 46 della CEDU.

Nel rapporto adottato il 9 settembre 1998 la Commissione europea dei diritti umani ha verificato se l'impossibilità per il Dorigo di interrogare i testimoni a carico fosse compatibile con le garanzie di un processo equo. Nella specie, i testimoni a carico, chiamati al dibattimento, si erano rifiutati di rispondere, invocando il proprio diritto al silenzio in qualità di coimputati in procedimenti connessi. Inoltre, nessun elemento del fascicolo ha permesso di

ritenere che il ricorrente abbia avuto la possibilità di confrontarsi in una fase anteriore con i suoi accusatori. Infine, malgrado l'opposizione della difesa, le dichiarazioni controverse sono state utilizzate e la condanna del ricorrente si è basata esclusivamente su di esse.

La Commissione ha rammentato che i diritti della difesa sono compresi in modo incompatibile con le garanzie dell'art. 6 della CEDU nei casi in cui le deposizioni di un testimone, che non sia stato ascoltato pubblicamente in contraddittorio nel dibattimento, costituiscano il principale, se non il solo, elemento di prova accettato dai giudici nel loro giudizio di condanna e l'imputato non abbia avuto, in alcuno stadio anteriore della procedura, alcuna possibilità di interrogare il testimone o di contestare sotto tutti gli aspetti la veridicità della testimonianza.

La Commissione ha dunque ritenuto che l'utilizzazione delle dichiarazioni dei coimputati ha violato il diritto dell'accusato di interrogare o fare interrogare i testimoni a carico e che il sig. Dorigo non ha beneficiato di un processo equo. In conclusione, con 13 voti a favore e 4 contro, è stata dichiarata la violazione dell'art. 6, par. 3, lett. d), della Convenzione in considerazione dell'assenza di equità della procedura.

~ ~ ~

La sentenza della Corte costituzionale n. 129 del 2008: un esito di non fondatezza

La sentenza n. 129 del 2008, pur decidendo la questione sollevata dalla Corte d'appello di Bologna nel senso della non fondatezza, ha ravvisato l'«assenza – nel sistema processuale penale – di un apposito rimedio, destinato ad attuare l'obbligo dello Stato di conformarsi (anche attraverso una eventuale rinnovazione del processo) alle conferenti sentenze definitive della Corte di Strasburgo, nell'ipotesi in cui sia stata accertata la violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli»; ed ha sottolineato l'«evidente, improrogabile necessità che l'ordinamento predisponga adeguate misure (...) atte a riparare, sul piano processuale, le conseguenze scaturite dalle violazioni ai principi della Convenzione in tema di “processo equo”, accertate da sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo». L'esito di non fondatezza è così derivato dalla particolare prospettazione del quesito e dall'evocazione di parametri diversi da quello che la Corte tre anni dopo avrebbe ritenuto l'unico appropriato, cioè l'art. 117, primo comma, Cost.

Il primo quesito sollevato dalla Corte bolognese

La Corte rimettente ha chiesto di verificare la legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3, 10 e 27 Cost., dell'art. 630, comma 1, lett. a), cod. proc. pen., nella parte in cui esclude dai casi di revisione l'impossibilità di conciliare i fatti stabiliti a fondamento della sentenza (o del decreto penale di condanna) con la decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbia accertato l'assenza di equità del processo ai sensi dell'art. 6 della CEDU.

Sulla censura di violazione dell'art. 3 Cost.

La Corte ha, innanzitutto, disatteso la dedotta violazione del principio di uguaglianza che sarebbe scaturita dalla mancata inclusione tra i casi di revisione contemplati dalla censurata lett. a) – che si riferisce al contrasto tra i fatti stabiliti nella pronuncia penale di condanna e quelli posti a fondamento di altra sentenza penale irrevocabile del giudice

ordinario o di un giudice speciale – dell’ipotesi in cui la predetta difformità si verifichi rispetto ad una sentenza della Corte europea.

In proposito, al fine di escludere l’asserita assimilabilità delle situazioni poste a confronto, si è osservato che «il contrasto, che legittima – e giustifica razionalmente – l’istituto della revisione (per come esso è attualmente disciplinato) non attiene alla difforme valutazione di una determinata vicenda processuale in due diverse sedi della giurisdizione penale. Esso ha la sua ragione d’essere esclusivamente nella inconciliabile alternativa ricostruttiva che un determinato “accadimento della vita” – essenziale ai fini della determinazione sulla responsabilità di una persona, in riferimento ad una certa regiudicanda – può aver ricevuto all’esito di due giudizi penali irrevocabili. Nella logica codicistica – secondo una affermazione costante della giurisprudenza di legittimità – il concetto di inconciliabilità fra sentenze irrevocabili (...) non può essere inteso in termini di contraddittorietà logica tra le valutazioni effettuate nelle due decisioni. Tale concetto deve, invece, essere inteso in termini di oggettiva incompatibilità tra i “fatti” (ineludibilmente apprezzati nella loro dimensione storico-naturalistica) su cui si fondano le diverse sentenze. D’altra parte, ove così non fosse, la revisione, da rimedio impugnatorio straordinario, si trasformerebbe in un improprio strumento di controllo (e di eventuale rescissione) della “correttezza”, formale e sostanziale, di giudizi ormai irrevocabilmente conclusi. Non è la erronea (in ipotesi) valutazione del giudice a rilevare, ai fini della rimozione del giudicato; bensì esclusivamente “il fatto nuovo” (tipizzato nelle varie ipotesi scandite dall’art. 630 del codice di rito), che rende necessario un nuovo scrutinio della base fattuale su cui si è radicata la condanna oggetto di revisione». La conclusione raggiunta dalla Corte è stata ulteriormente corroborata dalla corretta considerazione di altre disposizioni che si riferiscono ai fatti intesi nella loro consistenza oggettiva e naturalistica. L’art. 187, comma 2, cod. proc. pen., nel menzionare, come oggetto di prova, anche i fatti dai quali dipende l’applicazione delle norme processuali, ha riguardo proprio agli accadimenti (ancora una volta, naturalisticamente intesi) costituenti il presupposto “materiale” che deve essere “provato”, perché si generi un determinato effetto processuale, con la conseguenza che esso «non può riferirsi alla disposizione processuale la cui applicabilità può scaturire dall’accertamento di quei fatti; e meno ancora alla valutazione che il giudice abbia effettuato in ordine alla congruità della prova di quegli stessi fatti e della relativa idoneità a porsi quale premessa per la (equa) applicazione della regola processuale che venga, volta a volta, in discorso». Sotto un profilo sistematico, il Collegio ha evidenziato che «il concetto di “fatto” assunto a paradigma della ipotesi di conflitto “teorico” fra giudicati – previsto quale caso di revisione dall’art. 630, comma 1, lettera a), cod. proc. pen. – non può distinguersi dal concetto di medesimo “fatto” su cui si radica la disciplina del conflitto “pratico” tra giudicati, di cui all’art. 669, comma 1, cod. proc. pen. Ed è pacifico che quest’ultima norma risulta applicabile quando la pluralità di sentenze – oltre che lo stesso imputato – concerna il “medesimo fatto”, inteso come coincidenza tra tutte le componenti delle fattispecie concrete. D’altronde, anche ai fini della preclusione connessa al principio del *ne bis in idem*, l’identità del “fatto” sussiste (...) quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona».

Sulla censura di violazione dell’art. 10 Cost.

La sentenza ha altresì escluso la denunciata violazione del principio di adattamento automatico alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, tra le quali avrebbe dovuto essere ricompresa la presunzione di non colpevolezza asseritamente sacrificata dalla mancata previsione dell'ipotesi di revisione del processo penale che la Corte europea abbia accertato essere inficiato da un fondamentale vizio di procedura. A tale riguardo, si è chiarito che la presunzione di non colpevolezza «accompagna lo *status* del “processando” ed impedisce sfavorevoli “anticipazioni” del giudizio di responsabilità; ma essa si dissolve necessariamente (sul piano sintattico, ancor prima che giuridico) allorché il processo è giunto al proprio epilogo, trasformando la posizione di chi vi è sottoposto da imputato – presunto non colpevole – in condannato, con una statuizione di responsabilità irrevocabile. La revisione mira a riparare un (ipotetico) errore di giudizio, alla luce di “fatti” nuovi; non a rifare un processo (in ipotesi) iniquo. La presunzione di innocenza, in sé e per sé, non ha dunque nulla a che vedere con i rimedi straordinari destinati a purgare gli eventuali *errores, in procedendo o in iudicando* che siano». In secondo luogo, la Corte ha ribadito la non riferibilità della CEDU all'indicato parametro, che, «con l'espressione “norme del diritto internazionale generalmente riconosciute”, intende riferirsi alle norme consuetudinarie; e dispone, rispetto alle stesse, l'adattamento automatico dell'ordinamento giuridico italiano. L'osservanza che a simili norme presta l'ordinamento internazionale, nel suo complesso, giustifica all'evidenza il postulato che ad esse si debba necessariamente conformare anche l'ordinamento “interno”; e ciò per evitare un intollerabile sfasamento circa la realizzazione “domestica” di principi universalmente affermati e, dunque, patrimonio comune delle genti». Al contrario, le disposizioni della CEDU, in quanto pattizie e non aventi la natura richiesta dall'art. 10 Cost., esulano dal campo di applicazione di quest'ultimo.

Sulla censura di violazione dell'art. 27 Cost.

Infine, è stata disattesa anche l'asserita violazione del principio del finalismo rieducativo della pena, che ne postulerebbe, a detta del rimettente, l'inflizione a seguito di un giusto processo. La sentenza ha richiamato la pregressa giurisprudenza secondo cui «la necessità che la pena debba “tendere” a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue»; pertanto, il precetto di cui all'indicato parametro è stato ritenuto valevole «tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli della esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie». Ciò posto, la Corte ha escluso la possibilità di assegnare alle regole del “giusto processo” una funzione strumentale alla “rieducazione”, perché «si assisterebbe ad una paradossale eterogenesi dei fini, che vanificherebbe (...) la stessa presunzione di non colpevolezza. “Giusto processo” e “giusta pena” sono (...) termini di un binomio non confondibili fra loro; se non a prezzo (...) di una inaccettabile trasfigurazione dello “strumento” (il processo) nel “fine” cui esso tende (la sentenza irrevocabile e la pena che da essa può conseguire). D'altra parte, ove fosse valido l'assunto del rimettente, si dovrebbe ipotizzare, come soluzione costituzionalmente imposta, quella di prevedere – sempre e comunque – la revisione della condanna in tutti i casi in cui si sia realizzata nel processo una invalidità in rito, che ne abbia contaminato l'“equità”. Ciò (...)

risulterebbe apertamente in contrasto sia con l'esigenza dello *stare decisis* che scaturisce dalle preclusioni processuali; sia con la più volte riaffermata funzione costituzionale del giudicato».

Il delicato bilanciamento tra le contrapposte esigenze di porre rimedio a pur sempre possibili errori giudiziari e di preservare la certezza e la stabilità connesse al giudicato chiama in causa la discrezionalità legislativa

Alla dichiarazione di non fondatezza si accompagna un monito al legislatore perché colmi la lacuna ordinamentale concernente l'obbligo di conformazione alle sentenze europee che accertino l'iniquinà del processo penale

La declaratoria di non fondatezza delle proposte censure ha lasciato sul campo i problemi connessi alla riscontrata assenza di un rimedio processuale idoneo a garantire l'effettività delle decisioni della Corte di Strasburgo di condanna per assenza di equità del processo penale. La pluralità di interventi della Corte costituzionale e di successivi innesti normativi in materia di rimedi "revocatori" è stata ritenuta indicativa di quanto sia «problematica l'individuazione di un punto di equilibrio tra l'esigenza di assicurare meccanismi riparatori, a fronte dei sempre possibili errori del giudice; e quella – contrapposta alla prima – di preservare la certezza e la stabilità della *res iudicata*»; e, per altro verso, di quanto risulti «correlativamente ampia la sfera entro la quale trova spazio la discrezionalità del legislatore». Una conferma della «molteplicità di soluzioni suscettibili di prospettarsi con riferimento alla odierna questione di legittimità costituzionale e della correlativa esigenza di un intervento normativo di sistema» è stata ravvisata nelle plurime iniziative legislative (evidentemente rimaste senza seguito) determinate, nel corso della XV legislatura, «proprio dalle reiterate censure mosse al nostro Paese dal Comitato dei Ministri e dalla Assemblea del Consiglio d'Europa in relazione al caso *Dorigo c. Italia*». In conclusione, la «declaratoria di infondatezza della questione proposta dalla Corte rimettente – con specifico riferimento ai parametri di costituzionalità che sono stati richiamati –» non ha impedito alla Corte di «rivolgere al legislatore un pressante invito ad adottare i provvedimenti ritenuti più idonei, per consentire all'ordinamento di adeguarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbiano riscontrato, nei processi penali, violazioni ai principi sanciti dall'art. 6 della CEDU».

~ ~ ~

La sentenza della Corte costituzionale n. 113 del 2011: l'accoglimento della questione

Con la sentenza n. 113 del 2011 la Corte ha dato seguito all'inascoltato monito lanciato al legislatore tre anni prima e con una decisione additiva ha inciso sull'istituto della revisione del processo penale introducendo uno strumento in grado di consentire la riapertura del processo giudicato iniquo dalla Corte europea e, dunque, la conformazione dell'ordinamento interno alle pronunce definitive del giudice di Strasburgo, in adempimento dell'espresso obbligo in tal senso stabilito dall'art. 46, par. 1, della Convenzione.

Numerosi sono gli spunti processuali e ricostruttivi offerti da questa decisione.

La questione sottoposta all'esame della Corte: la preliminare esclusione della violazione dell'art. 137 Cost.

La rimettente Corte d'appello bolognese – accogliendo l'eccezione di incostituzionalità formulata dal Procuratore generale, successivamente alla sentenza n. 129 del 2008, nel prosieguo del procedimento di delibazione delle istanze di revisione proposte dal sig. Dorigo e dal suo difensore – ha dubitato della legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost. e all'art. 46 CEDU, dell'art. 630 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevede la rinnovazione del processo allorché la sentenza o il decreto penale di condanna siano in contrasto con la sentenza definitiva della Corte europea che abbia accertato l'assenza di equità del processo ai sensi dell'art. 6 della Convenzione.

L'ammissibilità della questione è stata motivata in considerazione della sostanziale diversità, pur nell'analogia delle finalità perseguite, rispetto a quella in precedenza sollevata dalla stessa rimettente e dichiarata non fondata nel 2008. In particolare, tale diversità è stata apprezzata «in rapporto a tutti e tre gli elementi che compongono la questione: l'oggetto è più ampio (essendo sottoposto a scrutinio l'art. 630 cod. proc. pen. nella sua interezza, e non la sola disposizione di cui al comma 1, lettera a), nuovo è il parametro evocato e differenti sono anche le argomentazioni svolte a sostegno della denuncia di incostituzionalità». Il Collegio ha così negato che, nella specie, ricorresse la preclusione alla riproposizione della questione nel medesimo grado di giudizio, volta ad evitare un *bis in idem* che si risolverebbe nella impugnazione della precedente decisione della Corte, inammissibile alla stregua dell'ultimo comma dell'art. 137 Cost.

Il parametro interposto dell'art. 46 CEDU e la sua centralità nel sistema europeo di protezione dei diritti umani

La sentenza ha dedicato la massima attenzione alla disposizione convenzionale evocata come parametro interposto: l'art. 46 CEDU che, al paragrafo 1, impegna gli Stati contraenti a conformarsi alle sentenze definitive della Corte di Strasburgo sulle controversie di cui sono parti, e, al paragrafo 2, demanda al Comitato dei ministri il controllo dell'esecuzione delle decisioni. Tale norma è stata ritenuta di centrale rilievo nel «sistema europeo di tutela dei diritti fondamentali», poiché la stessa «consistenza dell'obbligo primario nascente dalla CEDU a carico degli Stati contraenti – riconoscere a ogni persona i diritti e le libertà garantiti dalla Convenzione (art. 1) –» viene a «dipendere, in larga misura, dalle modalità di “composizione” delle singole violazioni accertate».

La Corte ha, inoltre, riepilogato i meccanismi che presiedono all'attuazione dei *dicta* del giudice europeo: essi comprendono la previsione dell'art. 41 della CEDU riguardante il riconoscimento alla parte lesa di un'equa soddisfazione nei casi in cui il diritto interno dello Stato contraente permetta una rimozione solo imperfetta delle violazioni accertate; nonché i nuovi paragrafi 3, 4 e 5 dell'art. 46, introdotti, successivamente all'ordinanza di rimessione, dal Protocollo n. 14 alla Convenzione, che contemplano iniziative del Comitato dei ministri tese ad ottenere ulteriori pronunciamenti della Corte europea di carattere interpretativo o sanzionatorio nei confronti dello Stato tenuto all'osservanza dell'obbligo di conformazione.

La consistenza dell'obbligo di conformazione alle decisioni europee, con particolare riguardo alla materia del processo penale: il rispetto della Convenzione esige la rinnovazione o la riapertura del processo ritenuto iniquo ai sensi dell'art. 6 CEDU

Attraverso una compiuta disamina della pertinente giurisprudenza europea, la Corte ha ricostruito la portata dell'obbligo stabilito dalla disposizione convenzionale interposta.

L'intervenuto accertamento di una violazione della CEDU costituisce per lo Stato convenuto fonte dell'«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, se del caso, individuali necessarie». La finalità delle misure individuali è stata puntualmente individuata nella *restitutio in integrum* in favore dell'interessato, che deve essere pertanto posto in una situazione equivalente a quella in cui si sarebbe trovato se non vi fosse stata la violazione della Convenzione. In quest'ottica, lo Stato è chiamato a rimuovere gli impedimenti che, a livello di legislazione nazionale, si frappongono al conseguimento dell'obiettivo, poiché la ratifica della Convenzione ha impegnato le Parti contraenti a rendere il loro diritto interno compatibile con quest'ultima, anche attraverso l'eliminazione, nei propri ordinamenti giuridici interni, di eventuali ostacoli a un adeguato ripristino della situazione del ricorrente. Con specifico riguardo alle infrazioni correlate allo svolgimento di un processo penale, il consolidato indirizzo della Corte europea ha identificato nella riapertura del processo il meccanismo più consono ai fini della *restitutio in integrum* nei casi di accertata violazione delle garanzie stabilite dall'art. 6 della Convenzione. Infatti, ferma restando la discrezionalità dello Stato nella scelta delle modalità di adempimento del proprio obbligo, sotto il controllo del Comitato dei ministri e nei limiti della compatibilità con le conclusioni contenute nella sentenza della Corte europea, quest'ultima ha costantemente ritenuto che, quando un privato è stato condannato all'esito di un procedimento inficiato da inosservanze dell'art. 6 della Convenzione, il mezzo più appropriato per porre rimedio alla violazione constatata è rappresentato, in linea di principio, da un nuovo processo o dalla riapertura del procedimento, su domanda dell'interessato, nel rispetto di tutte le condizioni di un processo equo.

La perdurante assenza nell'ordinamento italiano di uno strumento inteso a garantire l'effettività delle sentenze europee che accertano l'iniquità del processo penale; in particolare, la Corte sottolinea l'inadeguatezza, a tal fine, sia dell'istituto della revisione, come tradizionalmente e positivamente configurato, sia delle soluzioni elaborate dalla giurisprudenza interna

La Corte, consapevole che la necessità della *restitutio in integrum* della vittima della violazione originata dallo svolgimento di un processo non equo impone di «rimettere in discussione il giudicato già formatosi sulla vicenda giudiziaria sanzionata», ha passato in rassegna gli istituti normativi e le soluzioni giurisprudenziali suscettibili di corrispondere alle indicazioni del giudice europeo, ma ha dovuto constatare a tale riguardo la sussistenza di una vera e propria lacuna nell'ordinamento interno, peraltro reiteratamente stigmatizzata dalle competenti autorità internazionali. La situazione italiana si è così venuta a distinguere da quella della maggior parte dei Paesi membri del Consiglio d'Europa che si sono dotati di un'apposita disciplina, intesa a permettere la riapertura del processo penale riconosciuto «non equo». In altri Stati, in cui pure è mancato uno specifico intervento normativo, la riapertura è stata comunque garantita da un'applicazione estensiva del mezzo straordinario di impugnazione già previsto dalla legislazione nazionale.

In Italia, la revisione è stata ritenuta inidonea a tal fine in considerazione dell'impossibilità di ricondurre l'ipotesi del processo convenzionalmente iniquo ad alcuno dei casi attualmente contemplati dall'art. 630 cod. proc. pen., che riflettono la «tradizionale configurazione dell'istituto quale strumento volto a comporre il dissidio tra la “verità processuale”, consacrata dal giudicato, e la “verità storica”, risultante da elementi fattuali “esterni” al giudicato stesso». Tale mezzo straordinario di impugnazione ha storicamente costituito un «rimedio contro il difettoso apprezzamento da parte del giudice del fatto storico-naturalistico», scaturente dal contrasto con i fatti stabiliti da decisioni distinte da quella oggetto di denuncia, dall'insufficiente conoscenza degli elementi probatori al momento della decisione o conseguente ad una dimostrata condotta criminosa; ed è stato strutturato in funzione del solo proscioglimento della persona già condannata, come attesta la condizione di ammissibilità della domanda di revisione prescritta dall'art. 631 cod. proc. pen. ed involgente un giudizio prognostico circa l'idoneità dimostrativa degli elementi posti a base della domanda stessa. La Corte ha efficacemente sottolineato la diversità di prospettiva nel caso di accertamento della violazione dell'art. 6 della CEDU, che esige di «porre rimedio, oltre i limiti del giudicato (considerati tradizionalmente comunque insuperabili con riguardo agli *errores in procedendo*), a un “vizio” interno al processo, tramite una riapertura del medesimo che ponga l'interessato nelle condizioni in cui si sarebbe trovato in assenza della lesione. Rimediare al difetto di “equità” di un processo, d'altro canto, non significa giungere necessariamente a un giudizio assolutorio: chi è stato condannato, ad esempio, da un giudice non imparziale o non indipendente – secondo la valutazione della Corte europea – deve vedersi assicurato un nuovo processo davanti a un giudice rispondente ai requisiti di cui all'art. 6, paragrafo 1, della CEDU, senza che tale diritto possa rimanere rigidamente subordinato a un determinato tipo di pronostico circa il relativo esito (il nuovo processo potrebbe bene concludersi, ad esempio, anziché con l'assoluzione, con una condanna, fermo naturalmente il divieto della *reformatio in peius*)».

Anche le soluzioni sperimentate dalla giurisprudenza ordinaria sono state considerate «parziali e inidonee alla piena realizzazione dell'obiettivo».

Il ricorso straordinario per errore materiale o di fatto contenuto nei provvedimenti pronunciati dalla Corte di cassazione (art. 625-*bis* cod. proc. pen.) – pur ritenuto percorribile, in via analogica, al fine di dare esecuzione alle sentenze della Corte di Strasburgo che abbiano accertato violazioni di garanzie convenzionali, ancorché non dipese da mero errore percettivo – non è stato giudicato come una risposta esaustiva al problema, risultando strutturalmente inidoneo ad assicurare la riapertura dei processi a fronte di violazioni che, come nel caso Dorigo, non si siano verificate nell'ambito del giudizio di cassazione. Analogamente, l'istituto della restituzione in termini per la proposizione dell'impugnazione (art. 175, comma 2, cod. proc. pen.) è stato utilizzato ed è utilizzabile «unicamente per porre rimedio alle violazioni della CEDU collegate alla disciplina del processo contumaciale». Infine, la valutazione di inadeguatezza ha colpito anche l'apprezzabile soluzione praticata dal giudice di legittimità per disporre la liberazione del sig. Dorigo. Come già anticipato, essa ha fatto perno sull'incidente di esecuzione regolato dall'art. 670 cod. proc. pen. e sulla tesi secondo cui, quando la Corte europea abbia accertato che la condanna è stata pronunciata in violazione delle regole sull'equo processo, riconoscendo il diritto del condannato alla rinnovazione del giudizio, il giudice dell'esecuzione sarebbe tenuto a dichiarare l'ineseguibilità del giudicato. Invero, tale rimedio è stato in grado solo di congelare il giudicato, impedendone l'esecuzione, ma non di

eliminarlo, «collocandolo a tempo indeterminato in una sorta di “limbo processuale”»; e la mera declaratoria di ineseguibilità non ha risposto all’«esigenza primaria (...) della riapertura del processo, in condizioni che consentano il recupero delle garanzie assicurate dalla Convenzione».

Il sindacato di legittimità costituzionale di una disposizione interna (art. 630 cod. proc. pen.) in riferimento al necessario rispetto degli obblighi internazionali derivanti dalla CEDU: la Corte applica gli insegnamenti delle cd. sentenze gemelle del 2007 in tema di idoneità della disposizione convenzionale interposta ad integrare il parametro dell’art. 117, primo comma, Cost.

I valori costituzionali sottesi alla definitività della cosa giudicata possono e devono recedere a fronte di violazioni di particolare pregnanza accertate dalla Corte europea a tutela di diritti peraltro consacrati anche dall’art. 111 Cost.

La sentenza in esame – che ha esaminato ed accolto una questione avente ad oggetto «l’art. 630 cod. proc. pen. nel suo complesso» in riferimento al «diverso e più appropriato parametro espresso dall’art. 117, primo comma, Cost.», integrato dall’art. 46 della CEDU in correlazione al precedente art. 6 – si colloca nel recente ma consolidato filone giurisprudenziale con cui la Corte ha dato un preciso assetto ai rapporti tra ordinamento interno e norme della CEDU.

In proposito, i Giudici hanno ribadito che, a partire dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, la giurisprudenza costituzionale è costante nel ritenere che «le norme della CEDU – nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, specificamente istituita per dare a esse interpretazione e applicazione (...) – integrino, quali “norme interposte”, il parametro costituzionale espresso dall’art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli “obblighi internazionali” (...). Prospettiva nella quale, ove si profili un eventuale contrasto fra una norma interna e una norma della CEDU, il giudice comune deve verificare anzitutto la praticabilità di una interpretazione della prima in senso conforme alla Convenzione, avvalendosi di ogni strumento ermeneutico a sua disposizione; e, ove tale verifica dia esito negativo – non potendo a ciò rimediare tramite la semplice non applicazione della norma interna contrastante – egli deve denunciare la rilevata incompatibilità, proponendo questione di legittimità costituzionale in riferimento all’indicato parametro. 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 – la quale si colloca pur sempre a un livello sub-costituzionale – si ponga eventualmente in conflitto con altre norme della Costituzione: ipotesi nella quale dovrà essere esclusa la idoneità della norma convenzionale a integrare il parametro considerato». Facendo applicazione dei riferiti insegnamenti, la Corte ha sostenuto che la giurisprudenza europea – secondo cui l’obbligo di conformazione alle sentenze definitive del giudice di Strasburgo, sancito dall’art. 46, par. 1, della CEDU, comporta anche l’impegno degli Stati contraenti a permettere la riapertura dei processi, su richiesta dell’interessato, quante volte essa appaia necessaria ai fini della *restitutio in integrum* in favore del medesimo, nel caso di violazione delle garanzie riconosciute dalla Convenzione, particolarmente in tema di equo processo – non contrasta con le «conferenti tutele offerte dalla Costituzione». Infatti, «pur nella indubbia rilevanza dei

valori della certezza e della stabilità della cosa giudicata», non è stata considerata contraria a Costituzione «la previsione del venir meno dei relativi effetti preclusivi in presenza di compromissioni di particolare pregnanza – quali quelle accertate dalla Corte di Strasburgo, avendo riguardo alla vicenda giudiziaria nel suo complesso – delle garanzie attinenti a diritti fondamentali della persona: garanzie che, con particolare riguardo alle previsioni dell'art. 6 della Convenzione, trovano del resto ampio riscontro nel vigente testo dell'art. 111 Cost.».

La valutazione di correttezza dell'individuazione della sedes del richiesto intervento additivo ed il conseguente adeguamento dell'ordinamento interno alle istanze europee di effettività della tutela dei diritti fondamentali: declaratoria di illegittimità costituzionale in parte qua dell'art. 630 cod. proc. pen.

La *sedes* dell'intervento additivo richiesto dal rimettente è stata condivisa dalla Corte perché la revisione, «comportando, quale mezzo straordinario di impugnazione a carattere generale, la riapertura del processo, che implica una ripresa delle attività processuali in sede di cognizione, estesa anche all'assunzione delle prove», «costituisce l'istituto, fra quelli attualmente esistenti nel sistema processuale penale, che presenta profili di maggiore assonanza con quello la cui introduzione appare necessaria al fine di garantire la conformità dell'ordinamento nazionale al parametro evocato». Né è stata ritenuta di ostacolo all'accoglimento della questione l'evidente eterogeneità dell'ipotesi della «riapertura del processo collegata al vincolo scaturente dalla CEDU» rispetto agli altri casi di revisione già contemplati dalla norma censurata. In proposito, la sentenza non ha negato che si fuoriesca dalla logica (propria della tradizionale configurazione della revisione) della composizione dello iato tra verità processuale e verità storica, emergente da elementi esterni al processo già celebrato; e che alla nuova ipotesi non si attaglia la rigida alternativa, prefigurata dalla disciplina vigente quanto agli esiti del giudizio di revisione, tra proscioglimento e conferma della precedente condanna. Tuttavia, «di fronte a un *vulnus* costituzionale, non sanabile in via interpretativa – tanto più se attinente a diritti fondamentali –», alla Corte non è lasciata altra scelta che porvi comunque rimedio, «indipendentemente dal fatto che la lesione dipenda da quello che la norma prevede o, al contrario, da quanto la norma (o, meglio, la norma maggiormente pertinente alla fattispecie in discussione) omette di prevedere». In conclusione, l'art. 630 cod. proc. pen. è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo proprio perché (e nella parte in cui) «non contempla un “diverso” caso di revisione, rispetto a quelli ora regolati, volto specificamente a consentire (per il processo definito con una delle pronunce indicate nell'art. 629 cod. proc. pen.) la riapertura del processo – intesa, quest'ultima, come concetto di genere, funzionale anche alla rinnovazione di attività già espletate, e, se del caso, di quella integrale del giudizio – quando la riapertura stessa risulti necessaria, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della CEDU, per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo (cui, per quanto già detto, va equiparata la decisione adottata dal Comitato dei ministri a norma del precedente testo dell'art. 32 della CEDU)».

La non più procrastinabile rimozione del denunciato vulnus costituzionale lascia aperti problemi applicativi e non intende pregiudicare la discrezionalità del legislatore in materia processuale, peraltro riconosciuta espressamente anche dalla Corte europea

L'addizione normativa è accompagnata da indicazioni ai giudici comuni e da chiarimenti rivolti al legislatore in un atteggiamento di self-restraint e di rispetto delle future eventuali scelte normative

La Corte, mostrandosi consapevole del forte impatto dell'adottata pronuncia di incostituzionalità su un fondamentale istituto di procedura penale, si è preoccupata nella parte conclusiva della motivazione di offrire prime indicazioni operative ai giudici comuni, chiamati ad applicare il nuovo caso di revisione, e di "rassicurare" il legislatore sulla persistente integrità della propria discrezionalità nella conformazione degli istituti processuali.

Innanzitutto, la sentenza ha puntualizzato la sostanziale irrilevanza, ai fini della pronuncia di illegittimità, di un'eventuale «carenza di disciplina – reale o apparente – che da essa può derivarne, in ordine a determinati rapporti. Spetterà, infatti, da un lato, ai giudici comuni trarre dalla decisione i necessari corollari sul piano applicativo, avvalendosi degli strumenti ermeneutici a loro disposizione; e, dall'altro, al legislatore provvedere eventualmente a disciplinare, nel modo più sollecito e opportuno, gli aspetti che apparissero bisognevoli di apposita regolamentazione».

Rivolgendosi ai giudici comuni, la Corte ha sottolineato che la necessità della riapertura «andrà apprezzata – oltre che in rapporto alla natura oggettiva della violazione accertata (è di tutta evidenza, così, ad esempio, che non darà comunque luogo a riapertura l'inosservanza del principio di ragionevole durata del processo, di cui all'art. 6, paragrafo 1, CEDU, dato che la ripresa delle attività processuali approfondirebbe l'offesa) – tenendo naturalmente conto delle indicazioni contenute nella sentenza della cui esecuzione si tratta (...). S'intende, per altro verso, che, quando ricorra l'evenienza considerata, il giudice dovrà procedere a un vaglio di compatibilità delle singole disposizioni relative al giudizio di revisione. Dovranno ritenersi, infatti, inapplicabili le disposizioni che appaiano inconciliabili, sul piano logico-giuridico, con l'obiettivo perseguito (porre l'interessato nelle condizioni in cui si sarebbe trovato in assenza della violazione accertata, e non già rimediare a un difettoso apprezzamento del fatto da parte del giudice, risultante da elementi esterni al giudicato), prime fra tutte (...) quelle che riflettono la tradizionale preordinazione del giudizio di revisione al solo proscioglimento del condannato. Così, per esempio, rimarrà inoperante la condizione di ammissibilità, basata sulla prognosi assolutoria, indicata dall'art. 631 cod. proc. pen.; come pure inapplicabili saranno da ritenere – nei congrui casi – le previsioni dei commi 2 e 3 dell'art. 637 cod. proc. pen. (secondo le quali, rispettivamente, l'accoglimento della richiesta comporta senz'altro il proscioglimento dell'interessato, e il giudice non lo può pronunciare esclusivamente sulla base di una diversa valutazione delle prove assunte nel precedente giudizio)». Inoltre, è stato opportunamente messo in risalto che «l'ipotesi di revisione in parola comporta, nella sostanza, una deroga – imposta dall'esigenza di rispetto di obblighi internazionali – al ricordato principio per cui i vizi processuali restano coperti dal giudicato. In questa prospettiva, il giudice della revisione valuterà anche come le cause della non equità del processo rilevate dalla Corte europea si debbano tradurre, appunto, in vizi degli atti processuali alla stregua del diritto interno, adottando nel nuovo giudizio tutti i conseguenti provvedimenti per eliminarli».

Le ultime parole della pronuncia sono state, invece, indirizzate al legislatore al quale si è chiarito che «l'incidenza della declaratoria di incostituzionalità sull'art. 630 cod. proc. pen. non implica una pregiudiziale opzione (...) a favore dell'istituto della revisione, essendo giustificata soltanto dall'inesistenza di altra e più idonea *sedes* dell'intervento additivo. Il

legislatore resta pertanto e ovviamente libero di regolare con una diversa disciplina – recata anche dall'introduzione di un autonomo e distinto istituto – il meccanismo di adeguamento alle pronunce definitive della Corte di Strasburgo, come pure di dettare norme su specifici aspetti di esso sui quali questa Corte non potrebbe intervenire, in quanto involventi scelte discrezionali (quale, ad esempio, la previsione di un termine di decadenza per la presentazione della domanda di riapertura del processo, a decorrere dalla definitività della sentenza della Corte europea)».

~ ~ ~

Alcuni commenti della dottrina alla sentenza della Corte costituzionale n. 113 del 2011*

-
- * Sono di seguito indicate le fonti da cui sono tratti i brani di commento selezionati e organizzati nel testo:
- CAIANIELLO M., *La riapertura del processo per dare attuazione alle sentenze della Corte europea dei diritti: verso l'affermarsi di un nuovo modello*, in *Quaderni costituzionali*, 2011, n. 3, 668;
- CANZIO G., *Passato, presente (e futuro?) dei rapporti tra giudicato "europeo" e giudicato penale italiano*, in *Legislazione penale*, 2011, n. 2, 465;
- CERRUTI A., *Considerazioni in margine alla sent. n. 113/2011: esiste una "necessità di integrazione" tra ordinamento interno e sistema convenzionale?*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, n. 1, 29;
- CHIAVARIO M., *La Corte costituzionale ha svolto il suo compito: ora tocca ad altri*, in *Legislazione penale*, 2011, n. 2, 495;
- CONTI R., *La scala reale della Corte costituzionale sul ruolo della CEDU nell'ordinamento interno*, in *Il Corriere giuridico*, 2011, n. 9, 1243;
- DIDDI A., *La "revisione del giudizio": nuovo mezzo straordinario di impugnazione delle sentenze emesse in violazione della C.e.d.u.*, in *La giustizia penale*, 2011, 139;
- GAETA P., *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U. La ricombinazione genica del processo penale*, in *Archivio penale*, 2012, n. 1, 73;
- GIALUZ M., *Una sentenza "additiva di istituto": la Corte costituzionale crea la "revisione europea"*, in *Cassazione penale*, 2011, n. 10, 3308;
- GRECO R., *Dialoghi tra Corti ed effetti nell'ordinamento interno. Le implicazioni della sentenza della Corte costituzionale del 7 aprile 2011, n. 113*, in www.giurcost.org, 2011;
- GUARNIER T., *Un ulteriore passo verso l'integrazione CEDU: il giudice nazionale come giudice comune della Convenzione?*, in www.giurcost.org, 2011;
- KOSTORIS R.E., *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e invalidità processuali secondo le regole interne*, in *Legislazione penale*, 2011, n. 2, 473;
- LONATI S., *La Corte costituzionale individua lo strumento per dare attuazione alle sentenze della Corte europea: un nuovo caso di revisione per vizi processuali*, in www.penalecontemporaneo.it, 2011;
- MONTAGNA M., *Intangibilità del giudicato e valore delle decisioni della Corte EDU: osservazioni a prima lettura sulla sentenza della Corte costituzionale n. 113 del 2011*, in www.diritti-cedu.unipg.it, 2011;
- MUSIO C., *La riapertura del processo a seguito di condanna della Corte EDU: la Corte costituzionale conia un nuovo caso di revisione*, in *Cassazione penale*, 2011, n. 10, 3321;
- PARLATO L., *Revisione del processo iniquo: la Corte costituzionale "getta il cuore oltre l'ostacolo"*, in *Diritto penale e processo*, 2011, n. 7, 833;
- PUSTORINO P., *Un nuovo intervento della Corte costituzionale in tema di riapertura di procedimenti penali per contrarietà alla CEDU*, in *Giurisprudenza italiana*, 2011, n. 12, 2646;
- REPETTO G., *Tra continuità e nuovi scenari: l'efficacia della CEDU alla luce delle sentt. nn. 80 e 113/2011 della Corte costituzionale*, in www.diritti-cedu-unipg.it, 2011;
- RIVELLO P., *La Corte costituzionale interviene sull'istituto della revisione al fine di garantire l'obbligo di adeguamento alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2011, n. 3, 1169;
- ROMOLI F., *Sistema europeo ed ordinamento interno nell'elaborazione della Corte costituzionale*, in *Archivio penale*, 2012, n. 1, 181;
- RUGGERI A., *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la Convenzione europea dei diritti umani... ovverosia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in *Legislazione penale*, 2011, n. 2, 481;
- RUGGERI A., *La Corte costituzionale "equilibrata", tra continuità e innovazione, sul filo dei rapporti con la Corte EDU*, in www.giurcost.org, 2011;

La decisione ha suscitato vasto interesse perché ha impattato su un istituto di indubbio rilievo in campo processuale ed ha offerto numerosi spunti relativamente al tipo di dispositivo adottato, alla sempre più frequente supplenza giurisprudenziale rispetto alle inerzie legislative ed alla definizione dei rapporti tra ordinamento interno e Convenzione EDU. In generale si sono registrati commenti di segno positivo poiché la sentenza, nel colmare una lacuna ordinamentale, ha introdotto un istituto reso necessario dall'appartenenza dell'Italia al sistema di protezione europea dei diritti umani.

L'apprezzamento manifestato da **F. Romoli** è derivato dalla considerazione che “il giudice delle leggi, tirando le fila dell'annosa problematica dell'ottemperanza alle sentenze di Strasburgo, ha finalmente imposto un'evoluzione ormai necessaria al nostro sistema”. **P. Rivello** ha affermato che la decisione, “caratterizzata da una profonda consapevolezza in ordine all'ineludibilità del dovere di garantire un totale adeguamento ed un rispetto non solo formale delle pronunce della Corte europea, ha saputo evitare la tentazione di aderire ad impostazioni ancorate ad una visione del diritto in chiave meramente nazionale, che si porrebbe in insanabile contrasto con gli impegni internazionalmente assunti dal nostro Paese”. **R. Greco** ha sostenuto che la Corte ha provveduto ad “un adeguamento provvisorio, ma di fatto strutturale della disciplina penale rispetto alle disposizioni della Convenzione europea, come interpretate dalla Corte europea”. Secondo **M. Montagna** la sentenza, pur scontando taluni problemi interpretativi irrisolti, è “sicuramente apprezzabile per il passo avanti compiuto nei rapporti con l'ordinamento sovranazionale e per aver colmato un vuoto non ulteriormente differibile”. Per **R. E. Kostoris** la Corte ha segnato “una tappa storica nelle complesse vicende dei rapporti tra giurisdizione della Corte europea dei diritti umani e giurisdizione italiana”, che ha consentito all'Italia di “uscire dalla lista nera dei paesi inadempienti di fronte a Strasburgo, nella quale da troppo tempo eravamo iscritti”.

Con uno sguardo d'insieme la pronuncia è stata definita da **S. Lonati** “sofferta”, “coraggiosa” ed “obbligata”: sofferta perché la Corte si è mostrata ben consapevole di come “la strada maestra per risolvere compiutamente la questione in argomento sia indubbiamente quella legislativa”; coraggiosa perché la declaratoria di incostituzionalità *in parte qua* lascia aperte innegabili difficoltà, spettando “ai giudici comuni trarre dalla decisione i necessari corollari sul piano applicativo, avvalendosi degli strumenti ermeneutici a loro disposizione” e “al legislatore provvedere eventualmente a disciplinare, nel modo più sollecito e opportuno, gli aspetti che apparissero bisognevoli di apposita regolamentazione”; obbligata, perché l'insensibilità del legislatore ai pressanti inviti degli organi di Strasburgo ad adempiere all'obbligo previsto dall'art. 46 CEDU ha, di fatto, determinato l'intervento dei Giudici costituzionali.

Una valutazione attenta al complesso di luci e ombre che accompagnano l'intervento della Corte è stata espressa da **G. Canzio** che ha rivolto alla soluzione prescelta un “addebito di provvisorietà e di disarmonia sistematica”: infatti, il carattere generoso e necessitato della sentenza non sembra poterne elidere gli aspetti di parzialità e di inadeguatezza per la complessiva tenuta del sistema. Gli spazi lasciati alle concrete applicazioni del nuovo istituto da parte della giurisprudenza di merito e di legittimità concorrono a delineare uno scenario di

SURACI L., *Verso nuovi equilibri in tema di revisione (a proposito di Corte cost. n. 113 del 2011)*, in *Archivio penale*, 2011, 567;

TABASCO G., *Decisioni CEDU, processo iniquo e nuovo giudizio*, in *Diritto penale e processo*, 2011, n. 11, 1405.

“eterointegrazione e di supplenza, per un verso sicuramente esaltante per i giudici comuni, ma, per altro verso, preoccupante per la tenuta dei valori, anch’essi fondamentali, dell’autorità del giudicato nazionale e dell’uniformità di applicazione della legge processuale”, nonché del giusto processo regolato per legge.

Sul nuovo volto della revisione

L’introduzione di un nuovo caso di revisione, eterogeneo rispetto a quelli già contemplati dall’art. 630 cod. proc. pen., ha indotto taluni commentatori a riflettere sulla natura e sulla portata di tale mezzo di impugnazione.

Secondo **S. Lonati** “la revisione sembra aver abbandonato la sua tradizionale configurazione per assumere sempre più la caratteristica di impugnazione straordinaria volta a porre rimedio, oltre i limiti del giudicato, a provvedimenti emessi *contra ius* anche per vizi interni al processo che, altrimenti, rimarrebbero privi di specifica tutela”.

L. Suraci ha puntualmente rilevato il timore della Corte di “avere forzato gli schemi di un istituto tradizionalmente configurato quale strumento volto a comporre il dissidio tra la verità processuale consacrata nel giudicato e la verità storica risultante da elementi fattuali esterni al giudicato”: infatti, “rimediare al difetto di equità del processo non significa necessariamente giungere ad un giudizio assolutorio, posto che un giudizio conforme ai criteri di equità sanciti dalla CEDU potrebbe egualmente concludersi con un provvedimento di condanna”. L’introduzione del nuovo caso di revisione, “presentando una certa dose di asistematicità proprio a cagione dell’eterogeneità di esso rispetto a quelli già previsti, ha lasciato aperti seri problemi applicativi”, per la cui soluzione la Corte ha preferito affidarsi al legislatore ed alla giurisdizione. In definitiva, “la revisione ha assunto una nuova conformazione, sia sul piano strutturale che sotto il profilo finalistico”.

Per **M. Chiavario** è stato superato il “tabù” del riferimento alla revisione del giudicato “quale strumento per venire incontro all’esigenza di tutela scaturente dall’obbligo di conformarsi, anche a dispetto di un giudicato interno, alle pronunce della Corte europea ricognitive di violazioni di diritti processuali”. Infatti, la Corte non ha ritenuto che “le pur rilevanti differenze, cui l’istituto deve essere piegato per adattarsi al nuovo presupposto applicativo, si traducano in cause di radicale incompatibilità”; del resto, “già fino ad oggi hanno ... convissuto sotto lo stesso tetto (degli artt. 630 ss Cpp) fattispecie non poco eterogenee” e dunque ben potrebbe essere accolta la nuova fattispecie che presenta come “elemento dissonante” il postulato secondo cui “processo non equo” non significa necessariamente “condanna iniqua”.

P. Rivello ha positivamente valutato la “delicata operazione di ortopedia giuridica” con cui la Corte ha inteso “riadattare un istituto originariamente disegnato con riferimento a finalità non omogenee rispetto a quelle costituenti oggetto delle attese” del rimettente.

C. Musio, ha espresso l’opinione che, nel delineare il nuovo caso di revisione, i Giudici costituzionali hanno voluto prediligere “la riparazione alla riscontrata violazione costituzionale piuttosto che la rigida tutela della *ratio* dell’istituto processuale”.

L. Parlato ha osservato che il giudice delle leggi “spiana la via alla revisione dei processi ritenuti iniqui, seppure nella consapevolezza dell’uso improprio del mezzo di impugnazione straordinario”, secondo la logica del “fine che giustifica i mezzi”. Infatti, la

soluzione prescelta sembra rappresentare “il male minore dinanzi all’attuale mancanza di una disciplina che preveda uno strumento *ad hoc* e all’inadeguatezza dei diversi espedienti interpretativi saggiati”. In quest’ottica, la Corte “ridimensiona non soltanto ogni possibile obiezione tendente a valorizzare i canoni della certezza e della stabilità della cosa giudicata, ma anche ogni preoccupazione in ordine allo snaturarsi del rimedio straordinario, fisiologicamente destinato a comporre lo iato tra verità processuale e verità storica”; invero, “è proprio di un caso diverso di revisione che si è riscontrata la mancanza sistematica”. Per quanto la pronuncia indichi il percorso della revisione, essa finisce per aprire scenari che vedranno, forse, “l’esordio di un nuovo strumento di impugnazione ontologicamente differente dalla revisione e, certamente, inedite declinazioni di quest’ultima”: insomma, la scelta della revisione, peraltro svuotata “di aspetti che normalmente ne caratterizzano l’identità”, non ha inteso ipotecare opzioni future.

Altri autori hanno più esplicitamente dubitato della riconducibilità dell’istituto introdotto dalla decisione al paradigma normativo della revisione.

Per **G. Tabasco** il rimedio individuato dalla Corte “per superare la tendenziale immutabilità del giudicato interno ritenuto iniquo dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, sembra introdurre più un nuovo strumento di impugnazione, ontologicamente diverso dalla revisione stessa, che un nuovo caso di revisione”. Infatti, quest’ultima “antepone alle esigenze di certezza e di stabilità dei rapporti giuridici, sottese all’intangibilità dell’accertamento definitivo, le prioritarie e prevalenti istanze di giustizia del caso concreto”, muovendo dal presupposto che “il divario tra la giustizia come certezza e la giustizia come verità debba necessariamente trarre origini da errori di fatto, non di diritto sostanziale o procedurali dimostrativi della iniquità della condanna definitiva”. Per contro, “il nuovo istituto forgiato dalla Corte costituzionale non postula alcuna contrapposizione fra diverse rappresentazioni fattuali, bensì la disomogeneità fra la sentenza di condanna irrevocabile e un fatto processuale, rappresentato dalla violazione dei principi convenzionali accertata dalla Corte di Strasburgo. In altre parole, il *novum* non è costituito da elementi probatori diversi capaci di minare in radice la ricostruzione del fatto storico oggetto dell’accertamento giudiziale passato in giudicato, bensì dalla sola e riconosciuta violazione dei diritti irrinunciabili sanciti dalla Convenzione europea senza alcuna determinante connessione eziologica con l’esito conclusivo del giudizio”.

Sulla medesima linea si è posto **M. Caianiello** per il quale il rimedio sembra “difficilmente riconducibile al paradigma della revisione”, stante l’inapplicabilità dei “parametri tipici di ammissibilità” e degli “epiloghi decisorii tipici”. Una volta che “la Corte europea abbia dichiarato iniqua la condanna e abbia chiesto esplicitamente una riapertura del processo, non sembrano esservi spazi per la Corte d’appello per rifiutare l’esame dell’istanza di revisione presentata dall’interessato”. Sicché, “un simile rimedio sembra molto più vicino a una remissione in termini per appellare”, assimilabile al meccanismo di cui all’art. 175, comma 2, cod. proc. pen., ovvero “a una sorta di appello *de novo* reso possibile da una richiesta in tal senso della Corte europea”.

Ad avviso di **M. Gialuz** i Giudici avrebbero coniato il nuovo istituto della “revisione europea”, avente un presupposto “molto generico”, “costituito dalla necessità di riaprire il processo per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea”. La riapertura “viene definita sulla base del suo scopo, che è quello di porre l’interessato nelle condizioni in

cui si sarebbe trovato in assenza della violazione accertata”. La tipologia della *restitutio* “varia a seconda dei casi specifici: non è facile tipizzarla *a priori*” in quanto i diritti convenzionali “possono essere violati in diversi modi”; a seconda del tipo di violazione, “varierà l’obiettivo da raggiungere con la revisione europea”. La Corte, da un lato, “riconosce che la riapertura del processo va intesa come concetto di genere” e, dall’altro, “pone la regola duttile della disapplicazione delle norme incompatibili, sul piano logico-giuridico, con l’obiettivo perseguito”. In particolare, “la revisione europea volta a garantire la riapertura per una violazione probatoria si presenta come impugnazione straordinaria limitatamente devolutiva a struttura rinnovatoria”; ove, invece, la lesione trovi corrispondenza nella nullità di un atto propulsivo, “la *restitutio in integrum* sarà possibile solo attraverso un nuovo processo”.

Sul valore del giudicato penale nel quadro dei principi costituzionali ed europei

M. Montagna ha attribuito alla Corte “una precisa scelta in favore del rispetto degli obblighi internazionali e del rispetto dei diritti fondamentali nel processo sanciti, tra l’altro, anche in Costituzione, a discapito del giudicato, di cui, comunque, richiamato il valore, non si rinviene una copertura costituzionale che ostacoli l’efficacia delle norme CEDU”.

A. Ruggeri ha inquadrato l’incrinatura del giudicato penale nell’ambito del più ampio fenomeno di integrazione tra ordinamento interno e ordinamento CEDU: “l’impianto di formale fattura sotteso al giudicato è senza rimpianti rimosso per far posto ad un impianto di carattere assiologico-sostanziale, nell’intento di offrire la più adeguata tutela ai diritti. Alla certezza del diritto, che si assume in tesi essere servita dal giudicato e che di quest’ultimo dunque costituisce la giustificazione e il fine, sembra sostituirsi la certezza dei diritti, che poi interamente si risolve ed afferma nella loro effettività”. Tale contrapposizione viene ritenuta come meramente apparente poiché non può darsi “alcuna certezza di diritto costituzionale che non faccia tutt’uno con la certezza dei diritti costituzionali, anche di quei diritti che non sono dalla stessa Costituzione in modo adeguato protetti e che pertanto fanno appello ad altre Carte”.

L. Parlato ha sostenuto che la sentenza sarebbe andata, “in qualche misura, *ultra petita*”, finendo per “proiettare l’ombra della dichiarazione di incostituzionalità sulle norme di cui agli artt. 631 e 637, commi 2 e 3, c.p.p.”. La neutralizzazione del limite della prognosi assolutoria e la riconosciuta possibilità di una diversa commisurazione della pena farebbero discendere dalla pronuncia conseguenze dirimpenti, “rendendo il *vulnus* alla stabilità del giudicato ancora più profondo di quanto si potesse pronosticare in base ai contorni originari della *quaestio*”.

M. Chiavario ha rimarcato l’essenzialità dell’opportunità presentatasi alla Corte di “fare diretto riferimento all’art. 46 CEDU”: l’evocazione a parametro interposto di una disposizione di garanzia del complessivo catalogo dei diritti convenzionali ha consentito di superare, “con il riconoscimento della prevalenza del giudicato europeo, l’ostacolo che la presenza di un giudicato interno era in grado di frapporre – ed aveva di fatto frapposto – alla piena espansione del diritto spettante alle vittime di processi iniqui di trovare adeguato ed effettivo rimedio alle violazioni subite”.

Secondo **P. Gaeta** la decisione ha prodotto l'effetto della "dissoluzione del giudicato" in cui si risolve la "vicenda del più importante e del più pesante degli adattamenti subiti dal rito penale nazionale in esito all'applicazione della metodica dell'interpretazione conforme". Nel contrasto fra due valori antipodici – "da un lato, l'esigenza di salvaguardare la *fairness* del processo alla luce dei diritti e dei principi sanciti in Convenzione" e, "dall'altro, la necessità di preservare la legalità nazionale espressa nel giudicato, dunque, l'esigenza di certezza (quindi di eguaglianza e quindi anche di giustizia, dal punto di vista nazionale), che vuole appunto intangibile, perché legalmente formatasi e, dunque, presuntivamente giusta, una sentenza definitiva di condanna" – sembra affermarsi la soluzione per cui "solo la convergenza tra ciò che è vero (conformità alle regole nazionali sul processo) con ciò che è fatto da Strasburgo (valutazione di conformità ai diritti fondamentali) conferisce valore di verità al processo". L'Autore ha sviluppato due fondamentali riflessioni al riguardo. La prima ha sottolineato "la legittima esistenza, nella stessa vicenda, di più giudicati (uno dei quali destinato a prevalere sull'altro), fondati su regole di produzione diverse ed aventi, l'uno, lo scopo di accertare la conformità del risultato alle regole ed alla legge nazionale; l'altro – quello in dimensione sovranazionale – di assicurarne la conformità ai diritti fondamentali". In una prospettiva di "stampo assiologico-sostanziale che vede le norme sui diritti, quelle della Convenzione così come quelle della Costituzione, su di un piano orizzontale, sì da consentire al giudice di attingere laddove, a suo giudizio, si ha la più intensa tutela dei diritti", "la preclusione, effetto proprio della cosa giudicata, non viene in essere allorché – pur formalmente rispettate le regole che scandiscono le scadenze procedurali – risulti pretermessa una fondamentale garanzia di difesa". La seconda considerazione ha evidenziato come la sentenza – pur senza rispondere espressamente al quesito "se, tramontato il modello unitario retto da un solo diritto e da una sola *lex*, al tradizionale controllo di costituzionalità della legge si debba accompagnare da parte del giudice nazionale un altrettanto doveroso controllo di convenzionalità" – abbia assegnato al giudice comune "una progettazione operativa davvero *extra ordinem*, precisamente un'attività euristica tesa non solo a reperire il miglior diritto possibile – costituito dalla più intensa garanzia per i diritti nel processo – ma soprattutto a reperire le forme processuali per emendare dallo stigma dell'ingiustizia il rito stesso".

L. Suraci ha osservato che la Corte ha compiuto "una scelta politicamente chiara, nel senso che, pur ribadendo l'indubbia rilevanza dei valori della certezza e della stabilità della cosa giudicata, ha ritenuto che essi siano destinati a soccombere tutte le volte in cui la previsione di meccanismi che facciano venire meno gli effetti preclusivi del giudicato consenta di rimediare a compromissioni di particolare pregnanza delle garanzie attinenti a diritti fondamentali della persona".

Per **P. Rivello** la sentenza ha riconosciuto che, "in presenza di una decisione ritenuta non equa dai Giudici di Strasburgo, i valori espressi dal giudicato e l'istanza di stabilità giuridica, di *firmitas* ad esso connessa, derivante dall'intangibilità del contenuto della decisione, finalizzata ad impedire un nuovo giudizio sullo stesso fatto, devono cedere ed essere giudicati subvalenti rispetto alle esigenze di giustizia riconducibili al doveroso rispetto delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, volte a tutelare il diritto ad un processo equo".

Sull'addizione normativa relativa al nuovo caso di revisione

L'ordinamento si è arricchito di un nuovo caso di revisione idoneo a consentire, nel rispetto degli obblighi internazionali derivanti dalla CEDU, la riapertura di un processo penale che la Corte europea ha ritenuto non equo perché viziato dal mancato rispetto delle garanzie offerte dall'art. 6 della Convenzione. Gli spazi lasciati aperti alle concrete applicazioni giurisprudenziali del rimedio ed alle future eventuali iniziative legislative hanno indotto a qualificare l'intervento della Corte come "additivo di principio" (**S. Lonati, G. Canzio, M. Chiavario, P. Rivello, A. Cerruti**).

G. Tabasco ha ascritto la decisione alla categoria delle additive di principio con cui "non viene introdotta nell'ordinamento una norma immediatamente applicabile, ma viene posto un principio, che potrà costituire un riferimento generale per la giurisprudenza, in via transitoria ed in attesa della sua puntuale attuazione attraverso l'intervento del legislatore". Invero, l'affidamento ai giudici comuni del "compito di concretizzare e delineare, unicamente in via ermeneutica, la disciplina da applicare al caso da giudicare" ha destato forti perplessità perché, in difetto di una normativa "che tipizzi chiaramente e tassativamente le modalità formali e processuali del rito, si finisce per alimentare ipotesi ricostruttive assolutamente discrezionali e del tutto non verificabili aprendo irriducibili spazi di incertezza".

Secondo **C. Musio** i Giudici costituzionali, "a fronte di una questione originata dall'inattività del legislatore, hanno dovuto decidere se porre rimedio alla riscontrata violazione dei principi costituzionali o arrestarsi di fronte alla discrezionalità del Parlamento ed emettere una pronuncia di inammissibilità. Scegliendo, tra le due possibilità, quella che meglio valorizza il suo ruolo di garante della Costituzione e dei diritti degli individui, la Corte si è servita di quella che sembra una sentenza additiva di principio, tipologia di decisione che consente di censurare una illegittima mancanza nel tessuto normativo, senza tuttavia invadere lo spazio di competenza del legislatore. La Corte ha, infatti, fissato un principio generale (la necessità di utilizzare lo strumento della revisione per dare attuazione alle sentenze di condanna da parte della Corte europea) indicando la strada da seguire nei casi concreti, ma, rendendosi conto di essere di fronte ad una questione suscettibile di molteplici soluzioni, la cui scelta esula dalle competenze della Corte medesima, ha fatto salvo il successivo intervento del legislatore".

R.E. Kostoris ha ravvisato nella sentenza "un caso limite di additiva di principio, sia perché pone come termine di raffronto la norma più prossima, non riuscendo ad individuarne una in sé e per sé idonea, sia perché è costretta a ricalibrare a tal punto quella norma di prossimità da stravolgerne la disciplina, lasciando di essa poco più del nome e della funzione di rimuovere un giudicato interno".

A. Cerruti ha sottolineato la "portata" della scelta manipolativa del giudice costituzionale ed il suo "ancoraggio ad una norma dichiaratamente non idonea, ma ritenuta tuttavia maggiormente idonea rispetto ad altre, a costituire la base dell'innesto".

G. Repetto ha rilevato una certa eccentricità dell'intervento *de quo* rispetto al consolidato paradigma delle pronunce additive. In particolare, l'obiettivo primario perseguito dalla decisione di adeguare il diritto interno "ad un'esigenza di tutela proveniente dalle istanze di controllo di Strasburgo" è stato realizzato nonostante la "constatazione della diversità" degli istituti della revisione e di quello la cui introduzione si è resa necessitata in ossequio all'art. 46 CEDU: tale diversità, "solo mitigata" da una generica "assonanza", ha rivelato come nel ragionamento della Corte "finisca per scomparire qualsiasi richiamo a quel criterio

delle rime obbligate che ha tradizionalmente costituito l'antidoto ad un intervento additivo sganciato dal rispetto delle esigenze di coerenza e di continuità ermeneutica tra Costituzione e istituti legislativi". Secondo l'Autore "gli itinerari delle rime obbligate non si limiteranno per il futuro al solo circolo tra legge e Costituzione, come avvenuto sino ad oggi, ma si arricchiranno sempre di più dei contributi che verranno dal piano sovranazionale europeo"; quest'esito è stato salutato "con favore", sebbene implichi "il ripensamento delle tecniche e degli strumenti che hanno segnato il limite dell'azione interpretativa della Corte costituzionale".

Di una "strana addizione" ha parlato **T. Guarnier** ad avviso della quale la pronuncia "non chiarisce molto, né sembra voler guidare il legislatore nella sua futura attività di disciplina del dettaglio del rimedio", avendo adottato "una formula additiva di principio molto vaga – quasi a dispositivo generico". Inoltre, "l'addizione non potrebbe a rigore considerarsi a rime obbligate o, quantomeno, potrebbe esserlo solo ove si ritenesse che il disposto CEDU entri a far parte della nostra Costituzione a pieno titolo", ciò che è contraddetto dall'attuale giurisprudenza che colloca le disposizioni convenzionali ad un livello sub-costituzionale, qualificandole come norme interposte suscettibili di integrare il parametro dell'art. 117, primo comma, Cost. a condizione che rimanga escluso qualsiasi profilo di contrasto con ogni norma costituzionale.

M. Gialuz, ritenendo inappropriata la categoria classica delle additive di principio, ha, invece, qualificato la pronuncia come un'"additiva di istituto". Infatti, la Corte, "andando ben oltre alle aspettative suscitate dalla sentenza n. 129 del 2008, non si è fermata alla proclamazione del principio secondo cui il giudicato penale nazionale deve poter essere superato quando la Corte europea riconosce che la riapertura del processo è necessaria per riparare una violazione della Convenzione". Essa "si è spinta assai più in là, affiancando a questo principio tutta una serie di regole", impegnandosi direttamente nella "costruzione di un istituto nuovo. Non un semplice nuovo caso di revisione, ma una nuova impugnazione straordinaria": la cd. revisione europea. La sentenza "ha inaugurato una tipologia – probabilmente inedita – di pronuncia che può definirsi additiva di istituto: una pronuncia che afferma un principio desumibile dal sistema e lo affianca a regole puntuali che concorrono a plasmare un nuovo istituto", sia pure solo temporaneo in attesa di un auspicato intervento legislativo. Ciò nondimeno, la "distanza da quella creazione a rime obbligate, individuata tradizionalmente come limite alle sentenze manipolative, risulta enorme" perché la Corte "non si limita a esplicitare un principio latente nel sistema, ma inventa qualcosa che non esisteva: un istituto finalizzato a garantire la riapertura in caso di accertamento dell'iniquinà del processo. Il che potrebbe apparire curioso e persino paradossale, se solo si pone mente al canone dell'art. 111 Cost., secondo il quale il giusto processo è regolato dalla legge. Proprio la Corte, custode di quel precetto, è costretta a violarlo per garantire la piena attuazione del giusto processo. Il fatto è che, nella materia dell'ottemperanza alle sentenze della Corte europea, gli equilibri e i confini tradizionali tra i poteri dello Stato erano saltati" già prima. "La verità è che il Giudice delle leggi si è limitato a coronare un processo, che ha segnato la progressiva affermazione del primato del giudice nel raccordo tra ordinamento processuale italiano e sistema convenzionale di tutela dei diritti".

Sulla supplenza della Corte rispetto all'inerzia legislativa

T. Guarnier ha contrapposto alla felicità del parametro prescelto dal rimettente per consentire, diversamente da quanto accaduto nel 2008, un esame nel merito e l'accoglimento della questione, una non tanto nascosta infelicità della Corte che avrebbe mostrato "di non svolgere di buon grado un ruolo di supplenza del legislatore in un settore delicato quale quello della revisione del processo". Il riscontrato *vulnus* convenzionale ha richiesto "un rimedio che, non essendo stato offerto dal legislatore, più volte invitato ad intervenire tanto dagli organi di Strasburgo, quanto dalla Consulta, deve essere introdotto" da quest'ultima che ha fatto intendere "di trovarsi spalle al muro".

Il caso Dorigo è divenuto, a giudizio di **L. Parlato**, "il simbolo di una incombente e ormai imbarazzante situazione di inadempienza dell'Italia rispetto agli obblighi sul piano internazionale".

Secondo **M. Chiavario** "è stato certamente il persistere del nostro legislatore nell'inerzia (insieme all'intrinseca insufficienza delle supplenze giurisprudenziali) a spingere la Corte costituzionale a superare – e in tempi relativamente brevi – la soluzione attendisticamente ammonitrice della sent. 129/2008 per assumere un atteggiamento più decisamente interventista". Peraltro, "le conseguenze negative di un ulteriore prolungamento di quell'inerzia non sono completamente eliminate" poiché la sentenza n. 113 "costituisce, a sua volta, una risposta provvisoria al problema di fondo", anche "per il suo non potersi sostituire alla discrezionalità legislativa nell'articolazione di una disciplina organica". L'auspicio è che si riesca "a mettere in piedi, senza ulteriori ritardi, una normativa, che, senza troppe preoccupazioni nominalistiche, attui al massimo grado l'esigenza di fornire un rimedio efficace e ben calibrato a tutela di un insopprimibile diritto delle vittime di determinate violazioni, ma non manchi neppure di predisporre le opportune cautele affinché la doverosa *restitutio in integrum* non si trasformi in fonte di ingiustificati favori se non di impunità".

L. Suraci ha osservato che la sentenza "costituisce l'epilogo di una sequenza rispondente ad uno schema già sperimentato, essendo stata preceduta da un (purtroppo vano) pressante invito al legislatore affinché ponesse rimedio alla ravvisata lacuna normativa".

C. Musio ha individuato nel pronunciamento della Corte "l'approdo (forse) finale di un lungo periodo di supplenza del legislatore, il quale, nonostante alcune proposte di legge, non ha ancora rimediato alla gravissima lacuna, relegando l'Italia tra gli ultimi Paesi d'Europa ad essere sprovvisti di uno strumento deputato all'esecuzione delle condanne europee".

Differente è l'opinione di **A. Diddi** per il quale l'intervento additivo "non può essere certamente considerato come l'approdo definitivo per la soluzione del problema ma l'inizio di un percorso assai articolato. La breccia è stata certamente aperta ma appare evidente come l'intervento legislativo sia, a questo punto, assolutamente indispensabile, posto che il meccanismo introdotto per via giurisprudenziale non risulta soddisfacente a fornire risposta a numerosi interrogativi. La revisione della decisione costituisce strumento ad alto tasso di rendimento per l'attuazione di quelle decisioni della Corte che abbiano evidenziato violazioni inerenti al procedimento probatorio. Vi sono casi nei quali, però, il meccanismo della revisione non sembra operare così bene perché, qualora la Corte europea abbia accertato violazioni di altre garanzie del giusto processo, si correrebbe il rischio di privare l'interessato di gradi di giudizio. In ipotesi del genere, la *restitutio in integrum* necessaria per emendare l'*error in procedendo* non può che richiedere la ripetizione dell'intero processo. L'intervento legislativo non potrà, peraltro, limitarsi alla introduzione di rimedi che operino solo sul

momento patologico in quanto le disposizioni della convenzione richiedono anzitutto di essere attuate nel processo e benché tutti i giudici siano chiamati ad applicare la convenzione, difetta nel sistema del giudizio di legittimità la possibilità di far valere, con un motivo autonomo di ricorso, un vizio da violazione dei principi posti a salvaguardia dei diritti dell'uomo”.

Sui rapporti tra ordinamento interno e Convenzione europea dei diritti dell'uomo

La pronuncia, pur richiamandosi ai consolidati orientamenti inaugurati dalle sentenze gemelle nn. 348 e 349 del 2007, è stata ritenuta da diversi commentatori espressiva di un salto di qualità nel processo di integrazione tra l'ordinamento nazionale ed il sistema CEDU.

Come ha evidenziato **G. Repetto**, “l'esame della Corte costituzionale si sposta dalla verifica dell'assenza di tutela in un singolo caso (con cui si era cimentata sinora) alla questione, ben più complessa e gravida di implicazioni, dei rimedi da approntare nel caso in cui il diritto nazionale non riesca a garantire il pieno ed effettivo ristoro del diritto convenzionale leso”. In quest'ottica, l'integrazione tra ordinamenti sembra svilupparsi non più solo sul piano formale delle fonti (sul quale si erano basate le pronunce del 2007) ma piuttosto su quello sostanziale di “definizione e articolazione dei singoli strumenti di tutela”, con conseguente incremento dell'effettività della protezione dei diritti. Un eventuale ricorso generalizzato al parametro interposto dell'art. 46 CEDU finirebbe per trasformare tale disposizione convenzionale in una sorta di “trasformatore automatico del diritto CEDU in diritto interno” e per ridurre ad una mera ipotesi di scuola quella dell'eventuale contrasto delle norme convenzionali con le conferenti tutele offerte dalla Costituzione, che esclude l'idoneità delle prime ad integrare il parametro dell'art. 117, primo comma, Cost.

La novità del caso deciso dalla sentenza n. 113 è stata bene rimarcata da **M. Chiavario** secondo cui la Corte, “per la prima volta”, è stata “chiamata ad interpretare e ad applicare non tanto una componente del catalogo dei diritti e delle libertà fondamentali, quanto, piuttosto, una norma di garanzia esterna rispetto a tale catalogo”. Infatti, per quanto la declaratoria di incostituzionalità trovi la sua “radice remota nel dettato dell'art. 6 CEDU, quale presidio a garanzia dell'equo processo”, “la norma interposta, nella specie direttamente assunta a *trait d'union* con la regola costituzionale, è una disposizione di genere diverso e di differente collocazione nel sistema della Convenzione europea: l'art. 46 CEDU”.

Anche **P. Pustorino** ha messo in risalto la novità costituita dalla circostanza che “la norma Cedu considerata interposta fra Costituzione e legislazione ordinaria non è una norma sostanziale, relativa cioè alla protezione dei singoli diritti o libertà previsti nella Cedu o nei protocolli addizionali, bensì la disposizione che obbliga gli Stati parti della Cedu a conformarsi alle sentenze definitive della Corte europea”. In tal modo, sembrerebbe superato “ogni possibile dubbio circa il fatto che tutte le norme appartenenti al sistema normativo della Cedu, siano esse di natura sostanziale, procedurale o relative agli obblighi di esecuzione delle sentenze della Corte europea, godano del medesimo trattamento giuridico nell'ordinamento italiano, assumendo quindi il carattere di norme superiori alla legge ordinaria”. Lo stesso Autore ha altresì sottolineato le ripercussioni sistemiche dell'affievolimento dei principi della certezza del diritto e della stabilità della *res iudicata* rispetto all'esigenza di consentire la riapertura di un processo penale convenzionalmente iniquo. La valutazione della Corte sull'assenza dell'incompatibilità nella specie tra Costituzione e Cedu – “in ragione della

rilevanza delle violazioni accertate dalla Corte europea e della sostanziale convergenza di contenuto fra l'art. 6 Cedu e l'art. 111 Cost." – dovrebbe, infatti, indurre a ritenere che "la clausola di salvaguardia dei valori costituzionali sia destinata a funzionare soltanto in casi eccezionali, prova ne sia il fatto del resto che sinora essa non ha mai trovato applicazione. In questa impostazione vi si può scorgere in prospettiva qualche elemento di analogia fra il rango della Cedu e il rango del diritto dell'UE nell'ordinamento italiano. Anche in merito al diritto dell'UE la clausola di salvaguardia dei valori costituzionali non è mai stata concretamente applicata. Né, al momento, sembra avere particolare rilievo il fatto che, mentre per il diritto dell'UE la salvaguardia concerne i principi costituzionali fondamentali e inderogabili, per la Cedu il limite sarebbe assai più ampio e costituito da tutte le norme costituzionali".

A. Ruggeri ha notato la "brusca accelerazione del processo di europeizzazione della giurisprudenza costituzionale" che ha fatto recedere il valore della certezza del diritto di fronte a compromissioni di particolare pregnanza delle garanzie attinenti a diritti fondamentali della persona. Efficacemente si è sostenuto che "la certezza del diritto deve farsi da canto, nella scala costituzionale dei valori, davanti alla certezza dei diritti costituzionali, vale a dire alla loro effettività, quale risulta in forza dei riconoscimenti fatti a beneficio dei diritti stessi dalla Corte europea. V'è certezza del diritto, insomma, fintantoché e dove v'è garanzia dei diritti". E' stato, inoltre, rilevato un "filo diretto" che lega l'approdo della sentenza n. 113 alla pregressa giurisprudenza costituzionale che – nell'ambito delle operazioni di bilanciamento rimesse alla Corte per convalidare l'integrazione del parametro dell'art. 117, primo comma, Cost. da parte della CEDU, subordinata ad un *plus* di tutela per il complesso dei diritti costituzionalmente rilevanti – si è appellata al "principio o criterio della tutela più intensa allo scopo di individuare la norma – interna o esterna – da far valere nel caso". In una prospettiva di accentuata integrazione interordinamentale e di auspicata diffusione del controllo di compatibilità convenzionale della legislazione interna, il bilanciamento tra norma esterna e norma di origine interna (anche costituzionale) è stato ricostruito come "bilanciamento endocostituzionale", "siccome idoneo ad impiantarsi ed a svolgersi in seno alla trama strutturale dei principi" di tutela della persona e della sua libertà e dignità posti dagli artt. 2 e 3 Cost.; ciò in ossequio alla caratteristica apertura dell'ordinamento italiano al diritto di provenienza esterna.

M. Caianiello ha sostenuto che, con la sentenza in esame, "la linea interpretativa tesa ad attribuire sempre maggiore rilevanza alla CEDU nell'ambito della gerarchia delle fonti sembra raggiungere il suo vertice", atteso che, dalle sentenze gemelle del 2007 ad oggi, "il margine di apprezzamento riconosciuto dalla Corte costituzionale, nel rapporto tra Convenzione e legge ordinaria, si è andato riducendo, sino a divenire molto esiguo". Infatti, "le pur importanti necessità che i rapporti giuridici siano certi e stabili e che il sistema mantenga una coerenza interna non sono sufficienti a precludere la declaratoria di illegittimità: il dovere di ripristinare *in integrum* il diritto fondamentale violato prevale sulla tutela della tradizione nazionale". Considerando la CEDU alla stregua di diritto dell'Unione di rango primario, "sembra divenire attuale il tema della disapplicazione, da parte del giudice nazionale, della legislazione in contrasto con la Convenzione" e "l'opzione negativa adottata dalla Corte" al riguardo "sembra oggi fondarsi su basi meno sicure".

R. Conti ha ravvisato nella pronuncia “un passo formidabile verso la piena valorizzazione della CEDU e della giurisprudenza della Corte europea” e la conferma del ruolo della Corte costituzionale di “autentica protagonista e garante della legalità costituzionale”.

M. Gialuz ha riconosciuto ai Giudici costituzionali l’apertura ad istanze sovranazionali “per garantire l’attuazione di un sistema di legalità assai differente” che “si colloca in una posizione intermedia tra *civil law* e *common law*” e “nel quale il giudice contribuisce in maniera decisiva alla formazione della regola da applicare al caso specifico. All’apparenza, si tratta di una concessione alla Corte di Strasburgo: in realtà, ciò è vero fino a un certo punto. Infatti, sarà sempre il giudice nazionale a conservare, alla fine, il ruolo del traduttore del diritto convenzionale e delle direttive della Corte europea nel diritto nazionale”. La sentenza, insomma, “potrebbe contribuire a incentivare il superamento della logica della separazione degli ordinamenti: porterà infatti a responsabilizzare molto i giudici comuni circa il rispetto dei diritti riconosciuti dalla Convenzione”.

Non sono, peraltro, mancate in dottrina opinioni critiche sulla coerenza del “cammino convenzionale” della Corte costituzionale.

T. Guarnier ha ravvisato nel dispositivo della sentenza una dualità, difficilmente conciliabile, di intenti e di tensioni: “da una parte, vi è una piena consonanza con l’impostazione duale” dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento CEDU, “ove si ritiene necessario introdurre”, attraverso l’imprescindibile strumento dell’incidente di costituzionalità, “uno strumento interno di attuazione delle sentenze” europee; “dall’altra, l’introduzione di questo strumento conduce verso un sistema tutt’altro che duale. Sarà infatti possibile per il giudice comune, ove lo riterrà opportuno, riaprire, revisionare il processo alla luce della contestata violazione della CEDU e, in quella sede, il giudice si farà il concreto garante del rispetto dei diritti processuali di cui si è riscontrata una violazione a Strasburgo. Volendo mutuare l’espressione tipica dell’ordinamento comunitario, egli si farà insomma giudice comune della Convenzione europea. Ne risulta un quadro di integrazione tra ordinamenti particolarmente forte, tanto nella fase ascendente (di giustificazione delle argomentazioni portate a sostegno del dispositivo), quanto nella fase discendente (del precipitato della decisione sul ruolo dei giudici comuni nell’attuazione delle sentenze e del disposto convenzionale). L’integrazione dell’ordinamento interno con gli ordinamenti sopranazionali esercita una spinta propulsiva verso la creazione giurisprudenziale del diritto, obbligando i giudici ad intervenire in funzione suppletiva. Che si stia per abbattere gli ultimi baluardi del dualismo nei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento convenzionale è ancora presto per dirlo, ma, a conti fatti, le premesse del discorso della Corte paiono oggi più che mai vacillare di fronte al portato di conseguenze cui il percorso intrapreso conduce”.

G. Tabasco si è soffermato sui rischi connessi all’importanza del ruolo riconosciuto ai giudici comuni in sede di applicazione del nuovo istituto ed ha, in particolare, evidenziato la possibilità che, a fronte di atti processuali formalmente rituali ma ritenuti dal giudice europeo lesivi delle garanzie difensive, “il giudice comune, attraverso interpretazioni forzate che rendono la norma interna compatibile con quella convenzionale, applichi direttamente la norma sopranazionale, così come dovrebbe avvenire se si considerasse la Convenzione dei diritti dell’uomo come parte integrante del diritto dell’Unione europea. E ciò in aperto

contrasto con la soluzione attualmente accolta anche dalla Corte costituzionale” in relazione ai rapporti tra ordinamento interno e Convenzione europea.

Di vere e proprie “aporie nel ragionamento della Corte delle leggi” rispetto ad alcuni suoi precedenti arresti ha parlato **R. Conti**. Il consolidato orientamento dei Giudici, espressamente ribadito dalla sentenza n. 113, ha finora privato il giudice comune del “potere di dare immediata attuazione ai diritti CEDU”. Tuttavia, la stessa pronuncia ha finito per affidare al giudice comune “un’opera di disapplicazione delle norme interne sul processo di revisione” inconciliabili sul piano logico giuridico con l’obiettivo di consentire la riapertura del processo convenzionalmente iniquo, nonché il compito di “coniare nuove forme di invalidità per le cause di non equità del processo rilevate dalla Corte europea e coperte dal precedente giudicato, superando il principio che escludeva la rilevanza degli *errores in procedendo* una volta divenuta irrevocabile la sentenza”. La delineata prospettiva, benché logica, economica e giusta nella sua “calibratura assiologica”, “finisce però col ritorcersi contro l’architettura dei principi espressi dal giudice delle leggi a partire dalle sentenze gemelle del 2007” e potrebbe essere etichettata “di dubbio fondamento normativo alla stregua delle coordinate fissate dallo stesso giudice delle leggi a sé stesso, al legislatore ed ai giudici nel sistema dei rapporti fra CEDU e norma interna”. Il riconoscimento ai giudici comuni di “un potere ben superiore a quello attribuito nella cornice dei principi scolpiti dalle sentenze gemelle” sembrerebbe postulare l’abbandono della “logica del primato e della gerarchia che continua ad aleggiare fortunatamente più nelle dichiarazioni che non nella sostanza delle decisioni” costituzionali. In definitiva, “il primato che la Consulta sembra volere fare pesare rispetto al giudice comune non trova solide radici ed appare, anzi, fortemente vulnerato dal ruolo attivo giocato dagli altri giudici non costituzionali sul terreno della protezione dei diritti umani”.

Rilievi analoghi sono stati svolti altresì da **F. Romoli** che ha riscontrato “una sorta di contraddizione (almeno) logica tra il negare al giudice comune il potere di disapplicare la norma interna anticonvenzionale nel corso del processo ed il permettere, poi, la riapertura dello stesso processo, una volta chiuso e definito, che pure già si sapeva (o si poteva preventivare come) viziato”. La Corte avrebbe dunque omesso di spiegare “perché, se da un lato riconosce sì grande autorità alle decisioni dei giudici di Strasburgo tale da scardinare il dogma dell’intangibilità del giudicato, di fatto resuscitando processi già conclusi magari da anni, allo stesso tempo, dall’altro, la stessa giurisprudenza europea non possa rilevare in giudizi ancora viventi e dunque ancora plasmabili ed emendabili”.

Opportunità e rischi insiti nel progredire dell’integrazione tra ordinamenti sono stati, infine, ben tratteggiati da **A. Cerruti**: “oggi, ai piani della legalità ordinaria della legislazione e della legalità (*rectius*: legittimità) costituzionale, si aggiungono con sempre maggiore insistenza il piano della legalità sovranazionale (comunitaria) e, a giudicare della giurisprudenza costituzionale circa il valore della CEDU nell’ordinamento italiano, anche una sorta di legalità convenzionale”. Il *novum* della sentenza consisterebbe proprio nell’accreditare questa prospettiva; infatti, posto che “l’effettivo influsso della Convenzione europea sull’ordinamento italiano finisce per dipendere in buona parte dalle pronunce del giudice europeo, il cui giudicato viene a porsi potenzialmente in conflitto con i giudicati interni e persino con il giudicato costituzionale”, “la sfida sottesa all’individuazione delle modalità di esecuzione delle sentenze europee è in realtà quella di definire i termini del

rapporto tra legalità – costituzionale e ordinaria, sostanziale e processuale – nazionale, sintetizzata dal giudicato, e legalità convenzionale, riaffermata dalla sentenza della Corte europea”. La Corte, da un lato, “riproduce e conferma i termini del rapporto tra l’ordinamento italiano e CEDU stabiliti nelle sue precedenti sentenze”, dall’altro, “sembra andare oltre sul piano dell’integrazione tra ordinamento costituzionale e sistema convenzionale, nella misura in cui pare avere consapevolmente e condivisibilmente rimediato all’evidente assenza nell’ordinamento italiano delle rime obbligate, trasferendo, per così dire, i termini dell’intervento additivo dal piano legislativo a quello convenzionale. Ciò forse a riprova del fatto che, nonostante le resistenze e le rivendicazioni che spesso contrappongono più che far dialogare le Corti, l’integrazione degli ordinamenti è ormai una necessità e che la teoria dualistica ha ancora poche carte da spendere. L’introduzione di una deroga al principio di intangibilità del giudicato nazionale, in nome di una sorta di giudicato europeo sulla violazione di diritti umani fondamentali, potrebbe favorire l’evoluzione della nozione stessa di certezza del diritto. E’ da auspicare, tuttavia, che la Corte trovi parimenti il modo di garantire, nei fatti, che il moltiplicarsi delle Corti ed il fiorire dei principi di riferimento per la giurisprudenza comune, in assenza di una predeterminata gerarchia, non svuotino la certezza del diritto dall’interno, invece di ampliarne la portata”.

Le pensioni svizzere

SOMMARIO

<i>La vicenda delle c.d. pensioni svizzere</i>	39
<i>La sentenza della Corte costituzionale n. 172 del 2008</i>	41
<i>La sentenza Cedu, Maggio e altri c. Italia</i>	43
<i>La sentenza della Corte costituzionale n. 264 del 2012</i>	44
<i>La sentenza Cedu, Stefanetti e altri c. Italia</i>	48
<i>Alcuni commenti</i>	50

~ ~ ~

La vicenda delle c.d. pensioni svizzere

La vicenda in esame rappresenta una triangolazione tra Corte di cassazione, Corte costituzionale e Corte di Strasburgo.

In base all'Accordo aggiuntivo alla Convenzione tra l'Italia e la Svizzera sulla sicurezza sociale del 14 dicembre 1962, Accordo concluso il 4 luglio 1969 ed eseguito con legge 18 maggio 1973, n. 283, i contributi versati in Svizzera dai lavoratori italiani possono essere trasferiti in Italia ai fini della determinazione della pensione.

In applicazione di detto Accordo, la giurisprudenza italiana sia di merito sia di legittimità (fra le altre, Corte di cassazione sentenze n. 7455 del 2005, n. 4623 e n. 20731 del 2004), sempre contestata dall'INPS, aveva sostenuto che siffatta determinazione dovesse avvenire con il metodo retributivo, sulla base della retribuzione effettivamente percepita dal lavoratore in Svizzera, e ciò nonostante che i contributi versati fossero di gran lunga inferiori a quelli corrisposti dai lavoratori in Italia.

Come reazione all'orientamento giurisprudenziale, attestato in una situazione di c.d. diritto vivente, l'art. 1, comma 777, della legge finanziaria n. 296 del 2006, con un'interpretazione autentica dell'articolo 5, secondo comma, del d.P.R. 27 aprile 1968, n. 488 sul "nuovo sistema di calcolo delle pensioni", disponeva che la retribuzione pensionabile dovesse essere proporzionata, nel caso di lavoro svolto all'estero, all'entità dei contributi effettivamente versati. La norma, essendo norma di interpretazione autentica, aveva carattere retroattivo ed era applicabile anche ai trattamenti pensionistici oggetto di controversie giudiziarie pendenti.

La Corte di cassazione sollevava questione di legittimità costituzionale della disposizione, in riferimento agli articoli 3, primo comma, 35, quarto comma, e 38, secondo comma, della Costituzione; la Corte costituzionale, con la sentenza n. 172 del 2008, dichiarava la questione non fondata, ritenendo che la norma impugnata non determinasse alcuna lesione dell'affidamento del cittadino nella certezza dell'ordinamento giuridico, in quanto assegnava alla disposizione interpretata un senso già da essa desumibile, anche perché l'ente previdenziale aveva continuato a contestare la interpretazione sostenuta dalle

controparti private, ed accolta dalla giurisprudenza, rendendo così reale il dubbio ermeneutico.

A tale giurisprudenza si adeguava la Corte di cassazione (Cass., sez. un., n. 17076 del 2011; Cass., n. 23754 del 2008).

La questione veniva portata alla Corte di Strasburgo, che, con la sentenza del 31 maggio 2011, caso *Maggio e altri c. Italia*, accertava la violazione del principio dell'equo processo ex art. 6, par. 1, della CEDU, ritenendo che, anche se era ravvisabile un "motivo di interesse generale" in ragione dell'esigenza di equilibrio del sistema pensionistico, questo non poteva considerarsi "sufficientemente impellente", tale da giustificare l'efficacia retroattiva della norma nazionale, tenuto conto che in generale le esigenze finanziarie di contenimento della spesa previdenziale non possono, da sole, autorizzare il potere legislativo a sostituirsi al giudice nella definizione delle controversie. Per contro, la Corte europea, data l'esiguità dei contributi versati in Svizzera rispetto a quelli versati in Italia, respingeva la pretesa dei ricorrenti a che fosse accertata anche la violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1 sulla tutela della proprietà.

La Corte di cassazione sollevava nuovamente la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 777, della legge n. 296 del 2006, con riferimento, questa volta, all'art. 117, primo comma, Cost. in relazione all'art. 6, par. 1, Cedu, come interpretato dalla Corte di Strasburgo nella citata pronuncia *Maggio*.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 264 del 2012, dichiarava non fondata la questione, ritenendo che sul versante interno la violazione del parametro interposto, costituito dalla norma Cedu così come interpretata dalla corte di Strasburgo, non ridonda in violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.

A distanza di oltre un anno dalla decisione della Corte costituzionale n. 264 del 2012, interviene la sentenza Cedu del 15 aprile 2014, *Stefanetti e altri c. Italia*, resa in relazione ad otto ricorsi, analoghi a quelli decisi con la sentenza *Maggio e altri c. Italia*, proposti da cittadini italiani nel 2010.

La sentenza *Stefanetti* accoglie gli anzidetti ricorsi in relazione all'articolo 6, par. 1, della Convenzione e, questa volta, anche in relazione all'articolo 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione, per avere i ricorrenti dimostrato che l'applicazione del calcolo meno favorevole ha di fatto causato il dimezzamento del loro trattamento pensionistico.

L'esecuzione

La pronuncia della Corte costituzionale n. 264 del 2012 segna la vittoria dell'INPS nei procedimenti civili contro lo stesso instaurati.

Tuttavia, rimane aperto il contenzioso in sede europea, dove i ricorsi pendenti in materia sono complessivamente circa 350.

In questo contesto, nonostante la decisione della Corte costituzionale che, per la prima volta, ha dichiarato l'esistenza di motivi imperativi di interesse generale che ostano alla penetrazione nell'ordinamento interno della decisione CEDU, e nonostante l'autorevole intervento a sostegno del ruolo degli Stati membri nella tutela dei diritti dell'uomo, anche *sub specie* di esclusiva potestà di definizione delle conseguenze da trarre in ipotesi di conflitto tra

norme interne e Convenzione europea (Corte di giustizia, Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10, Aklagaren: “*il diritto dell’Unione non disciplina i rapporti tra la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (...) e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell’ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale convenzione ed una norma di diritto nazionale.*”), si registra che il Ministero dell’economia e finanze ha già effettuato, ai sensi dell’articolo 1, comma 1225, della legge n. 296 del 2006, il pagamento dei cospicui indennizzi riconosciuti nella sentenza *Maggio* del 2011 (20.000 euro al sig. Maggio e 50.000 euro a ciascuno degli altri quattro ricorrenti per i danni materiali subiti; nonché 12.000 euro, più l’importo eventualmente dovuto a titolo di imposta, a ciascun ricorrente per i danni morali).

Per il caso *Stefanetti ed altri c. Italia*, il Governo ha chiesto in data 15 luglio 2014 il riesame dinanzi alla Grande Camera della sentenza pronunciata, contestando la violazione dell’articolo 1, Protocollo 1.

Il ricorso alla Grande Camera rinvia ogni decisione in ordine alla quantificazione del danno patrimoniale.

La sentenza *Stefanetti* del 2014, infatti, ritenendo che la questione del risarcimento del danno patrimoniale non fosse matura per la decisione, ne ha disposto la riserva per intero ed ha invitato il Governo e i ricorrenti a presentare, entro tre mesi dalla data in cui la sentenza sarà divenuta definitiva, le loro osservazioni scritte sulla questione e, in particolare, a notificare alla Corte qualsiasi accordo cui essi potranno giungere (le parti hanno richiesto: euro 435.549 Sig. Stefanetti; euro 394.309 Sig. Rodelli; euro 391.462 Sig. Negri; euro 452.878 Sig. Della Nave; euro 423.348 Sig. Del Maffeo; euro 565.282 Sig. Cotta; euro 375.771 Sig. Curti; euro 873.683 Sig. Andreola).

Per il danno morale, invece, la sentenza *Stefanetti* ha liquidato in via equitativa a ciascun ricorrente euro 12.000, oltre l’importo eventualmente dovuto a titolo di imposta.

~ ~ ~

La sentenza della Corte costituzionale n. 172 del 2008

La vicenda delle pensioni svizzere è decisa una prima volta dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 172 del 2008, che dichiara la questione non fondata, in relazione esclusivamente a parametri interni (artt. 3, primo comma, 35, quarto comma, e 38, secondo comma, Cost.).

Il dubbio ermeneutico era reale perché l’ente previdenziale aveva sempre contestato l’interpretazione sostenuta dalle controparti private ed accolta dalla giurisprudenza

La norma ha reso esplicito un precetto già contenuto nelle disposizioni oggetto dell’interpretazione autentica e conseguentemente essa non ha leso il principio della certezza giuridica

La legge assicurava la razionalità complessiva del sistema previdenziale e, nel contempo, assicurava ancora una pensione sufficiente e soddisfacente, adeguata alle esigenze di vita di un lavoratore

“Caratteristica comune di tutte le menzionate norme di definizione della retribuzione pensionabile è che esse si collocano nell'ambito di un sistema previdenziale tendente alla corrispondenza fra le risorse disponibili e le prestazioni erogate. E ciò anche in ossequio al vincolo imposto dall'art. 81, quarto comma, della Costituzione. Difatti, lo stesso passaggio dal criterio «contributivo» a quello «retributivo» nel calcolo delle pensioni, non è avvenuto a discapito dell'esigenza della sostenibilità finanziaria del sistema. Il principio secondo il quale la pensione deve essere calcolata applicando alla retribuzione mediamente percepita dal lavoratore in un determinato arco di tempo una certa percentuale direttamente proporzionale al numero di settimane coperte da contribuzione ha sempre avuto per presupposto la circostanza che le aliquote contributive vigenti fossero tali da garantire l'equilibrio finanziario di un tale sistema. Se, dunque, le previsioni espresse dall'art. 5, secondo comma, del d. P. R. n. 488 del 1968 e dalle successive disposizioni in materia, implicano che il rapporto tra la retribuzione pensionabile e la massa dei contributi disponibili sia quello espresso dalle aliquote contributive previste in Italia, non è affatto incompatibile con tali norme una loro applicazione, secondo la quale, nei casi in cui occorra calcolare la retribuzione pensionabile di chi abbia versato i contributi secondo sistemi diversi da quello italiano, si proceda ad una riparametrazione della retribuzione percepita all'estero che consenta di rendere il rapporto tra retribuzione pensionabile e contributi versati omogeneo a quello vigente in Italia nello stesso periodo di tempo. Ed è ciò che ha stabilito l'art. 1, comma 777, della legge n. 296 del 2006, disponendo che la retribuzione percepita all'estero, da porre a base del calcolo della pensione, sia riproporzionata al fine di stabilire lo stesso rapporto percentuale previsto per i contributi versati nel nostro Paese nel medesimo periodo. In altri termini, la norma ha reso esplicito un precetto già contenuto nelle disposizioni oggetto dell'interpretazione autentica. Sotto tale profilo essa non è quindi irragionevole (sentenze n. 274 e n. 135 del 2006). La norma censurata, inoltre, assegnando alla disposizione interpretata un significato rientrante nelle possibili letture del testo originario, non determina alcuna lesione dell'affidamento del cittadino nella certezza dell'ordinamento giuridico, anche perché nella fattispecie l'ente previdenziale ha continuato a contestare l'interpretazione sostenuta dalle controparti private – ed accolta dalla giurisprudenza – rendendo così reale il dubbio ermeneutico. Né sussiste violazione del principio di eguaglianza, anch'esso sancito dall'art. 3, primo comma, Cost., perché la salvezza delle posizioni dei lavoratori, cui già sia stato liquidato il trattamento pensionistico secondo un criterio più favorevole, risponde, questo sì, all'esigenza di rispettare il principio dell'affidamento ed i diritti ormai acquisiti di detti lavoratori. Non è leso neppure l'art. 35, quarto comma, Cost., perché l'art. 1, comma 777, della legge n. 296 del 2006 non attribuisce al lavoro prestato all'estero un trattamento peggiore rispetto a quello svolto in Italia, ma anzi assicura la razionalità complessiva del sistema previdenziale, evitando che, a fronte di una esigua contribuzione versata nel Paese estero, si possano ottenere le stesse utilità che chi ha prestato attività lavorativa esclusivamente in Italia può conseguire solo grazie ad una contribuzione molto più gravosa. Infine, non è ravvisabile un contrasto con l'art. 38, secondo comma, Cost., perché la norma censurata non determina alcuna riduzione *ex post* del trattamento previdenziale spettante ai lavoratori. Essa, in definitiva, non fa altro che imporre per legge un'interpretazione già desumibile dalle disposizioni interpretate. Né la rimettente

offre elementi per far ritenere che la norma determini un trattamento pensionistico addirittura insufficiente al soddisfacimento delle esigenze di vita del lavoratore. (*Considerato in diritto*, 2.)

~ ~ ~

La sentenza Cedu, Maggio e altri c. Italia

La sentenza Cedu considera ampiamente la pronuncia della Corte italiana. Tuttavia giunge a conclusioni differenti e accoglie i ricorsi in relazione alla dedotta violazione dell'articolo 6, par. 1, della Convenzione, in quanto lo Stato è intervenuto in modo decisivo per garantire che l'esito del procedimento in cui esso era parte gli fosse favorevole (par. 50). Respinge, invece, la doglianza ai sensi dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione.

Con riferimento alla violazione dell'articolo 6, par. 1, della Convenzione, la Corte EDU:

- ricorda che benché non sia precluso al legislatore disciplinare, mediante nuove disposizioni retroattive, diritti derivanti da leggi in vigore, il principio dello stato di diritto e la nozione di equo processo contenuti nell'articolo 6 impediscono, tranne che per impellenti motivi di interesse generale, l'interferenza del legislatore nell'amministrazione della giustizia allo scopo di influenzare la determinazione giudiziaria di una controversia (par. 43);
- ricorda, altresì, che benché le regole pensionistiche previste dalla legge possano cambiare e non si possa fare affidamento su di un orientamento giurisprudenziale come garanzia contro tali cambiamenti, anche se tali cambiamenti sono svantaggiosi per alcuni beneficiari di prestazioni previdenziali, lo Stato non può interferire in modo arbitrario nella procedura giudiziaria (par. 43);
- constata che, ancorché interpretativa, la legge 296/2006 era innovativa. Non vi era stato alcun contrasto di giurisprudenza, ma si era invece affermato un orientamento unico e ben consolidato, secondo il quale il lavoratore italiano poteva chiedere il trasferimento all'INPS dei contributi versati in Svizzera a suo favore, al fine di conseguire i vantaggi previsti dalla legislazione italiana sull'assicurazione invalidità, vecchiaia e superstiti, compreso quello della determinazione della pensione con il metodo retributivo, in base al salario percepito in Svizzera, a prescindere dal fatto che i contributi trasferiti erano stati versati con un'aliquota svizzera molto inferiore (par. 34);
- osserva che la promulgazione della legge n. 296 del 2006, mentre i procedimenti erano pendenti, in realtà incideva sul merito delle controversie, e la sua applicazione da parte dei vari tribunali ordinari aveva privato di rilievo, per una intera categoria di persone che si trovavano nella posizione dei ricorrenti, la prosecuzione del giudizio (par. 44);
- richiede, al fine di determinare l'esistenza di un motivo impellente di interesse generale in grado di legittimare l'ingerenza del legislatore nell'amministrazione della giustizia, a scapito del rispetto per lo stato di diritto e per il processo equo, che le ragioni addotte per giustificare tale misura siano valutate con il massimo grado di cautela possibile (par. 45);
- ricorda la sua giurisprudenza secondo cui le considerazioni finanziarie non possono da sole determinare le controversie (par. 47), ed esclude la ragionevolezza della legge 296/2006, affermando che "La Corte non riesce a immaginare in quale modo il fine di rafforzare un'interpretazione soggettiva e parziale, favorevole a un ente dello Stato, quale parte nel

procedimento, possa equivalere a una giustificazione dell'interferenza legislativa mentre il procedimento era pendente" (par. 48);

- accetta come una ragione di interesse generale la tesi del Governo secondo cui la legge 296/2006 si era resa necessaria per ristabilire un equilibrio nel sistema pensionistico, ma non è convinta del fatto che essa fosse sufficientemente impellente da superare i pericoli inerenti all'utilizzo della legislazione retroattiva, che ha l'effetto di influenzare la determinazione giudiziaria di una controversia pendente in cui lo Stato è parte (par. 49).

Con riferimento alla violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione, la Corte EDU:

- sottolinea che il problema è sorto nel particolare contesto del regime della previdenza sociale, che è l'espressione della solidarietà della società nei confronti dei suoi membri più vulnerabili (par. 61); – rileva, tuttavia, che il ricorrente, di fatto, aveva versato in Svizzera contributi inferiori rispetto a quelli che avrebbe versato in Italia e che, pertanto, all'epoca aveva avuto l'opportunità di beneficiare di guadagni più sostanziosi, e che, in finale, aveva perso solo un ammontare parziale della sua pensione (par. 63);

- conclude che, tenuto conto dell'ampio margine di apprezzamento dello Stato nel disciplinare il suo regime pensionistico, il ricorrente non era stato costretto a sopportare un onere individuale eccessivo (par. 63).

~ ~ ~

La sentenza della Corte costituzionale n. 264 del 2012

In sintesi, la Corte riconosce che, anche se l'interesse individuale protetto dall'art. 6, par. 1, della CEDU, assume rilevanza costituzionale in virtù dell'art. 117, primo comma, Cost. esso deve soccombere nel bilanciamento con altri interessi e valori, di carattere generale e di pari rango costituzionale, complessivamente coinvolti. Afferma la Corte che la censurata disposizione retroattiva della legge finanziaria è ispirata ai principi di uguaglianza e di proporzionalità, essendo i contributi versati in Svizzera quattro volte inferiori a quelli versati in Italia; che gli effetti della stessa ricadono nell'ambito di un sistema previdenziale tendente alla corrispondenza tra le risorse disponibili e le prestazioni erogate, anche in ossequio al vincolo imposto dall'art. 81, quarto comma, Cost.; che la stessa, infine, assicura la razionalità complessiva del sistema.

Si riproducono per estratto, di seguito, i più importanti passaggi della sentenza.

Il compito e l'onere di identificare i motivi imperativi di interesse generale appartengono ai singoli Stati contraenti

“..spetta a questa Corte il controllo del rispetto dei cosiddetti controlimiti, tanto più nel caso di specie, in cui è già intervenuta una sua sentenza che ha vagliato la disciplina sostanziale di cui si tratta in riferimento a diversi parametri costituzionali, nonché avuto riguardo alle affermazioni della stessa Corte EDU, secondo cui fare salvi i motivi imperativi di interesse generale che suggeriscono al legislatore nazionale interventi interpretativi deve

lasciare ai singoli Stati contraenti quanto meno «una parte del compito e dell'onere di identificarli, in quanto nella posizione migliore per assolverlo, trattandosi, tra l'altro, degli interessi che sono alla base dell'esercizio del potere legislativo».» (*Considerato in diritto*, 3.2.)

La Corte riconosce il principio della “massima espansione delle garanzie”, secondo cui con riferimento ad un diritto fondamentale, il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento interno, ma deve, caso mai, costituire strumento di ampliamento della tutela stessa

La massima espansione delle garanzie implica il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela

La tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro

“Nella giurisprudenza costituzionale si è, inoltre, reiteratamente affermato che, con riferimento ad un diritto fondamentale, il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa. Del resto, l'art. 53 della stessa Convenzione stabilisce che l'interpretazione delle disposizioni CEDU non può implicare livelli di tutela inferiori a quelli assicurati dalle fonti nazionali. Di conseguenza, il confronto tra tutela prevista dalla Convenzione e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, concetto nel quale deve essere compreso, come già chiarito nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela.

Il richiamo al «margine di apprezzamento» nazionale – elaborato dalla stessa Corte di Strasburgo, e rilevante come temperamento alla rigidità dei principi formulati in sede europea – deve essere sempre presente nelle valutazioni di questa Corte, cui non sfugge che la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro”. (*Considerato in diritto*, 4.1.)

Il giudice delle leggi non può sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella data in occasione della sua applicazione al caso di specie dalla Corte di Strasburgo

Spettano, però, al giudice delle leggi le valutazioni sul come ed in quale misura l'applicazione della Convenzione da parte della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano

Le operazioni di bilanciamento che la Corte effettua sono volte non già all'affermazione della primazia dell'ordinamento nazionale, ma alla integrazione delle tutele

“..come più volte affermato da questa Corte (sentenze n. 236, n. 113 e n. 1 del 2011, n. 93 del 2010, n. 311 e n. 239 del 2009, n. 39 del 2008, n. 349 e n. 348 del 2007), il giudice delle leggi non può sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella data in occasione della sua applicazione al caso di specie dalla Corte di Strasburgo, con ciò superando i confini delle proprie competenze in violazione di un preciso impegno assunto dallo Stato italiano con la sottoscrizione e la ratifica, senza l'apposizione di riserve, della Convenzione, esso però è tenuto a valutare come ed in quale misura l'applicazione della Convenzione da parte della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano. La norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., come norma interposta, diviene oggetto di bilanciamento, secondo le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza (sent. n. 317 del 2009). Operazioni volte non già all'affermazione della primazia dell'ordinamento nazionale, ma alla integrazione delle tutele”. (*Considerato in diritto*, 4.2.)

La sostanziale coincidenza tra i principi enunciati dalla Corte italiana e la disposizione convenzionale, come applicata dalla Corte europea, con riguardo al divieto di retroattività della legge

“..siffatta impostazione [sentenza caso *Maggio*] risulta sostanzialmente coincidente con i principi enunciati da questa Corte con riguardo al divieto di retroattività della legge, che, pur costituendo valore fondamentale di civiltà giuridica, non riceve nell'ordinamento la tutela privilegiata di cui all'art. 25 Cost. (sentenze n. 15 del 2012, n. 236 del 2011 e n. 393 del 2006). Il legislatore, nel rispetto di tale previsione, può emanare – come rilevato nelle citate sentenze – disposizioni retroattive, anche di interpretazione autentica, purché la retroattività trovi adeguata giustificazione nella esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscono altrettanti «motivi imperativi di interesse generale» ai sensi della giurisprudenza della Corte EDU.

La richiamata disposizione convenzionale, come applicata dalla Corte europea, integra, quindi, pianamente il parametro dell'articolo 117, primo comma, della Costituzione, rispetto al quale il Collegio rimettente ripropone il dubbio di illegittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 777, della legge n. 296 del 2006”. (*Considerato in diritto*, 5.2.)

La Corte costituzionale ritiene ragionevole il contestato intervento normativo retroattivo in quanto esso è volto ad “evitare sperequazioni e a rendere sostenibile l'equilibrio del sistema previdenziale a garanzia di coloro che usufruiscono delle sue prestazioni”, “così garantendo il rispetto dei principi di uguaglianza e di solidarietà, che, per il loro carattere

fondante, occupano una posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali”

“Tuttavia, nell’attività di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti cui, come dianzi chiarito, anche in questo caso è chiamata questa Corte, rispetto alla tutela dell’interesse sotteso al parametro come sopra integrato prevale quella degli interessi antagonisti, di pari rango costituzionale, complessivamente coinvolti nella disciplina recata dalla disposizione censurata. In relazione alla quale sussistono, quindi quei preminenti interessi generali che giustificano il ricorso alla legislazione retroattiva. Ed infatti, gli effetti di detta disposizione ricadono nell’ambito di un sistema previdenziale tendente alla corrispondenza tra le risorse disponibili e le prestazioni erogate, anche in ossequio al vincolo imposto dall’articolo 81, quarto comma, della Costituzione, ed assicura la razionalità complessiva del sistema stesso (sent. n. 172 del 2008), impedendo alterazioni della disponibilità economica a svantaggio di alcuni contribuenti ed a vantaggio di altri, e così garantendo il rispetto dei principi di uguaglianza e di solidarietà, che, per il loro carattere fondante, occupano una posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali. È ispirata, invero, ai principi di uguaglianza e di proporzionalità una legge che tenga conto della circostanza che i contributi versati in Svizzera siano quattro volte inferiori a quelli versati in Italia e operi, quindi, una riparametrazione diretta a rendere i contributi proporzionati alle prestazioni, a livellare i trattamenti, per evitare sperequazioni e a rendere sostenibile l’equilibrio del sistema previdenziale a garanzia di coloro che usufruiscono delle sue prestazioni”. (*Considerato in diritto*, 5.3.)

La tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro. Mentre la Corte EDU può avere una visione parcellizzata dei singoli diritti di volta in volta coinvolti, la Corte costituzionale “opera una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata”

“Né è priva di rilievo la circostanza che la sentenza della Corte EDU, che è tenuta a tutelare in modo parcellizzato, con riferimento a singoli diritti, i diversi valori in giuoco, da un lato, ritenga sussistente, nella specie, la violazione del diritto dei ricorrenti ad un equo processo, solo per questo riconoscendo loro un indennizzo, e, dall’altro, escluda la violazione dell’articolo 1 del Protocollo n. 1, pur denunciata dai ricorrenti sotto il profilo dell’ingerenza nel pacifico godimento dei loro beni attraverso la riduzione della pensione. La esclusione della violazione dell’articolo 1 del Protocollo n. 1 è motivata dai giudici europei alla stregua della considerazione che la legge n. 296 del 2006 persegue un interesse pubblico, quello di fornire un metodo di calcolo della pensione armonizzato, al fine di garantire un sistema previdenziale sostenibile e bilanciato, evitando che i ricorrenti possano beneficiare di vantaggi ingiustificati, e che il sacrificio subito da costoro non è tale da pregiudicarne i diritti pensionistici nella loro essenza, avendo essi perso solo un ammontare parziale della pensione. Pertanto, la sentenza, non senza considerare «l’ampio margine di apprezzamento dello Stato nel disciplinare il suo sistema pensionistico», rigetta la domanda di riliquidazione della pensione. A differenza della Corte EDU, questa Corte, come dianzi precisato, opera una

valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, ed è, quindi, tenuta a quel bilanciamento, solo ad essa spettante, che, nella specie, dà appunto luogo alla soluzione indicata. E ciò anche considerando, a contrario, che una declaratoria che non fosse di infondatezza della questione, e che espungesse, quindi, la norma censurata dall'ordinamento, inciderebbe necessariamente sul regime pensionistico in esame, così contraddicendo non solo il sistema nazionale di valori nella loro interazione, ma anche la sostanza della decisione della Corte EDU di cui si tratta, che ha negato accoglimento alla domanda dei ricorrenti di riconoscimento del criterio di calcolo della contribuzione ad essi più favorevole. Conclusivamente, la questione di legittimità costituzionale sollevata con l'ordinanza in epigrafe deve essere dichiarata non fondata". (*Considerato in diritto*, 5.4.)

~ ~ ~

La sentenza Cedu, Stefanetti e altri c. Italia

All'origine della causa vi sono otto ricorsi, analoghi a quelli decisi con la sentenza *Maggio e altri c. Italia*, proposti da cittadini italiani nel 2010.

La sentenza Cedu del 15 aprile 2014 interviene a distanza di oltre un anno dalla decisione della Corte costituzionale n. 264 del 2012.

Nel percorso argomentativo la sentenza Cedu dà ampia evidenza alla pronuncia della Corte italiana, così descrivendone il contenuto:

24. La Corte costituzionale faceva riferimento alle conclusioni della causa Maggio, ma riteneva di dover valutare essa stessa la questione; la Corte europea dei diritti dell'uomo aveva riconosciuto che era possibile intervenire in un procedimento pendente qualora sussistessero impellenti motivi di interesse generale, e la Corte Costituzionale riteneva che spettasse allo Stato contraente individuare tali impellenti motivi di interesse generale e intervenire dal punto di vista legislativo per garantire che essi fossero risolti.

25. La giurisprudenza della Corte costituzionale dimostrava che comparando i meccanismi di tutela nazionali e quelli della Convenzione, la tutela delle garanzie doveva prevalere, tenendo comunque conto degli altri interessi costituzionalmente protetti. Il principio del margine di discrezionalità stabilito dalla Corte stessa era di particolare rilevanza e la Corte costituzionale doveva tenerne conto per assicurare un sistema uniforme di norme coerenti.

26. Pur essendo vincolata, in linea di massima, dalla sentenza Maggio (essendo anche i principi posti a suo fondamento principi costituzionalmente riconosciuti), la Corte costituzionale doveva prestarsi a un esercizio di bilanciamento. Essa riteneva che altri interessi opposti, anche essi costituzionalmente protetti e attinenti alla questione in discussione, prevalessero nelle circostanze del caso di specie. Ne conseguiva che esistevano impellenti motivi di interesse generale che giustificavano l'applicazione retroattiva della legge. Invero, gli effetti della nuova legge andavano nel senso di evitare un sistema previdenziale che privilegiasse alcuni a svantaggio di altri, garantendo il rispetto dei principi di uguaglianza e di solidarietà che, per via del loro carattere fondativo, occupavano una posizione privilegiata rispetto ad altri diritti costituzionali. La legge contestata era ispirata ai principi di uguaglianza e proporzionalità e teneva conto del fatto che i contributi versati in Svizzera erano quattro volte inferiori a quelli versati in Italia; in tal modo essa applicava un ricalcolo diretto che consentiva di erogare pensioni proporzionali ai contributi versati, eliminare eventuali disparità e rendere il sistema previdenziale più sostenibile a beneficio di

tutti i suoi utenti. Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo accoglieva questo ragionamento nella causa Maggio in relazione alla doglianza di cui all'articolo 1 del Protocollo n. 1, sebbene non lo ritenesse sufficiente a evitare una violazione dell'articolo 6. A ogni modo, a differenza della Corte che è tenuta a esaminare le doglianze separatamente, la Corte costituzionale doveva adottare un approccio globale e valutare una causa sulla base di tutte le pertinenti garanzie costituzionali. Pertanto la questione dell'incostituzionalità era infondata; e invero una diversa conclusione non solo avrebbe conseguenze sul sistema pensionistico ma andrebbe anche contro lo spirito della sentenza della Corte nella causa Maggio, che aveva respinto le richieste del ricorrente di una pensione basata sul precedente metodo di calcolo.

La sentenza Cedu accoglie gli anzidetti ricorsi in relazione alle dedotte violazioni dell'articolo 6, par. 1, della Convenzione e dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione. Respinge, invece, la doglianza ai sensi dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione in combinato disposto con l'articolo 14 della Convenzione.

Con riferimento alla violazione dell'articolo 6, par. 1, della Convenzione, la Corte EDU:

- conferma le considerazioni svolte nella causa *Maggio e altri c. Italia* (par. 39);
- considera l'ulteriore argomento addotto dal Governo italiano, secondo cui la promulgazione della legge n. 296/2006 mirava:
 - a) a coordinare l'applicazione della Convenzione italo-svizzera e il nuovo metodo di calcolo entrato in vigore nel 1982 che aveva prodotto uno squilibrio nelle relative valutazioni
 - b) ad assicurare il rispetto della volontà originaria del legislatore del 1962 (par. 40);
- riconosce l'esistenza dello squilibrio suddetto, ma evidenzia che lo Stato aveva deciso di intervenire solo ventiquattro anni dopo l'introduzione del nuovo metodo di calcolo e che durante tutto quel tempo i giudici nazionali avevano dato un'interpretazione maggioritaria a favore dei ricorrenti, sicché l'ingerenza legislativa non era prevedibile (par. 42);
- nega, invece, che l'intervento legislativo mirasse a ripristinare l'intenzione originaria del legislatore dopo le modifiche del 1982, proprio in considerazione della sequenza degli eventi e dei tempi (par. 43);
- conclude "ribadendo le considerazioni della Corte nella summenzionata sentenza Maggio" e dichiarando che vi è stata violazione dell'articolo 6, par. 1 della Convenzione (par. 44).

Con riferimento alla violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione, la Corte EDU:

- ricorda che nella causa *Maggio e altri c. Italia*, nello stesso contesto e in circostanze molto simili, aveva escluso la violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 (par. 55);
- rileva che, diversamente dal Sig. Maggio che aveva perso molto meno della metà della pensione, i ricorrenti attuali lamentano di aver subito la perdita di circa due terzi delle loro pensioni (par. 57) e che tale circostanza impone la rivalutazione della censura nel contesto specifico della causa (par. 58);
- osserva che la riduzione di due terzi della pensione è tale da incidere gravemente sul tenore di vita di una persona (par. 60), che la contribuzione in termini assoluti versata in Svizzera dai ricorrenti era di importo considerevole (par.61), che i ricorrenti percepiscono meno della pensione mensile media italiana (par. 63), che le riduzioni hanno inciso sullo stile di vita dei ricorrenti e ne hanno ostacolato il godimento in modo sostanziale (par. 64), che i ricorrenti

avevano deciso consapevolmente di tornare in Italia in un momento in cui avevano la legittima aspettativa di poter percepire delle pensioni più elevate (par. 65);

- afferma che “malgrado la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, non esistevano impellenti motivi di interesse generale che giustificassero l’applicazione retroattiva della legge n. 296/2006, che non era un’interpretazione autentica dell’originaria legge ed era pertanto imprevedibile” (par. 65);

- afferma che le riduzioni non sono proporzionate e che “nonostante le ragioni che erano alla base delle misure contestate, nelle presenti cause la Corte non può concludere che sia stato trovato un giusto equilibrio” (par. 66);

- dichiara che vi è stata violazione dell’articolo 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione (par. 67).

~ ~ ~

Alcuni commenti

Il Presidente **Franco Gallo**, nella relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2012, dopo aver ricordato il principio secondo cui le norme della Convenzione possono integrare l’ordinamento costituzionale alla duplice condizione che non contrastino con la Costituzione (sentenze n. 348 e n. 349 del 2007) e che da esse derivi un *plus* di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali (sentenza n. 317 del 2009), si sofferma sulla sentenza n. 264, rivendicando il ruolo della Corte costituzionale quale garante ultima delle libertà fondamentali consacrate dalla Carta costituzionale : “nell’anno 2012 la Corte ha, per la prima volta, utilizzato tale principio per opporre il limite della Costituzione nazionale all’ingresso del diritto convenzionale nell’ordinamento italiano, ribadendo così il suo ruolo di garante ultima delle libertà fondamentali consacrate dalla Carta costituzionale. Ciò è avvenuto con la sentenza n. 264, relativa alla disciplina dei contributi previdenziali versati in Svizzera da lavoratori italiani. Al riguardo, la Corte di Strasburgo aveva ritenuto che contrastasse con la CEDU una legge italiana che modificava retroattivamente i trattamenti pensionistici di quei lavoratori. La Corte costituzionale non si è allineata a tale pronuncia, considerando pienamente giustificata la disciplina retroattiva alla luce dei principi costituzionali di uguaglianza e solidarietà, non valutati dalla Corte di Strasburgo in sede di bilanciamento. La Corte italiana ha quindi ribattuto che, nel caso di specie, la Convenzione europea dei diritti dell’uomo, come interpretata dalla Corte EDU, non poteva integrare l’ordinamento interno. Questa diversità nell’operare i bilanciamenti tra diritti non deve sorprendere. Mentre, infatti, la Corte EDU pronuncia con effetti limitati al caso concreto e con approccio puntiforme, la Corte costituzionale, invece, deve apprestare una tutela dei diritti «sistemica e non frazionata», inquadrandoli nella cornice pluralistica della Costituzione”.

La riserva esclusiva di bilanciamento

Diversi Autori puntano l’attenzione sull’esplicita affermazione della riserva esclusiva di bilanciamento, quale autentico elemento differenziale con la tutela apprestata dalla Corte di Strasburgo. La distinzione fra una tutela “parcellizzata” e una “sistemica” configurerebbe quasi un’*actio finium regundorum* fra corte costituzionale e corte internazionale, volta a circoscrivere l’impatto sull’ordinamento interno della giurisprudenza di Strasburgo. La Corte costituzionale già nella sentenza n. 317 del 2009 aveva sostenuto che “alla Corte europea

spetta di decidere sul singolo caso e sul singolo diritto fondamentale, mentre appartiene alle autorità nazionali il dovere di evitare che la tutela di alcuni diritti fondamentali – compresi nella previsione generale ed unitaria dell'art. 2 Cost. – si sviluppi in modo squilibrato, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta costituzionale e dalla stessa Convenzione europea". In quel caso la relazione era posta tra Corte europea e autorità nazionali (nell'accezione della Corte di Strasburgo il legislatore è il principale destinatario del "margine di apprezzamento"). La decisione n. 264 del 2012 introduce un elemento innovativo laddove si riferisce specificamente al ruolo e alle funzioni attribuite alle due Corti, rivendicando per la Corte costituzionale un proprio monopolio sul bilanciamento fra diritti.

A. Ruggeri ("a prima lettura" di Corte cost. n. 264 del 2012, in www.diritticomparati.it) afferma che la Corte, con la sentenza n. 264, rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte edu e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale. Egli ritiene che l'esplicita affermazione di una riserva esclusiva di bilanciamento evidenzia che, più che a un dialogo, il rapporto fra le due corti dà luogo a un doppio monologo tra parlanti lingue diverse. Il "sistema" potrebbe essere, puramente e semplicemente, il grimaldello che apre al giudice delle leggi la porta per sfuggire alla "presa" del giudice convenzionale, sgravandolo dell'obbligo di conformarsi a pronunzie sgradite. Definisce l'*animus* del giudice delle leggi espressivo di un nazionalismo o patriottismo costituzionale sterile e, anzi, alla prova dei fatti, dannoso.

Al contrario, **R. Caponi** ("Retroattività delle leggi: limiti sostanziali v. limiti processuali nel dialogo tra le Corti", in *Giur. cost.*, fasc. 6, 2012, pag. 4232) saluta la chiara rivendicazione della Corte come opportuna ed importante anche per il futuro.

C. Pinelli ("«Valutazione sistematica» *versus* «Valutazione parcellizzata»: un paragone con la Corte di Strasburgo", in *Giur. Cost.*, fasc. 6, 2012, pag. 4228B) ritiene che l'ascrizione di un carattere "parcellizzato" alla tutela della corte europea sarebbe frutto di un equivoco. Egli osserva: "La scelta di ribadire con la massima intransigenza il proprio indirizzo sulle leggi di interpretazione autentica nonostante il rigetto della domanda di riliquidazione della pensione si è certo prestata al rilievo di tendere ad accertare «con riferimento a singoli diritti, i singoli valori in gioco», nonché al rimprovero di interna contraddittorietà: un dispositivo che non fosse di infondatezza, dice la Corte nella sentenza commentata, contraddirebbe «non solo il sistema nazionale di valori nella loro interazione, ma anche la sostanza della decisione della Corte EDU di cui si tratta, che ha negato accoglimento alla domanda dei ricorrenti di riconoscimento del criterio di calcolo della contribuzione ad essi più favorevole». Ma se quella è «la sostanza», perché, allora, i giudici di Strasburgo non si sono spinti fino in fondo? Per via della loro interpretazione di «singoli diritti», o perché non se la sono sentita di incidere sul sistema pensionistico di uno Stato membro della CEDU? Nell'occasione, è stato il carattere internazionale, non la tendenza casistica, della tutela apprestata, a prevalere sull'ambizione costituzionale della Corte europea." L'Autore prosegue evidenziando che se, da un lato, il monopolio della Corte costituzionale sul bilanciamento in sede nazionale è un dato incontrovertibile che non richiede alcuna dimostrazione, d'altra parte, anche la Corte CEDU opera frequentemente il bilanciamento fra diritti riconosciuti dalla Convenzione. In realtà, conclude, la Corte costituzionale in questa occasione ha voluto ribadire il carattere

internazionale della tutela della giurisdizione CEDU, così ridimensionando l'ambizione della Corte europea di raggiungere uno *status* costituzionale.

Le leggi d'interpretazione autentica

Altre analisi si incentrano particolarmente sugli aspetti sostanziali. Secondo **A. Ruggeri** (“a prima lettura” di Corte cost. n. 264 del 2012, in www.diritticomparati.it), la sentenza è di interesse in quanto consente di stabilire quale sia sul punto la strategia di fondo che il giudice delle leggi va definendo dei suoi rapporti con la Corte EDU. L'Autore riassume le rispettive posizioni sulle leggi d'interpretazione autentica: tendenzialmente restrittiva quella seguita a Strasburgo (salvi “imperiosi motivi d'interesse pubblico”), tendenzialmente di favore quella della Consulta che annovera tra tali motivi proprio quello della certezza del diritto. Ciò posto, la sentenza n. 264 del 2012 evidenzerebbe un mutamento di linea strategica: la Corte avrebbe abbandonato il riferimento alla certezza del diritto quale “imperioso motivo d'interesse pubblico” per sottolineare la diversa prospettiva da cui le due Corti guardano alla tutela dei diritti: rispettivamente, il singolo diritto e l'intero sistema dei diritti. In altri termini, con la sentenza n. 246 la Corte costituzionale avrebbe abbandonato il terreno di confronto/scontro offerto dall'art. 6 della Convenzione – rispetto al quale appare debole l'argomento della certezza del diritto – e avrebbe spostato il tiro dando al discorso un tono più elevato: “è sul piano del “sistema” che va raffrontata la tutela onde stabilire quale di esse risulti essere maggiormente intensa”. Secondo l'Autore, così facendo, la Corte costituzionale si riserva pur sempre, dal proprio punto di vista dell'ordinamento interno, di poter dire la parola definitiva sulla tutela che realizza la garanzia più avanzata. Il messaggio contenuto nella sentenza n. 264 sarebbe, dunque, che “seppur la salvaguardia di un diritto dato risulti maggiormente avanzata secondo la disciplina posta dalla CEDU, l'intero sistema di beni riceve dalla Costituzione una protezione tale da consentire di pervenire a sintesi assiologiche maggiormente apprezzabili in relazione alle esigenze del caso rispetto a quelle raggiungibili in base alle previsioni convenzionali”.

Nell'ottica di una composizione che eviti il conflitto diretto con la Corte Edu, si pone **R. Caponi** (“Retroattività delle leggi: limiti sostanziali v. limiti processuali nel dialogo tra le Corti”, in *Giur. cost.*, fasc. 6, 2012, pag. 4232). Il conflitto tra le due decisioni in ordine al tema dei limiti alla retroattività delle leggi, si risolve attraverso l'osservazione che la Corte italiana, con la sentenza n. 264, ha collocato al centro dell'attenzione la prospettiva sostanziale ed ha accantonato la prospettiva processuale assunta dalla Corte europea. Secondo l'Autore, la Corte Edu – muovendosi in un quadro normativo piuttosto ristretto che non contempla in una disposizione *ad hoc* il principio dello Stato di diritto – deve affrontare il discorso della retroattività sul piano processuale e fondarne i limiti sull'equo processo (art. 6 Cedu). Al contrario, la Corte italiana si muove su un piano sostanziale in cui rilevano i canoni costituzionali di ragionevolezza e i principi generali di tutela del legittimo affidamento e di certezza delle situazioni giuridiche, anche al fine di assegnare a determinate disposizioni un significato riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario. Dunque, apparirebbe chiara l'affermazione della Corte secondo cui l'impostazione della sentenza *Maggio* “risulta sostanzialmente coincidente con i principi enunciati da questa Corte con riguardo al divieto di retroattività della legge..”.

Il principio di eguaglianza

C. Salazar (“Crisi economica e diritti fondamentali – Relazione al XXVIII convegno annuale dell’AIC” , n. 4/2013, pag. 22) – nel citare **A. Valentino** – sottolinea la scelta della Consulta di far leva sul legame tra uguaglianza e solidarietà, tratto tipico del nucleo duro della Costituzione repubblicana, ma del tutto assente nella Convenzione, la quale non contempla anche i doveri inderogabili accanto ai diritti inviolabili, né tra questi ultimi include *apertis verbis* i diritti sociali. Osserva l’Autore che, dunque, se il contrasto alle volte appare inevitabile, è perché la Costituzione è più complessa della Convenzione e perché il ruolo della Corte italiana è quello di custode di un equilibrio molto più delicato e difficile da ricomporre, di volta in volta, di quello garantito dal Giudice europeo.

L’equilibrio di bilancio

Secondo **M. Belletti** (“Forme di coordinamento della finanza pubblica e incidenza sulle competenze regionali. Il coordinamento per principi, di dettaglio e "virtuoso", ovvero nuove declinazioni dell’unità economica e dell’unità giuridica”, Relazione presentata al Convegno “Il regionalismo italiano tra giurisprudenza costituzionale e involuzioni legislative dopo la revisione del Titolo V”, tenutosi a Roma il 13 giugno 2013) la decisione n. 264 del 2012 della Corte può essere letta come un’anticipazione dell’applicazione del principio di equilibrio di bilancio, che esce dal giudizio in via principale e dal severo sindacato operato al riguardo dalla Corte sulle leggi regionali. Nel bilanciamento tra valori costituzionali, il “valore” dell’equilibrio finanziario - inteso quale corrispondenza tra risorse disponibili e prestazioni erogate, che impedisce alterazioni della disponibilità economica a danno di alcuni contribuenti, come tale funzionale al perseguimento di esigenze di eguaglianza e solidarietà - non può non occupare “una posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali”, divenendo quasi il presupposto indispensabile per garantire in un contesto di eguaglianza e solidarietà la fruizione dei diritti costituzionali e la garanzia degli altri valori costituzionali. In altri termini, l’equilibrio finanziario non è già un fattore limitativo dei diritti costituzionali, ma un fattore che ne garantisce l’equilibrata fruizione.

A. Ruggeri (“a prima lettura” di Corte cost. n. 264 del 2012, in www.diritticomparati.it) è, invece, critico rispetto ad “una Corte preoccupata di anteporre le esigenze dell’erario ad ogni cosa, persino appunto ai diritti fondamentali (e, in ultima istanza, alla dignità della persona umana). Secondo l’Autore “la soluzione oggi accolta dal giudice costituzionale offre un’ulteriore, eloquente testimonianza del fatto che il fondamento dei diritti fondamentali non sta oggi tanto nella Costituzione o in altre Carte, che pure ne danno l’astratto riconoscimento, bensì nel *contesto*: un contesto, di certo, al presente non benigno per i diritti stessi (specie per alcuni diritti e di alcuni soggetti), obbligati a forti riduzioni di senso ed a pressoché sistematico sacrificio davanti al pressante e prioritario bisogno di far salvi i vincoli di ordine economico-finanziario imposti dall’Unione”.

Il dialogo tra le Corti

In altri commenti, la sentenza n. 264 è l’occasione per rivalutare le reciproche relazioni.

In una prospettiva di ridimensionamento dell’efficacia delle norme Cedu (quale, nella specie, l’art. 6, § 1, della convenzione) si pone **M. De Luca** (“Quanto incide l’allargamento

dei controlimiti sulla efficacia delle norme Cedu”, in Foro it., 2013, num. 3, parte I, pag. 791), che vede nella sentenza n. 264, essenzialmente, un’operazione di “allargamento dei controlimiti”. Secondo l’Autore la Corte costituzionale ha individuato quali preminenti interessi generali che giustificano il ricorso alla legislazione retroattiva, da un lato, la certezza del diritto e considerazioni finanziarie e, dall’altro, il rispetto dei principi di uguaglianza e solidarietà; mentre, la Corte edu aveva negato che motivi finanziari e certezza del diritto potessero costituire motivo impellente di interesse generale, in grado di giustificare un’ “interferenza del corpo legislativo nell’amministrazione della giustizia con il proposito di influenzare la determinazione giudiziaria di una controversia”. L’Autore si domanda se la sentenza n. 264 non rappresenti, nella sostanza, un regresso rispetto al sistema delineato dalle sentenze gemelle del 2007, che valorizzando il sopravvenuto art. 117, primo comma, Cost., configuravano le norme pattizie internazionali come norme interposte, integranti la norma costituzionale. In altri termini la “valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata”, ora proposta, rappresenterebbe un ritorno alla funzione meramente interpretativa riconosciuta, dalla giurisprudenza costituzionale, alle norme convenzionali prima delle sentenze gemelle.

F. Bilancia (“Leggi retroattive ed interferenza nei processi in corso: la difficile sintesi di un confronto dialogico tra Corte costituzionale e Corte europea fondato sulla complessità del sistema dei reciproci rapporti”, in Giur. cost., fasc. 6, 2012, pag. 4235) valorizza, invece, il processo di integrazione giurisprudenziale nel quadro della dimensione costituzionale europea, che costituisce il c.d. “dialogo tra le Corti”. Avverte l’Autore che “se le fattispecie oggetto di giudizio potrebbero spingere verso la semplicistica via di un confronto tra sentenze della Corte EDU e della Corte costituzionale italiana per mera sovrapposizione materiale delle questioni trattate, le significative differenze di *thema decidendum* e di *petitum* nei diversi giudizi dovrebbero indurre a qualche maggiore cautela, perché nei due differenti contesti essi non possono essere affatto considerati del tutto sovrapponibili”. In altri termini, valutazioni più attente delle attribuzioni e dei ruoli delle due Corti porterebbero ad escludere che le pur diverse posizioni siano rivelatrici di un effettivo contrasto giurisprudenziale. Le valutazioni da svolgersi nell’ambito del “margine di apprezzamento”, attraverso il bilanciamento tra i contrapposti interessi costituzionalmente protetti, hanno l’obiettivo essenziale della massima espansione delle garanzie (finalità espressamente riconosciuta dalla Corte italiana già nella sentenza n. 317 del 2009), che si realizza, per l’appunto, con l’inserimento della decisione Cedu in un sistema comunque idoneo in astratto ad offrire un livello di tutela adeguato agli *standard* imposti dalla Convenzione. Sottolinea l’Autore – a sostegno della conclusione raggiunta - che gli obblighi di adattamento gravanti sugli ordinamenti interni sono del tutto diversi a seconda che la condanna dello Stato dipenda da un cedimento in un caso concreto, ed isolato, del sistema delle garanzie dei diritti in seno ad un ordinamento statale comunque idoneo, di norma, ad offrire un livello adeguato di protezione dei diritti fondamentali equivalente, se non superiore, a quello imposto dal sistema CEDU; o, viceversa, sia il frutto di una sistematica violazione della Convenzione a causa di un difetto strutturale che generi una stabile, costante incompatibilità dell’ordinamento nazionale con le garanzie offerte dal sistema CEDU, che impone interventi di adeguamento più stringenti. Osserva l’Autore che il tema dell’esecuzione degli obblighi scaturenti dalle sentenze di condanna della Corte europea è complesso. “Le sentenze della Corte europea non hanno, non possono avere, effetti propriamente *normativi* nell’ordinamento italiano” e “Non sempre il principio di diritto

enunciato nella sentenza CEDU può essere trattato nell'ordinamento interno – dal giudice comune e, ancor di più, dalla Corte costituzionale – come se fosse una norma di legge dimenticando che la pronuncia della Corte è legata a doppio filo ad un caso concreto”. “Diverso è, invece, il caso di carenze strutturali del diritto italiano rispetto agli obblighi assunti con la Convenzione: in tal caso, oltre ad un intervento del legislatore ben si potrebbe invocare una sentenza di accoglimento della Corte costituzionale”.

Su un versante opposto si muove **B. Conforti** (La Corte costituzionale applica la teoria dei controlimiti, in Riv. dir. int., 2013, num. 2, pag. 527), il quale sottolinea che con la sentenza n. 264 la Corte ha applicato per la prima volta la teoria dei controlimiti nei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale. L'Autore evidenzia non solo la novità dell'evento ma anche la sua gravità dal punto di vista delle relazioni internazionali. Dopo aver premesso che il diritto internazionale non può pretendere di essere applicato in Italia fino al limite di rottura con valori costituzionalmente garantiti e che la rottura con quei valori può costituire una causa di esclusione di illiceità degli atti interni, si chiede però “se il caso in esame fosse proprio il migliore per inaugurare una prassi in tema di applicazione di controlimiti. Ciò ove si consideri, da un lato, che la Corte è pervenuta a siffatta applicazione attraverso il bilanciamento degli interessi in gioco e non in ossequio a una disposizione costituzionale precisamente e convincentemente individuata, e che, dall'altro, sul piano fattuale, la materia, per così dire, del contendere non aveva eccessiva importanza, avendo la Corte EDU riscontrato la violazione della CEDU solo con riguardo all'incidenza della disposizione della legge finanziaria sui giudizi pendenti”. L'Autore prefigura anche un possibile seguito con ritorno alla Corte di Strasburgo, la quale non avrebbe altra via che condannare l'Italia in applicazione dell'art. 41 della CEDU, al risarcimento del danno.

F. Viganò (Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche: Corte costituzionale italiana e Corte di Strasburgo tra “guerra” e “dialogo”, luglio 2014, in Diritto penale contemporaneo) parla di “primo scontro aperto” e di “rifiuto di prestare obbedienza alla sentenza di Strasburgo”. L'Autore denuncia “l'evidente tentativo della Corte di *ridimensionare l'importanza* – e dunque, in definitiva, di porre in dubbio la vincolatività per l'ordinamento italiano – delle indicazioni provenienti da Strasburgo”, e analizza criticamente le strategie “difensive” o tecniche di “distanziamento”, utilizzate dalla Corte costituzionale a partire dal 2009 e culminate con la sentenza sulle ‘pensioni svizzere’ del 2012. L'Autore così descrive i “tre cattivi argomenti” utilizzati dalla Corte nella sentenza n. 264: a) la Corte include nel concetto di *massima espansione delle garanzie* anche il *necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti*, cioè con *altre norme costituzionali*, e così facendo non declina l'idea del *maximum standard* con riferimento al *singolo* diritto fondamentale (convenzionale ed interno), “bensì con riferimento ad un *saldo complessivo*, che mira alla *massima tutela non solo dei diritti fondamentali, ma anche di tutti i principi e gli interessi – di natura pubblica e privata – riconosciuti dalla Costituzione italiana..*”. La conseguenza è, rispetto al *singolo* diritto fondamentale in gioco, un *livello di tutela inferiore* a quello determinato in sede europea, e questo sarebbe contraddittorio con il principio del *maximum standard*; b) la Corte stravolgerebbe il concetto di *margin* di apprezzamento nazionale, elaborato dalla stessa Corte di Strasburgo. Esso consisterebbe in un atteggiamento prudente e di cautela che la Corte europea impone a se stessa nell'accertamento delle violazioni, “sulla base dell'idea di fondo secondo cui le autorità nazionali si trovano nella posizione migliore per poter individuare punti di equilibrio sostenibili tra tali diritti e

conto interessi. Ma quando la Corte europea *accerta una violazione*, ciò significa che secondo il suo sovrano apprezzamento *il margine di apprezzamento riservato allo Stato è stato in concreto superato*, e che il punto di equilibrio individuato dallo Stato (...) *è incompatibile con la Convenzione*. (...) tutto ciò significa che, una volta che sia stata accertata una violazione, lo Stato soccombente *non ha più alcun margine di apprezzamento da far valere agli occhi della Corte*, se non forse sulle concrete modalità con le quali *eseguire* la sentenza medesima...”; c) la Corte afferma di essere l’unica in grado realizzare una tutela dei diritti fondamentali *sistemica* e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro, mentre la Corte europea ha un approccio “atomistico”, incentrato sulle ragioni di tutela del singolo diritto. L’Autore contesta l’approccio atomistico ed afferma che, anzi, il giudizio davanti alla Corte di Strasburgo è la sede in cui le parti rappresentano tutti i diritti e gli interessi in gioco. Così esaminata la decisione n. 264, l’Autore si pone quella che definisce la domanda cruciale: “chi, tra la Corte costituzionale e la Corte di Strasburgo, possa legittimamente pretendere di avere l’Ultima parola sul risultato di tale bilanciamento tra diritti fondamentali e conto interessati di volta in volta in gioco. Su questo profilo si gioca, in definitiva, la tenuta del modello prefigurato dalle sentenze gemelle...”. L’Autore dà la sua risposta auspicando che la Corte adotti in futuro un approccio maggiormente ‘dialogico’ nei confronti della Corte europea, abbandonando il paradigma “bellico”. Un simile approccio dovrebbe peraltro fondarsi su alcune necessarie condizioni: a) il riconoscimento in linea di principio, anche da parte della Corte costituzionale, del ruolo della Corte EDU di “giudice ultimo” dei diritti fondamentali nello spazio giuridico europeo, b) una lettura fortemente restrittiva dei c.d. “controlimiti”, nonché c) la presa d’atto che la CEDU è parte integrante del “diritto” che i giudici italiani (Corte costituzionale compresa!) sono chiamati ad interpretare ed applicare.

R. Romboli (Il bilanciamento degli interessi costituzionalmente protetti come strumento per l’“integrazione delle tutele” nel dialogo tra le corti, in *Il foro it.*, 2013) descrive, invece, la vicenda come un esempio di armonizzazione e integrazione. Sottolinea che il bilanciamento tra i diversi interessi costituzionalmente protetti che vengono in gioco è la chiave di volta che consente alla corte italiana di armonizzare le due differenti giurisprudenze. Un’attività di bilanciamento che può in fondo spettare solo al giudice costituzionale nazionale che meglio è in grado di assolvere a questo compito, ma che non significa “primazia” dell’ordinamento nazionale, ma più precisamente “integrazione delle tutele”. Aggiunge l’Autore che la Corte ritrova una conferma della bontà della lettura seguita, proprio nella stessa sentenza *Maggio*, e precisamente nel fatto che la Corte europea, mentre condanna l’Italia per violazione dell’art. 6 Cedu, esclude la violazione dell’art. 1 del protocollo n. 1, sotto il profilo dell’ingerenza nel pacifico godimento dei loro beni attraverso la riduzione della pensione.

Secondo **G. Strozzi** (La tutela (s)bilanciata dei diritti fondamentali dell’uomo, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 1/2014) la sentenza n. 264 del 2012, ignorando l’obbligo del rispetto degli accordi internazionali - tra cui anche l’art. 46 CEDU che impone agli Stati parti contraenti il dovere di conformarsi alle sentenze definitive della Corte EDU – si discosta dalla linea tracciata dalle sentenze gemelle. L’Autore giudica il ragionamento seguito dalla Corte nella sentenza n. 264 “contraddittorio e non sufficientemente argomentato”. Parte dalla premessa che la dottrina dei controlimiti, dalla Corte stessa elaborata con riguardo alle norme dell’Unione europea, rappresenti *l’extrema ratio* per evitare che dalla loro applicazione

consegua una violazione dei “diritti inalienabili della persona umana” e dei “principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale”. Ne trae la conseguenza che – come accade per la legge interna di adattamento ai Trattati dell’Unione europea - la Corte costituzionale, nel giudizio *de quo* avrebbe dovuto dichiarare l’illegittimità costituzionale della legge italiana che ha operato l’adattamento alla CEDU nei limiti in cui essa comporta l’applicazione nell’ordinamento interno dell’art. 6 CEDU nell’interpretazione fornita dalla Corte europea. Secondo l’Autore la Corte costituzionale ha voluto ignorare tale aspetto e ha voluto rivendicare una sua funzione prevaricante nella tutela dei diritti fondamentali, che l’accordo internazionale sottoscritto dall’Italia invece riserva alla Corte europea. Espone criticamente la soluzione adottata dalla Corte costituzionale: “...rivendica un suo ruolo autonomo e distinto da quello svolto dalla Corte europea: mentre questa deve “semplicemente” tutelare l’individuo dalla violazione di un diritto fondamentale, la prima sarebbe chiamata a valutare se tale tutela, al momento della sua applicazione e del suo inserimento nell’ordinamento interno, non crei scompensi in quest’ultimo venendo a contrastare, non con altri diritti fondamentali precisamente tutelati da altre disposizioni costituzionali, ma anche con interessi generali dello Stato costituzionalmente protetti”. Tale posizione sarebbe in un’ottica non di integrazione ma piuttosto di separazione e rappresenterebbe il sacrificio dei diritti fondamentali alla “ragione di Stato”, tanto più pericoloso perché in violazione di un obbligo internazionale. Insomma, secondo l’Autore la rivendicazione da parte della Corte costituzionale di un suo margine di autonomia di valutazione della normativa CEDU non è consentita dal diritto pattizio in questione ed è negata dalla stessa Corte di Strasburgo, a meno appunto di mettere in discussione l’obbligo internazionale che l’Italia ha sottoscritto. In sostanza – dice l’Autore – non sembra si possa uscire da questa alternativa: qualora si ritenga che vi sia conflitto non sanabile (neanche in via ermeneutica) della norma convenzionale con altri interessi costituzionalmente protetti (adeguatamente rilevati e motivati), allora la prima, non risultando idonea ad integrare il parametro di cui all’art. 117, Cost., deve essere espunta dal nostro ordinamento giuridico nei modi rituali, cioè dichiarando l’illegittimità costituzionale della legge di adattamento, sia pure limitatamente alla fattispecie in esame, dando così applicazione alla legge interna contrastante che diviene costituzionalmente legittima; altrimenti, in presenza del vincolo internazionale, è la norma interna confliggente con la norma convenzionale che deve essere dichiarata illegittima. Non sembra sostenibile la soluzione accolta dalla Corte costituzionale che sacrifica un diritto fondamentale in palese inosservanza del giudicato vincolante della Corte di Strasburgo.

Il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini

SOMMARIO

<i>Premessa</i>	59
<i>L'istituto del parto anonimo</i>	60
<i>La sentenza della Corte costituzionale n. 425 del 2005</i>	60
<i>La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 25 settembre 2012 (causa Godelli c. Italia)</i>	62
<i>La sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013</i>	66
<i>Alcuni commenti della dottrina alla sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013</i>	70

~ ~ ~

Premessa

La sentenza n. 278 del 2013 ha riscritto il bilanciamento operato dal legislatore tra due diritti fondamentali, quali il diritto del figlio adottivo di conoscere le proprie origini ed il diritto della madre biologica all'anonimato, introducendo la possibilità di un interpello giudiziale ai fini della verifica della persistente attualità dell'opzione materna per il segreto sulla propria identità.

Tra i motivi di interesse della pronuncia, si segnala, innanzitutto, il deciso *revirement* della Corte costituzionale, la quale è pervenuta ad una decisione di accoglimento dopo che, con la sentenza n. 425 del 2005, aveva rigettato un'identica questione. Tra i due arresti giurisprudenziali si colloca cronologicamente la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 25 settembre 2012 nella causa Godelli c. Italia, che, stigmatizzando il difetto di equilibrio e di proporzionalità nella pertinente normativa nazionale, ha indubbiamente costituito un decisivo fattore di ripensamento delle posizioni precedentemente espresse dal giudice costituzionale.

Peraltro, la sentenza del 2013, pur dando ampiamente conto in motivazione della pronuncia di condanna emessa in sede europea, ha ritenuto l'illegittimità costituzionale *in parte qua* dell'impugnato art. 28, comma 7, della legge n. 184 del 1983 sulla base della considerazione di parametri esclusivamente "interni", quali gli artt. 2 e 3 Cost., dichiarando assorbiti i motivi di censura formulati in riferimento anche all'art. 117, primo comma, Cost., la cui evocazione aveva contribuito a differenziare la questione scrutinata da quella esaminata con esito opposto nel 2005.

Infine, è da rilevare che il nuovo bilanciamento "endocostituzionale" tra il diritto del figlio adottivo a conoscere le proprie origini ed il diritto della madre biologica all'anonimato imposto dalla sentenza costituzionale avrà modo di operare effettivamente nei rapporti interprivati solo a seguito dell'intervento del legislatore ordinario al quale la Corte ha rimesso la predisposizione dei concreti meccanismi procedurali volti a contemperare i predetti diritti potenzialmente antagonisti.

~ ~ ~

L'istituto del parto anonimo

L'anonimato del parto é un istituto teso a garantire alla donna la possibilità di partorire in condizioni sanitarie adeguate, e dunque non clandestinamente, senza dover accettare contro la sua volontà la costituzione del rapporto di filiazione. Il parto anonimo si iscrive in un ordinamento, quale quello italiano, informato al principio volontaristico che demanda, in ultima analisi, alla libera scelta della donna l'instaurazione dello *status* di madre. Il diritto all'anonimato della madre naturale può successivamente venire a confliggere con il diritto del figlio, adottato da terzi, a conoscere le proprie origini e l'identità dei genitori biologici. Il legislatore italiano, prima della sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013, aveva bilanciato gli interessi in gioco consentendo, in linea di principio, all'adottato ultraventicinquenne di accedere alle informazioni sulla madre naturale e negando, con la norma da ultimo dichiarata incostituzionale (art. 28, comma 7, della legge n. 184 del 1983), tale accesso in presenza dell'avvenuto esercizio del diritto della madre biologica a non essere nominata nella dichiarazione di nascita. La decisione dei Giudici non ha, peraltro, intaccato l'istituto del parto anonimo né le ragioni di tutela della vita e della salute della madre e del figlio che esso mira a soddisfare. Ciò che è venuto a mutare per effetto della pronuncia costituzionale è il bilanciamento tra i predetti diritti attraverso il riconoscimento al figlio adottivo, che intenda conoscere le proprie origini, della possibilità di chiedere al giudice di interpellare la madre circa la persistenza della sua volontà di rimanere anonima.

~ ~ ~

La sentenza della Corte costituzionale n. 425 del 2005

Il quesito di legittimità costituzionale: la norma impugnata e i parametri evocati

Il Tribunale per i minorenni di Firenze – adito da un soggetto adottato il quale, desideroso di conoscere le proprie origini, aveva chiesto che venisse interpellata la madre biologica circa la persistente attualità della volontà di non essere nominata nella dichiarazione di nascita espressa al momento del parto – ha sollevato d'ufficio la questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 2, 3 e 32 Cost., dell'art. 28, comma 7, della legge n. 184 del 1983 (come modificato dall'art. 24 della legge n. 149 del 2001 e dall'art. 177, comma 2, del d.lgs. n. 196 del 2003), nella parte in cui esclude la possibilità di autorizzare l'adottato all'accesso alle informazioni sulle origini senza avere previamente verificato la persistenza della volontà di non volere essere nominata da parte della madre biologica.

La ricostruzione del quadro normativo di riferimento

La Corte ha preliminarmente ricostruito l'«evoluzione legislativa sul tema dei rapporti tra il minore adottato con adozione legittimante e la sua famiglia di origine», sottolineando come la norma impugnata ne rappresenti il «punto di arrivo». La disciplina originaria, contenuta nel codice civile e confluita nel primitivo testo della legge n. 184 del 1983, si basava sull'opzione di fondo della «totale cessazione» dei rapporti tra adottato e famiglia di origine, salvi i soli impedimenti matrimoniali, «come effetto dell'attribuzione all'adottato dello stato di figlio legittimo dei genitori adottivi». La legislazione successiva è poi

intervenuta a tutelare l'«interesse dell'adottato a conoscere le proprie origini», tenendo peraltro conto della relazione conflittuale tra tale interesse e quello dei genitori naturali e adottivi. Così l'art. 24 della legge n. 149 del 2001 ha introdotto un nuovo testo dell'art. 28 della legge n. 184 del 1983 che, al comma 1, impone ai genitori adottivi di informare il minore adottato della sua condizione, nei modi e termini ritenuti più opportuni, e, nei commi 5 e 6, assoggetta l'accesso dell'adottato alle informazioni sulle proprie origini ad una serie di cautele variamente commisurate alla sua età ed alle ragioni della ricerca. A chiusura di tale sistema, il censurato comma 7 dell'art. 28 contemplava il divieto di accesso alle informazioni se l'adottato non sia stato riconosciuto alla nascita dalla madre naturale e qualora anche uno solo dei genitori biologici abbia dichiarato di non volere essere nominato, o abbia manifestato il consenso all'adozione a condizione di rimanere anonimo. Infine, l'art. 177, comma 2, del d.lgs. n. 196 del 2003 ha nuovamente modificato il comma 7 dell'art. 28, che, nel testo sottoposto a scrutinio, ha ristretto il divieto di accesso dell'adottato alle informazioni sulle origini al solo caso di manifestazione, da parte della madre naturale, della volontà di non essere nominata nella dichiarazione di nascita, ai sensi dell'art. 30, comma 1, del d.P.R. n. 396 del 2000, recante il Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile.

Sulla censura di violazione dell'art. 2 Cost.

Nell'escludere la dedotta violazione dell'art. 2 Cost., insita nella prevalenza in ogni caso assicurata all'interesse della madre naturale all'anonimato sul diritto inviolabile del figlio all'identità personale, la Corte ha, innanzitutto, evidenziato che la norma impugnata «mira evidentemente a tutelare la gestante che – in situazioni particolarmente difficili dal punto di vista personale, economico o sociale – abbia deciso di non tenere con sé il bambino, offrendole la possibilità di partorire in una struttura sanitaria appropriata e di mantenere al contempo l'anonimato nella conseguente dichiarazione di nascita». In tal modo sono stati perseguiti due obiettivi: da un lato, «assicurare che il parto avvenga in condizioni ottimali, sia per la madre che per il figlio» e, dall'altro, «distogliere la donna da decisioni irreparabili, per quest'ultimo ben più gravi». La mancata previsione di alcun tipo di limitazione, anche temporale, per la tutela dell'anonimato della madre è stata così giustificata proprio con l'esigenza di perseguire efficacemente la riferita duplice finalità. In particolare, i Giudici costituzionali hanno sostenuto che «la scelta della gestante in difficoltà che la legge vuole favorire – per proteggere tanto lei quanto il nascituro – sarebbe resa oltremodo difficile se la decisione di partorire in una struttura medica adeguata, rimanendo anonima, potesse comportare per la donna, in base alla stessa norma, il rischio di essere, in un imprecisato futuro e su richiesta di un figlio mai conosciuto e già adulto, interpellata dall'autorità giudiziaria per decidere se confermare o revocare quella lontana dichiarazione di volontà». Pertanto, la norma *de qua* è stata ritenuta espressiva di una «ragionevole valutazione comparativa dei diritti inviolabili dei soggetti della vicenda».

Sulla censura di violazione dell'art. 32 Cost.

Il rigetto della prima censura ha indotto la Corte a negare l'asserita violazione dell'art. 32 Cost. (sotto il profilo del pregiudizio del diritto dell'adottato alla salute e all'integrità

psico-fisica), prospettata come mera conseguenza della lesione del diritto all'identità personale garantito dall'art. 2 Cost.

Sulla censura di violazione dell'art. 3 Cost.

Infine, è stata esclusa la pretesa irragionevole disparità di trattamento fra l'adottato nato da donna che abbia dichiarato di non voler essere nominata, impossibilitato ad accedere alle informazioni sulle proprie origini, e l'adottato figlio di genitori che non abbiano reso alcuna dichiarazione e abbiano anzi subito l'adozione, per il quale l'accesso è consentito. La diversità di disciplina tra le due ipotesi non è stata considerata ingiustificata perché soltanto la prima di esse «è caratterizzata dal rapporto conflittuale fra il diritto dell'adottato alla propria identità personale e quello della madre naturale al rispetto della sua volontà di anonimato».

~ ~ ~

La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 25 settembre 2012 (causa Godelli c. Italia)

Una vicenda di infruttuosa ricerca delle origini da parte di un soggetto affiliato è stata portata all'attenzione della Corte di Strasburgo, la quale, muovendo osservazioni critiche alla pertinente normativa italiana, vi ha ravvisato una violazione dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che tutela il diritto al rispetto della vita privata.

I fatti

La ricorrente Anita Godelli, abbandonata dalla madre biologica che non aveva acconsentito ad essere nominata nella dichiarazione di nascita e affidata ad una nuova famiglia in cui era stata inserita con l'istituto dell'affiliazione, aveva domandato al competente ufficiale dello stato civile informazioni sulle sue origini ai sensi dell'art. 28 della legge n. 184 del 1983. L'atto di nascita consegnato all'interessata non contemplava il nome della madre biologica perché quest'ultima non aveva espresso il consenso alla divulgazione della sua identità al momento del parto. Sia il Tribunale per i minorenni che la Corte di appello di Trieste avevano respinto le richieste della ricorrente, evidenziando che, conformemente alla normativa vigente, l'accesso alle informazioni era stato negato per effetto della dichiarazione resa dalla madre biologica al momento della nascita e, dunque, della correlativa volontà di mantenere segreta la propria identità. L'interessata, che non aveva presentato ricorso per Cassazione, si è così rivolta alla Corte di Strasburgo, accusando lo Stato italiano di non garantire il rispetto della sua vita privata per mezzo del proprio sistema giuridico che ostacola, in modo assoluto, l'azione di ricerca della maternità quando la madre biologica ha chiesto il segreto e che, soprattutto, non permette la comunicazione di dati non identificativi su quest'ultima, né per il tramite dei servizi di assistenza sociale all'infanzia né di altri organi che diano accesso a tali informazioni.

La ricostruzione del diritto nazionale e della prassi interna e riferimenti di diritto comparato

La Corte europea ha preliminarmente riepilogato la normativa italiana prendendo le mosse dall'art. 250 cod. civ. che accorda ad uno dei genitori la possibilità di non riconoscere il figlio e dalle disposizioni del medesimo codice che disciplinavano l'affiliazione, in seguito abrogate dalla legge n. 184 del 1983 sull'adozione. Nel caso in esame è stato giudicato rilevante l'art. 28, comma 7, di tale legge che permette alla madre, che non intenda tenere il figlio, di partorire in un ospedale, mantenendo l'anonimato nella dichiarazione di nascita per un periodo di 100 anni, trascorso il quale soltanto si riepande l'accesso all'atto di nascita; ove manchi l'opzione materna per il segreto, tale accesso é generalmente consentito all'adottato ultraventicinquenne desideroso di conoscere le sue origini e l'identità dei genitori biologici. I Giudici europei hanno altresì dato conto della pronuncia costituzionale del 2005.

In un'ottica comparatistica, si è constatato che il parto anonimo o nell'anonimato, pur senza rivestire carattere eccezionale, appare minoritario nelle legislazioni dei Paesi membri del Consiglio d'Europa: in particolare, è in Francia ed in Italia che la legge prevede la mancata indicazione dei nomi di uno o entrambi i genitori. Negli altri ordinamenti, l'impossibilità per l'ufficiale dello stato civile di compilare integralmente l'atto di nascita dipende, il più delle volte, da circostanze di fatto legate all'incontestabile sviluppo di nuove forme di abbandono di minore. La previsione abbastanza diffusa di azioni giudiziarie tese ad avviare ricerche sui legami personali tra un figlio e la sua famiglia biologica costituisce comunque una garanzia per le persone interessate.

Le valutazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo

Sull'applicabilità dell'art. 8 CEDU

I Giudici europei hanno sostenuto che «il diritto di conoscere la propria ascendenza rientra nel campo di applicazione della nozione di “vita privata” che comprende aspetti importanti dell'identità personale di cui fa parte l'identità dei genitori». Come già osservato nei casi *Odièvre c. Francia* e *Mikulić c. Croazia*, «l'articolo 8 tutela un diritto all'identità e allo sviluppo personale e quello di allacciare e approfondire relazioni con i propri simili e il mondo esterno». A tale sviluppo contribuiscono «la scoperta dei dettagli relativi alla propria identità di essere umano e l'interesse vitale, tutelato dalla Convenzione, a ottenere delle informazioni necessarie alla scoperta della verità riguardante un aspetto importante dell'identità personale, ad esempio l'identità dei propri genitori». Pertanto, la nascita e le relative circostanze rientrano nella vita privata del bambino, e poi dell'adulto, sancita dall'art. 8 della Convenzione.

Sulla violazione dell'art. 8 CEDU

Secondo la giurisprudenza di Strasburgo, l'art. 8 CEDU, nel difendere l'individuo da ingerenze arbitrarie dei pubblici poteri, non si limita ad ordinare allo Stato, in una prospettiva di carattere negativo, di astenersi da simili ingerenze, ma costituisce altresì il fondamento di obblighi positivi, che possono implicare l'adozione di misure volte ad un rispetto effettivo della vita privata fino alle relazioni degli individui tra loro. In ogni caso, lo Stato, nell'esercitare la propria discrezionalità, è tenuto a mantenere un giusto equilibrio tra gli interessi concorrenti.

Preliminarmente, si è chiarito che «l'espressione "ogni persona" dell'articolo 8 della Convenzione si applica al figlio come alla madre. Da una parte vi è il diritto del figlio a conoscere le proprie origini che trova fondamento nella nozione di vita privata (...). Dall'altra, non si può negare l'interesse di una donna a conservare l'anonimato per tutelare la propria salute partorendo in condizioni sanitarie adeguate». Vi è altresì un interesse generale perseguito dalla legislazione italiana nel momento in cui si fa carico di «tutelare la salute della madre e del minore durante la gravidanza e il parto e di evitare aborti clandestini o abbandoni "selvaggi"». La scelta delle misure idonee a garantire il rispetto dell'art. 8 CEDU nei rapporti interpersonali rientra in linea di principio nel margine di discrezionalità degli Stati contraenti poiché esistono vari modi di assicurare il rispetto della vita privata e la natura dell'obbligo dello Stato dipende dall'aspetto della vita privata che viene messo in discussione. L'ampiezza di tale margine di discrezionalità è condizionata non solo dai diritti interessati ma anche, per ciascun diritto, dalla natura stessa di ciò che viene messo in causa. Poiché «il diritto all'identità, da cui deriva il diritto di conoscere la propria ascendenza», è ritenuto «parte integrante della nozione di vita privata», si impone una disamina accurata dei mezzi prescelti dallo Stato per «assicurare in modo equo la conciliazione tra la protezione della madre e la richiesta legittima dell'interessata di avere accesso alle sue origini nel rispetto dell'interesse generale».

Nella specie, la Corte ha dovuto verificare se «sia stato mantenuto un giusto equilibrio nella ponderazione dei diritti e degli interessi concorrenti ossia, da una parte, quello della ricorrente a conoscere le proprie origini e, dall'altro, quello della madre a mantenere l'anonimato». Tale verifica ha rivelato la lesione del diritto convenzionale della ricorrente che «non ha avuto accesso a nessuna informazione sulla madre e la famiglia biologica che le permettesse di stabilire alcune radici della sua storia nel rispetto della tutela degli interessi dei terzi»; invero, si è consumato un «rifiuto assoluto e definitivo di accedere alle proprie origini personali» in carenza del necessario bilanciamento dei diritti e degli interessi presenti e senza alcuna possibilità di ricorso. Del tutto irrilevanti sono state considerate le circostanze dell'età avanzata della ricorrente, poiché «l'interesse che può avere un individuo a conoscere la sua ascendenza non viene meno con l'età», e dell'intervenuta costruzione della propria personalità anche in assenza di informazioni relative all'identità della madre biologica, dal momento che la costante ricerca di certezze al riguardo «presuppone delle sofferenze morali e psichiche, anche se queste non vengono accertate da un punto di vista sanitario». Dal confronto con il sistema francese esaminato nella citata sentenza *Odièvre*, è dunque emerso che «la normativa italiana non tenta di mantenere alcun equilibrio tra i diritti e gli interessi concorrenti in causa. In assenza di meccanismi destinati a bilanciare il diritto della ricorrente a conoscere le proprie origini con i diritti e gli interessi della madre a mantenere l'anonimato, viene inevitabilmente data una preferenza incondizionata a questi ultimi». Peraltro, il divario con la Francia si è accresciuto nel tempo poiché la più recente normativa d'Oltralpe ha aumentato la possibilità di revocare il segreto dell'identità ed ha agevolato la ricerca delle origini biologiche, permettendo alle persone interessate di chiedere la reversibilità del segreto dell'identità della madre, a condizione che quest'ultima vi acconsenta, nonché di avere accesso a informazioni non identificative. I Giudici europei hanno, invece, imputato alla normativa italiana, a fronte della decisione della madre biologica di mantenere l'anonimato, la negazione di ogni possibilità al figlio adottivo e non riconosciuto alla nascita di chiedere l'accesso ad informazioni non identificative sulle sue origini o la reversibilità del segreto, nonché l'omessa

individuazione di un equilibrio e di una proporzionalità tra gli interessi delle parti in causa, così oltrepassando il margine di discrezionalità accordato al legislatore nazionale. Pertanto, con sei voti contro uno, è stata dichiarata la violazione dell'art. 8 CEDU ed è stato condannato lo Stato italiano a risarcire il danno morale patito dalla ricorrente, oltre alle spese.

L'opinione dissenziente del giudice Sajò

Di particolare interesse è l'opinione dissenziente allegata alla sentenza europea sia perché conseguente ad un diverso bilanciamento degli interessi in gioco sia perché rivelatrice di un'evidente sintonia con le valutazioni compiute prima dal legislatore e poi dalla Corte costituzionale italiana.

Secondo il giudice Sajò il ruolo di vigilanza della Corte EDU esige la ricorrenza di «motivi seri» perché essa possa sostituire il proprio parere a quello dei giudici interni allorché il bilanciamento dei diritti in conflitto sia stato operato dalle autorità nazionali nel rispetto dei criteri stabiliti dalla giurisprudenza di Strasburgo, primo fra tutti l'«adeguato margine di apprezzamento». La causa Godelli ha riguardato il «bilanciamento tra il diritto della madre, basato sull'articolo 8, di non rivelare informazioni su uno degli aspetti più intimi della sua vita, e il diritto di sua figlia – la ricorrente – di conoscere le sue origini». Posto che «soltanto le ragioni più imperiose sono accettabili quando un diritto è negato in ogni circostanza da un divieto generale», il dissenso rispetto al parere della maggioranza non si sarebbe registrato se i termini del bilanciamento non fossero stati intesi così restrittivamente. Infatti, «la legislazione, con il suo divieto assoluto di divulgare informazioni riguardanti la madre (nel caso in cui quest'ultima non abbia acconsentito a simile divulgazione in applicazione di questa legislazione)», è stata dal giudice ritenuta servente in modo ragionevole i diritti convenzionali «al di là del campo di applicazione dell'articolo 8. La protezione dell'anonimato è una misura che concorre al diritto alla vita del bambino: nel caso di specie, la possibilità del parto anonimo, associata alle garanzie assolute dell'anonimato, ha senza dubbio contribuito a permettere la nascita della ricorrente, e per giunta la nascita in circostanze in cui erano stati eliminati i rischi per la sua salute e per quella di sua madre. L'anonimato è legato all'obbligo dello Stato di proteggere il diritto alla vita, che è la diretta emanazione del più alto fra i valori difesi dalla Convenzione. A dispetto dell'idea generalmente applicabile secondo la quale tutti i diritti sanciti dalla Convenzione sono in astratto uguali, il diritto alla vita è riconosciuto come un diritto supremo. Certo, il diritto alla vita è protetto soltanto in maniera indiretta dall'anonimato. Tuttavia, questa supremazia è (...) determinante nel bilanciamento, che non può limitarsi al conflitto tra due persone titolari di diritti rispetto all'articolo 8». Significativo è, poi, il riferimento alla sentenza n. 425 del 2005 della Corte costituzionale italiana. Ad avviso del giudice dissenziente, non è compito del Giudice europeo «controllare la necessità del divieto assoluto», peraltro giudicata conforme alla Costituzione italiana, dal momento che «questa misura non è arbitraria» ed «il bilanciamento tiene ragionevolmente conto di tutti i diritti in gioco»; in particolare, la Corte italiana «ha valutato tutti gli aspetti pertinenti della situazione» e nella causa Godelli non sembrerebbero emergere elementi specifici che impongano di discostarsi dalle conclusioni raggiunte dalla giurisdizione costituzionale nazionale.

La sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013

La questione di legittimità costituzionale: la norma impugnata e i parametri evocati

Il Tribunale per i minorenni di Catanzaro – adito da una signora che, dopo avere appreso della sua adozione soltanto in occasione della procedura di separazione e divorzio dal marito, aveva chiesto di conoscere le generalità della madre naturale, allegando i condizionamenti di ordine sanitario cagionati dall'ignoranza delle sue origini e le limitazioni delle possibilità di diagnosi e di cura per patologie derivanti dalla mancata disponibilità di un'anamnesi di tipo familiare – ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 28, comma 7, della legge n. 184 del 1983 nella parte in cui – sostanzialmente derogando alla regola che permette all'adottato ultraventicinquenne di accedere ad informazioni riguardanti i propri genitori biologici – esclude la possibilità di autorizzare la persona adottata all'accesso alle informazioni sulle origini che si riferiscano alla madre che abbia dichiarato di non volere essere nominata nell'atto di nascita ai sensi dell'art. 30, comma 1, del d.P.R. n. 396 del 2000, senza la previa verifica della persistenza della volontà precedentemente espressa dalla madre naturale.

Il rimettente ha prospettato la questione in riferimento sia ai parametri già presi in considerazione dalla sentenza di non fondatezza n. 425 del 2005, cioè gli artt. 2, 3 e 32 Cost., sia al nuovo parametro dell'art. 117, primo comma, Cost., integrato dall'art. 8 CEDU per come interpretato dalla Corte di Strasburgo nella sentenza resa nel caso *Godelli c. Italia*.

Premessa: la delicatezza di questioni involgenti beni di primario valore costituzionale ed il confronto con un precedente specifico e con il pronunciamento della Corte europea

I Giudici costituzionali si sono mostrati ben consapevoli del fatto che «il tema del diritto all'anonimato della madre e quello del diritto del figlio a conoscere le proprie origini ai fini della tutela dei suoi diritti fondamentali hanno già formato oggetto di pronunce tanto di questa Corte che della Corte europea dei diritti dell'uomo». La «particolare delicatezza» delle questioni sollevate dal rimettente è stata ravvisata nel coinvolgimento di «valori costituzionali di primario rilievo», i quali «vedono i rispettivi modi di concretizzazione reciprocamente implicati; al punto che (...) l'ambito della tutela del diritto all'anonimato della madre non può non condizionare, in concreto, il soddisfacimento della contrapposta aspirazione del figlio alla conoscenza delle proprie origini, e viceversa».

Un revirement giurisprudenziale non del tutto esplicitato ma evidente negli esiti processuali: la Corte riafferma la validità dell'impianto legislativo (positivamente scrutinato dalla sentenza n. 425 del 2005) che, per favorire la salvaguardia della vita del figlio e della salute della madre, fa leva sul diritto all'anonimato di quest'ultima e sui conseguenti profili di riservatezza

La Corte, nel descrivere i valori antagonisti bilanciati dal legislatore con la norma impugnata, ha fatto un riferimento espresso alla sua precedente decisione del 2005, resa su un «quesito del tutto analogo a quello ora nuovamente devoluto» poiché il relativo *petitum* «non mirava alla mera ablazione del diritto della madre che, alla nascita del figlio, avesse dichiarato, agli effetti degli atti dello stato civile, di non voler essere nominata (...) e neppure

era volto a conseguire una sorta di bilanciamento fra i diritti – potenzialmente alternativi, quanto al rispettivo soddisfacimento (...); ma mirava esclusivamente ad introdurre nel sistema normativo – che sul punto era del tutto silente – la possibilità di verificare la persistenza della volontà della madre naturale di non essere nominata». Come già evidenziato, la finalità della censurata disposizione era stata ravvisata nell'esigenza di «assicurare, da un lato, che il parto avvenisse nelle condizioni ottimali tanto per la madre che per il figlio, e, dall'altro lato, di “distogliere la donna da decisioni irreparabili, per quest'ultimo ben più gravi”. E l'irrevocabilità degli effetti di questa scelta venne spiegata secondo una logica di rafforzamento dei corrispondenti obiettivi, escludendo che la decisione per l'anonimato potesse comportare, per la madre, “il rischio di essere, in un imprecisato futuro e su richiesta del figlio mai conosciuto e già adulto, interpellata dall'autorità giudiziaria per decidere se confermare o revocare quella lontana dichiarazione di volontà”». Per ammissione dello stesso Collegio, il «nucleo fondante della scelta allora adottata si coglie, così, agevolmente, nella ritenuta corrispondenza biunivoca tra il diritto all'anonimato, in sé e per sé considerato, e la perdurante quanto inderogabile tutela dei profili di riservatezza o, se si vuole, di segreto, che l'esercizio di quel diritto inevitabilmente coinvolge. Un nucleo fondante che (...) non può che essere riaffermato, proprio alla luce dei valori di primario risalto che esso intende preservare». In tal modo, la Corte non ha inteso rinnegare il complesso delle argomentazioni sviluppate a sostegno della precedente dichiarazione di non fondatezza perché, in ogni caso, la tutela del diritto alla vita esige il diritto all'anonimato della madre, con i conseguenti ed inevitabili costi in termini di riservatezza o segreto. La pronuncia in esame si è poi soffermata sul «fondamento costituzionale del diritto della madre all'anonimato» che riposa sull'«esigenza di salvaguardare madre e neonato da qualsiasi perturbamento, connesso alla più eterogenea gamma di situazioni, personali, ambientali, culturali, sociali, tale da generare l'emergenza di pericoli per la salute psico-fisica o la stessa incolumità di entrambi e da creare, al tempo stesso, le premesse perché la nascita possa avvenire nelle condizioni migliori possibili. La salvaguardia della vita e della salute sono, dunque, i beni di primario rilievo presenti sullo sfondo di una scelta di sistema improntata nel senso di favorire, per sé stessa, la genitorialità naturale. Peraltro, in questa prospettiva, anche il diritto del figlio a conoscere le proprie origini – e ad accedere alla propria storia parentale – costituisce un elemento significativo nel sistema costituzionale di tutela della persona, come pure riconosciuto in varie pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo. E il relativo bisogno di conoscenza rappresenta uno di quegli aspetti della personalità che possono condizionare l'intimo atteggiamento e la stessa vita di relazione di una persona in quanto tale. Elementi, tutti, affidati alla disciplina che il legislatore è chiamato a stabilire, nelle forme e con le modalità reputate più opportune, dirette anche a evitare che il suo esercizio si ponga in collisione rispetto a norme – quali quelle che disciplinano il diritto all'anonimato della madre – che coinvolgono (...) esigenze volte a tutelare il bene supremo della vita».

La sentenza Godelli contiene un invito a riflettere sullo specifico profilo diacronico della tutela assicurata al diritto all'anonimato della madre: si delinea la portata del revirement giurisprudenziale che non mette in discussione il predetto diritto ma piuttosto l'estensione temporale e la rigidità della sua tutela

La Corte poggia la propria decisione sulla distinzione tra genitorialità giuridica, bisognosa di stabilità anche per ragioni di certezza giuridica, e genitorialità naturale, suscettibile di ripensamento in ossequio al fondamentale diritto all'identità personale

L'evocazione dell'art. 117, primo comma, Cost. ha finito per introdurre quali elementi rilevanti per la valutazione di costituzionalità dell'art. 28, comma 7, della legge n. 184 del 1983 l'interpretazione dell'art. 8 della CEDU contenuta nella sentenza Godelli e le osservazioni palesemente critiche rivolte dalla Corte di Strasburgo alla legislazione italiana. Dal Giudice europeo è arrivato un invito a riflettere sullo specifico aspetto relativo al «profilo, per così dire, “diacronico” della tutela assicurata al diritto all'anonimato della madre».

Al riguardo, la Corte ha efficacemente notato che, con la disposizione in esame, l'ordinamento pare «prefigurare una sorta di “cristallizzazione” o di “immobilizzazione”» nelle modalità di esercizio di tale diritto: «una volta intervenuta la scelta per l'anonimato, infatti, la relativa manifestazione di volontà assume connotati di irreversibilità destinati, sostanzialmente, ad “espropriare” la persona titolare del diritto da qualsiasi ulteriore opzione; trasformandosi, in definitiva, quel diritto in una sorta di vincolo obbligatorio, che finisce per avere un'efficacia espansiva esterna al suo stesso titolare e, dunque, per proiettare l'impedimento alla eventuale relativa rimozione proprio sul figlio, alla posizione del quale si è inteso, *ab origine*, collegare il vincolo del segreto su chi lo abbia generato». Il descritto effetto di cristallizzazione è stato ritenuto «casticamente scolpito» dall'art. 93, comma 2, del Codice della privacy (d.lgs. n. 196 del 2003) che permette il rilascio in copia integrale a chi vi abbia interesse del certificato di assistenza al parto o della cartella clinica, ove comprensivi dei dati personali che rendono identificabile la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata, decorsi cento anni dalla formazione del documento: «una durata idealmente eccedente quella della vita umana» che rende bene la misura e l'intensità del vincolo dell'anonimato. Il fondamento di questo sistema è stato rinvenuto nell'«esigenza di prevenire turbative nei confronti della madre in relazione all'esercizio di un suo “diritto all'oblio”» e, nello stesso tempo, nell'«esigenza di salvaguardare *erga omnes* la riservatezza circa l'identità della madre, evidentemente considerata come esposta a rischio ogni volta in cui se ne possa cercare il contatto per verificare se intenda o meno mantenere il proprio anonimato». Tuttavia, i Giudici costituzionali, stimolati dalla sentenza Godelli a valutare criticamente proprio il profilo diacronico del bilanciamento legislativo, hanno escluso che le menzionate esigenze potessero ritenersi dirimenti e tali da confortare la scelta legislativa nella sua integralità: «non la prima, in quanto al pericolo di turbativa della madre corrisponde un contrapposto pericolo per il figlio, depauperato del diritto di conoscere le proprie origini; non la seconda, dal momento che la maggiore o minore ampiezza della tutela della riservatezza resta, in conclusione, affidata alle diverse modalità previste dalle relative discipline, oltre che all'esperienza della loro applicazione». Per conseguire un più soddisfacente punto di equilibrio tra i confliggenti valori costituzionali si è resa necessaria una valorizzazione della distinzione tra la genitorialità giuridica e quella naturale: infatti, una scelta per l'anonimato che comporti una rinuncia irreversibile alla prima può, invece, ragionevolmente non implicare anche una definitiva e irreversibile rinuncia alla seconda. Tale distinzione è stata ancorata alla considerazione che una pretesa rinuncia irreversibile alla genitorialità naturale introdurrebbe nel sistema una sorta di «divieto destinato a precludere in radice qualsiasi possibilità di reciproca relazione di fatto tra madre e figlio, con esiti difficilmente compatibili con l'art. 2 Cost.». Per la Corte, dunque, «mentre la scelta per l'anonimato legittimamente impedisce

l'insorgenza di una "genitorialità giuridica", con effetti inevitabilmente stabilizzati *pro futuro*, non appare ragionevole che quella scelta risulti necessariamente e definitivamente preclusiva anche sul versante dei rapporti relativi alla "genitorialità naturale": potendosi quella scelta riguardare, sul piano di quest'ultima, come opzione eventualmente revocabile (in seguito alla iniziativa del figlio), proprio perché corrispondente alle motivazioni per le quali essa è stata compiuta e può essere mantenuta».

La Corte censura l'irrevocabilità ex lege dell'anonimato della madre sulla base di rilievi analoghi a quelli formulati dalla Corte europea; tuttavia, anche taluni distinguo operati rispetto alle critiche provenienti da Strasburgo confermano che la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 28, comma 7, della legge n. 184 del 1983 è avvenuta nel segno dell'autonomia della Costituzione

La sentenza Godelli e la denunciata violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. hanno invitato il Giudice delle leggi a riflettere ed a superare il precedente esito di non fondatezza, ma la decisione è stata adottata in riferimento a parametri "interni" quali gli artt. 2 e 3 Cost. con assorbimento, in particolare, della censura riferita all'art. 117, primo comma, Cost.

All'introduzione del principio di reversibilità del segreto dovranno seguire le necessarie prescrizioni legislative tese a garantire la riservatezza della madre che abbia optato per l'anonimato

La Corte ha così ritenuto di censurare la disciplina in esame «per la sua eccessiva rigidità» sulla base degli «stessi rilievi, in sostanza, formulati dalla Corte EDU nella richiamata "sentenza Godelli"». Quest'ultima, come già riferito, ha stigmatizzato la normativa italiana sotto il duplice profilo che, a differenza del sistema francese scrutinato nella sentenza del 2003 relativa al "caso Odièvre", non darebbe «alcuna possibilità al figlio adottivo e non riconosciuto alla nascita di chiedere l'accesso ad informazioni non identificative sulle sue origini o la reversibilità del segreto». In ordine al primo rilievo, la Corte ha replicato che l'art. 93, comma 3, del Codice della privacy prevede espressamente la comunicabilità, in ogni tempo (e nel termine di cento anni fissato per il segreto), delle informazioni "non identificative" ricavabili dal certificato di assistenza al parto o dalla cartella clinica, tuttavia ancorandola soltanto all'osservanza, ai fini della tutela della riservatezza della madre, delle relative opportune cautele per evitare che quest'ultima sia identificabile. Peraltro, la fondatezza di tale obiezione non è stata messa in dubbio a causa dell'«apparente, quanto significativa, genericità, o elasticità, della formula "opportune cautele"» che «sconta l'ovvia – e sia pure non insormontabile – difficoltà di determinare con esattezza astratte regole dirette a soddisfare esigenze di segretezza variabili in ragione delle singole situazioni concrete»; del pari, si è considerata fuori discussione la necessità di assicurare la tutela del diritto alla salute del figlio, anche in relazione alle più moderne tecniche diagnostiche basate su ricerche di tipo genetico.

E' sul secondo profilo che si è registrata una comunanza di vedute delle due Corti poiché, in realtà, il *vulnus* è rappresentato dalla irreversibilità del segreto che è stata rimossa in considerazione del suo contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost., restando assorbiti, invece, i motivi di censura formulati in riferimento agli artt. 32 e 117, primo comma, Cost. La sentenza ha così dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, comma 7, della legge n. 184 del 1983

(come sostituito dall'art. 177, comma 2, del d.lgs. n. 196 del 2003), nella parte in cui non prevede – attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza – la possibilità per il giudice di interpellare la madre – che abbia dichiarato di non voler essere nominata nella dichiarazione di nascita ai sensi dell'art. 30, comma 1, del d.P.R. n. 396 del 2000 – su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione. Pertanto, è stato demandato al legislatore il compito di dare seguito alla pronuncia costituzionale attraverso l'introduzione di «apposite disposizioni volte a consentire la verifica della perdurante attualità della scelta della madre naturale di non voler essere nominata e, nello stesso tempo, a cautelare in termini rigorosi il suo diritto all'anonimato, secondo scelte procedurali che circoscrivano adeguatamente le modalità di accesso, anche da parte degli uffici competenti, ai dati di tipo identificativo, agli effetti della verifica».

~ ~ ~

Alcuni commenti della dottrina alla sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013*

La declaratoria di illegittimità costituzionale *in parte qua* della normativa sul parto anonimo è stata accolta con apprezzamento dai commentatori, anche se per ragioni non del tutto coincidenti: infatti, da un lato, la sentenza è stata salutata come un atto riparatore con cui l'ordinamento italiano si è adeguato agli orientamenti della giurisprudenza europea; dall'altro, è stata interpretata come una manifestazione evidente dell'autonomia di giudizio della Corte costituzionale e della mancanza di subalternità rispetto al Giudice di Strasburgo. La dottrina ha poi concordemente sottolineato il cambio di indirizzo espresso nel 2013 dal Giudice costituzionale rispetto al precedente arresto del 2005 e non ha mancato di rilevare la necessità del futuro intervento legislativo richiesto da una sentenza qualificata come additiva di principio.

Sull'adeguamento dell'ordinamento italiano alla giurisprudenza di Strasburgo

S. Favalli ha così individuato nella sentenza la tappa conclusiva di un contrastato rapporto tra l'ordinamento interno e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo in materia di parto anonimo: “La Corte costituzionale italiana, adita sulla disciplina del parto anonimo nel 2005, ha mostrato di non aver recepito l'orientamento della Corte europea” espresso nella sentenza *Odièvre c. Francia* del 2003; “questo atteggiamento, unito all'inattività del legislatore, ha condotto nel 2012 alla condanna dell'Italia nella sentenza *Godelli*. Ad un anno di distanza, tenendo conto stavolta della giurisprudenza di Strasburgo, la Consulta ha

* Sono di seguito indicate le fonti da cui sono tratti i brani di commento selezionati e organizzati nel testo:
BALDINI V., *Diritti fondamentali e processi (a volte incompiuti...) di concretizzazione: il caso del diritto alla conoscenza dell'origine biologica nella giurisprudenza costituzionale tedesca ed italiana*, in www.dirittifondamentali.it, 2014;
BURATTI A., *Un delicato bilanciamento. La sentenza 278 della Corte costituzionale*, in www.diritticomparati.it, 2013;
CIERVO A., *Il diritto all'anonimato della madre biologica ovvero quando Strasburgo anticipa Roma*, in www.diritti-cedu.unipg.it, 2013;
FAVALLI S., *Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini: un dialogo decennale fra CEDU e Corte costituzionale italiana*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2013;
FRONTONI E., *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU e Corte costituzionale. Nota a prima lettura sul mancato ricorso all'art. 117, primo comma, Cost., nella sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013*, in www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it, 2013.

modificato la sua posizione: dopo un dialogo decennale, durato dal 2003 al 2013, finalmente l'Italia ha recepito l'orientamento europeo”.

Sull'autonomia di giudizio della Corte costituzionale nel delineare il nuovo bilanciamento degli interessi incisi dall'anonimato del parto

Il ruolo giocato dalla giurisprudenza europea nell'economia della motivazione della sentenza è stato attentamente analizzato da **E. Frontoni**, la quale ha evidenziato che la Corte, pur richiamando “opportunamente” la sentenza Godelli, “non risolve la questione utilizzando la via, forse più facile, della violazione” dell'art. 117, primo comma, Cost. e “dichiara l'incostituzionalità per violazione degli artt. 2 e 3 Cost.”. Dalla decisione europea è giunto l'invito a “riflettere sul profilo diacronico della tutela assicurata al diritto all'anonimato della madre”, ma le argomentazioni ivi contenute sono state utilizzate “per puntellare una motivazione che la Corte italiana costruisce in modo autonomo. Quasi a voler sottolineare che non è necessario ricorrere a tutele esterne per garantire diritti che possono essere ricostruiti, a tutto tondo, già in forza delle norme costituzionali. La Corte segue la via del dialogo con la Corte di Strasburgo, senza tuttavia lasciare a quest'ultima, e al testo che essa interpreta e applica, il ruolo di garante dei diritti. Ciò si traduce nel mancato ricorso al parametro, pure invocato dal giudice rimettente, dell'art. 117, primo comma, Cost., la cui violazione anzi viene ritenuta assorbita per il fatto che la disposizione censurata si pone già in contrasto con altre norme costituzionali”. Secondo l'Autrice, la decisione “sembrerebbe muoversi nel senso auspicato da una parte della dottrina che ritiene il limite degli obblighi internazionali come residuale, concretamente evocabile o comunque utilizzabile quale autonoma ragione della dichiarazione di incostituzionalità solo ove il vincolo da esso discendente non sia ricavabile da altro disposto costituzionale e sempre che il suo rispetto non sia causa di decremento di tutela rispetto a quella già assicurata dall'ordinamento interno. Si tratta di una prospettiva che valorizza l'interpretazione costituzionale nella consapevolezza che, anche laddove le affermazioni del giudice di Strasburgo siano nel senso di un innalzamento del livello di tutela, non è necessario ricorrere alla violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. ben potendosi, viceversa, richiamare le pronunce della Corte europea in funzione interpretativa del diritto riconosciuto a livello domestico per ricostruirne l'attuale fisionomia”. Pertanto, il giudice costituzionale “reinterpreta il parametro di legittimità costituzionale che viene riletto non solo alla luce della giurisprudenza sovranazionale, ma anche al di là di quest'ultima. L'aspetto relazionale, infatti, è del tutto assente nella sentenza Godelli, che si limita a prendere in considerazione la relazione della madre e del figlio con gli altri, ma non tra di loro. In questa prospettiva, la giurisprudenza sovranazionale costituisce per il giudice costituzionale lo stimolo, ma anche l'*occasio* per una rilettura delle norme costituzionali. Lo stimolo, in quanto il dialogo tra le Corti rappresenta uno strumento che permette di intendere le costituzioni nazionali inserendole in un quadro di sfondo nel quale esse possono assumere un preciso significato in relazione ad un determinato momento storico. L'*occasio*, in quanto, con molta probabilità, il giudice nazionale sarà stato sollecitato a risollevarne una *quaestio legitimitatis*, già risolta dalla Corte costituzionale nel senso della infondatezza, proprio alla luce della recente decisione della Corte EDU, che indubbiamente rappresentava una novità dal punto di vista del parametro costituzionale. In questa ricostruzione, la giurisprudenza sovranazionale, lungi dall'espropriare la Corte costituzionale del ruolo di garante dei diritti o dal renderla mera esecutrice di decisioni prese altrove, innesca un circolo virtuoso. Essa, infatti, non solo

rappresenta uno stimolo per il giudice a risollevarne la questione di legittimità, ma funge anche da stimolo per la Corte a ripensare la propria giurisprudenza nel senso di una tutela più piena dei diritti costituzionalmente garantiti”.

A. Ciervo ha osservato che la Corte “ha ritenuto opportuno ritornare sui propri passi e, quindi, rivedere la sua posizione, proprio alla luce della decisione della Corte di Strasburgo, pur utilizzando un impianto argomentativo che prescinde sia dalle motivazioni della decisione” europea, “sia – più in generale – da una declaratoria di incostituzionalità della normativa ai sensi dell’art. 117, primo comma, Cost.”. In tal modo la sentenza si è mossa in una prospettiva “tutta riconducibile ai soli principi costituzionali”.

A. Buratti ha sottolineato che la CEDU non è stata impiegata “come norma interposta per risolvere la questione in termini di compatibilità-incompatibilità, ma come elemento di una argomentazione più larga, che perviene, attraverso un dispositivo additivo molto ricco, ad un bilanciamento equitativo pienamente convincente per tutti gli interessi coinvolti; la semplice adesione al giudicato Cedu avrebbe consentito alla Corte costituzionale di pervenire al medesimo risultato attraverso il solo richiamo all’art. 117. Ma la scelta di argomentare per diritti fondamentali – interpretati anche in ragione del contributo proveniente da Strasburgo – appare decisamente più convincente, arricchendo la Costituzione e il giudizio di costituzionalità”.

Sul revirement della giurisprudenza costituzionale in materia di parto anonimo

I primi commentatori hanno messo in risalto il cambiamento della giurisprudenza costituzionale che è passata dalla pronuncia di non fondatezza del 2005 alla declaratoria di incostituzionalità del 2013, evidenziandone sia i tratti di discontinuità, in qualche modo suggeriti dalla Corte europea, sia i profili di continuità, legati alla considerazione della *ratio* della normativa sul parto anonimo.

Secondo **S. Favalli** la Corte “ha modificato la sua posizione” perché “non ha potuto ignorare la giurisprudenza della Corte europea”; in particolare, pur riprendendo “quanto già esposto nella decisione del 2005”, ha approntato al suo ragionamento “alcune correzioni mutate dalla critica dottrinale”. A tale riguardo, alla sentenza del 2005 si era imputata una certa problematicità del bilanciamento ivi operato sia perché metteva in relazione “un interesse diretto dell’adottato, il diritto all’identità, e un interesse solo indiretto e di difficile individuazione della donna”, verosimilmente il suo diritto ad “accedere alle cure necessarie al momento del parto”, con la conseguenza che “il diritto all’anonimato non viene tutelato in sé, ma come mero strumento per la salvaguardia del diritto alla salute”; sia per una pretesa carenza della motivazione dovuta alla circostanza che “l’oggetto della questione viene identificato nel conflitto tra due adulti, l’adottato e la madre, che vogliono la tutela di interessi contrapposti, il diritto all’informazione e il diritto alla segretezza”, mentre la finalità della norma è rappresentata in relazione al “diritto dell’adottato al momento del parto, in cui l’anonimato è volto alla tutela della sua vita” e “diritto della madre e del figlio collimano”. La decisione del 2013, pur confermando “l’importanza della tutela dell’anonimato come strumento di salvaguardia della vita e della salute sia della madre sia del figlio”, ha aggiunto un “correttivo mutuato dalla sentenza della Corte di Strasburgo, prendendo in considerazione il profilo diacronico della tutela assicurata al diritto all’anonimato” ed operando una “fondamentale distinzione tra genitorialità giuridica, intesa come l’instaurarsi del rapporto di

filiazione e degli obblighi ad esso collegati, e genitorialità naturale, vale a dire il crearsi di una relazione di fatto fra madre e figlio, priva di qualsiasi vincolo giuridico”. Da tali premesse è scaturita la conclusione nel senso della rigidità della normativa *de qua* che cristallizza la scelta della donna, irragionevolmente obliterando la genitorialità naturale e ledendo il diritto all’identità personale dell’adottato.

A. Ciervo ha sottolineato come la Corte costituzionale abbia “posto in essere un radicale *overruling* rispetto alla sua precedente decisione del 2005”.

A giudizio di **E. Frontoni** sarebbe da ascrivere alla sentenza Godelli il “mutamento giurisprudenziale” operato dalla sentenza n. 278 rispetto al precedente arresto del 2005. Peraltro, il giudice costituzionale, seppur cogliendo le sollecitazioni europee, “sembra proporre una visione delle vicende umane che sono dietro al diritto che va anche al di là delle pur significative affermazioni della Corte di Strasburgo, ponendo l’accento su un aspetto, la mutevolezza delle relazioni, che le permette di bilanciare il diritto del figlio adottato a conoscere la propria origine e il diritto della madre che ha scelto il parto in anonimato in modo diverso da quanto aveva fatto nel 2005”.

Per **A. Buratti** la Corte ha ribaltato “il proprio precedente sul punto (sent. 425 del 2005), anche in ragione della giurisprudenza frattanto maturata a Strasburgo”.

V. Baldini ha ritenuto che la Corte costituzionale ha manifestato “ora un nuovo orientamento, tenendo conto anche di quanto espresso, al riguardo, dalla Corte di Strasburgo”. Peraltro, “richiamandosi al proprio precedente, la Corte ha ribadito, in generale, la congruità della *ratio* sottesa alla disciplina (nuovamente) impugnata, quella cioè di garantire che il parto potesse avvenire nelle migliori condizioni atte a preservare la salute (e la vita) tanto della madre quanto del figlio”, e di “prevenire in qualche modo il rischio che una madre, non sentendosi protetta da un diritto all’anonimato, si risolvesse per l’interruzione di gravidanza”. Tale nucleo fondante “viene così in principio confermato” perché ad essere viziato di incostituzionalità “non è il fondamento di siffatta disciplina” bensì l’efficacia definitiva della rinuncia alla genitorialità naturale connessa all’irragionevole irrevocabilità dell’atto di esercizio del diritto all’anonimato.

Sull’addizione normativa e sul futuro intervento del legislatore

La sentenza è stata qualificata da **S. Favalli** come una “additiva di principio” che “rimanda al legislatore la modifica” della disciplina positiva. Invero, il futuro intervento legislativo sembra circondato da un certo scetticismo legato a considerazioni di carattere generale sullo stato di salute del *welfare* italiano: “un ordinamento restio ad abbandonare la caratteristica irreversibilità dell’istituto del parto anonimo probabilmente è consapevole delle proprie carenze nel proporre mezzi più costruttivi di aiuto alla maternità. Ovviamente è più semplice fornire uno strumento totalmente deresponsabilizzante per la donna, come il parto anonimo, piuttosto che potenziare i mezzi di supporto alla madre nella gestione del nuovo nato. In Italia l’aiuto alle madri in difficoltà è prevalentemente demandato a strutture benefiche, nel silenzio delle istituzioni”. L’auspicio è che il legislatore colga l’occasione “non solo per correggere l’istituto condannato dalla Corte, ma anche per rivedere l’intero sistema di tutela della vita e di disincentivo all’aborto”.

Anche per **E. Frontoni** si è al cospetto di una “sentenza additiva di principio”.

Il contributo di **V. Baldini** ha messo a confronto le recenti esperienze delle giurisprudenze costituzionali tedesca e italiana in materia di diritto alla conoscenza dell'origine biologica per illuminare le problematiche connesse all'effettività della tutela dei diritti fondamentali ed ai processi, talvolta incompiuti, di concretizzazione degli stessi diritti costituzionali. Dalla sentenza n. 278 “risalta in primo luogo lo stato di dipendenza funzionale della tutela costituzionale a favore del singolo dall'intervento legislativo necessario a definire, nella specie, la disciplina funzionale di concretizzazione dei diritti in questione. Con il ricorso alla tecnica decisionale additiva, anche la Corte costituzionale italiana ha censurato la carenza di una disciplina procedurale idonea ad integrare il novero degli elementi necessari a conferire effettività alla tutela costituzionale del titolare del diritto”. Infatti, dall'accoglimento delle doglianze espresse nell'ordinanza di rinvio, discende l'invito al legislatore a “regolamentare la possibilità, da parte del figlio naturale che volesse pervenire alla conoscenza della propria identità biologica, di verificare l'attualità della decisione in favore dell'anonimato espressa all'epoca dalla madre naturale”. Il diritto alla conoscenza delle proprie origini biologiche viene così incluso tra i cd. diritti condizionati, nell'effettività della loro tutela, dalla necessità di un apporto legislativo; l'effettività condizionata di tale diritto “sterilizza, nella sostanza, la pretesa soggettiva fondata sulla titolarità del diritto fino all'intervento del legislatore ordinario”. Secondo l'Autore, la “forza immediata del vincolo giuridico che, per i poteri dello Stato, discende dal relativo dettato costituzionale, come l'esigenza di piena tutela” che i diritti fondamentali sollevano per il singolo, “appare mitigata e condizionata dalla necessità di loro attuazione attraverso, in primo luogo, il legislatore ordinario. Ciò vale sia in ragione dell'esistenza di diritti condizionati dall'esistenza di una disciplina procedurale e/o organizzativa, sia, anche, dalla necessità di determinare un giusto (*id est*: ragionevole) contemperamento tra istanze concorrenti, titolari del medesimo diritto o di diritti comunque equivalenti. L'affermazione di alcuno di essi implica la determinazione di condizioni e modalità di esercizio nell'ottica di un bilanciamento con altri diritti meritevoli di una pari tutela. Ma il condizionamento che all'effettività di diritti pone l'esigenza di una previa regolamentazione legislativa implica la sospensione dell'efficacia della tutela in assenza di siffatta regolamentazione”. La concretizzazione dei diritti costituisce, dunque, un “processo integrato e diacronicamente ordinato, comprendente distinte e successive espressioni normative, il quale si compie pienamente nella fase finale dell'applicazione in sede giurisdizionale”. La constatazione dello iato spesso sussistente tra “la prescrizione della garanzia” e “la non immediata pretensibilità dei diritti (condizionati) davanti all'autorità giurisdizionale”, “in carenza di disciplina legislativa”, realizza “una debolezza dello Stato costituzionale democratico” e nutre “la visione di una trasfigurazione dalla Costituzione dei diritti ad una Costituzione dei (soli) poteri”.

La fecondazione eterologa

SOMMARIO

<i>La vicenda della fecondazione eterologa</i>	75
<i>La sentenza della Grande Camera, S.H. e altri c. Austria</i>	76
<i>La sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 2014</i>	78
<i>Alcuni commenti</i>	79

~ ~ ~

La vicenda della fecondazione eterologa

Nell'ordinamento italiano, secondo la disciplina posta dalla legge n. 40 del 2004, il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita era consentito solo quando fosse accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione e fosse 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 (art. 4, comma 1), mentre era vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo (art. 4, comma 3). Le restrizioni contenute nella legge n. 40 del 2004 hanno indotto negli ultimi anni a un vero e proprio esodo di coppie nelle cliniche dei paesi esteri, che non prevedono tale divieto, per poter accedere alla procreazione medicalmente assistita.

Negli anni 2010-2011, alcune coppie di coniugi adirono l'autorità giudiziaria italiana con ricorso ai sensi dell'art. 700 del codice di procedura civile, chiedendo che fosse accertato il loro diritto a ricorrere alle metodiche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo e che, in attesa della definizione del giudizio di merito e dell'eventuale giudizio di legittimità costituzionale, fosse disposta la crioconservazione degli embrioni prodotti da destinarsi alla fecondazione eterologa.

In particolare, i ricorrenti chiedevano che il giudice da ciascuno adito, preso atto della sentenza della Prima Sezione della Corte EDU del 1° aprile 2010, *SH e altri c. Austria*, disapplicasse la disposizione che vieta la fecondazione eterologa, ovvero, in via gradata, sollevasse la questione di legittimità costituzionale.

Secondo i principi enunciati dalla Corte costituzionale, il giudice comune che ritenga una norma nazionale in contrasto con la Convenzione, può tentare di porvi rimedio mediante l'interpretazione convenzionalmente conforme, ma ove ciò non sia possibile, non ha il potere di disapplicare la disposizione nazionale e deve, invece, adire la Corte costituzionale sollevando questione di legittimità costituzionale della disposizione nazionale, per violazione dell'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione alla norma CEDU.

Pertanto, i Tribunali di Firenze, Catania e Milano, con distinte ordinanze emesse tra il 2010 e il 2011, rimisero alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale delle disposizioni della legge n. 40/2004 che vietano il ricorso alla fecondazione eterologa, per violazione degli articoli 117, primo comma, e 3 della Costituzione, in relazione agli articoli 8 e 14 della CEDU, nonché degli articoli 2, 3, 31 e 32 della Costituzione. Con specifico riferimento alla violazione delle norme convenzionali, il parametro interposto era,

nel caso di specie, integrato dalla sentenza *SH e altri c. Austria*, emessa nell'ambito di una controversia promossa da alcune coppie infertili contro l'Austria. In tale decisione, la Corte Europea aveva ritenuto il divieto di fecondazione eterologa, così come disciplinato nell'ordinamento giuridico austriaco e limitato ad alcune forme di eterologa, in contrasto con gli articoli 8 e 14 della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo.

Nel corso del giudizio di legittimità costituzionale sopravveniva, in riforma della pronuncia di prima istanza, la sentenza della Grande Camera del 3 novembre 2011, *SH e altri c. Austria*, con la quale si affermava che il parziale divieto della fecondazione eterologa previsto dalla legge della Repubblica Austriaca non configurava un'indebita ingerenza della Pubblica autorità nel diritto al rispetto della vita privata familiare, poiché non eccedente il margine di discrezionalità garantito agli Stati, e che pertanto non sussisteva una violazione dell'art. 8 della CEDU.

La diversa pronuncia della Grande Camera in ordine all'interpretazione accolta dalla sentenza della Prima Sezione, operata all'interno dello stesso giudizio, era atta ad incidere sul significato delle norme convenzionali considerate dai giudici *a quibus*, giacché, secondo l'insegnamento della Corte costituzionale italiana, le norme della Cedu vanno assunte nell'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo, specificamente istituita per dare ad esse interpretazione e applicazione.

La Corte Costituzionale, dunque, con l'ordinanza n. 150 del 2012, restituiva gli atti ai giudici remittenti chiedendo loro di procedere ad una nuova valutazione della questione alla luce del nuovo significato assunto dalle norme convenzionali.

Le questioni di costituzionalità venivano riproposte e la Corte costituzionale, con la sentenza n. 162 del 2014, dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della legge n. 40 del 2004, in relazione agli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost., e con assorbimento dei motivi di censura formulati in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU.

~ ~ ~

La sentenza della Grande Camera, S.H. e altri c. Austria

La Grande Camera, nel riformare la pronuncia di prima istanza, considera che *“il campo della procreazione artificiale conosce una evoluzione particolarmente rapida sia dal punto di vista scientifico sia nella regolamentazione delle sue applicazioni mediche”* per cui è *“particolarmente difficile stabilire una solida base per valutare la necessità e adeguatezza di misure legislative, le cui conseguenze potrebbero divenire ovvie solamente dopo un considerevole lasso di tempo”* (par. 103); ammette *“che il legislatore austriaco avrebbe potuto concepire un diverso quadro giuridico per la regolamentazione della procreazione artificiale che avrebbe consentito la donazione di ovuli”* (par. 106); ritiene, nondimeno, che *“il fulcro della questione secondo il disposto dell'articolo 8 della Convenzione non è se una diversa soluzione avrebbe potuto essere adottata dal legislatore che avrebbe presumibilmente stabilito un più armonioso equilibrio, ma se, nello stabilire un armonioso equilibrio al punto in cui lo ha fatto, il legislatore austriaco sia andato oltre il margine di discrezionalità di cui godeva ai sensi di detto articolo”* (par. 106).

Alla luce di tali considerazioni, i giudici della Grande Camera, in riforma della pronuncia di prima istanza, affermano che il parziale divieto della fecondazione eterologa previsto dalla legge della Repubblica Austriaca non ha ecceduto il margine di discrezionalità garantito agli Stati, e che pertanto non è configurabile un'indebita ingerenza della Pubblica autorità nel diritto al rispetto della vita privata familiare in violazione dell'art. 8 della CEDU (par. 116).

Aggiunge, tuttavia, la Grande Camera:

“117. Ciononostante, la Corte osserva che il parlamento austriaco non ha, ad oggi, proceduto ad un esame approfondito della normativa che regola la procreazione artificiale, considerando la rapida evoluzione della scienza e della società a tal riguardo. La Corte nota inoltre che la Corte Costituzionale austriaca, nel constatare che il legislatore si era conformato al principio di proporzionalità di cui all'articolo 8 § 2 della Convenzione, aggiungeva che il principio adottato dal legislatore per consentire metodi omologhi di procreazione artificiale come regola e l'inseminazione con sperma donato come eccezione rifletteva lo stato della scienza medica dell'epoca e il consenso che esisteva nella società. Ciò non significa comunque che tali criteri non possano essere oggetto di sviluppi di cui il legislatore dovrà tenere conto in futuro.

118. Il Governo non ha indicato se le autorità austriache abbiano di fatto dato seguito a questo aspetto della decisione della Corte Costituzionale. A tal riguardo la Corte ricorda che la Convenzione è stata sempre interpretata e applicata alla luce delle circostanze attuali (si veda la causa Rees c. Regno Unito, 17 Ottobre 1986, § 47, Serie A n. 106). Anche se la Corte non evince alcuna violazione dell'articolo 8 nel caso di specie, essa ritiene che questa materia, in cui il diritto sembra essere in costante evoluzione e che è particolarmente soggetta ad un rapido sviluppo per ciò che attiene alla scienza e al diritto, richiede un esame permanente da parte degli Stati Contraenti (si veda la causa Christine Goodwin, sopra citata, § 74, CEDU 2002 VI, e la causa Stafford c. Regno Unito [GC], n. 46295/99, § 68, CEDU 2002 IV)”.

Ritiene, infine, la Grande Camera, che non vi sia ragione di esaminare separatamente i medesimi fatti, già sufficientemente valutati in relazione all'art. 8 della Convenzione, dal punto di vista dell'art. 14 in combinato disposto con l'art. 8. (par. 120).

I criteri sottolineati dalla Grande Camera, pur all'interno di una pronuncia di rigetto, aprono dunque a nuove possibilità. Il Tribunale di Milano, nel riproporre la questione di costituzionalità, così commenta il nuovo arresto:

“L'aspetto di maggiore novità desumibile dalla pronuncia della Grande Camera, per la prima volta e in assenza di precedenti giurisprudenziali della stessa Corte europea, è il richiamo per il legislatore nazionale a conoscere ed utilizzare il progresso della scienza medica e il consenso della società in prospettiva dinamica ossia tali fattori devono essere ancorati al dato temporale di riferimento, con la conseguente necessaria presa d'atto da parte del legislatore, e di conseguenza dell'interprete, dei loro mutamenti e delle progressioni maturate con il decorso del tempo.” E ancora *“Il principio di proporzionalità di cui all'articolo 8, paragrafo 2 della Convenzione richiamato dalla Grande Camera, in diretta conseguenza della rapidità e consistenza dell'evoluzione che la scienza e la società*

conoscono in materia di diritti fondamentali, determina la necessità che la registrazione di “enormi progressi” debba trovare riscontro nella legislazione interna dei singoli Stati, ai quali pur dovendosi riconoscere un ampio margine di discrezionalità in materie eticamente sensibili tale margine sarà di norma limitato ove sia in gioco un importante aspetto dell’esistenza o dell’identità di un individuo.”

~ ~ ~

La sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 2014

La sentenza n. 162 del 2014 dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 4, comma 3, della legge n. 40 del 2004 “nella parte in cui stabilisce per la coppia di cui all’art. 5, comma 1, della medesima legge, il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili”, nonché l’illegittimità costituzionale dell’art. 9, comma 1, “limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all’articolo 4, comma 3 »”, dell’art. 9, comma 3, “limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all’articolo 4, comma 3 »”, e dell’art. 12, comma 1, “nei limiti di cui in motivazione”.

Dunque, la Corte – intervenendo sul divieto assoluto di ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, previsto dall’art. 4, comma 3, della legge n. 40 del 2004 – introduce nell’ordinamento italiano la possibilità di ricorrere alla fecondazione eterologa per le coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi, alle quali “sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili”.

La decisione viene assunta sulle questioni riproposte a seguito della restituzione atti decisa con l’ordinanza n. 150 del 2012, che aveva richiesto ai giudici *a quibus* un rinnovato esame delle stesse, alla luce della sopravvenuta sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell’uomo 3 novembre 2011, *S.H. e altri c. Austria*.

Dei rimettenti, solo il Tribunale di Milano ripropone la censura anche in riferimento all’art. 117, primo comma, Cost., in relazione al combinato disposto degli artt. 8 e 14 della CEDU; mentre i Tribunali di Firenze e di Catania formulano una nuova e diversa prospettazione delle stesse questioni, con riferimento esclusivamente a parametri costituzionali interni.

La dichiarazione di incostituzionalità viene assunta in relazione a questi ultimi, e precisamente agli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost.; vengono, invece, dichiarati assorbiti i motivi di censura formulati in riferimento all’art. 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU.

La Corte riconosce che il divieto di fecondazione eterologa, nella sua assolutezza, è il risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco: segnatamente, la fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi che concerne la sfera privata e familiare, il diritto alla salute, inteso nel significato comprensivo anche della salute psichica oltre che fisica, il diritto del nascituro all’identità genetica. La Corte ritiene che il censurato divieto cagiona una lesione della libertà fondamentale della coppia destinataria della legge n. 40 del 2004 di formare una famiglia con dei figli, senza che la sua assolutezza sia giustificata dalle

esigenze di tutela del nato, le quali devono ritenersi congruamente garantite dalle norme vigenti. Oltre a ciò, la Corte riconosce che la preclusione assoluta di accesso alla PMA di tipo eterologo introduce un evidente elemento di irrazionalità, poiché la negazione assoluta del diritto a realizzare la genitorialità, alla formazione della famiglia con figli, con incidenza sul diritto alla salute, è stabilita proprio in danno delle coppie affette dalle patologie più gravi, in contrasto con la *ratio legis*. Un ulteriore elemento di irrazionalità è rinvenuto nel diverso, ingiustificato, trattamento delle coppie affette dalle più gravi patologie, in base alla capacità economica delle stesse, “che assurge intollerabilmente a requisito dell’esercizio di un diritto fondamentale, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie per potere fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi. Ed è questo non un mero inconveniente di fatto, bensì il diretto effetto delle disposizioni in esame, conseguente ad un bilanciamento degli interessi manifestamente irragionevole”.

Una sentenza proiettata nel contesto internazionale

L’interconnessione ormai ineludibile fra gli ordinamenti europei diviene, dunque, un elemento giuridicamente significativo. Nelle valutazioni della Corte è presente la consapevolezza che la fecondazione di tipo eterologo è legittimamente praticata in molti paesi d’Europa e che i cittadini italiani potevano (e possono) recarsi in questi ultimi per fare ad essa ricorso, come in effetti è accaduto in un non irrilevante numero di casi. E ancora, la Corte invita ad un possibile aggiornamento delle Linee guida, “eventualmente anche alla luce delle discipline stabilite in altri Paesi europei, quali, ad esempio, la Francia e il Regno Unito”.

Per altro aspetto, la Corte con la decisione n. 162 – benché giunga ad esiti diversi da quelli ritenuti non censurabili dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell’uomo con la sentenza 3 novembre 2011, *S.H. e altri c. Austria* – si pone certo in linea con il richiamo, in quella sentenza contenuto, per il legislatore nazionale a conoscere ed utilizzare il progresso della scienza medica e il consenso della società in prospettiva dinamica, in diretta conseguenza della rapidità e consistenza dell’evoluzione che la scienza e la società conoscono in materia di diritti fondamentali.

~ ~ ~

Alcuni commenti

La fecondazione eterologa tra ordinamento nazionale e convenzione europea dei diritti dell’uomo

L. Violini (La Corte e l’eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione, luglio 2014, in Osservatorio costituzionale AIC) che così descrive il rapporto tra la Corte costituzionale italiana e la Corte sovranazionale: “..si registra – nella sentenza - un singolare silenzio, reso ancor più peculiare per il fatto che, con l’ord. n. 150/20129, erano stati rinviati gli atti ai giudici *a quo* perché riformulassero le loro questioni alla luce della sentenza della Grande Camera di Strasburgo nel caso *SH e altri c. Austria* inerente alla legge austriaca sullo stesso *thema decidendum*. Il rapporto, rimasto aperto, con la presente pronuncia si interrompe e la questione viene decisa unicamente a partire dalle norme costituzionali interne, senza riferimenti ai diritti protetti in sede europea dalla Corte EDU la quale, nel dispositivo

della sentenza richiamata, aveva riconosciuto in capo agli Stati un margine di apprezzamento nel regolamentare la fattispecie. L'aver risolto la controversia sulla base di diritti costituzionalmente garantiti a livello nazionale è un segnale del rinnovato desiderio di centralità della nostra Corte nella tutela dei diritti dei propri cittadini, contro la *fuga per la vittoria* verso la Corte EDU, la quale, in una sentenza in materia di accesso alle tecniche di PMA - la sentenza *Costa e Pavan c. Italia* - aveva invece considerato con favore il ricorso diretto della coppia fertile esclusa, a norma della l. nr. 40/2004, dalla diagnosi preimpianto, ritenendo che, a fronte di una legge inequivocabilmente chiara nello statuire un divieto, fosse superfluo ai fini della ricevibilità del ricorso individuale il previo l'esaurimento dei rimedi interni (ex art. 35 CEDU). Va considerato, da ultimo, che la Corte coglie l'occasione di riaffermare il proprio ruolo in un caso ben noto all'opinione pubblica, la cui soluzione ha ricevuto grande attenzione da parte dei media; in tal modo, ai giudici comuni non deve essere passato inosservato l'invito, loro trasversalmente inviato, a non eccedere nell'interpretazione costituzionalmente conforme. Se dunque la sentenza, per la decisione nel merito, sarà ricordata come miliare per l'affermarsi, nella cultura giuridica contemporanea, di un *trend* avverso ad ogni forma di paternalismo legislativo che si arrogasse il diritto di porre divieti all'esercizio della libertà delle persone fin dentro le camere da letto (*rectius* le stanze degli ambulatori medici), essa va anche considerata come una sorta di sentenza di sistema, che riassetta equilibri, ribadisce poteri e riporta al centro un organo, la Corte, che è da sempre una delle istituzioni portanti di un ordinamento democratico, silenziosamente neutra, lontana dall'arena politica, talora restia a dire l'ultima parola per quel doveroso e naturale *self restraint* che dovrebbe connotare la sua presenza nella trama ben compaginata dei diversi poteri dello stato".

Similmente **A. Musumeci** (La fine è nota, osservazioni a prima lettura alla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale sul divieto di fecondazione eterologa, luglio 2014, in Osservatorio costituzionale AIC) che – citando la sentenza *Costa e Pavan c. Italia* del 2012 con cui la Corte EDU ha comminato una significativa condanna al nostro Paese a causa della vigenza della legge n. 40/2004 – afferma che quell'entrata in scena anche della Corte EDU, nella demolizione-ricostruzione della legge n. 40 già avviata da Corte costituzionale e giudici comuni, ha una valenza simbolica di gran lunga superiore agli effetti che possono discendere dalle sue sentenze. Secondo l'Autore la stessa circostanza che i ricorrenti del caso *Costa e Pavan* avessero deciso di esperire il ricorso alla Corte di Strasburgo senza perseguire la via della giustizia costituzionale interna suona come un campanello di allarme per la Corte costituzionale a non trincerarsi più dietro pronunce dal carattere ambiguo, oppure a "delegare" ai giudici comuni la soluzione di singoli casi, ma a far sentire in maniera più marcata la sua presenza. Il risultato è che "la Corte è tornata ad occuparsi della PMA con un intervento ablativo che colpisce forse una delle norme più qualificanti l'intera legge, ossia il divieto di fecondazione eterologa, esattamente dieci anni dopo la sua entrata in vigore. E la prova della volontà della Corte di mutare verso al suo precedente atteggiamento è dato dal fatto che mentre inizialmente con l'ordinanza n. 150 del 2012, pur ritenendo ammissibile la questione sollevata circa il divieto di fecondazione eterologa, aveva disposto la restituzione degli atti ai giudici *a quibus*, per un rinnovato esame alla luce della sopravvenuta sentenza della *Grande Chambre* della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *S.H. et al. c. Austria*, in occasione dell'attuale giudizio apprezza il profilo di novità contenuto nelle ordinanze di rimessione,

ammettendo così la questione, ma contestualmente considera assorbiti i profili concernenti la Convenzione europea evidenziati dai giudici *a quibus*".

A. Lanzafame (La fecondazione medicalmente assistita tra bilanciamento di valori e consenso europeo, in *LeggiOggi.it*) alla luce del diritto positivo e della giurisprudenza costituzionale e convenzionale, si interroga se esista un vero e proprio "diritto a procreare", che si configuri come diritto di ciascuno ad avere una propria discendenza geneticamente collegata, con corrispettivo dovere di realizzazione effettiva da parte dei privati e delle istituzioni pubbliche. L'Autore cita, in senso contrario, la decisione n. 6564/1974 della Commissione Europea con la quale si afferma che "sebbene il diritto di fondare una famiglia sia un diritto assoluto nel senso che non sono espressamente previste restrizioni ciò non significa che un individuo debba avere in ogni momento la possibilità di procreare i propri discendenti", nonché la giurisprudenza EDU in tema di adozioni, materia contigua a quella del diritto alla procreazione, sulla quale i giudici di Strasburgo hanno sempre negato l'esistenza di un diritto ad adottare, affermando che un tale diritto non è previsto dalla Convenzione né si può trarre dall'art. 8 o dall'art. 12 della CEDU.

Secondo l'Autore "l'orientamento della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sembra piuttosto da ricondurre al riconoscimento dell'esistenza di un diritto alla procreazione come "desir", la cui realizzazione, pur dovendo essere resa effettiva dagli Stati, deve tener conto del necessario bilanciamento con altri valori". Cita anche la *concurring opinion* del giudice De Gaetano, nella sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo *S.H. e altri c. Austria*, nella quale si afferma che "mentre non v'è alcun dubbio che la decisione di una coppia di concepire un bambino è una decisione che appartiene alla vita privata e familiare di tale coppia (e, nel contesto dell'articolo 12, al diritto della coppia di formare una famiglia), né l'articolo 8 né l'articolo 12 possono essere interpretati come conferenti il diritto a concepire un bambino a qualunque costo."

L'Autore ritiene che neanche nell'ordinamento interno possa configurarsi l'esistenza di un diritto a procreare come un diritto assoluto la cui realizzazione debba essere garantita ad ogni costo, ma piuttosto un diritto alla procreazione inteso come libertà per l'individuo di determinarsi in ordine alle scelte procreative, senza che dalla scelta di avere un figlio possano per lo stesso derivare conseguenze negative da parte dell'ordinamento. Ritiene che la questione dei diritti procreativi – alla quale ricondurre tutte le possibilità offerte all'uomo dalla scienza di "produrre esso stesso l'uomo" quali la fecondazione medicalmente assistita, la fecondazione artificiale, la manipolazione (eu)genetica degli embrioni, la clonazione – debba essere affrontata attraverso il bilanciamento dei valori in gioco. In particolare, l'Autore ripercorre la giurisprudenza europea in materia di fecondazione assistita, evidenziando il ruolo dei giudici di Strasburgo nell'evoluzione del dibattito, soprattutto in tre direzioni: la definizione del momento in cui l'embrione acquisisce dignità di persona, la valutazione circa la legittimità di restrizioni imposte dai legislatori in materia di fecondazione eterologa, e la valutazione della legittimità delle restrizioni imposte dai medesimi in materia di diagnosi pre-impianto finalizzata alla prevenzione delle malattie genetiche. L'Autore rileva che la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo ha più volte avuto occasione di pronunciarsi in ordine alla questione relativa alla possibilità di configurare l'embrione come "persona" e alla connotata esigenza di tutelarne la dignità, e in tal senso segnala le sentenze sul caso *Vo c. Francia* (8 luglio 2004) e *Evans c. Regno Unito* (10 aprile 2007). In entrambe la Corte europea afferma che "in attesa della formazione di un consenso europeo intorno al

momento esatto in cui dovesse ritenersi iniziata la vita umana ciascuno Stato membro poteva legittimamente scegliere di non attribuire all'embrione umano la qualifica di autonomo soggetto di diritto". Per quanto concerne la legittimità delle restrizioni alla fecondazione eterologa, l'Autore – nell'esaminare la sentenza S. H. c. Austria, con cui la Grande Camera capovolge il verdetto pronunciato a maggioranza da una camera della Prima sezione della Corte - sottolinea due elementi nel percorso argomentativo utilizzato dalla Corte EDU: da un lato, la scelta della Corte di astenersi dal valutare nel merito non tanto l'opportunità del bilanciamento compiuto dai singoli Stati, quanto piuttosto il concreto assetto da questo garantito e la sua compatibilità con i principi di proporzionalità e adeguatezza, che devono caratterizzare l'ingerenza statale; dall'altro l'approccio dinamico che la Corte indica come necessario al fine di valutare la ragionevolezza dell'ingerenza degli Stati, che deve essere valutata alla luce dello "stato dell'arte" medico-scientifico che caratterizza il contesto da regolare. Osserva che entrambe le considerazioni – riconducibili alla continua necessità di verificare l'esistenza di un "consenso europeo" (politico e scientifico) al fine di misurare il proprio margine di intervento sulla discrezionalità degli Stati – danno l'immagine di una Corte EDU quantomeno prudente, se non rinunciataria, nel tracciare il percorso per una legislazione "convenzionalmente orientata" in materia di inizio vita. Sul divieto di diagnosi preimpianto, l'Autore cita la sentenza pronunciata dai giudici di Strasburgo nel caso *Costa e Pavan c. Italia*, con cui la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha censurato le disposizioni della legge 40/2004 in materia di diagnosi preimpianto. In questo caso, i giudici di Strasburgo - valutato preliminarmente che il desiderio dei ricorrenti di mettere al mondo un figlio non affetto dalla malattia genetica, di cui sono portatori sani, e di ricorrere, per tali ragioni, alla procreazione medicalmente assistita e alla diagnosi preimpianto, rientra nel campo della tutela offerta dall'articolo 8, e constatata l'esistenza di una ingerenza dello Stato nel diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita privata e familiare – ritengono che il divieto di diagnosi preimpianto previsto dalla legislazione italiana, a fronte del fatto che il sistema legislativo italiano autorizza i medesimi a procedere ad un'interruzione medica di gravidanza qualora il feto dovesse essere colpito dalla patologia di cui sono portatori 20, sia sproporzionato e incoerente. Ma al di là di tali argomenti, la decisione trova un'argomentazione decisiva, sull'esistenza, riscontrata dalla Corte EDU, di un consenso europeo (29 stati su 32) attorno alla finalizzazione della fecondazione medicalmente assistita alla prevenzione delle malattie genetiche, che restringe il margine di apprezzamento nazionale nella messa in opera dei diritti convenzionali.

L'Autore, dunque, conclude: "È da considerarsi preoccupante non tanto la possibilità di ascrivere tale sentenza ad un filone di "rinnovata aggressività caratteristica della nuova stagione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo, che sembra curarsi oggi molto meno di un tempo delle peculiarità proprie delle identità nazionali, anche costituzionali, degli Stati membri", quanto piuttosto il fatto che nel determinare il proprio orientamento la Corte abbia fatto ancora una volta riferimento al criterio del "consenso europeo". I giudici di Strasburgo non hanno operato in prima persona un prudente apprezzamento dei valori in gioco, omettendo peraltro di pronunciarsi in maniera esplicita sulla vera questione oggetto della pronuncia: la possibilità, contestata dal governo italiano, di configurare all'interno dell'ordinamento CEDU il "diritto ad avere un figlio sano".

Quanto alla sentenza n. 162 del 2014, sul divieto di fecondazione eterologa, l'Autore sottolinea come l'orientamento della Corte Costituzionale, nonché di gran parte della dottrina sembri protendere per una progressiva espansione dei confini del "diritto a procreare" e ha

come conseguenza un contestuale (e per lui inaccettabile) ridimensionamento dei livelli di tutela riservati all'embrione, quale soggetto debole. Afferma testualmente: "Salutato da molti come una conquista di civiltà, tale orientamento della giurisprudenza costituzionale potrebbe piuttosto rappresentare un ulteriore passo lungo il pendio scivoloso rappresentato dalla volontà dell'uomo di "produrre l'uomo", che riduce il figlio a mezzo di autogratificazione in violazione di un dei principi fondamentali dell'etica laica". Ritene l'Autore che la tensione tra il legittimo desiderio – riconosciuto il più delle volte come "diritto" – di procreare da parte dei futuri genitori e la necessità di tutelare l'embrione, sia stata risolta a tutto vantaggio del primo termine. Da ultimo, l'Autore si sofferma sulla questione relativa alla individuazione, nel quadro dell'integrazione europea e della conseguente armonizzazione dei diritti ad opera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, dei soggetti deputati ad effettuare il delicato bilanciamento dei valori in gioco in materia di inizio vita: i legislatori nazionali, ai quali deve essere riservato un ampio margine di apprezzamento circa la ragionevolezza della loro ingerenza nella vita privata e familiare dei soggetti ai sensi dell'art. 8 CEDU o piuttosto i giudici di Strasburgo che, nell'ottica di progressiva armonizzazione della tutela dei diritti nel territorio europeo, dovrebbero realizzare un bilanciamento valido *erga omnes* che riduca gli spazi di discrezionalità dei singoli Stati. A monte emerge l'ulteriore questione della valutazione sull'esistenza di un "consenso europeo" intorno alle questioni sottoposte all'attenzione dei giudici di Strasburgo, quale criterio per fondare la scelta in ordine all'ampiezza del margine di discrezionalità concessa ai singoli Stati. L'utilizzo di tale nozione sfuggente ai fini della determinazione del margine di apprezzamento concesso agli Stati in materia di diritti procreativi, accompagnata dalla tendenza della Corte ad utilizzare il criterio di maggioranza per individuare l'esistenza di tale consenso, rischia di far sì che il bilanciamento dei valori in tale materia (e di conseguenza il livello di tutela del concepito) sia affidato agli orientamenti politici contingenti degli stati europei, con possibili esiti aberranti. Il formarsi di un cd. consenso europeo su questioni che richiedono un delicato bilanciamento di valori, non può e non deve tradursi in una abdicazione da parte della Corte alla funzione di valutare volta per volta se "un particolare atto od omissione o limitazione, compiuto dal legislatore nazionale, faccia progredire o retrocedere la dignità umana". Auspica, dunque, l'Autore che la Corte Edu si assuma l'onere e la responsabilità, nell'ottica di una progressiva evoluzione del proprio ruolo, di effettuare essa stessa i bilanciamenti necessari. La bussola in questo caso dovrebbe essere costituita dai principi e dai valori intessuti nelle tradizioni costituzionali degli stati membri e non, invece, dagli orientamenti politici contingenti che sono alla base delle valutazioni circa un preteso consenso europeo.

A. Nicolussi e A. Renda (Fecondazione eterologa: il pendolo tra Corte costituzionale e Corte EDU, 2013, in Europa e diritto privato) evidenziano che la scelta della Corte di restituire gli atti in ragione della mutata interpretazione delle disposizioni convenzionali interposte e di non pronunciarsi sulla questione di legittimità costituzionale alla luce degli ulteriori parametri evocati (artt. 2, 3, 29, 31 e 32, Cost.), costituirebbe un implicito riconoscimento della non fondatezza della questione alla stregua dei parametri interni. Gli Autori sottolineano che le questioni all'esame trascendono il paradigma dell'art. 117 Cost. e il riferimento esclusivo alla Cedu e coinvolgono, invece, direttamente la Costituzione italiana, "la quale non può essere sottoposta a una sorta di lettura orientata alla Cedu che ne oscurerebbe la specificità". Evidenziano il ruolo centrale che il principio di solidarietà ha nella Costituzione, specificamente nella concezione della famiglia, e per contro stigmatizzano

la teoria dello standard del consenso (o argomento consensualistico o statistico) adottato dalla giurisprudenza della Cedu, che introdurrebbe un'insanabile aporia in quanto il significato di una garanzia convenzionale, che dovrebbe essere metro per le fonti nazionali, finisce per essere determinato da quelle stesse fonti. Sottolineano, inoltre l'importanza cruciale che nella questione assume l'irragionevole disparità di trattamento addotta dai giudici rimettenti. Evidenziano la fallace applicazione del principio di non discriminazione fatta dalla prima sezione della Cedu, per la quale una volta che uno Stato permetta la procreazione assistita, allora deve permetterla indiscriminatamente, cioè senza fare distinzione tra omologa ed eterologa, ritenendo che i valori etici non abbiano sufficiente forza di condizionamento nel ragionamento giuridico. Evidenziano, invece, l'importanza che nella nostra Costituzione assumono i valori etici nella disciplina della famiglia e della procreazione, "se è vero che l'una e l'altro non costituiscono oggetto di un diritto civile, bensì di un diritto etico-sociale, e che la Carta fondamentale non esita a garantire, oltre che quella giuridica, anche l'eguaglianza morale dei coniugi". Ulteriormente, gli Autori evidenziano la "chiara differenza di contenuti tra le fonti internazionali e la Costituzione italiana: nelle prime il fondamento biologico del rapporto di filiazione è, almeno letteralmente, impregiudicato, mentre nella seconda esso è espressamente vincolato".

A. Ruggeri (Famiglie, genitori e figli, attraverso il "dialogo" tra Corti europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?, in Consulta on line) considera il diritto di famiglia il banco privilegiato di prova di quello che ritiene debba essere il modello delle relazioni tra le Corti. Dopo aver esaminato la giurisprudenza, e segnatamente, le decisioni in materia di fecondazione eterologa, trae le sue conclusioni. In primo luogo, evidenzia che quando le Corti europee si esprimono per principia - ovverosia "mantengano aperta la partita, avviino ed orientino cioè la catena processuale verso plurimi svolgimenti in ambito interno, non soffocando le tradizioni nazionali ma, all'inverso, offrendo loro l'opportunità di farsi ulteriormente valere" – esse svolgono un ruolo propulsivo sul piano dell'esercizio delle pubbliche funzioni, che dà vita ad una leale cooperazione a plurimi livelli istituzionali, idonea a concretarsi in una serie concatenata di attività tutte convergenti allo scopo di dare una soddisfacente salvaguardia ai diritti ed agli interessi in genere costituzionalmente meritevoli di tutela. Così l'Autore descrive il processo virtuoso che in tal modo si instaura: gli operatori che utilizzano le linee tracciate in ambito sovranazionale nell'ordine interno, possono a buon diritto vantare di fare congiunta e proficua applicazione sia della Costituzione che delle altre Carte, senza essere perciò obbligati a scelte esclusivizzanti, in applicazione di quella "logica" dell'aut-aut che pure parrebbe essere consentita dal "metapprincipio" della tutela più intensa, quale canone ordinatore delle relazioni interordinamentali; il legislatore è vigorosamente sollecitato ad interventi normativi ancor più significativi rispetto al passato e, per questa via, recupera quella centralità nel sistema cui sembrava aver abdicato; i restanti operatori, e soprattutto i giudici, vengono in tal modo sgravati da responsabilità non sopportabili. In secondo luogo, l'Autore evidenzia come nell'ambito considerato sia particolarmente evidente quella che egli definisce un'autentica mutazione genetica della Costituzione rispetto al modo antico d'intenderla e praticarla. La Costituzione, secondo l'Autore, ha perso il monopolio quale limite al potere e garanzia dei diritti fondamentali: accanto e al pari di essa si pongono anche le Carte di origine esterna. Così l'Autore descrive la trasformazione: "Si dà un "gioco" senza fine tra le Carte, una sana competizione a quale di esse riesca a dimostrarsi in grado di offrire sul mercato dei

diritti la merce migliore...al fine di far fronte ai più impellenti, ai più diffusamente ed intensamente sentiti, bisogni dell'uomo. E il modo migliore per vincere la partita, al piano culturale ancora prima che a quello positivo, è proprio quello che sollecita ciascuna Carta a mostrarsi duttile, attrezzata a piegarsi nel modo più congruo davanti a tali bisogni e ad essi conformarsi, dandosi reciproco ascolto in vista del conseguimento di sintesi assiologiche complessivamente apprezzabili". Siffatta duttilità strutturale delle Carte consente ad esse "di rigenerarsi e di adeguarsi ai tempi ed alle loro esigenze, di realizzare inusuali convergenze con altre Carte, di offrire l'opportunità all'operatore di turno, quale che sia il livello ordinamentale al quale svolge il proprio ufficio, di sottrarsi all'inquietante dilemma di dover scegliere tra questa o quella Carta, piuttosto facendone congiunta e gratificante applicazione, infine di alimentare ulteriormente un "dialogo" nel quale è la migliore risorsa per l'affermazione ed il radicamento di un ordine "intercostituzionale" che sappia offrire a quanti in essi vivono ed operano di poter ottenere alla bisogna giustizia per i propri diritti".

In uno scritto successivo alla decisione n. 162/2014, lo stesso Autore (**A. Ruggeri**, La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al "dialogo" con la Corte EDU (a prima lettura di Corte cost. n. 162 del 2014), 14 giugno 2014, in forum dei Quaderni costituzionali) evidenzia l'omesso riferimento alla CEDU e, dunque, «la rinuncia al "dialogo" con la Corte di Strasburgo». Secondo l'Autore, l'omesso richiamo nella decisione all'art. 117 Cost. rappresenterebbe una negazione delle relazioni interordinamentali o intersistemiche, in quanto impedisce "l'ingresso in ambito interno di norme ed indirizzi giurisprudenziali provenienti ab extra, idonei a concorrere alla rigenerazione semantica degli stessi parametri costituzionali, [...] giusta la indicazione di metodo e teoria dell'interpretazione secondo cui la Costituzione e le altre carte dei diritti "si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione" (sent. n. 388 del 1999)". Ancor di più, l'Autore ritiene che l'intero argomentare nel merito intorno al diritto di autodeterminazione dei soggetti, al rispetto della vita privata e familiare, alla salvaguardia della salute anche psichica, al diritto del nato a conoscere la propria identità genetica, "avrebbe potuto essere ancora meglio trattato ove non ci si fosse fermati al mero richiamo della sent. n. 278 del 2013, risalendo piuttosto alla radice culturale da cui quest'ultima decisione ha tratto alimento, e perciò espressamente menzionando la giurisprudenza europea cui si deve il mutamento d'indirizzo segnato dalla pronuncia appena citata". L'Autore lamenta che "la dichiarata disponibilità manifestata dalla Grande Camera in S.H. ed altri c. Austria nei riguardi del margine di apprezzamento riservato agli operatori di diritto interno è stata giudicata non conducente alla dimostrazione della tesi nella quale la maggioranza della Corte si è riconosciuta".

G. Sorrenti (Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014), in Consulta Online) evidenzia la rilevante novità, costituita dall'intenzione della Corte costituzionale di riappropriarsi di un ruolo di primo piano, che sembrava esserle stato negato – o quantomeno messo in ombra – nella vicenda relativa alla disciplina della legge n. 40 del 2004 sulla diagnosi preimpianto, tutta giocata tra giudici comuni e Corte di Strasburgo (Costa e Pavan c. Italia). Afferma l'Autore che "se la Corte costituzionale è propensa a cedere verso il basso una quota del compito di garanzia costituzionale [interpretazione conforme delle leggi alla Costituzione], non altrettanto appare disposta a perderlo o a dividerlo "verso l'alto", a favore della corte europea dei diritti dell'uomo". Il caso Costa e Pavan, rappresenterebbe un precedente pericoloso, giacché la decisione della Corte di Strasburgo di ritenere ricevibile il

ricorso individuale - saltando la proposizione della questione di legittimità costituzionale nell'ordinamento giuridico interno - sull'assunto che il modello di sindacato di costituzionalità accolto in Italia non configuri un rimedio effettivo ai fini della ricevibilità, si presta ad essere generalizzata legittimando, così, tutti i cittadini italiani a ricorrere direttamente al tribunale sovranazionale. La sentenza n. 162 del 2014 rappresenterebbe la reazione del giudice delle leggi italiano. Chiarisce l'Autore: "È noto infatti che, mentre con la giurisdizione comune e, in specie, con le Corti supreme, si è instaurato un equilibrio, improntato ad una stretta e, il più delle volte, proficua collaborazione nell'affrontare e risolvere compiutamente, ciascuno nel proprio ruolo e con i propri mezzi, i problemi di legittimità costituzionale, con la Corte di Strasburgo e, in genere, con le Corti sovranazionali, si è ben lontani dall'aver raggiunto un assetto consolidato dei reciproci rapporti ed, anzi, proprio la sua ricerca e faticosa costruzione è una delle sfide principali che i giuristi, in misura eminente tanto i costituzionalisti quanto gli internazionalisti, sono chiamati a fronteggiare". In conclusione, l'Autore apprezza il pluralismo giudiziario in materia di tutela dei diritti, articolato su diversi livelli ordinamentali, che suscita una proficua competizione, definita garantismo competitivo, potenzialmente in grado di dar vita a contrasti giurisprudenziali tra le Corti (già emersi nei fatti) ma anche capace di generare una corsa al rialzo.

S. Penasa (Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico, 16 giugno 2014, in forum dei Quaderni costituzionali) in merito all'esigenza di tutelare l'interesse costituzionalmente rilevante della "scelta della coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli", che costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi", riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., evidenzia l'assonanza argomentativa con l'approccio della Corte EDU, che utilizza la medesima espressione (qualificandola esplicitamente in termini di "diritto di diventare genitori") al fine di ricondurre la sfera procreativa al concetto di "vita privata e familiare" protetto dall'art. 8 CEDU. Secondo l'Autore, il richiamo, pur se non esplicito, alla giurisprudenza della Corte EDU sembra esprimere una apertura al riconoscimento da parte della Corte costituzionale della esistenza di un "diritto alla procreazione" costituzionalmente garantito, in modo analogo a quanto avvenuto nella giurisprudenza della Corte EDU, la quale risulta caratterizzata da una progressiva espansione dell'ambito della "vita privata e familiare" al "diritto a decidere se diventare o meno genitori" e al concomitante "diritto a diventare genitori genetici", fino a estendere l'ambito di applicazione dell'art. 8 CEDU anche alla garanzia del "diritto della coppia di concepire un figlio e di fare uso della procreazione medicalmente assistita a questo scopo (...) e tale scelta è un'espressione di vita privata e familiare" (S.H. e altri c. Austria, Grande Camera). Inoltre, osserva l'Autore, questa coincidenza di approccio può fare supporre che le norme CEDU, se risultano depotenziate come parametro interposto in quanto i motivi (riproposti esclusivamente dal Tribunale di Milano, dopo l'ordinanza di restituzione degli atti del 2012) basati su di essa risultano assorbiti, sembra riacquistare centralità all'interno del percorso argomentativo della Corte costituzionale. Pur basando la propria decisione su parametri "interni", la Corte richiama infatti concetti (quello di "vita privata e familiare" o di "scelta di diventare genitori") e strutture argomentative che evocano quelli utilizzati dalla Corte EDU per decidere casi analoghi (cfr. S.H. e altri c. Austria; Costa e Pavan c. Italia), confermando un tendenziale avvicinamento delle tecniche di scrutinio e argomentative tra le due giurisdizioni. L'Autore sottolinea l'identità di approccio tra la sentenza n. 162 della Corte

costituzionale e la sentenza CEDU S.H. e altri c. Austria, Grande Camera, nel percorso argomentativo: come la Corte utilizza il parametro di ragionevolezza-proporzionalità, quale giudizio di coerenza interna dello strumento legislativo, in base al quale non il divieto, ma la sua natura assoluta, viene dichiarato irragionevole, così la Corte EDU in S.H., dichiara la compatibilità della legislazione austriaca con l'art. 8 CEDU, pur se limitativa dell'accesso alle tecniche di fecondazione eterologa in vitro, in quanto essa prevedeva delle eccezioni al divieto generale. Sul punto della pretesa natura "politica" della decisione n. 162, l'Autore evidenzia il "destino" della legge 40 come paradigma della emersione della ragionevolezza scientifica quale principio ordinamentale dell'esercizio del potere legislativo, e sottolinea che è ormai ineludibile l'esigenza che il legislatore, anche al fine di riappropriarsi in senso sostanziale della propria funzione normativa, prenda finalmente sul serio le indicazioni relative all'esercizio della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico. Osserva anche che "In termini di sistema, è possibile intravedere nella scelta compiuta dalla Corte costituzionale tra le diverse teorie della funzione della legislazione e del ruolo della discrezionalità del legislatore la volontà di affermare la natura sostanzialmente costituzionale del nostro ordinamento, fondata sulla necessità di garantire la prevalenza del "principio di legittimità" sul principio di legalità, esigenza che porta la Corte ad affermare che ciò "rende (...) imprescindibile affermare che il relativo sindacato «deve coprire nella misura più ampia possibile l'ordinamento giuridico» (sentenza n. 1 del 2014), non essendo, ovviamente, ipotizzabile l'esistenza di ambiti sottratti allo stesso" (...) La Corte definisce questa dinamica in modo rigoroso, sottolineando come, "diversamente, si determinerebbe (...) una lesione intollerabile per l'ordinamento costituzionale complessivamente considerato, soprattutto quando risulti accertata la violazione di una libertà fondamentale, che non può mai essere giustificata con l'eventuale inerzia del legislatore ordinario".

V. Tigano, (La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro, 13 Giugno 2014, in www.penalecontemporaneo.it), evidenzia l'importante valore storico della sentenza n. 162 del 2014, che riafferma la portata costituzionale del diritto alla procreazione e ne amplia i confini di liceità. L'Autore sottolinea il passaggio della sentenza in cui la Corte afferma che «il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico, in applicazione di principi costituzionali, come dimostra la regolamentazione dell'istituto dell'adozione», di tal che non deve ritenersi ammissibile alcun limite all'esercizio del diritto a procreare, a meno che non sia giustificato dalla necessità di tutelare altri diritti costituzionali del medesimo rango. Di seguito l'Autore – dopo un'ampia analisi della sentenza n. 162 – sottolinea che la decisione è stata assunta sulla base dei soli parametri interni, essendo stati dichiarati assorbiti i motivi di censura formulati in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU. L'Autore imputa tale scelta alla volontà della Consulta di non contraddire il giudizio della Grande Camera della Corte EDU nel caso S.H. c. Austria, interpretando così in senso particolarmente restrittivo l'obbligo dei giudici degli Stati aderenti alla CEDU di tenere conto delle norme convenzionali alla luce delle indicazioni esegetiche offerte dalla Corte europea. Egli rileva che "la predetta esigenza di adeguarsi alle pronunce della Corte EDU, in realtà, produce soltanto influenze "mediate" sugli Stati aderenti alla Convenzione, che non siano parti del giudizio instaurato dinnanzi alla Corte EDU, obbligando le Corti nazionali a

tenere conto dell'interpretazione generale e complessiva che i giudici europei hanno dato della norma convenzionale oggetto del loro sindacato, e quindi a prescindere da quello che poi sia stato l'esito particolaristico della causa; e non potrebbe essere altrimenti, dato che nel singolo giudizio i Giudici europei si trovano a sindacare la legittimità convenzionale delle disposizioni particolari di una specifica legislazione statale, inevitabilmente differenti - per la loro costituzione strutturale, per la loro collocazione sistematica e per la caratura degli effetti prodotti sui consociati - dai corrispondenti divieti presenti in altri ordinamenti statali". Argomenta, dunque, che "la Corte costituzionale avrebbe potuto pervenire alle medesime conclusioni anche affrontando autonomamente la questione di costituzionalità in relazione all'art. 117 della Costituzione. Posto che la stessa Grande Camera aveva raccomandato agli Stati contraenti di tenere conto del mutamento della scienza medica e del consenso sociale, la Corte costituzionale sarebbe stata legittimata a valutare se il divieto di realizzare la fecondazione eterologa riflettesse lo stadio evolutivo raggiunto allo stato attuale dai predetti fattori dinamici, così da garantire la conformità della legge n. 40/2004 all'art. 8 CEDU, secondo le indicazioni fornite dalla stessa Corte europea, e quindi in una prospettiva non di contraddizione della sua interpretazione, ma di adattamento della stessa al contesto spaziotemporale di riferimento".

E. Malfatti (Ancora una questione di costituzionalità sul divieto di fecondazione eterologa, tra incertezze generate dalla Corte costituzionale (ord. n. 150/2012) ed esigenze del "seguito" alle pronunce di Strasburgo, 29 aprile 2013, in penalecontemporaneo.it), interpreta la dichiarazione di assorbimento delle censure relative all'art. 117, primo comma, Cost., alla luce del margine di apprezzamento ampio che chiaramente la Corte europea ha riconosciuto ai Paesi membri della Convenzione in materie fortemente caratterizzate sul piano etico e dunque costituenti un fronte dal quale la Corte europea ha manifestato in questi ultimi anni l'esigenza di un *restraint*, a vantaggio dell'autonoma valutazione, nei diversi ordinamenti, della portata delle convinzioni morali e sociali che emergono nella società; e più in generale per il margine che la stessa Corte costituzionale ha riconosciuto a sé medesima nella importante sent. n. 236/2011 («un margine di apprezzamento e di adeguamento che (...) consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi»). L'Autore evidenzia che nella questione riproposta a seguito della restituzione atti (ord. n. 150/2012), pesano, non più il "precedente" austriaco, bensì le argomentazioni della Grande Camera in rapporto agli ulteriori parametri costituzionali invocati dal giudice *a quo*: «ritiene il Collegio (Tribunale di Milano) che i criteri sottolineati dalla Grande Camera, pur all'interno di una pronuncia di rigetto, costituiscano ineludibile criterio interpretativo per il Giudice delle leggi nazionali al fine di sindacare la corrispondenza della norma impugnata ai valori fondamentali della persona convenzionalmente tutelati, *come richiamati* nella carta costituzionale italiana». Conclude l'Autore: "Piuttosto che il modello "triangolare" (e "verticale") della norma interposta, consegnatoci dalle sentenze "gemelle", il Tribunale di Milano sembra evocare la prospettiva intanto "orizzontale" dei rapporti tra le Carte dei diritti (e conseguentemente del "dialogo", sulle medesime, fra le Corti); offrendo così ai Giudici della Consulta una nuova occasione per intervenire - ad un tempo - in una materia delicata e controversa e sugli aspetti di metodo che la Convenzione al cospetto della Costituzione ancora oggi impone di indagare".

M.G. Rodomonte (È un diritto avere un figlio?, 17 giugno 2014, in www.confronticostituzionali.it) nel commentare la sentenza n. 162/2014, sottolinea il

contrasto (a suo dire palese) fra l'asserita incoercibilità del diritto della coppia di determinarsi nel senso di formare una famiglia con dei figli con l'affermazione, pure posta in premessa all'argomentazione della Corte, della necessità di operare un bilanciamento tra i molteplici interessi di rango costituzionale: "Delle due infatti l'una: o il principio di autodeterminazione è incoercibile, cioè non suscettibile di limitazioni, e quindi refrattario a qualsiasi tentativo di bilanciamento oppure, al contrario, nessuno degli interessi in gioco si presenta come assoluto". Ritiene l'Autore che il giudice costituzionale, al di là delle dichiarazioni, abbia di fatto operato un bilanciamento "sbilanciato" a favore delle esigenze della coppia di formare una famiglia con dei figli, trascurando del tutto l'interesse del figlio concepito attraverso la tecnica della fecondazione eterologa, parte "debole". La contraddittorietà della sentenza sarebbe così spiegabile: "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 inesaribile di nuovi diritti dei singoli e della coppia – orientamento oggi prevalente proprio nella giurisprudenza della Corte EDU".

G. D'Amico (La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014, 3 luglio 2014, in Forum dei Quaderni costituzionali) sottolinea gli elementi di continuità con la precedente giurisprudenza (sent. n. 151 del 2009), di tal che risulta ridimensionata la portata apparentemente dirimpante della sentenza n. 162/2014. L'Autore sottolinea che per la corretta comprensione della sentenza è necessario considerare il *petitum* delle tre ordinanze di rimessione, circoscritto alla richiesta di illegittimità del divieto di fecondazione eterologa limitatamente alle coppie assolutamente sterili o infertili: e in relazione ad esso non può rimproverarsi al Giudice delle leggi di aver effettuato una scelta politica. L'Autore evidenzia anche il dato relativo ai parametri costituzionali sui quali si fonda la decisione, e ammette che la restituzione degli atti ai giudici *a quibus* (ord. n. 150/2012) in riferimento alla sopravvenuta decisione della Grande Camera della Corte Edu (*S.H ed altri c. Austria*), lasciava supporre che la Corte costituzionale riprendesse le fila del suo sindacato proprio a partire dal parametro convenzionale. Chiarisce, tuttavia, che gli stessi giudici *a quibus*, mentre nella prima prospettazione avevano indicato come preliminare la violazione del parametro convenzionale, nella prospettazione successiva alla rimessione scelgono, in due casi su tre, di ignorare il parametro convenzionale.

A. Morrone (*Ubi scientia ibi iura*. A prima lettura sull'eterologa, 11 giugno 2014, in Forum dei Quaderni costituzionali) evidenzia come fatto di contorno ma meritevole di essere appuntato, perché destinato a sviluppi futuri, la circostanza che la decisione di accoglimento sia stata fondata rispetto agli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost. e che il parametro riferito all'art. 117, comma 1, Cost. sia stato dichiarato assorbito: "La pronuncia si muove nell'ambito dei confini dell'ordinamento giuridico nazionale: le norme convenzionali, che pure avevano avuto un ruolo centrale nella vicenda giudiziaria, almeno in questa circostanza, non hanno svolto nessun ruolo. Nell'ord. n. 150/2012 la restituzione degli atti al giudice *a quo* era stata motivata per effetto della sopravvenuta decisione della Grande Camera della Corte Edu che aveva riformato la decisione di primo grado, nel caso *S.H e altri c. Austria* (3 novembre 2011). Qualche interprete, nel commentare quella decisione, aveva rilevato una singolare inversione tra pregiudiziale di costituzionalità e pregiudiziale di convenzionalità, a favore di quest'ultima, specie di fronte a ordinanze di rimessione che, in relazione ai profili di legittimità sollevati, erano costruite in maniera autonoma rispetto al parametro convenzionale.

La decisione di assorbimento, da questo punto di vista, non solo pare evidenziare la (ritenuta?) irrilevanza delle norme convenzionali nel caso di specie, ma, soprattutto, il responsabile ritardo di una decisione nel merito che poteva essere presa già allora. Un punto va sottolineato, però: come nella sentenza n. 1/2014, che nel giudizio sulla legge elettorale ha ritenuto del tutto inutile la decisione della Corte Edu nel caso Saccomanno c. Italia (favorevole alla piena compatibilità del premio di maggioranza e del voto bloccato di lista con la Cedu), anche nella sent. n. 162/2014, il diritto derivante dalla Convenzione europea sembra prestarsi a usi giurisprudenziali altalenanti e largamente opinabili”. L’Autore, poi, denuncia la deriva scientista della Corte, evidenziando che il punto più significativo della sentenza n. 162/2014 sarebbe quello che la persona e i diritti fondamentali conoscono una profonda e, forse irresistibile, trasformazione di fronte alle acquisizioni della scienza e della tecnica, nel senso che i diritti e la persona finiscono per dipendere sempre di più dalla scienza e dalla tecnica. L’Autore, si interroga sul presunto diritto alla genitorialità e critica l’impostazione della sentenza mettendo in risalto come la scelta ispirata alla più ampia libertà procreativa e alla piena libertà di scienza sia, in realtà, una scelta politica e non una soluzione radicata nella Costituzione: “Il diritto alla genitorialità e il diritto alla famiglia con prole derivano dalla libera autodeterminazione del soggetto (ammesso che quest’ultimo sia un diritto secondo la nostra Costituzione) oppure sono il frutto della scienza e della tecnica? Il diritto ad essere genitore è un aspetto della persona o una possibilità consentita alla persona dalla medicina? Occorre chiedersi, ad un livello teorico ancora maggiore, di quale libertà stiamo discorrendo. L’autodeterminazione soggettiva è solo una faccia della libertà dell’individuo, la quale, come ogni libertà, deve trovare fondamento, concretizzazione ed effettività nell’ambito di una comunità politica organizzata. Quella che pare emergere nella pronuncia in commento è, in sostanza, una concezione delle libertà meramente individualistica, egoistica, sradicata da relazioni intersoggettive, lontana dall’idea repubblicana della “libertà sociale”. L’idea che i diritti fondamentali siano attribuiti della persona come animale sociale e politico, sembra essere scalzata da un’innovativa teoria delle libertà come facoltà consentite all’uomo dalla scienza e dalla tecnica. Questo ruolo cruciale della scienza nella definizione della persona e dei suoi diritti pare neutralizzare anche il contenuto morale del diritto costituzionale che invece rappresenta l’essenza dello stato costituzionale. Portato alle estreme conseguenze, il primato della scienza può porre in radicale contestazione tutti i valori fondamentali su cui poggia la Costituzione, se e solo se le evidenze scientifiche consentono ciò che la Costituzione o non ha previsto o non ha voluto. Appunto: *ubi scientia, ibi iura*”.

Sulle relazioni tra scienza e diritto, si pronuncia anche **A. Musumeci** (La fine è nota, osservazioni a prima lettura alla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale sul divieto di fecondazione eterologa, luglio 2014, in Osservatorio costituzionale AIC), che afferma: “Certamente, la decisione in oggetto non deve essere stata semplice per i giudici della Consulta, anche a giudicare dal tempo intercorso tra la dichiarazione d’illegittimità costituzionale, annunciata con il comunicato stampa, e il deposito della sentenza vera e propria (9 aprile-9 giugno). Difficoltà comprensibili: la Corte sa di muoversi su un terreno eticamente sensibile e che la sua decisione, qualunque essa sia, incontrerà il favore di alcuni e le critiche di altri. Ciononostante, va ricordato preliminarmente che sulla Corte non possono e non devono ricadere le responsabilità di scelte effettuate in sede di politica legislativa. Il rischio che il nostro legislatore potesse caricare la legge sulle tecniche di fecondazione assistita di una valenza ideologica eccessiva era oltremodo probabile, con la conseguenza di

avere una legge dalla difficile accettazione sociale e dalla dubbia praticità. Tornano in proposito come un monito gli insegnamenti di chi, ancor prima dell'elaborazione della legge, aveva indicato come metodo di approccio ai temi della bioetica la via del "diritto leggero", ossia la strada di una regolamentazione minimale che non pregiudicasse né le opzioni individuali né gli sviluppi scientifici a venire. Tutti sappiamo che così non fu e che il testo legislativo, per i tanti divieti che contiene, è espressione inequivocabile di una scelta politica orientata, non supportata da una adeguata cognizione tecnico-scientifica, cui se ne oppose un'altra, altrettanto politicamente orientata, contenuta nella plurima richiesta di referendum abrogativo, totale e parziale, della legge, che la Corte costituzionale, decise di ammettere con l'esclusione della sola abrogazione totale. Ora se il principio della discrezionalità del legislatore è un principio cardine in tutti gli ordinamenti democratici, massimo ogni qualvolta adotta un atto politico come la legge, ciò non toglie che tale discrezionalità si possa e si debba concretizzare diversamente a seconda dell'oggetto su cui ci si accinge a legiferare. Mi è già capitato di sostenere altrove, grazie anche al supporto della giurisprudenza costituzionale, che la discrezionalità dell'organo legislativo assume dei connotati totalmente diversi dall'usuale ogniqualvolta essa è chiamata a confrontarsi con le questioni di natura scientifica. Anche se la scelta per l'applicazione di un principio costituzionale al posto di un altro ricadrà sempre nella sfera della responsabilità del legislatore, in ragione della sua discrezionalità, le ragioni di quella scelta presuppongono sempre la risoluzione preventiva della questione scientifica, o per lo meno impongono l'uso del principio di precauzione anche da parte dell'organo legislativo. Senza una simile presupposizione, in assenza quindi di una comprovata ratio di natura scientifica, la decisione del legislatore potrà risultare quanto meno arbitraria se non addirittura piegata al volere della maggioranza, come è accaduto nel caso della legge sulla PMA. Infatti, dall'iniziale scelta di principio di definire in modo del tutto autonomo, per via legislativa, il dibattuto, e ancora aperto, problema scientifico dell'inizio della vita umana, sono derivate a cascata una serie di soluzioni normative, dalla dubbia legittimità costituzionale, che i giudici nel corso del tempo, hanno provveduto lentamente a demolire, come sinteticamente ricordato in apertura. Bene quindi ha fatto la Corte, nella sentenza in esame (p.to 7 c.d.), a ricordare, citando sul punto la sua più recente giurisprudenza che qualunque intervento del legislatore ordinario su scelte terapeutiche, sulla loro appropriatezza, anche nel caso delle patologie attinenti alla sfera riproduttiva, "non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, ma deve tener conto anche degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze acquisite tramite istituzioni e organismi a ciò deputati (sent. n. 8 del 2011)".

Secondo **C. Casonato** (La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte, 17 giugno 2014, in www.confronticostituzionali.it) la sentenza n. 162/2014, ricordando al legislatore i criteri di necessaria ragionevolezza, razionalità e proporzionalità della sua attività, ha rivolto un monito autorevole al Parlamento italiano "che negli ultimi anni, anche sul terreno del biodiritto, si è fatto indurre da tentazioni di prepotenza e di svilimento dei diritti della persona estranee ad uno stato pluralista e costituzionale". Osserva l'Autore che "Andando a disciplinare la pratica medica e in generale le scienze della vita, il biodiritto tratta di un oggetto che tipicamente coinvolge la struttura morale più profonda di ognuno di noi e, con essa, il significato stesso di concetti antropologicamente delicati e moralmente divisivi come quelli di salute, di malattia, di vita, di morte, di dignità, fino alla stessa definizione di essere umano. Trovare un accordo sulla relativa disciplina giuridica, indicare diritti e doveri,

limiti e divieti è quindi attività che richiede una straordinaria dose di attenzione ai dati scientifici, di equilibrio, di sensibilità, di capacità di dialogo e di sintesi fra posizioni anche molto distanti. Su materie come quelle disciplinate dal biodiritto, non si può procedere a colpi di maggioranza, ma è necessario attivare percorsi di presa in carico degli interessi di volta in volta coinvolti, nella consapevolezza che i singoli casi presentano sempre sfaccettature diverse e particolari. Per questo le scienze della vita invocano un biodiritto che non può assumere i caratteri del fondamentalismo, ma che deve tendere all'apertura e alla mitezza (...)

All'interno del solco tracciato, non è da escludere che la Corte costituzionale possa prendere in esame altre normative che paiono porre limitazioni all'autodeterminazione individuale non sufficientemente giustificate da altri interessi o valori costituzionali. La disciplina dei limiti attualmente posti alle scelte di fine-vita da parte di persone capaci e consapevoli, colpite da malattie gravissime e dolorose, potrebbe ricadere all'interno di questi scenari futuri".