

Federico Furlan

Haldimann c. Svizzera: via libera a giornalismo investigativo e registrazioni nascoste

(doi: 10.1439/79985)

Quaderni costituzionali (ISSN 0392-6664)

Fascicolo 2, giugno 2015

Ente di afferenza:

Università degli studi di Milano Bicocca (unibicocca)

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.

Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it>

Licenza d'uso

L'articolo è messo a disposizione dell'utente in licenza per uso esclusivamente privato e personale, senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali. Salvo quanto espressamente previsto dalla licenza d'uso Rivisteweb, è fatto divieto di riprodurre, trasmettere, distribuire o altrimenti utilizzare l'articolo, per qualsiasi scopo o fine. Tutti i diritti sono riservati.

Note dall'Europa

Dall'Unione europea

L'IVA sugli ebook, tra sovranità nell'interpretazione autentica ed esegesi letterale della Corte di giustizia

di *Flavio Guella*

La questione dell'assoggettabilità dei libri elettronici ad IVA ridotta presenta, nel contesto europeo e nazionale, una specifica rilevanza pratica, posto che la Francia ha optato per un'aliquota del 5,5% e il Lussemburgo e l'Italia per aliquote – rispettivamente – del 3% e del 4%. L'ammissibilità di tali regimi di favore è stata vagliata, in riferimento a Francia e Lussemburgo, nelle sentenze della Corte di giustizia del 5 marzo 2015 relative alle cause C-479/13 e C-502/13, con esito negativo. La medesima questione pone specifici problemi teorici, posto che l'ammissibilità o meno di tali trattamenti fiscali favorevoli dipende da diverse soluzioni ermeneutiche, assumibili a livello nazionale o nel contesto della sistematica tributaria dell'Unione europea. Nel caso italiano, in particolare, la sovranità finanziaria si è espressa con un'interpretazione autentica del regime IVA, volta ad assimilare l'imposizione sugli ebook a quella relativa ai libri cartacei; opzione nazionale che si è posta come un'esegesi orientata dal principio di eguaglianza. A tale soluzione ermeneutica si contrappone quella indicata dalla Corte di giustizia, che segue invece un approccio letterale mediante il quale viene esclusa una portata del principio di c.d. neutralità fiscale che sia analoga a quella, generale, di un principio costituzionale di parità di trattamento.

Nell'ordinamento italiano l'art. 16 del d.P.R. 633/72 distingue tra un'aliquota IVA normale (22%), una sola aliquota ridotta (10%) ed un'aliquota c.d. super-ridotta (4%). Quest'ultimo regime di prelievo, valido per i beni e servizi di cui alla parte II della tabella A, è compatibile con la direttiva 2006/112/CE in materia di IVA nella misura in cui si applichi ad operazioni così beneficate già al 1° gennaio 1991 (gli artt. 99 e 110 della

direttiva non consentendo – altrimenti – un'imposizione inferiore al 5%, ponendo un divieto che è stato fatto oggetto di giurisprudenza restrittiva: cause C-462/05, *Commissione c. Portogallo*; C-240/05, *Eurodental*; C-169/00, *Commissione c. Finlandia*). Per quanto riguarda specificamente il regime fiscale dei prodotti librari, la direttiva 2009/47/CE era però intervenuta sulla direttiva 2006/112/CE, anche con l'obiettivo di «precisare ed adeguare al progresso tecnologico il riferimento ai libri nell'allegato III» (Considerando n. 4); ciò meglio specificando l'originaria espressione – «fornitura di libri» – come «fornitura di libri su qualsiasi supporto fisico» (punto 6 dell'allegato III), ostacolando però in tal modo soluzioni interpretative di tipo evolutivo. A fronte di questo contesto normativo, il legislatore italiano ha comunque tentato di applicare l'aliquota super-ridotta del 4% anche ai libri digitali, operando appunto mediante interpretazione autentica in modo da sfruttare la fisiologica retroattività e – così – rispettare il termine del 1° gennaio 1991 (come momento oltre il quale non perpetrare ulteriori scelte qualificatorie di favore, in deroga). L'art. 1, comma 667, della legge 190/2014 (legge di stabilità 2015) ha infatti equiparato l'imposizione indiretta su libri cartacei (già pacificamente ricondotti al n. 18 della tabella A, parte II, del d.P.R. 633/1972) e l'imposizione indiretta su ebook, statuendo che per «libro» ha da intendersi ogni pubblicazione identificata da codice ISBN, anche se veicolata attraverso mezzi di comunicazione elettronica.

In antitesi a tale opzione del legislatore-interprete italiano va però considerata la ricostruzione della disciplina europea fornita nelle citate sentenze sui ricorsi per inadempimento avverso i regimi IVA per l'editoria elettronica adottati in Francia e Lussemburgo. L'esegesi della Corte di giustizia nelle cause C-479/13 e C-502/13 ha infatti segnato un orientamento di tipo restrittivo, considerando non ammissibile l'estensione dell'ambito di applicazione delle aliquote ridotte al di fuori dei casi e delle condizioni previste dal dato letterale della disciplina UE. Secondo la ricostruzione della Corte, l'applicazione di un'aliquota ridotta è ammissibile – *ex art. 98, par. 2, comma 1, della direttiva IVA* – unicamente per le cessioni di beni e le prestazioni di servizi di cui all'allegato III (cfr. la sentenza in C-219/13, *K Oy*, punti 21 e 22); allegato che menziona la «fornitura di libri su qualsiasi tipo di supporto fisico», cui non sarebbero assimilabili gli ebook in quanto alienati tipicamente in via elettronica. È così stato confermato che per delimitare la portata di una disposizione di diritto dell'Unione si deve tener conto del suo contesto e delle sue finalità ma – allo stesso tempo, e qui in via prioritaria – anche del tenore letterale (cfr. i riferimenti dal punto 23 della sentenza in C-174/08, *NCC Construction Danmark*); dato letterale che nel caso di specie, proprio nel riferirsi a «supporti fisici», garantisce la coerenza dell'elencazione dell'allegato con il generale precetto di inammissibilità di aliquote IVA ridotte per i «servizi forniti per via elettronica» (*ex art. 98, par. 2, comma 2; tipologia di servizio cui la Corte ha ricondotto la fornitura di ebook*). L'opzione letterale sarebbe peraltro ulteriormente corroborata dal contesto della disposizione, sia sistematico che finalistico. Per quel che riguarda l'interpretazione sistematica, la disposizione sull'assoggettabilità dei libri ad IVA ridotta costituisce una deroga al principio dell'aliquota «normale» e, pertanto, dev'essere interpretata restrittivamente (cfr. i riferimenti dal punto 18 della sentenza in C-360/11, *Commissione c. Spagna*). Per quel che riguarda

l'interpretazione teleologica, sebbene mediante l'individuazione dell'ambito di applicazione del punto 6 dell'allegato III della direttiva IVA nella «fornitura di libri su qualsiasi tipo di supporto fisico» il legislatore europeo abbia perseguito l'obiettivo di adeguare la nozione di «libri» al progresso tecnologico (cfr. Considerando 4 della direttiva 2009/47), nondimeno il contesto letterale non permette di ignorare che il «verso» di tale adeguamento sembra essere quello ostativo di un'equiparazione dei regimi fiscali.

La Corte di giustizia ha operato quindi una ricostruzione rigorosa del quadro normativo europeo, ponendone la literalità alla base dell'esegesi proposta; manca invece una sensibilità «costituzionale» nella considerazione del ruolo che alcuni principi generali – pure rilevanti in materia – avrebbero potuto svolgere, in particolare orientando l'interpretazione nel senso di valori di eguaglianza. In ciò, l'interpretazione autentica svolta nell'ordinamento italiano (del n. 18 della tabella A, parte II, del d.P.R. 633/72) si pone come metodologicamente antitetica rispetto a quella europea (del punto 6 dell'allegato III della direttiva IVA). A parere della Corte di giustizia, infatti, l'interpretazione letterale (pur prospettabile anche sulla base del d.P.R. italiano in materia di IVA) non sarebbe rimessa in discussione dal principio di c.d. neutralità fiscale. Tale neutralità, che costituisce una traduzione – in materia di imposte indirette – del principio generale di parità di trattamento (cfr. i riferimenti dal punto 41 della sentenza in C-174/08, *NCC Construction Danmark*), esclude quelle ricostruzioni ermeneutiche del regime di singoli tributi o di sistemi fiscali complessivi che possano incidere sulle decisioni e i comportamenti dei contribuenti, espressione di autonomia privata. Il regime fiscale (e la sua interpretazione ed applicazione) deve cioè evitare distorsioni e variazioni nei prezzi tali da incidere sulle scelte del contribuente; la libertà economica dei singoli non deve così essere condizionata da scelte impositive che discriminino irragionevolmente alcune opzioni di acquisto a discapito di altre, senza una *ratio* meritoria a giustificazione di tale discriminazione (come pare nel caso del diverso regime di prelievo per libri cartacei ed ebook). Tuttavia, la Corte di giustizia non ha valorizzato tale interpretazione orientata ai principi, ritenendo recessivo il valore della neutralità fiscale, che non potrebbe intervenire neppure in via suppletiva a fronte di una disposizione equivoca. Tale principio UE non opererebbe cioè in chiave integrativa, nel senso di consentire l'estensione dell'ambito di applicazione di un'aliquota IVA ridotta in presenza di una disposizione suscettibile di più interpretazioni, e ciò in quanto la neutralità fiscale – pur derivante dal principio di parità di trattamento – non è considerata una regola di diritto primario che possa incidere sulla validità del diritto derivato, né operare in senso additivo sul piano ermeneutico (cfr. i riferimenti dal punto 50 della sentenza in C-174/11, *Zimmermann*).

In questa prospettiva, il punto 6 dell'allegato III della direttiva IVA non è stato considerato disposizione la quale, in modo sufficientemente non equivoco, estenda l'ambito di applicazione delle aliquote ridotte alla fornitura di libri elettronici; pertanto – in forza della struttura normativa così descritta, che limita l'impiego del principio di neutralità fiscale come strumento di interpretazione creativa – la Corte di giustizia ha escluso la possibilità di un'esegesi della nozione di «libro» orientata al valore della parità di trattamento. Sulla base di tale ricostruzione ermeneutica le sentenze del 5 marzo 2015 hanno

condannato Francia e Lussemburgo per violazione del diritto UE, mentre rimane aperto il giudizio sul regime che il legislatore italiano – nell’esercizio della sua sovranità finanziaria, espressa quale interprete autentico delle disposizioni fiscali – ha sviluppato in materia, ponendo al centro della propria esegesi l’apprezzamento del ruolo del principio di eguaglianza nelle qualificazioni degli oggetti del trattamento impositivo.

Sebbene tale impostazione dell’ordinamento italiano risulti in contrasto con la ricostruzione svolta dalla Corte di giustizia, nondimeno la specifica considerazione della parità di trattamento nei regimi fiscali di libri cartacei ed ebook era già stata fatta oggetto di attenzione politica nella Comunicazione della Commissione sul futuro dell’IVA, del 6 dicembre 2011 (COM (2011) 851 def.), nonché nel Consiglio UE *Istruzione, gioventù, cultura e sport* del 25 novembre 2014 (pur se non competente in materia fiscale); ciò con un sostanziale auspicio di interventi sulla direttiva IVA volti a realizzare un’effettiva neutralità del prelievo fiscale relativo alla commercializzazione di ebook o libri cartacei. Nell’attesa di un intervento risolutore a livello europeo, permane il problema del rapporto tra ordinamento italiano e diritto dell’Unione, posto che sebbene sia la Corte di giustizia l’interprete privilegiato della disciplina UE, nondimeno nell’esegesi delle disposizioni di armonizzazione fiscale la stessa Corte deve garantire standard di tutela della parità di trattamento che siano adeguati alla difesa dei diritti fondamentali dei contribuenti, anche con interpretazioni conformi ai principi di razionalità del sistema (validi altresì per il diritto europeo, e non solamente invocabili dal legislatore che svolga una propria interpretazione autentica in un’ottica costituzionalmente orientata). Non sfruttare il principio generale della neutralità fiscale per fondare un’interpretazione evolutiva del regime IVA degli ebook segnala quindi una perdurante diversità di sensibilità in materia di standard costituzionali nell’ambito degli ordinamenti tributari nazionale e dell’Unione europea, che il formante giurisprudenziale europeo – in questa ipotesi – non ha ritenuto di superare.

Dal Consiglio d’Europa

Caso *Cestaro c. Italia*: dalla prima condanna della Corte EDU sull’irruzione alla Diaz l’obbligo di introdurre il delitto di tortura

di *Francesco Zacchè*

La sentenza 7 aprile 2015 (*Cestaro c. Italia*) segna l’ennesimo smacco per l’Italia: ancora una volta, la Corte EDU accerta la responsabilità del nostro Stato per l’inosservanza del divieto assoluto di praticare la tortura e di ricorrere a trattamenti inumani o degradanti.

Dopo la prima condanna maturata nel 2000 per la mancanza di un’inchiesta effettiva sui presunti maltrattamenti sopportati da Labita detenuto a Pianosa (*Labita c. Italia*), sono cresciute in modo esponenziale le vicende in cui il giudice europeo ha riscontrato la violazione dell’art. 3 CEDU da parte del nostro Paese: dal sovraffollamento carcerario

(*Sulejmanovic c. Italia; Torreggiani e altri c. Italia*) alle vessazioni sopportate dai detenuti nel carcere di Cagliari per mano del cosiddetto «comitato di accoglienza» (*Saba c. Italia*); dall'incompatibilità del regime carcerario a causa delle condizioni di salute dei ricorrenti (fra le altre, cfr. *G.C. c. Italia; Contrada c. Italia [n. 2]; Scoppola c. Italia e Scoppola c. Italia [n. 4]*) alle violenze inferte dalle forze dell'ordine in occasione di alcuni arresti (*Alberti c. Italia*); dai respingimenti di massa dei migranti verso la Libia (*Hirsi Jamaa e altri c. Italia*) ai tentativi d'espulsione di cittadini extracomunitari verso nazioni in cui si pratica la tortura (cfr., fra i molti, *Abdelhedi c. Italia; Ben Salah c. Italia; Saadi c. Italia*), talvolta eseguiti nonostante il divieto proveniente dalla stessa Corte EDU di darvi corso (*Ben Khemais c. Italia*), e l'elenco potrebbe continuare.

Il quadro, insomma, è sconsolante, sia per l'ampiezza del fenomeno sia per l'incapacità dello Stato di porre un freno alle violazioni più significative del dettato convenzionale. S'impone, dunque, un cambio di rotta. Lo rileva la stessa Corte EDU nella sentenza qui segnalata: è indispensabile – afferma il giudice europeo – che l'«ordinamento giuridico italiano si munisca di strumenti giuridici idonei a sanzionare in maniera adeguata i responsabili di atti di tortura o di altri trattamenti vietati dall'art. 3 e a impedire che costoro possano godere di benefici incompatibili con la giurisprudenza» della Corte EDU.

In sostanza, il Parlamento è chiamato a introdurre il delitto di tortura, senza indugi. Non si tratta ormai solo di dare esecuzione agli obblighi internazionali derivanti dalla Convenzione ONU del 1984 contro la tortura da noi ratificata, benché mai trasposta con riguardo allo specifico dovere d'incriminazione *ex art. 4* delle condotte descritte dall'art. 1 (il quale offre – come si dirà più oltre – una vera e propria definizione di ciò che, per il diritto internazionale, sia da considerare «tortura»). Oggi, a entrare in gioco è la stessa credibilità e responsabilità dell'Italia di fronte al Consiglio d'Europa. Attualmente, dinnanzi alla Corte di Strasburgo, pendono molte doglianze contro il nostro Paese per l'inosservanza dell'art. 3 CEDU: dal ricorso inoltrato da Abu Omar per l'*extraordinary rendition* organizzata dalla CIA di concerto con i servizi segreti, ai numerosi ricorsi presentati per le violenze perpetrate dalla polizia nella scuola Diaz, prima, e nel carcere di Bolzaneto, poi, durante lo svolgimento del G8 a Genova nel 2001. Sarebbe estremamente grave che, nel definire tali vicende, la Corte EDU fosse costretta a ribadire la necessità per il nostro sistema di dotarsi d'un assetto normativo idoneo a fronteggiare le più «odiose» violazioni dei diritti fondamentali.

Il caso Cestaro s'inscrive proprio negli episodi di violenza commessi dalla polizia nel luglio del 2001 nel capoluogo ligure. All'epoca dei fatti, il ricorrente era rimasto seriamente ferito nel corso dell'irruzione alla scuola Diaz effettuata dalla polizia alla ricerca di elementi di prova a carico dei cosiddetti *black-block*. Tra le varie circostanze allegatesi dall'interessato – l'essere stato costretto a rimanere in posizioni umilianti, i ritardi e l'inadeguatezza dei soccorsi medici, ecc. –, la Corte di Strasburgo ha ritenuto sufficiente valorizzare le offese e le lesioni da questi subite alla testa e al corpo a causa dei calci e dei colpi di manganello – di tipo «tonfa» (potenzialmente letali) – ripetutamente inferti dalle forze dell'ordine, mentre si trovava, a mani alzate e senza opporre resistenza, seduto contro un muro. A parere della Corte EDU, le condotte in questione hanno integrato di per sé gli estremi della tortura, perché si è trattato di comportamenti diretti a infliggere alla vittima una sofferenza psico-

fisica acuta, priva di qualunque giustificazione, come si desume dal pretesto utilizzato dalla polizia per dare corso alla perquisizione *ex art. 41 TUPS* (il quale autorizza le forze dell'ordine che abbiano notizia dell'esistenza, in un qualsiasi luogo, di armi, munizioni o materie esplodenti, abusivamente detenute, a procedere immediatamente a perquisizione e sequestro), nonché dal tentativo *a posteriori* di giustificare la tragica irruzione nel plesso scolastico (ritrovamento delle *molotov*, falsificazione dei verbali, ecc.). Di qui la violazione sostanziale dell'art. 3 CEDU, una volta riconosciuta al ricorrente la condizione di vittima, ai sensi dell'art. 34 CEDU. Per la giurisprudenza europea – si sa – non basta un risarcimento di tipo civilistico per far venire meno lo *status* di vittima, risultando invece necessaria la punizione dei responsabili dei fatti di tortura.

Emerge, a questo punto, il secondo profilo di responsabilità dello Stato italiano, concernente il rispetto degli obblighi procedurali di cui all'art. 3 CEDU, dai quali deriva il dovere per i Paesi contraenti di compiere indagini effettive su tutti i casi d'asserita violazione sostanziale del precetto in questione, allo scopo d'individuare, di perseguire e di condannare a una pena proporzionata chi sia riconosciuto responsabile di atti di tortura, oppure di trattamenti inumani o degradanti.

Sotto tale profilo, anzitutto, la Corte EDU rileva che nessuna negligenza è imputabile alla pubblica accusa, per la complessità della vicenda e l'esistenza di ostacoli importanti allo svolgimento del procedimento. Al contempo, nessun rimprovero può essere mosso agli organi giudicanti e, in particolare, alla Corte d'appello di Genova e alla Corte di cassazione che, da parte loro, hanno escluso la sussistenza di qualunque giustificazione o scusante all'operato della polizia.

Piuttosto, una prima inosservanza degli obblighi positivi discendenti dall'art. 3 CEDU è stata riscontrata nella mancata cooperazione della polizia di Stato con le autorità inquirenti nell'identificazione dei responsabili delle violenze, a cui si aggiunge il silenzio serbato dal Governo italiano sulla doverosa sospensione dal servizio degli agenti e degli ufficiali di polizia sottoposti al procedimento penale. Ma soprattutto è la sostanziale impunità dei colpevoli a rilevare. Gli imputati sono stati condannati dalle corti nazionali in merito ai reati di falso commessi con l'obiettivo di occultare i fatti di tortura; mentre, per quanto concerne gli illeciti contestati «a copertura» degli atti contrari all'art. 3 CEDU (e cioè lesioni dolose, percosse, violenza privata, abuso d'ufficio, ecc.), essi hanno beneficiato della prescrizione, nonché delle riduzioni di pena connesse alla concessione dell'indulto di cui alla l. n. 241 del 2006. Del resto, osserva la Corte EDU, l'assenza di un reato *ad hoc* nell'ordinamento italiano comporta che – sulla base della disciplina della prescrizione *ex art. 157 c.p.* o dell'eventuale adozione di provvedimenti di clemenza – i responsabili di atti di tortura e di trattamenti inumani o degradanti possano, in sostanza, sottrarsi a qualunque sanzione, al di là degli sforzi posti in essere dall'autorità giudiziaria nell'accertamento della loro colpevolezza e della conseguente punizione. È questo un *difetto strutturale* della giustizia penale in relazione al quale la Corte EDU impone allo Stato italiano l'adozione di una *misura generale*, ossia che esso si doti di strumenti in grado di sanzionare adeguatamente chi si macchi di atti di tortura o di altri trattamenti contrari all'art. 3 CEDU, impedendo che cause estintive del reato o atti di clemenza creino sacche d'impunità.

Alla luce della giurisprudenza europea sull'art. 3 CEDU, l'esito della vicenda non desta sorprese, anzi era ampiamente prevedibile. Basti pensare che gli snodi fondamentali delle questioni affrontate dalla Corte erano già stati anticipati in dottrina (A. Colella, *C'è un giudice a Strasburgo. In margine alle sentenze sui fatti della Diaz e di Bolzaneto: l'inadeguatezza del quadro normativo italiano in tema di repressione penale della tortura*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009) più di sei anni fa, all'indomani della conclusione dei processi di merito sui fatti accaduti a Genova nel 2001.

L'aspetto interessante che pone la sentenza Cestaro, allora, è un altro, ovvero come adempiere oggi all'obbligo imposto dalla Corte EDU d'introdurre all'interno del sistema giuridico uno strumento idoneo a sanzionare i responsabili degli atti vietati dall'art. 3 CEDU. Tale operazione, invero, non va esente da criticità e incognite di tipo tecnico. Ad esempio, il progetto di legge n. 2168 recante «Introduzione del reato di tortura nell'ordinamento italiano», appena licenziato dalla Camera dei Deputati, sta suscitando un vivace dibattito intorno alla sua formulazione. Finora, la strada seguita dal Parlamento è stata quella di tralasciare la definizione offerta dalla summenzionata Convenzione ONU contro la tortura (l'art. 1 definisce come tortura «any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanction»), in favore d'una descrizione dell'illecito dai toni chiaroscurali. L'art. 613-*bis* c.p., allo stato dell'arte, prescrive che «chiunque, con violenza o con minaccia [...], intenzionalmente cagiona ad una persona a lui affidata o comunque sottoposta alla sua autorità, vigilanza o custodia acute sofferenze fisiche o psichiche al fine di ottenere, da essa o da un terzo, informazioni o dichiarazioni o di infliggere una punizione o di vincere una resistenza [...] è punito con la reclusione da quattro a dieci anni», oppure più severamente se l'autore riveste la qualifica di pubblico ufficiale».

Senza addentrarsi in questioni complesse, va comunque accolta positivamente, ad avviso di chi scrive, l'opzione di configurare la fattispecie come delitto comune. Il reato proprio è lo *standard minimo* richiesto dalla Convenzione ONU del 1984; niente vieta agli Stati contraenti d'adottare strumenti di tutela dell'individuo maggiori, ai sensi dell'art. 1 comma 2. Ma v'è di più: la scelta legislativa sarebbe idonea a soddisfare gli obblighi positivi di tipo preventivo che gravano sullo Stato, ai sensi dell'art. 3 CEDU, qualora gli atti di tortura fossero compiuti esclusivamente da soggetti privati.

Meno persuasiva sembra, invece, la proposta di delimitare – sotto il profilo passivo – la sfera d'efficacia del delitto a chi si trovi sottoposto all'autorità, vigilanza o custodia dell'agente. In tal modo, si correrebbe il rischio d'escludere l'applicazione del nuovo art. 613-*bis* c.p. in rapporto alle manifestazioni di violenza finalizzate a provocare una sofferenza acuta e gratuita nelle vittime prima della loro formale «sottoposizione» all'au-

torità di polizia. Il risultato suonerebbe paradossale: la pronuncia europea qui segnalata riguarda, per l'appunto, le violenze subite dal ricorrente durante l'irruzione nella scuola Diaz, ossia prima e a prescindere da limitazioni della libertà personale.

Haldimann c. Svizzera: via libera a giornalismo investigativo e registrazioni nascoste

di Federico Furlan

Con la sentenza che ha definito il caso *Haldimann e altri c. Svizzera* (ric. n. 21830 del 2009, depositata il 24 febbraio 2015), la II sezione della Corte EDU ha compiuto un interessante chiarimento in ordine alla liceità della registrazione e diffusione di conversazioni private da parte di telecamere nascoste nell'ambito del giornalismo c.d. investigativo. Tuttavia, la portata della decisione e le ricadute che essa potrebbe avere sull'ordinamento italiano devono, come vedremo, essere valutate in base alle peculiarità del caso deciso dal giudice di Strasburgo.

I fatti di causa sono così riassumibili: nel 2003, la redazione del programma settimanale di tutela dei consumatori «Kassensturz» della televisione della svizzera tedesca (SF DRS) decide di realizzare e mandare in onda un *reportage* giornalistico sulle pratiche scorrette di vendita di prodotti assicurativi da parte di broker elvetici. A tal fine una giornalista, fingendosi una potenziale cliente interessata all'acquisto di una polizza vita, invita un agente assicurativo ad un incontro in un appartamento privato per ricevere ulteriori informazioni. Solo al termine del colloquio l'assicuratore è posto a conoscenza della circostanza che l'intervista è stata filmata con telecamere nascoste e gli viene concessa la possibilità di commentare quanto affermato, opportunità rifiutata. Parte dell'intervista è successivamente mandata in onda con l'accortezza di «pixelare» il volto del soggetto e di modificarne elettronicamente la voce, al fine di renderlo del tutto irriconoscibile. Segue la querela da parte del broker e la condanna dell'intervistatrice e degli altri giornalisti coinvolti da parte del Tribunale Superiore del Cantone di Zurigo (confermata dal Tribunale penale federale) al pagamento di una pena pecuniaria. Il codice penale elvetico, invero, sanziona penalmente sia la registrazione di una conversazione non pubblica tra soggetti terzi senza il loro consenso e la comunicazione a terzi dei dati ottenuti con la registrazione (art. 179-*bis*; reato punibile a querela di parte e pena detentiva sino a tre anni in alternativa alla pena pecuniaria) sia il comportamento di chi, senza il consenso del proprio interlocutore, registra ovvero conserva ovvero rende accessibile a terzi una conversazione non pubblica cui partecipi personalmente (art. 179-*ter*; reato punibile a querela di parte e con pena detentiva sino ad un anno o pena pecuniaria). Nel ricorso alla Corte EDU i giornalisti invocano l'illegittima ingerenza delle autorità pubbliche nell'esercizio della libertà di espressione e dunque la violazione dell'art. 10 della Convenzione, sottolineando che in una decisione del 2007 il Consiglio svizzero della stampa ha ritenuto corretto l'uso della camera nascosta se si tratta di informazioni di interesse pubblico e se le informazioni non possono essere acquisite con altro mezzo.

La Corte di Strasburgo, in via preliminare, esplicita la necessità di effettuare un giudizio di bilanciamento tra due diritti dotati, a priori, di pari dignità e grado (ponendosi da un lato la libertà d'espressione e dall'altro la protezione della reputazione, che gode della copertura offerta dall'art. 8 conv. al rispetto della vita privata) e pone in evidenza le peculiarità del caso in esame rispetto alla propria giurisprudenza precedente in materia (*Axel Springer ag c. Germania, Kannellopoulou c. Grecia e Belpietro c. Italia*). D'altro canto il giudicante non dimentica che, nello stabilire i limiti della libertà d'espressione, gli Stati godono di un riconosciuto margine di apprezzamento e che la Corte non può sovrapporsi a decisioni degli organi giurisdizionali interni che abbiano compiuto il bilanciamento secondo gli standard fissati dalla Corte medesima. Svolte queste premesse, nell'applicare i principi al caso concreto, la Corte EDU compie un ragionamento articolato nei seguenti passaggi: *a*) in primo luogo, «bacchetta» il Tribunale federale svizzero per avere valutato in concreto (ovvero per l'utilità conseguita) e non in astratto la capacità del reportage di contribuire a un dibattito di rilevante interesse generale; *b*) in secondo luogo, ritiene che non si possa imputare ai giornalisti svizzeri ricorrenti una violazione delle regole deontologiche dal momento che il Consiglio svizzero della stampa ne consentiva l'uso, sia pure limitato; *c*) ricorda, poi, il limitato impatto della messa in onda del servizio sulla reputazione del soggetto «diffamato»: i tratti distintivi del broker erano celati, non si trattava di un personaggio pubblico e la critica giornalistica non era diretta contro di lui personalmente ma contro la sua categoria professionale.

La conclusione del giudizio di bilanciamento della Corte è nel senso che la limitata ingerenza nella vita privata del broker è sacrificabile sull'altare dell'interesse del pubblico ad essere informato sulla scarsa correttezza di chi promuove i prodotti assicurativi; ne discende che la misura afflittiva penale comminata, anche in ragione dell'effetto deterrente che la sanzione penale possiede nei confronti dei giornalisti, non appare giustificata in una società democratica, poiché si pone in contrasto con l'art. 10 della Convenzione (nella stessa direzione il precedente *Ricci c. Italia*, sent. 8 ottobre 2013). Merita di essere segnalata, paraltro, l'interessante opinione dissenziente del componente svizzero del Collegio il quale afferma che il bene giuridico protetto dalle disposizioni del Codice penale non è la protezione della reputazione quanto piuttosto il carattere confidenziale delle conversazioni private (ovvero un interesse pubblico che tocca l'ordine pubblico) e, a suo avviso, questa diversa prospettiva sarebbe in grado di mutare l'esito del giudizio di bilanciamento.

Venendo ora alle possibili conseguenze per l'ordinamento italiano, occorre dapprima ricordare che nel nostro Paese non vi sono disposizioni incriminatrici analoghe a quelle contenute nell'art. 179 codice penale svizzero e la registrazione di una conversazione tra privati incontra i soli limiti previsti dall'art. 167 del d.lgs. 196/2003 (c.d. Codice *privacy*), il quale sanziona con la pena della reclusione (da 6 a 18 mesi) il comportamento di chi procede al trattamento di dati personali in assenza di consenso dell'interessato e punisce come aggravante la diffusione, senza il previo consenso, dei medesimi dati (reclusione da sei a ventiquattro mesi). L'interpretazione delle predette norme del Codice della *privacy* ha condotto la più recente giurisprudenza della Cassazione penale a ritenere legittima (anche come prova in giudizio) la registrazione di conversazioni tra presenti mentre la dif-

fusione di tali conversazioni viola il diritto alla «privacy» nella misura in cui avviene per scopi diversi dalla tutela di un diritto: «Non è illecito registrare una conversazione perché chi conversa accetta il rischio che la conversazione sia documentata mediante registrazione, ma è violata la privacy se si diffonde la conversazione per scopi diversi dalla tutela di un diritto proprio o altrui» (Cass. pen. sez III, 13 maggio 2011, n. 18908). Ma un conto è la tutela di un proprio diritto (ad es. di proprietà o di immagine), altro conto è l'esercizio del diritto alla libertà di espressione da parte di un giornalista: l'art. 137, comma 3, del Codice privacy stabilisce che, nel caso di diffusione dei dati personali per finalità giornalistiche, «restano fermi i limiti del diritto di cronaca a tutela dei diritti di cui all'articolo 2 e, in particolare, quello dell'essenzialità dell'informazione riguardo a fatti di interesse pubblico». Inoltre, l'art. 2 del «Codice deontologico relativo al trattamento dei dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica» (risalente al 1998) prevede espressamente che il giornalista, già nella fase della raccolta delle notizie, è tenuto a rendere «note la propria identità, la propria professione e le finalità della raccolta salvo che ciò comporti rischi per la sua incolumità o renda altrimenti impossibile l'esercizio della funzione informativa», e altresì a evitare «artifici e pressioni indebite». Su queste basi normative la Cassazione penale ha confermato la condanna per gli autori della trasmissione «Le Iene» accusati di violazione dell'art. 167, comma 2, d.lgs. 196/2003 nella nota vicenda dei test antidroga condotti ad insaputa di deputati e senatori (Cass. pen. sez. III, sent. n. 23086/2008), mentre il Garante della *privacy* ha, recentemente, ritenuto illecita l'acquisizione e la diffusione di informazioni ottenute servendosi di imitatori da parte della trasmissione radiofonica «la Zanzara» (provvedimento n. 400 dell'11 settembre 2014).

Allo stato delle norme si può affermare, dunque, che il giornalista che, celando ruolo e identità, diffonde informazioni registrate con una telecamera nascosta (ovviamente senza avere ricevuto la c.d. liberatoria) non solo compie un illecito deontologico ma è anche punibile penalmente qualora il giudice ritenga non sussistere un preminente interesse pubblico alla diffusione delle informazioni. Ciò posto, è possibile sostenere che per i professionisti che operano nell'ambito del giornalismo d'inchiesta il caso Haldimann possa rappresentare un precedente rilevante: l'uso della telecamera nascosta resta un illecito disciplinare ma, nell'effettuare il bilanciamento tra esercizio del diritto di informazione e tutela del diritto di *privacy*, il giudice penale italiano dovrà tenere nella dovuta considerazione le indicazioni giunte da Strasburgo sulla capacità del *reportage* di contribuire ad un dibattito di pubblico interesse e sull'impatto del medesimo sulla reputazione del soggetto intervistato.

Battista c. Italia: il diritto di un cittadino di circolazione ed espatrio con figli

di Lara Trucco

In una società dinamica come la nostra è singolare il fatto che solo col caso in esame (sent. del 2 dicembre 2014, *Battista c. Italia*, ric. n. 43978/09), la Corte di Strasburgo sia

stata chiamata per la prima volta a pronunciarsi, tra l'altro, sulla compatibilità con la Convenzione EDU di una misura limitativa della libertà di circolazione ed espatrio nei confronti di un soggetto per il fatto di non aver adempiuto ad una obbligazione di carattere patrimoniale, sia pur di «particolare importanza», quale è il pagamento degli alimenti, a beneficio dei suoi familiari. Del resto, è stata la stessa Corte EDU (II sez.) a sottolineare un tale elemento di novità, pronunciandosi sul ricorso presentato da un cittadino italiano a cui, a causa della suddetta inadempienza, era stata preclusa la possibilità di viaggiare liberamente, anche in patria, in compagnia di entrambi i figli.

Durante il procedimento di separazione, infatti, la moglie, con cui condivideva l'affidamento dei due figli, si era detta a più riprese contraria alle richieste presentate dal coniuge di ottenere un passaporto col nome del figlio (che non compariva sul documento), imputando al marito di non corrispondere l'assegno alimentare fissato dal presidente del tribunale all'atto della separazione legale. Il giudice tutelare, dinanzi alla renitenza dell'uomo a versare l'intera quota degli alimenti, si era dimostrato irremovibile nel rigettare le ripetute istanze di rilascio del documento, considerando prioritaria l'esigenza di salvaguardare il diritto dei figli a ricevere l'assegno alimentare, messo a rischio dalla possibile, definitiva, elusione che sarebbe potuta derivare da un trasferimento all'estero del debitore. Per di più, ad un certo punto, lo stesso giudice aveva ordinato che anche il nome dell'altro figlio (indicato invece sul passaporto) venisse cancellato e, nel contempo, la questura aveva ingiunto all'uomo di lasciare in deposito un tale documento presso il commissariato, procedendo, contestualmente, all'invalidazione della sua carta d'identità valida per l'espatrio. A nulla era valsa, in seguito, l'impugnativa dinanzi al tribunale, che confermava, infatti, l'operato del primo giudice, ritenendo che il mancato rispetto dell'obbligo degli alimenti costituisse esattamente uno dei motivi legali del diniego di rilascio del passaporto nell'interesse dei figli, secondo quanto previsto dalla c.d. «legge sui passaporti» (v. l'art. 12 della l. n. 1185/1967, come modif. dalla l. n. 3/2003). Né miglior esito aveva avuto la richiesta del ricorrente, formulata ancora una volta al giudice tutelare all'indomani dell'introduzione (da parte del d.-l. n. 135/2009, conv. nella l. n. 166/2009, per i passaporti; v., inoltre, il d.-l. n. 70/2011, conv. nella l. n. 106/2011, per le carte d'identità) dei nuovi documenti identificativi di viaggio per i minori di età «individuali» (e non più «in comune», nel solo documento dei genitori...) dato che una tale normativa veniva reputata non toccare i termini essenziali da cui era scaturito il contenzioso. A questo punto, rinunciando ad interporre appello avverso l'ennesimo diniego da parte del giudice, l'interessato aveva deciso, dunque, di rivolgersi a Strasburgo.

La Corte EDU, prendendo, come si è detto, atto delle novità del caso, ha reputato comunque possibile applicare alla fattispecie «gli stessi principi» utilizzati (anche dalla «vecchia Commissione europea dei diritti dell'uomo») in «alcune precedenti cause esaminate dal punto di vista dell'articolo 2 del Protocollo n. 4». Su questa base, essa ha ritenuto che il rifiuto opposto al ricorrente al rilascio di un passaporto e l'annullamento della sua carta d'identità per i viaggi all'estero costituissero misure previste dalla legge, prefiggentesi il legittimo obiettivo «di garantire gli interessi dei figli del ricorrente» (si noti, peraltro, come, ad una tale considerazione, la Corte sia approdata rifacendosi, in par-

ticolare, alla sent. della Corte costituzionale italiana n. 464 del 1997, in cui si è chiarito, per l'appunto, che l'essenza delle norme in questione è di «garantire che il genitore assolva i suoi obblighi verso i figli»).

La Corte di Strasburgo ha dimostrato, invece, di non condividere il principio affermato dai giudici nazionali di merito, in ordine all'imprescindibilità della misura restrittiva adottata per la garanzia del credito, non solo e non tanto in quanto, la stessa, nel caso di specie, si era dimostrata, oltretutto, inidonea a garantire l'obbligazione alimentare, quanto, soprattutto, in ragione della constatata utilizzabilità di altri strumenti vigenti a livello europeo e internazionale, finalizzati proprio a rendere possibile il recupero dei crediti alimentari al di fuori dei confini nazionali, ai quali, pertanto, si sarebbe potuto far ricorso nell'ipotesi in cui il padre in questione si fosse recato all'estero col suo passaporto al fine di sottrarsi agli obblighi nei confronti dei figli. Ma ciò che più rileva è che la Corte abbia ravvisato, nell'adozione della misura restrittiva, la violazione dell'art. 2 del Prot. n. 4 alla Convenzione, ritenendo «sproporzionata» e non «necessaria in una società democratica», l'imposizione di una restrizione dei diritti e delle libertà individuali, dalla portata e dalla durata indeterminate, senza sia prevista alcuna procedura di riesame, da parte dei giudici nazionali, della perdurante ragion d'essere ed adeguatezza della stessa misura afflittiva, e senza tener conto della situazione specifica dell'interessato, sul piano personale, così come su quello relativo alla sua solvibilità economica.

Una tale pronuncia, che nel nostro assetto normativo rischia di creare un precedente, costituisce un campanello d'allarme per l'Italia, chiamata ora a darvi seguito scongiurando il rischio del presentarsi di casi analoghi. Può, peraltro, al proposito, notarsi come il fatto che l'art. 16 della Costituzione italiana sia stato evocato solo dal Governo, al ben individuato fine di «rammentare» che «la libertà del cittadino di uscire dal territorio della Repubblica è subordinata all'osservanza degli obblighi previsti dalla legge» è probabilmente conseguito alla mancanza di esitazioni (in ragione dei possibili profili di dubbia legittimità costituzionale), da parte dei giudici nazionali, nell'applicare la normativa sancente la misura in questione. Parimenti in ombra, poi (essendosene dichiarata l'irricevibilità, sia pure con l'opinione dissenziente del giudice Kūris) è rimasto l'ulteriore motivo di ricorso dovuto al trattamento di favore (a detrimento, dunque, del principio di eguaglianza) che, nella vicenda, sarebbe stato riservato alla madre, la quale, sebbene nelle more del procedimento fosse stata condannata al pagamento di un'ammenda (per la mancata consegna dei figli al padre), a differenza del marito (su cui all'epoca non pendevano condanne penali), aveva potuto conservare i propri documenti identificativi di viaggio (coi nomi dei due figli).

Anche con riguardo al versante sovranazionale, poi, il caso di specie pone problemi di non poco conto. In particolare, l'ammonimento fatto dalla stessa Corte di Strasburgo sul mancato rilievo che avrebbe avuto, nel caso di specie, la «valutazione dei diritti in causa» (per la precisione, circa il fatto che sarebbero stati presi «in considerazione soltanto gli interessi patrimoniali dei beneficiari degli alimenti») mette ancora più in luce l'impatto negativo della misura restrittiva censurata. Ciò, sia per quanto riguarda la libertà di circolazione ed espatrio in quanto tale, sia per quanto concerne il godimento delle opportunità

alla medesima connesse, in riferimento all'ampia gamma di cd. «diritti di chi circola» (o, per meglio dire, dei cittadini eurounitari circolanti nello spazio dell'Unione), fosse anche, solo, come nel caso di specie, al fine di trascorrere un periodo di vacanza coi propri familiari (profilo, questo, rimasto assorbito nella decisione). Laddove, si noti ancora, in un quadro siffatto, le ragioni «economico-mercatorie» restano privilegiate dalla «prassi» interna agli Stati (puntualmente rilevata dalla Corte EDU) di acconsentire, invece, al rilascio del passaporto (completo dei nomi dei figli), anche dinanzi ad inadempienze come quella riscontrata nella fattispecie, qualora l'interessato debba recarsi all'estero per ragioni di lavoro.

La vicenda descritta consente, tra l'altro, di estendere la riflessione alle difficoltà di un qualche coinvolgimento della Corte di Lussemburgo nella problematica *de qua*, concernente libertà individuali «fondative» e «fondanti» lo spazio unico europeo, quali quelle di circolazione ed espatrio, la cui considerazione giuridica appare, infatti, ancora recessiva, rilasciata com'è al regime di cooperazione rafforzata e non ascritta ad una completa e coerente «eurounitarizzazione» del settore. Ci si riferisce, in particolare, alla perdurante mancanza di competenza dell'Unione nella materia dei documenti identificativi di viaggio ai fini di circolazione ed espatrio... che resta di esclusivo dominio degli Stati membri (emblematico, ad un tale riguardo, è l'*alert*, presente sullo stesso sito istituzionale dell'UE, con cui, da un lato, si consiglia di portare il documento identificativo di viaggio «sempre con sé» e, dall'altro, si mostra consapevolezza che non ve ne sarebbe bisogno «per i controlli alle frontiere»...). Dal canto loro, paiono porsi in un'ottica rilevante, ma parziale, le normative dell'Unione sancite le specifiche tecniche dei documenti identificativi di viaggio (con la prescrizione, ad es., dell'impiego di elementi biometrici), risultando, in questi casi, del tutto prioritaria, rispetto alla tutela di diritti di libertà, l'affidabilità dei documenti stessi in vista di meglio garantire, soprattutto, la sicurezza all'interno dello spazio europeo (declinata anche nel senso, chiarito in una nota del Min. degli Esteri «di fare meglio fronte ai crescenti fenomeni della sottrazione indebita di minorenni e della tratta internazionale di minori»: v., da ultimo, il Reg. (CE) n. 444/2009 e, in precedenza, il Reg. (CE) n. 2252/2004).

Più radicalmente, sotto questo stesso profilo, la vicenda in commento evidenzia quanta strada debba ancora percorrersi, nel quadro del più ampio processo di costituzionalizzazione dell'Unione, per una diretta applicazione, in casi come quelli in esame, della Carta dei diritti fondamentali, ancorché, all'art. 45, essa riconosca ad ogni cittadino eurounitario «il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri» e nel proprio Preambolo impegni l'Unione ad «assicurare la libera circolazione delle persone» nel proprio territorio. Anche se per il momento non si dovrebbe sottovalutare il già accennato suggerimento implicito nella decisione della Corte di Strasburgo di far luogo a strumenti di tutela del credito non invasivi del diritto di libertà in questione, già nella disponibilità dell'Unione (v., spec., il Reg. (CE) n. 4/2009, del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativo «alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari»).

Paradiso e Campanelli c. Italia: interesse del minore, idoneità a educare e violazioni di legge

di *Leonardo Lenti*

La sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia* ha avuto la ventura di essere stata travisata nei primi affrettati commenti che le sono stati dedicati. È stata presentata come una sentenza in tema di maternità per conto altrui, probabilmente sull'onda della frase con la quale si conclude (par. 15) l'opinione dissenziente: porterebbe al risultato di «negare la legittimità della scelta dello Stato di non riconoscere effetti alla gestazione per conto altrui». La pronuncia riguarda invece la materia adottiva: l'interesse del minore, l'idoneità a educare e se la violazione consapevole di norme di legge possa incidere su di essa. Il caso è noto: una coppia italiana, benché giudicata alcuni anni prima idonea all'adozione internazionale, decide di valersi di una madre gestante, che porti un embrione formato con gameti del marito e di un'altra donna, anonima. Si rivolge a un'organizzazione russa che fornisce un servizio completo, «chiavi in mano»: non solo il prodotto, cioè il bambino, ma anche l'assistenza legale. È infatti una sua avvocatessa che ha difeso la coppia davanti alla Corte europea dei diritti.

Il bambino nasce a fine febbraio 2011 ed entra in Italia 2 mesi dopo. All'inizio di maggio è respinta la richiesta di trascrizione sui registri dello stato civile italiano dell'atto di nascita russo, è aperta la procedura di adottabilità e la coppia è incriminata per alterazione di stato (art. 567 c.p.). Nell'estate, su richiesta del giudice, il marito si sottopone alla prova genetica, da cui risulta non essere il padre; l'organizzazione russa accampa un errore tecnico, che però non sembra dar adito a una lite tra i committenti, benché si tratti di un gravissimo inadempimento contrattuale, con pesanti ricadute su tutta la vicenda. A fine ottobre il bambino, ormai quasi di 8 mesi, è allontanato dalla coppia e collocato in istituto (comunità, secondo l'eufemismo di legge). L'affidamento in famiglia ha luogo solo dopo molto tempo, quando il bambino sta per compiere 2 anni (gennaio 2013): tale ritardo sembra dovuto (par. 26) al motivo burocratico – addotto in risposta alla richiesta di informazioni del ministero, che seguiva di poche settimane la presentazione del ricorso alla Corte europea – che era privo di un'identità ufficiale, poiché la procedura giudiziaria sulla trascrizione dell'atto di nascita russo era ancora in corso, in grado di appello. Ma le date non confermano appieno questa motivazione: l'affidamento in famiglia precede di oltre 2 mesi la decisione finale della corte d'appello (aprile 2013), sicché è stato in realtà deciso senza attenderla, magari dopo molte incertezze (parr. 32-34). I tempi della vicenda sono significativi: il bambino ha vissuto i suoi primi 8 mesi con la coppia committente e i successivi 15 in istituto, prima di essere collocato definitivamente in una famiglia.

Adozione, idoneità educativa e interesse del minore. Punto di partenza è lo stato giuridico del bambino, una volta entrato in Italia. Dato che ha un atto di nascita non trascrivibile ed è privo di legami genetici con la coppia committente, è un *figlio d'ignoti*: le norme cui fare riferimento sono quindi quelle dell'adozione. Che il marito fosse convinto (cosa per altro non provata) di essere il padre genetico non basta per ricondurre la que-

stione fuori dalla materia adottiva. La corte rimarca qui l'importanza del dato genetico: «tenuto conto che il bambino è nato da gameti di donatori sconosciuti» (par. 72), *non è arbitraria* la decisione del giudice italiano di applicare il diritto nazionale, dichiarandone lo stato di abbandono. Su questo la Corte è dunque chiara: *nulla obietta* alla dichiarazione dello stato di abbandono. Le sue critiche vertono invece su quanto accade dopo: ritiene *ingiusto* il successivo *allontanamento* del bambino dalla coppia e per questo alla fine condanna l'Italia. Sembra una contraddizione: se un minore si trova in una situazione in cui va considerato abbandonato, a prima vista sembra ovvio che debba essere allontanato da quel luogo e collocato altrove. Ma non in questo caso: l'idea, che percorre sotterraneamente tutta la sentenza, è che avrebbe dovuto essere dato in adozione proprio alla coppia committente. La questione si pone allora in questi termini: se sia un'interferenza indebita nella vita familiare della coppia committente la decisione di non darle il bambino in adozione, ma di allontanarlo, per darlo poi in adozione ad altri. Seguendo questa impostazione, secondo la corte gli aspetti salienti della vicenda sono i seguenti: la coppia committente era stata giudicata idonea all'adozione pochi anni prima; la coppia committente ha deliberatamente violato la legge italiana, sia ricorrendo alla maternità per conto altrui, sia facendo dichiarazioni false sulla nascita del bambino; il bambino è stato allevato dalla coppia per i suoi primi 8 mesi di vita; il bambino è rimasto per oltre 2 anni privo di un'identità secondo la legge italiana, non potendogli essere attribuita quella dell'atto di nascita russo, perché non trascrivibile in Italia. È su questi aspetti che la corte giudica, cercando come di consueto il giusto equilibrio fra gli interessi pubblici, sui quali è fondata la decisione dell'autorità italiana, e gli interessi privati dei ricorrenti. Come si vede, la questione della maternità per conto altrui non ne fa parte.

È indubbio, alla luce della costante giurisprudenza europea, che merita la qualifica di *vita familiare*, con la correlativa tutela, anche una convivenza come questa, nonostante sia stata di breve durata e non possa lasciare traccia nei ricordi coscienti del bambino, data la sua età. La Corte sottolinea come il comportamento dei coniugi, di deliberata violazione della legge, abbia avuto un peso decisivo per l'autorità italiana (par. 79): la sua illiceità ha giocato in modo talmente pesante contro di loro, da rendere irrilevante l'idoneità all'adozione, che pur possedevano. In proposito il tribunale per i minorenni scrive che si doveva dubitare delle loro capacità educative e affettive, poiché la scelta deliberata di aggirare le regole sull'adozione esprimerebbe un «desiderio narcisistico» o il tentativo di risolvere problemi della loro relazione.

Questo è il primo punto essenziale per la decisione. La Corte, riportando ampiamente brani di un proprio precedente (*Pontes c. Portogallo*, 2012), sottolinea (par. 80) che nei procedimenti con i quali l'autorità nazionale decide l'interferenza nella vita privata *dev'essere attribuito ai genitori un ruolo adeguato che permetta loro di proteggere i propri interessi* (*Pontes*, par. 76). In questo caso ritiene (pur solo implicitamente) che tale ruolo non sia stato loro garantito: esclude infatti che il *sopravvenire* dell'inidoneità educativa possa essere desunto dalla sola circostanza della condotta illecita, in assenza di nuovi accertamenti specifici in proposito, che non risulta siano stati compiuti (par. 84). Probabilmente il giudizio sarebbe stato diverso, se il giudice italiano avesse prima

revocato la dichiarazione di idoneità, sull'esito di una nuova indagine psicologica, invece di limitarsi alle frasi citate sopra. Il secondo punto essenziale della decisione riguarda l'interesse del minore. La corte sottolinea ampiamente (citando ancora *Pontes*, parr. 79-80, e *Zhou c. Italia*, 2014, parr. 55-56), che l'interesse del minore a che i suoi legami familiari siano mantenuti è superato soltanto quando i genitori «si mostrano particolarmente indegni»: «tagliare quel legame porta a tagliare le radici del bambino», sicché è giustificato solo in presenza di «circostanze del tutto eccezionali» e dopo che «sia stato fatto tutto quanto è possibile per mantenere delle relazioni personali» ed eventualmente per ricostituire la famiglia. Sono parole molto forti. A ciò si aggiunga l'estrema importanza giustamente attribuita al trascorrere del tempo, valutato secondo la percezione che può averne un bambino. La corte sottolinea infine (par. 85) la violazione dell'art. 7 della convenzione ONU del 1989 sui diritti dei minori, poiché il bambino è stato lasciato senza un'identità per oltre 2 anni. L'osservazione ha un valore qui solo formale; tuttavia evidenzia l'aspetto forse più rilevante della gestione della vicenda fatta della autorità italiane, che si manifesta in un dato clamoroso e sostanziale: il ritardo ad affidare il bambino a una famiglia, in vista dell'adozione, ha fatto sì che sia stato lasciato in istituto per ben 15 mesi.

In sintesi: la decisione è fondata anche sull'interesse della coppia, non solo sull'interesse del minore, nonostante la consueta accentuazione retorica su quest'ultimo. Che cos'è l'interesse del minore? La Corte lo pone al centro dei valori da proteggere in ogni questione di vita familiare in cui vi siano dei minori. Il suo contenuto non è sempre costante, ma varia secondo i temi da giudicare. Mentre in caso di divorzio porta soprattutto a predicare la conservazione dei rapporti tra il figlio e il genitore con il quale non convive, in caso di allontanamento dalla casa familiare porta a predicare per lo più soltanto il *mantenimento delle relazioni di fatto consolidate*: interesse del minore è dunque restare nella situazione familiare in cui si trova, salvo gravi motivi. Ma perché mai una visione così limitata, monolitica, di una nozione notoriamente ampia, dal contenuto pressoché indeterminato, che lascia alla soggettività del giudice un spazio enorme? Credo sia una conseguenza diretta e logicamente coerente sia del testo stesso dell'art. 8 della convenzione, sia del modo in cui la corte da sempre interpreta la nozione di *vita familiare*. Nell'art. 8 l'autodeterminazione della persona è *regola* (comma 1), mentre l'insieme dei casi in cui è ammessa l'interferenza dell'autorità pubblica è *eccezione* (comma 2): se non si dimostra la necessità dell'eccezione, si applica la regola. In questa sentenza la corte ha giudicato non dimostrata la necessità dell'eccezione, sicché si sarebbe dovuta applicare la regola, contrariamente a quanto fatto dalle autorità italiane.

Per la Corte la vita familiare è sempre *una situazione di mero fatto*, consistente nelle relazioni di intimità affettiva fra i componenti del gruppo, indipendentemente dalle loro eventuali relazioni giuridiche. La vita familiare dunque, per la sola ragione di esistere, merita di essere conservata fino a quando le persone che compongono il gruppo lo desiderano, salvo ragioni specifiche e molto forti in senso contrario. L'interesse del minore alla conservazione del rapporto *si iscrive quindi all'interno dell'identico interesse, che accomuna tutti i componenti della famiglia*. Questa porta tra l'altro a una ricorrente

difficoltà di scindere rigorosamente l'interesse del minore da quello degli adulti, atteggiamento che a volte può essere rimproverato alla corte. Bisogna poi sempre ricordare un dato, pur ovvio, che ha una forte influenza: i ricorrenti sono sempre degli adulti, intenzionati a tutelare i propri interessi. Mi sembra che alla base di questo atteggiamento vi sia però anche un fattore culturale più generale: l'adesione di fondo all'idea secondo la quale è necessario, per la salute psicologica di un bambino, garantirgli la massima *stabilità esistenziale* possibile, salvo casi di particolare gravità. Quest'idea è stata a lungo dominante nella psicologia, ma incomincia a essere oggetto di qualche critica, poiché non terrebbe abbastanza conto della loro capacità di resilienza, cioè di reagire a eventi anche traumatici, di recuperare un equilibrio esistenziale anche quando la routine della loro vita ha subito soluzioni di continuità.

In ogni caso la via in cui si colloca questa sentenza può portare a esiti di estrema gravità, che mi sembrano sottovalutati dalla corte: permette di legittimare una sorta di *usucapione dei bambini*, con la conseguenza, inaccettabile, di conferire, benché in modo indiretto, un'aura di legittimazione a condotte di impossessamento di bambini da parte di adulti. Anche se ciò corrispondesse a quanto è meglio per un determinato bambino, credo che a lungo termine si ritorcerebbe contro il bene collettivo dei bambini.

Arribas Antón c. Spagna: la Corte EDU e la legittimità dei limiti all'accesso al giudice costituzionale

di Ugo Adamo

Il 20 gennaio 2015, la terza sezione della Corte EDU, all'unanimità, rigetta un ricorso proposto in ragione della decisione del *Tribunal Constitucional (TC)* di non ammettere un *recurso de amparo* per mancanza del requisito della *especial trascendencia constitucional (ETC)*, la cui assenza è causa, appunto, di inammissibilità per quanto disposto dalla l. n. 6/2007 di riforma della *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC)*. Tale riforma introduce l'obbligo, in capo al ricorrente, di dimostrare che il ricorso giustifica una decisione nel merito da parte del *Tribunal* in ragione della presenza in esso della *ETC*, data l'importanza di questa ai fini dell'interpretazione, dell'applicazione ovvero della generale efficacia della Costituzione. Dunque, si supera il modello nel quale l'*amparo* era ammesso a garanzia della sola tutela dei diritti fondamentali: a seguito della riforma, l'accoglimento del *recurso de amparo* deve assicurare una sua «proiezione oggettiva», che prescinda dalla (sola) lesione di un diritto fondamentale per assicurare l'interesse pubblico e generale (sotteso al singolo ricorso), permettendo, così, al *TC* di definire la norma imponendola a tutti i pubblici poteri. Entrambi i presupposti di ammissione (lesione del diritto e speciale rilevanza costituzionale) sono fra di loro autonomi, avendo il *Tribunal* esplicitamente affermato che la *ETC* è «qualcosa di più e di distinto» (*ATC 11/2012*, del 26 gennaio) dalla denunciata lesione di un diritto fondamentale.

Il ricorrente adisce il giudice europeo in quanto ritiene che il motivo di inammissibilità – per come è stato fondato dal *TC* – sia «eccessivamente formale»; stesso giudizio vale

per l'interpretazione dei criteri utili a rilevare la presenza della *ETC*, fornita dal *Tribunal* per meglio definire il contenuto di tale «enigmatica» figura processuale. La riforma e la lettura giurisprudenziale che ne è stata fatta sono giudicate, nell'atto di ricorso, come contrarie alla CEDU, in quanto lederebbero il diritto d'*accès à un tribunal*, che è compreso nel più ampio diritto ad un equo processo (*Golden c. Regno Unito* del 21 febbraio 1975, parr. 28-36) così come disciplinato dall'art. 6 par. 1 CEDU. La *ratio* che sta alla base del ricorso è quella per cui la riforma della *LOTC* e la seguente (e conseguente) giurisprudenza costituzionale hanno trasformato il *recurso de amparo* in ciò che non dovrebbe essere per quanto disposto dalla Costituzione spagnola, che lo definisce come strumento di protezione dei diritti e delle libertà fondamentali a prescindere dal fatto che esso sia portatore di una *ETC*.

La Corte EDU dichiara il ricorso infondato per una pluralità di ragioni: 1) la configurazione dell'*amparo* è di competenza del legislatore statale; 2) il fatto di sottomettere l'ammissibilità del *recurso* a requisiti di carattere oggettivo è proporzionale alle finalità cui tende la riforma; 3) il criterio di ammissibilità è stato chiaramente delineato dalla giurisprudenza del *TC*, che ha precisato quando concorre e come deve essere giustificato (formalmente e sostanzialmente) il requisito della *ETC*. La Corte EDU, dunque, seguendo sul punto quanto argomentato dal Governo spagnolo, costituitosi in giudizio, ben coglie le ragioni a base della riforma del 2007. Basti ricordare che il *TC*, dalla metà degli anni '80, non era più in grado di svolgere adeguatamente le proprie funzioni a causa dell'ipertrofia del ricorso d'*amparo*, che aveva determinato una situazione di stallo dei lavori a causa delle migliaia di questioni che ogni anno venivano sollevate, delle quali solo poche decine erano inerenti a ricorsi e questioni di incostituzionalità e a conflitti di attribuzione. Solo nel 2007 (anno di entrata in vigore della riforma) su 10.013 questioni presentate ben 9.840 erano ricorsi di *amparo*, il che determinava un incremento dei ricorsi pendenti dal momento che ogni anno quelli che venivano risolti erano di gran lunga inferiori a quelli ricevuti.

Per la Corte EDU, il diritto di accesso ha un carattere relativo e non assoluto, che può essere limitato per giungere a fini legittimi, stabiliti mediante un *test* di proporzionalità tra mezzi utilizzati e scopi perseguiti. Il passaggio argomentativo decisivo impiegato dalla Corte (par. 48) è quello per cui la riforma della *LOTC* (e la giurisprudenza di attuazione) deve essere valutata nel merito, vale a dire secondo gli obiettivi prefissati dal legislatore: migliorare il funzionamento del *Tribunal*; rafforzare la salvaguardia dei diritti fondamentali; evitare un *encombrement excessif du rôle* del *TC* con «questioni di minore importanza».

Se con riguardo al primo obiettivo *nulla quaestio*, rispetto al secondo punto rilevato dai giudici di Strasburgo si può notare che leggere la riforma come rafforzamento per la salvaguardia dei diritti fondamentali non pare del tutto corretto se ciò non è seguito almeno da una precisazione, vale a dire quella per cui la riforma – avendo il merito di garantire una maggiore celerità della decisione del giudice costituzionale, di ridurre la c.d. «valanga» di ricorsi e di smaltire l'arretrato – consente che il *TC* risponda (nel merito) in modo più celere, garantendo così un innalzamento della tutela dei diritti fondamentali, che rimane (una volta ammesso il ricorso) compito della giurisdizione costituzionale.

Con riguardo all'altra constatazione (tralasciare le questioni di minore importanza), bisogna chiarire cosa debba intendersi per «maggiore» o «minore» rilievo di una questione: se ci si riferisce, cioè, all'importanza costituzionale del ricorso ovvero ad una rilevanza di altro tipo, per la quale – riprendendo i motivi di ricorso della parte ricorrente (par. 36) – la riforma limiterebbe l'accesso ai soli *recursos* ad elevata «importanza mediatica, sociale o politica». A tale proposito, a noi pare invece che non si possa affermare che la riforma della *LOTC* limiti la decisione nel merito alle sole questioni di significativa rilevanza così come descritte dal ricorrente, e ciò alla luce, in particolare, della *sentencia* 155/2009. Entrata in vigore la modifica della *LOTC*, dinanzi al *TC* si presentavano come percorribili almeno due strade: riconoscersi un ampio margine di discrezionalità (riempiendo di contenuto la nozione della *especial transcendencia constitucional* casisticamente), ovvero limitarlo, prescindendo dal caso concreto e anticipando, in tal modo, le ipotesi che sarebbero state considerate espressione della *ETC*, e quindi ammissibili, con «evidente beneficio per la certezza del diritto e per la trasparenza dell'attività del giudice costituzionale» (R. Romboli, *La protezione dei diritti fondamentali dopo la c.d. «oggettivazione» dell'amparo costituzionale in Spagna: un'analisi comparata con la esperienza italiana*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 13). Delle due strade è stata scelta la seconda e tale modo di procedere è ritenuto legittimo dai giudici di Strasburgo (par. 46). Per la giurisprudenza costituzionale le ipotesi dove ricorre la *ETC* si hanno quando: *a*) sul problema sollevato o sul particolare diritto fondamentale di cui si richiede tutela non esiste una giurisprudenza costituzionale, ovvero si è dinanzi ad un caso nuovo; *b*) il ricorso offre al *TC* la possibilità di chiarire o di mutare la propria giurisprudenza, alla luce di un processo di riflessione interna o di nuove realtà sociali, di mutamenti normativi rilevanti, di cambiamenti della giurisprudenza internazionale o sovranazionale; *c*) la supposta violazione di un diritto fondamentale deriva da un atto legislativo; *d*) esiste un diritto vivente contrario a Costituzione; *e*) il *TC* è in grado di esprimere una giurisprudenza consolidata per il futuro tale da essere fatta propria dalla giurisdizione ordinaria; *f*) il giudice non ha seguito in modo manifesto la giurisprudenza costituzionale; *g*) il problema posto pone una questione giuridica di rilevante e generale ripercussione sociale, economica o politica.

Come si vede, quindi, l'importanza del contenuto del ricorso con riguardo al soggetto ricorrente o alla rilevanza politica o mediatica della questione come fondamento giustificativo della *ETC* prescinde dalla lettera della *LOTC* e dalla giurisprudenza costituzionale, potendo tutto al più rientrare nel solo punto *g*). Ciò che manca nell'elenco stilato nella *sentencia* 155/2009 ed anche nella giurisprudenza costituzionale successiva – cosa di cui il ricorrente si duole (nel par. 36, infatti, si legge che «il criterio di ammissibilità deve [...] basarsi sugli effetti reali o materiali, e non puramente formali»), ma che risulta coerente con la «parziale» oggettivazione del *recurso* – è l'ipotesi per cui il *recurso* è ammesso dinanzi ad una grave lesione dei diritti fondamentali invocati, a differenza, ad esempio, di quanto avviene per il ricorso costituzionale diretto al *Bundesverfassungsgericht*. Ci si riferisce al riformato art. 93 della legge sul funzionamento del Tribunale tedesco che, pur prescrivendo che il ricorso individuale diretto (*Verfassungsbeschwerde*) debba contenere, pena l'inammissibilità, il requisito della «rilevanza costituzionale fon-

damentale», prevede anche che il ricorso sia ammissibile in caso di «grave pregiudizio» per il ricorrente.

Si può ora rilevare che un'altra significativa parte della stessa riforma 6/2007 LOTC, quella relativa all'impiego della *providencia* per dichiarare proprio l'inammissibilità del *recurso*, era già stata giudicata conforme a Convenzione. Al di là delle diverse tesi avanzate in dottrina sulla legittimità o meno della mancanza di motivazione della *providencia* – che è proprio un atto giurisdizionale carente di motivazione –, con una recente decisione di inammissibilità (*Pedro Maria Beraza Oroquieta c. España*, ord. del 25 settembre 2012), il giudice di Strasburgo ha avuto modo di affermare che la mancanza di motivazione della *providencia* non viola il diritto ad un processo equo così come tutelato dall'art. 6, par. 1 CEDU. Il giudice europeo ha precisato che la circostanza che un *recurso de amparo* non venga ammesso dal TC mediante una *providencia*, che si limita ad affermare che il *recurso* è carente della ETC, rispetta il dovere ricadente sui giudici di motivare le proprie decisioni, in quanto tale obbligo non comporta l'esigenza di offrire una risposta dettagliata ad ogni domanda formulata. Bisogna, anche, tenere in debito conto che il *recurso* si presenta dinanzi ad una giurisdizione superiore, risultando lecito che un esso sia dichiarato inammissibile con il solo riferimento alle disposizioni legali che richiedono la predisposizione dell'atto processuale in questione. Per concludere, si sottolinea che la Corte EDU, mentre riconosceva la piena conformità a Convenzione della riforma dell'*amparo* in Spagna, aveva ben presente anche gli altri sistemi di giustizia che limitano la possibilità di accesso diretto ai Tribunali (senza ledere alcun *droit à un tribunal*) come avviene per il Tribunale Federale Tedesco e per la stessa Corte europea.