

DIRITTI CIVILI

FEDERICO AZZARRI

DIRITTI DELLA PERSONA E INTERVENTI DELLE CORTI:
DALLA FONTE COSTITUZIONALE
ALLE REGOLE CIVILISTICHE

SOMMARIO: 1. La giurisprudenza e le questioni della bioetica e dei nuovi diritti della persona. – 2. Il rifiuto di trattamenti sanitari. – 2.1. Un caso recente. – 2.2. La faticosa emersione del principio di autodeterminazione terapeutica. – 2.3. L’impatto sistematico della decisione Cass., 21748/07. – 2.4. *Directives anticipées, Patientenverfügungen* e la legge 22 dicembre 2017, n. 219, sulle disposizioni anticipate di trattamento. – 3. Identità sessuale e transessualismo. – 3.1. Matrimonio, unione civile e mutamento di sesso. – 3.1.1. Il “divorzio imposto” alla persona transessuale. – 3.1.2. (*segue*) Il matrimonio divenuto sotto «condizione temporale risolutiva» e la legge 20 maggio 2016, n. 76. – 3.1.3. Tutela della “sostanza” e preservazione della “forma” dei modelli familiari: il caso del divorzio della persona transessuale nel diritto tedesco (prima della *Ehe für alle*). – 3.2. Il diritto all’identità personale e la rettificazione anagrafica di sesso. – 3.2.1. Per un’interpretazione (o una riforma) della legge n. 164/1982 improntata alla centralità della persona. – 3.2.2. La giurisprudenza europea e i modelli francese e tedesco. – 4. Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini. – 4.1. Il diritto del figlio adottato alla conoscenza delle proprie origini e la tutela del diritto all’anonimato della madre naturale. – 4.2. Le soluzioni del diritto francese e tedesco. – 5. Tutela dei diritti della persona, garanzia legislativa e funzione giurisdizionale.

1. *La giurisprudenza e le questioni della bioetica e dei nuovi diritti della persona*

La bioetica e i nuovi diritti della persona rappresentano ambiti di grande rilievo al fine di misurare l’attitudine del sistema a promuovere l’affermazione dei valori costituzionali innanzi alle lacune e alle antinomie riscontrabili nel diritto positivo, dovute, tanto le une quanto le altre, sia alla rapidità con cui certe istanze sogliono emergere nell’ambiente sociale, sia alla disattenzione o, talvolta, alla ritrosia con cui le stesse possono essere percepite dal legislatore¹. Questi fattori lasciano dunque già intuire il ruolo, delicato e di primo piano, che la giurisprudenza si trova a svolgere, allorquando diviene destinataria di domande di tutela

¹ La circostanza che solo nel 2016 sia stata approvata una legge in materia di unioni civili è piuttosto emblematica di questa ritrosia; v. G. FERRANDO, *Conclusioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 1775.

che, per difficoltà regolative o rappresentative, non hanno ancora trovato un adeguato svolgimento nella sede politica della legislazione².

I classici temi della completezza³ e della giustizia⁴ dell'ordinamento si intrecciano qui, da una parte, con le inedite possibilità via via dischiuse dalla ricerca scientifica e dall'innovazione tecnologica, e, da un'altra parte, con la sedimentazione di paradigmi e postulati tradizionali: le prime, all'interno di un contesto pluralista, sono inevitabilmente soggette a letture non univoche⁵, sì da rendere particolarmente articolato il «viaggio senza approdo»⁶ dell'interprete nella regione del «biodiritto»⁷; i secondi, invece, sono spesso a tal punto consolidati da esprimere quasi un tratto distintivo di una cultura e di una società, sicché ogni scostamento rischia di apparire finanche innaturale e pericoloso⁸. I due emisferi, pur attenendo a problematiche ben diverse, sono tuttavia accomunati dalle implicazioni ermeneutiche che riflettono su concetti cardine del diritto privato (autonomia, consenso, identità...) e sui modi di tutela degli interessi che questi ultimi incorporano⁹.

Per tali ragioni, nel contesto in esame, lo sforzo ermeneutico della giurisprudenza¹⁰

² S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 60 s.

³ N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, 237 ss.

⁴ U. BRECCIA, *Che cosa è "giusto" nella prospettiva del diritto privato? Un'introduzione, in Interrogativi sul diritto "giusto"*, a cura di E. RIPEPE, Pisa, 2001, 99 s. (ora in *Immagini del diritto privato. Scritti di Umberto Breccia*, I, *Teoria generale, fonti, diritti*, Torino, 2013, 285).

⁵ P. RESCIGNO, *La fine della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 646.

⁶ P. ZATTI, *Verso un diritto per la bioetica: risorse e limiti del discorso giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 43 ss.

⁷ A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Europa dir. priv.*, 2009, 12 ss.

⁸ Così C. SARACENO, *Coppie e famiglie. Non è questione di natura*, Milano, 2012, 28, con riferimento, in particolare, ai modi di «fare famiglia».

Al riguardo, si è osservato come, dalla caduta dell'Impero romano, non sia dato rinvenire in alcun testo legislativo italiano una definizione di «famiglia» (G. VISMARA, *L'unità della famiglia nella storia del diritto in Italia*, in ID., *Scritti di storia giuridica*, 5, *La famiglia*, Milano, 1988, 12): circostanza che si spiega col fatto che, per lungo tempo, quantomeno nei paesi dell'Europa cattolica, tale concetto era riconducibile ad un modello assolutamente condiviso, che contemplava la coppia eterosessuale dei coniugi e i suoi figli, naturali o adottivi (N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 96 s.).

⁹ A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2013, 132.

¹⁰ Tale sforzo può finanche apparire creativo di norme, là dove il giudice, di fronte ad una lacuna, ricava da un principio o dal contesto legale la regola o le regole indispensabili ad assicurare la tutela di un diritto fondamentale. Ma allora, di funzione creatrice può semmai parlarsi in senso descrittivo, posto che il magistrato deve comunque sempre e soltanto riferirsi ai valori e al tessuto normativo dell'ordinamento (S. PATTI, *L'interpretazione, il ruolo della giurisprudenza e le fonti del diritto privato*, in *La metafora delle fonti e il diritto privato europeo. Giornate di studio per Umberto Breccia*, a cura di E. NAVARRETTA, Torino, 2015, 169 s.; N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in ID., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 206 ss.); non a caso, a proposito del caso Englaro, S. RODOTÀ, *Perché laico*, Roma-Bari, 2010, 103, ha scritto che «la Cassazione, e gli altri giudici, non hanno «creato» regole [bensì] hanno estratto dal sistema tutti gli elementi che impongono il riconoscimento dell'autonomia della persona, e questo implica

finisce per assumere spesso un'eco di forza singolare¹¹, poiché a venire in gioco è

una serie di conseguenze». Sicché, lungi dall'essere un esercizio semplicemente cognitivo, l'interpretazione appare come un'attività che, pur senza creare regole dal nulla, concorre nondimeno «alla formazione del diritto»; L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 8.

¹¹ Scrive S. MAZZAMUTO, *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, in *Giurisprudenza per principi e autonomia privata. Atti del Convegno dell'Unione dei Privatisti, Roma 30 ottobre 2015 – Università degli Studi Roma Tre*, a cura di S. MAZZAMUTO-L. NIVARRA, Torino, 2016, 280: «non si può escludere che quella attuale sia, dal punto di vista dell'evoluzione sociale, l'epoca della giurisdizione»; vi sono, anzi, in tal senso molteplici indizi, che si rifanno, tra gli altri, alla frammentazione della compagine sociale ed alla velocizzazione delle dinamiche che le sono proprie, all'appannamento del ruolo dello Stato legislatore ed alla mondializzazione dei fenomeni.

E proprio l'esigenza di tener conto della natura globale dei fenomeni che si vorrebbero regolare, e di perseguire altresì la tutela dell'interesse che appare maggiormente bisognoso di protezione, ha ispirato, ad esempio, quella giurisprudenza favorevole al riconoscimento di un atto di nascita legittimamente formato all'estero, e relativo ad un minore straniero per nascita, il quale risultava figlio di due donne che avevano deciso di intraprendere la gravidanza l'una fornendo il proprio ovocita, fecondato col gamete di un donatore esterno, e l'altra portando avanti la gestazione. In tema, la Suprema Corte ha enunciato alcuni principi destinati a travalicare la portata del singolo caso: in particolare, si è stabilito che il giudice non deve verificare la conformità col diritto italiano dell'atto di nascita i cui effetti si chiede di riconoscere in Italia, bensì deve accertare se esso contrasti o meno con le istanze di difesa dei diritti fondamentali enucleabili dalla Costituzione, dai Trattati dell'Unione europea e dalla Carta di Nizza e, ancora, dalla CEDU. Inoltre, la Corte ha escluso, nel caso anzidetto, che il riconoscimento dell'atto di nascita contrastasse con l'ordine pubblico solo perché il nostro sistema non conosce un'ipotesi corrispondente, non essendo in questo campo le scelte legislative costituzionalmente obbligate, e dovendosi invece assegnare, piuttosto, un rilievo decisivo al principio costituzionale dell'interesse superiore del minore, il quale impone di garantire la continuità dello *status filiationis* validamente acquisito all'estero; Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Corr. giur.*, 2017, 181, con nota di G. Ferrando, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*.

L'influenza di questa decisione si è presto dispiegata anche sulla più dibattuta questione della surrogazione di maternità, e del riconoscimento dello stato di filiazione non tanto nei confronti del genitore biologico (Trib. Forlì, 25 ottobre 2011, in *Dir. fam. pers.*, 2013, 532), quanto verso il compagno di quest'ultimo. A tal proposito, App. Trento, 23 febbraio 2017, in *Corr. giur.*, 2017, 935, con nota di G. Ferrando, *Riconoscimento dello status di figlio: ordine pubblico e interesse del minore*, ha stabilito che deve essere dichiarato efficace in Italia il provvedimento giudiziale straniero che attribuisce la co-genitorialità al compagno del padre biologico del minore che sia nato da gestazione per altri a seguito di impianto nella gestante di un ovocita proveniente da una donatrice e fecondato con il seme del secondo. Detto riconoscimento, infatti, non è impedito dal limite dell'ordine pubblico, non essendo sufficiente ad integrare un contrasto col medesimo la mera incompatibilità della legislazione straniera con quella interna, dovendosi invece, di nuovo, assumere come termine di riferimento l'eventuale violazione dei diritti fondamentali previsti dalla Costituzione e dalle Carte europee; al contrario, è proprio nel principio del superiore interesse del minore che è stato scorto un precetto di ordine pubblico che richiede di assicurare la continuità transnazionale dello stato di figlio legalmente formatosi all'estero, non esprimendo il generale e assoluto divieto italiano di accesso alla maternità surrogata un interesse di rilevanza costituzionale. Su «*l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant*», anche in questa materia, v. Corte eur. dir. uomo, 26 giugno 2014, 65192/11, *Mennesson c. Francia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 1122, con nota di C. Campiglio, *Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero, la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)*; sulla surrogazione di maternità e l'ordine pubblico, v. L. LENTI, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016,

la declinazione dei fondamenti personalistici del sistema: tant'è che al classico, quanto controverso, argomento del c.d. pendio scivoloso si ricorre di solito assai più frequentemente nelle discussioni sui diritti fondamentali e sulle prerogative della persona fisica, che non quando si affrontano problemi di importanza anche grande, ma strettamente patrimoniale, giacché solo nel primo caso può essere intravisto, spesso con allarmismo ingiustificato¹², il rischio di un esito sovversivo di un intero ordine di idee.

Vi è in ciò, tuttavia, pure il riflesso di una più ampia dinamica, che attiene all'interpretazione giurisprudenziale nel suo complesso, e che dipende, essenzialmente, dall'ineludibile storicità del fenomeno giuridico. Se, infatti, in una società borghese, ancora legata ai cardini del giusnaturalismo moderno, il «passaggio dall'enunciato al precetto» si avvaleva, nel solco del positivismo di derivazione pandettistica, di categorie assiologicamente neutre, ma che incarnavano i valori di quella dimensione, garantendo dunque anche una base morale ad ogni proposizione normativa¹³, nell'epoca attuale, viceversa, non vi è più uno scenario valoriale uniforme, e la sensibilità dei consociati è ormai così frammentata che diviene arduo per il giudice giungere ad una soluzione che ambisca ad essere condivisa da tutti¹⁴, soprattutto là dove maneggi quelle direttive costituzionali che, per loro natura, non si prestano ad essere incanalate e racchiuse in rigide fattispecie (ciò che poi è la loro forza e la loro complessità)¹⁵ – fermo restando, chiaramente, che tale circostanza non incide sulla correttezza e la validità della singola decisione, indicando, semmai, i temi del dialogo tra chi esercita la funzione giurisdizionale, chi partecipa ai momenti rappresentativi della vita istituzionale del paese e i cittadini che ne animano il dibattito politico e civile.

La disamina di alcuni specifici casi, incentrati su principi e diritti fondamentali tratti dalla Costituzione e dalle fonti sovranazionali, chiarirà meglio i termini del

II, 1707 ss.; C. IRTI, *Digressioni attorno al mutevole "concetto" di ordine pubblico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 481 ss. Critiche verso l'impostazione ora ricordata non sono mancate in dottrina (L. D'AVACK, *La maternità surrogata: un divieto "inefficace"*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, 154 ss.), in particolare contro il rischio di un accreditamento di una «propria personale ideologia di famiglia» (A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, in *Corr. giur.*, 2015, 483), sebbene pure le tesi che negano in radice realtà sociali e giuridicamente conformi ad ordinamenti culturalmente non dissimili dal nostro abbiano in sé un portato ideologico non trascurabile. Per una proposta ricostruttiva che, pur nel quadro di un giudizio di fondo negativo sulla gestazione per altri, tiene conto della diversità di condizioni e garanzie riscontrabili nei paesi che ammettono tale pratica, v. V. CALDERAI, *Modi di costituzione del rapporto di filiazione e ordine pubblico internazionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, 992 ss., che al tema ha altresì dedicato in questo volume il proprio contributo.

¹² P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Milano, 2007, 93 nt. 124.

¹³ L. MENGONI, *op. cit.*, 5.

¹⁴ N. LIPARI, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in ID., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., 23 ss.

¹⁵ N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 42 s.; ID., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 989 s.

discorso, ed aiuterà infine a cogliere alcune conclusioni sul ruolo della giurisprudenza e sul senso e l'opportunità del dialogo tra quest'ultima e il legislatore¹⁶.

2. Il rifiuto di trattamenti sanitari

2.1. Un caso recente

La prima vicenda che prenderemo in considerazione muove da un decreto del Giudice tutelare di Cagliari del 16 luglio 2016 con cui è stata "autorizzata" la richiesta di un paziente malato di SLA, avanzata attraverso il suo amministratore di sostegno, di procedere al distacco dei presidi medici necessari al sostentamento vitale¹⁷.

La decisione richiama, in primo luogo, quegli indici normativi che subordinano il compimento di ogni trattamento sanitario alla manifestazione di volontà, libera ed informata, della persona – gli artt. 13 e 32 Cost., l'art. 3 della Carta di Nizza¹⁸, l'art. 5 della Convenzione di Oviedo¹⁹, l'art. 35 del codice di deontologia

¹⁶ La scelta dei temi, come si vedrà, ha richiesto di limitare l'indagine all'efficacia dei diritti fondamentali verso i pubblici poteri, laddove la loro portata appare invece suscettibile di dispiegarsi, in vario modo, anche nei rapporti tra privati secondo lo schema della *Drittwirkung*, su cui v. E. NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 878; sulle costruzioni della *unmittelbare e mittelbare Drittwirkung*, v., per un breve inquadramento critico, H. DREIER, *Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG*, in H. DREIER (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, 3. Aufl., I, Tübingen, 2013, 108 ss., e H. KRIEGER, *Funktionen von Grund- und Menschenrechten*, in R. GROTE-TH. MARAUHN (Hrsg.), *EMRK/GG. Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, Tübingen, 2006, 306 ss.

¹⁷ Trib. Cagliari, Uff. del Giudice Tutelare, 16 luglio 2016, in *Fam. dir.*, 2017, 355, con nota di A. Scalera, *L'amministrazione di sostegno e il rifiuto delle cure "life-sustaining"*. Il verbo "autorizzare" adoperato nel decreto può far sorgere qualche perplessità, posto che, trattandosi di paziente cosciente e capace di intendere e di volere, il rifiuto del trattamento sanitario, come vedremo, non avrebbe dovuto teoricamente necessitare di alcuna autorizzazione da parte del giudice. Il ricorso alle vie giudiziarie è allora, con ogni probabilità, dovuto alla mancanza di specifiche previsioni legislative, la quale induce a cercare nella tutela giurisdizionale l'*enforcement* di un diritto che sarebbe nondimeno direttamente azionabile, ma che potrebbe incontrare ostacoli di varia natura nella sua attuazione. Si rammenti, al riguardo, l'epilogo, particolarmente avvilente, della vicenda di Eluana Englaro, segnato dal rifiuto della Regione Lombardia di mettere a disposizione una struttura idonea a procedere al distacco degli strumenti che consentivano l'idratazione e la nutrizione artificiali, nonostante l'intervenuta autorizzazione della Corte di Appello di Milano (tale rifiuto comportò poi la condanna in sede risarcitoria dell'Ente, v. T.A.R. Lombardia, 6 aprile 2016, n. 650, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 1194, con nota di C. Favilli, *La responsabilità della pubblica amministrazione nel caso Englaro*).

¹⁸ La norma, dopo aver sancito il diritto di ognuno alla propria integrità fisica e psichica, stabilisce che in medicina e biologia debbono essere rispettati determinati vincoli tra i quali vi è, in primo luogo, quello del consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge.

¹⁹ La disposizione prevede, al comma 1, che un intervento nel campo della salute non possa

medica²⁰ – onde poi desumere da tali riscontri lo speculare diritto del paziente ad interrompere un trattamento allorquando il suo assenso venga revocato: in mancanza di tale facoltà, infatti, la tutela del diritto all'autodeterminazione non sarebbe completa, malgrado, invece, la Consulta abbia da tempo messo in evidenza come, nella pratica terapeutica, la regola di fondo debba risiedere nell'incontro tra l'autonomia e la responsabilità del medico, che opera le necessarie scelte professionali, ed il consenso del paziente²¹.

In questo connubio, non residuano dunque spazi per un legislatore che volesse sostituirsi allo scienziato, stabilendo cosa debba intendersi per trattamento terapeutico, o al medico, decidendo se e come curare²², giacché sono le stesse acquisizioni scientifiche e sperimentali, in continua evoluzione, e sulle quali si fonda l'arte medica, a porre un invalicabile limite alla discrezionalità legislativa, là dove la scelta in cui tale discrezionalità si estrinseca sia meramente politica, ovvero non sorretta da una verifica dello stato delle conoscenze, né dalle evidenze suffragate dagli organismi e dalle istituzioni, nazionali o sovranazionali, a ciò preposte²³. Né spazi vi sono per improprie commistioni terminologiche tra il rifiuto del trattamento sanitario, da un lato, e l'eutanasia o il suicidio²⁴, dall'altro: la prima, infatti, postula la teorizzazione di un vero e proprio diritto a morire in capo a chi la richiede²⁵ (diritto, come è noto, attualmente non riconosciuto nel

essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia espresso un consenso libero e informato, e, al comma 2, che l'interessato debba ricevere, anzitutto, un'informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi; il comma 3, infine, sancisce il diritto di chi ha prestato il proprio consenso a ritrarlo poi in qualsiasi momento. Si noti che, malgrado l'Italia abbia autorizzato la ratifica della Convenzione (del 1997) con la legge 28 marzo 2001, n. 145, il procedimento di entrata in vigore non si è tuttavia ancora perfezionato a causa del mancato deposito presso il Consiglio d'Europa, da parte del nostro Paese, degli strumenti di ratifica. Ciò nondimeno, le disposizioni della Convenzione sono comunque assunte dal giudice quale criterio interpretativo in virtù della loro conformità ai principi costituzionali.

Con riferimento alla CEDU, v. invece l'art. 8, comma 1, sul diritto al rispetto della vita privata, nell'interpretazione di Corte eur. dir. uomo, 29 aprile 2002, n. 2346/02, *Pretty v. United Kingdom*, § 63.

²⁰ Al comma 2, la previsione afferma che il medico non intraprende né prosegue procedure diagnostiche e/o interventi terapeutici senza la preliminare acquisizione del consenso informato o in presenza di un dissenso informato.

²¹ Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, in *Fam. dir.*, 2009, 761, con nota di M. Dogliotti, *La Corte costituzionale interviene sulla produzione e sul trasferimento degli embrioni a tutela della salute della donna*.

²² Così S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 269.

²³ Corte cost., 14 novembre 2003, n. 338, in *Foro it.*, 2004, I, 342; Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282, in *Giur. cost.*, 2002, 2012, con note di A. D'Atena, *La Consulta parla... e la riforma del titolo V entra in vigore*, e di D. Morana, *La tutela della salute, fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del titolo V. A proposito della sentenza 282/2002 della Corte costituzionale*.

²⁴ G. FERRANDO, *Fine vita e rifiuto di cure: profili civilistici*, in *Trattato di biodiritto* diretto da S. Rodotà-P. Zatti, *Il governo del corpo*, a cura di S. CANESTRARI-G. FERRANDO-C.M. MAZZONI-S. RODOTÀ-P. ZATTI, II, Milano 2011, 1867.

²⁵ Non sembra perciò più opportuno seguitare a parlare di eutanasia con riferimento alla

nostro sistema²⁶), esigendo peraltro una condotta attivamente volta a causare la morte del soggetto²⁷; lo schema del suicidio (assistito), poi, si mostra a sua volta fuori luogo, attenendo ad una diversa situazione esistenziale e giuridica, ossia a quella di colui la cui sopravvivenza non dipende dalla somministrazione di farmaci o da sussidi meccanici, l'interruzione dei quali, dunque, potrebbe già di per sé soddisfare appieno il suo bisogno di "morire bene"²⁸. Piuttosto, la richiesta di non essere sottoposti a terapie, o di ricusare quelle già intraprese, concerne invece il diritto del malato ad essere "padrone" delle tecnologie applicate alla sua persona, e a non restarne invece "prigioniero"²⁹, anche quando ciò comporti che il processo biologico della patologia arrivi fatalmente a compimento.

2.2. La faticosa emersione del principio di autodeterminazione terapeutica

Le acquisizioni anzidette sono emerse nel nostro sistema in modo piuttosto complesso, se solo si pensa ai noti casi Englaro e Welby.

Nel 1999, il Tribunale di Lecco, nel respingere la richiesta di interruzione dell'alimentazione artificiale avanzata dal padre e tutore di Eluana Englaro, una giovane donna costretta in stato vegetativo permanente a seguito di un incidente stradale, ne sottolineava «il profondo contrasto» «con i principi fondamentali

c.d. eutanasia passiva consensuale, che è appunto riconducibile all'ipotesi del rifiuto delle cure, rientrando così nei ranghi della liceità, giacché altrimenti rischia di finire in secondo piano la cagione di questa liceità, che non risiede in qualche potere del medico di somministrare la morte al paziente, né, di nuovo, in un diritto di quest'ultimo a morire o al suicidio, bensì nel diritto a non curarsi o a rifiutare un qualsiasi trattamento medico anche quand'esso sia indispensabile ad assicurare il supporto vitale; F. MANTOVANI, *Eutanasia*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990 (rist. 1992), 427; M. AZZALINI, *Il rifiuto di cure. Riflessioni a margine del caso Welby*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, 322; F. VIGANÒ, *Esiste un "diritto ad essere lasciati morire in pace"?* *Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 8.

²⁶ In tema, v. C.M. MAZZONI, *La vita dalla nascita alla morte*, in C.M. MAZZONI-M. PICCINI, *La persona fisica*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2016, 129 ss.

²⁷ Invero, anche il rifiuto del trattamento che, ad esempio, comporti il distacco di un respiratore implica una condotta attiva da parte dell'agente; ciò nondimeno, la tendenza più recente non si limita più a considerare, ai fini della liceità od illiceità penale della condotta, il dato meramente fattuale della natura attiva od omissiva della stessa, bensì risale al significato ascrivibile alla medesima. Pertanto, l'interruzione "attiva" di terapie, ancorché richieda la collaborazione del medico, è comunque riconducibile ad una sospensione di trattamento, poiché l'agente non innesca un nuovo fattore causale che condurrà il paziente alla morte, bensì, per disposizione del paziente stesso, lascia libero di dispiegarsi un processo biologico già instauratosi naturalmente ed autonomamente; S. TORDINI CAGLI, *Le forme dell'eutanasia*, in *Trattato di biodiritto* diretto da S. Rodotà-P. Zatti, *Il governo del corpo*, cit., 1822 s.

²⁸ S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 253; C. CASTRO-NOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 1057, che osserva come il paziente che rinunci al trattamento vitale non chieda al medico di aiutarlo al suicidio, bensì revochi quel consenso che ne permette l'intervento e senza il quale quest'ultimo rappresenterebbe un'ingiustificata aggressione o violenza fisica.

²⁹ G. FERRANDO, *op. ult. loc. cit.*

DIRITTI SOCIALI

ELENA BARGELLI

COSTITUZIONALIZZAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO
E DIRITTO ALL'ABITAZIONE.
DAL DIRITTO INTERNO ALLA CEDU
E ALLA CORTE DI GIUSTIZIA E RITORNO

SOMMARIO. 1. Introduzione e piano del lavoro. – 2. Il problema della ‘giustiziabilità’ del diritto all’abitazione e dei diritti sociali. – 3. Efficacia orizzontale e verticale del diritto all’abitazione nel diritto interno. – 4. ... e il declino delle politiche pubbliche sulla casa. – 5. Efficacia orizzontale e verticale nella Corte europea dei diritti dell’Uomo. – 6. ... e i suoi riflessi nel diritto interno. – 7. Efficacia orizzontale e Corte di giustizia. – 8. ... e i suoi riflessi sul diritto interno. – 9. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione e piano del lavoro*

L’influenza dei diritti fondamentali nel diritto privato, penetrato lentamente e non senza fatica nel tessuto degli istituti privatistici, non ha conosciuto un calo di attenzione lungo l’arco di ben oltre mezzo secolo. Il diritto europeo – nelle sue varie sfaccettature – ha intensificato l’impatto dei diritti fondamentali anche nel diritto privato: attraverso non soltanto la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’Uomo, ma anche – soprattutto dopo il Trattato di Lisbona – della Corte di giustizia¹. Si tratta di un’evoluzione che abbraccia anche i diritti sociali² e che sollecita una nuova riflessione sul tema, classico, della loro giustiziabilità. Questo contributo si soffermerà, in particolare, sul coacervo di interessi che si irradiano dall’abitazione. A partire dagli anni Dieci di questo secolo, infatti, la giurisprudenza delle due corti europee appena citate ha moltiplicato i riferimenti agli interessi abitativi, a rafforzamento retorico o a fondamento delle decisioni. Ciò induce non solo – come si vedrà – una rivitalizzazione o un aggiornamen-

¹ Già prima del Trattato di Lisbona, basti citare la sentenza del 14 ottobre 2004, C-36/02, Omega.

² Sull’Europa sociale dopo il Trattato di Lisbona, v. S. GIUBBONI, *I diritti sociali nell’Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, a cura di C. SALVI, Torino, 2012, 95 ss.; E. NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell’U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 878 ss.; G. VETTORI, *Diritti fondamentali e diritti sociali: una riflessione fra le due crisi*, *ivi*, 135 ss., spec. 146 ss. e in *Eur. dir. priv.*, 2011, 625 ss.

to di un dibattito che, nel nostro ordinamento, ha conosciuto il suo momento più significativo a cavallo fra gli anni Settanta e Ottanta dello scorso secolo; ne segna altresì un mutamento di prospettiva. Non soltanto, infatti, i giudici nazionali sono tenuti a interpretare e ad applicare il diritto interno in un modo non incompatibile con la Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo da una parte, con il diritto dell'Unione Europea dall'altra; le stesse modalità in cui la Corte europea e la Corte di giustizia interpretano i diritti fondamentali e – anche nei rapporti fra privati – ne impongono la tutela agli Stati nazionali, pone il problema della ridefinizione e dei confini della dottrina dell'efficacia orizzontale.

Dopo avere introdotto il problema della giustiziabilità dei diritti sociali, avere ripercorso le applicazioni e i limiti teorici dell'efficacia orizzontale e avere offerto un breve quadro delle politiche pubbliche sulla casa, questo contributo si concentrerà su quegli orientamenti della Corte EDU e della Corte di giustizia concernenti procedimenti di sfratto o di esecuzione forzata aventi a oggetto un immobile destinato ad abitazione. Pur muovendo da prospettive diverse e avendo scopi ultimi distinti, si sono sviluppati, nella giurisprudenza delle due corti, dottrine che convergono nell'indicare agli ordinamenti nazionali la temporanea sospensione dell'espulsione del proprietario, conduttore o mero occupante dell'immobile fra le misure da adottare, in considerazione della gravità della violazione del diritto al rispetto del domicilio che la perdita dell'abitazione rappresenta.

Questa evoluzione, sia detto incidentalmente, pone l'interrogativo, ampiamente esplorato, circa i margini di autonomia riconoscibili ai diritti nazionali rispetto al diritto proveniente dalle varie fonti europee nell'apprezzamento del giusto equilibrio fra gli interessi in conflitto³. Altro, tuttavia, è il fuoco di questo contributo: ovvero, per un verso, l'impatto di alcune delle decisioni della CEDU sulla dottrina dell'efficacia verticale dei diritti sociali⁴; per un altro verso, i potenziali riflessi di tutte le pronunce che qui si citeranno nei rapporti fra privati⁵ e, quindi, i nuovi confini posti al potere giudiziale nell'applicazione 'orizzontale' del diritto all'abitazione.

2. *Il problema della 'giustiziabilità' del diritto all'abitazione e dei diritti sociali*

Preliminarmente, si rende necessario un chiarimento terminologico. Si utilizzerà il termine giustiziabilità in un significato ampio, destinato a includere le

³ Per quanto riguarda le decisioni della Corte di giustizia, v. F. DELLA NEGRA, *The uncertain development of the case law on consumer protection in mortgage enforcement proceedings: Sánchez Morcillo and Kusionova*, in *Common Market Law Review*, 2015, 1009 ss.

⁴ V. *infra*, §§ 2 e 3.

⁵ Fra i primi a porre il problema, in termini generali, G. ALPA, *CESL, diritti fondamentali, principi generali, disciplina del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 147 ss.

due possibili dimensioni nelle quali i diritti fondamentali spiegano i loro effetti sul piano c.d. micro – ovvero, delle pretese individuali azionabili in giudizio – piuttosto che al livello di politiche pubbliche. Si tratta dell'efficacia c.d. verticale, che consentirebbe al singolo di pretendere la soddisfazione di un proprio diritto fondamentale direttamente dallo Stato o da un altro ente pubblico e di far valere tale pretesa in giudizio; e dell'efficacia a c.d. orizzontale, che, invece, richiede il rispetto dei diritti fondamentali nei rapporti fra privati e consente di attivare, a tal fine, le connesse tutele contrattuali e non contrattuali.

La dimensione verticale stata ed è tuttora, nei diritti nazionali, quella più controversa. Il dibattito in materia nasce contestualmente al problema del riconoscimento dei diritti sociali, che, a differenza delle classiche libertà, non esigerebbero un atteggiamento astensivo da parte dei poteri pubblici, ma, traducendosi in vere e proprie pretese a una prestazione, ambirebbero a ottenere da essi un *agere* diretto ad appagare il bisogno individuale rimasto insoddisfatto. È questo, in via quasi esemplare, il caso del diritto all'abitazione, inteso come esigenza basilare ad accedere, a usare e a conservare un alloggio adeguato alle proprie esigenze di vita. Non è sorprendente che, indipendentemente dal se e dal modo con cui le Costituzioni formulano il riconoscimento dell'interesse all'abitazione, i diritti nazionali europei non siano inclini ad ammettere la facoltà, per il singolo privo di un alloggio, di citare in giudizio la Pubblica Amministrazione per ottenerne la condanna a vedere soddisfatto tale bisogno primario, o di chiedere allo Stato il risarcimento del danno per non avere provveduto a una legislazione adeguata in materia⁶. Tali pretese, infatti, azzererebbero il medio della legislazione come mezzo legittimato a trasformare i diritti in prestazioni sociali, all'esito di una decisione politica che può essere sindacata dalla Corte costituzionale⁷. In questa tradizionale prospettiva, il soddisfacimento dei diritti sociali – concepiti, tradizionalmente, come diritti condizionati – è rimesso all'intervento della legge e ne presuppone il radicamento in un determinato territorio, nazionale o regionale. Il dibattito, più in particolare, ruota attorno alla questione della separazione fra potere legislativo e giudiziario, della limitatezza delle risorse pubbliche e dell'esclusiva competenza del potere legislativo a distribuirle, nonché della definizione del contenuto minimo essenziale della garanzia costituzionale dei diritti sociali.

Viceversa, la dottrina dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali si è affermata fin dagli anni Cinquanta dello scorso secolo⁸, frutto dell'idea dell'irradiazione di tali diritti su tutto il sistema giuridico e del conseguente superamento della concezione meramente difensiva⁹. L'estensione di questa dottrina ai diritti sociali

⁶ V., per la Spagna, S. NASARRE AZNAR, *Cuestionando algunos mitos del acceso a la vivienda en España, en perspectiva europea*, in *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2017, 45 s.

⁷ Sulle tecniche di giustiziabilità dei diritti sociali da parte della Corte costituzionale v. M. LUCIANI, *Diritti essenziali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Riv. AIC*, 2016, spec. 9 ss.

⁸ Notissimo il caso Lüth, deciso dalla Corte costituzionale tedesca il 15 gennaio 1958 (BVerfGE 7,198 ss.).

⁹ R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2011, 558 ss. Per un quadro di insie-

– e, fra questi, anche al diritto all’abitazione – è avvenuta in un momento successivo, in quanto ha richiesto, storicamente, l’appannarsi della rigida demarcazione – anche strutturale – fra diritti sociali e libertà¹⁰ e, parallelamente, il compimento del processo di acquisizione di entrambi entro la comune cornice dei diritti fondamentali attraverso il minimo comune denominatore della dignità¹¹.

Rispetto all’abitazione, l’efficacia orizzontale ha consentito il dispiegarsi, nei rapporti fra privati, di interessi che non attengono tanto al nucleo più duro dell’accesso, ma, piuttosto, al rispetto della vita familiare, alla conservazione dell’alloggio e alla qualità del godimento di questo e dell’ambiente circostante: il diritto all’abitazione trascolora in un più mite diritto all’abitare¹². Questo più ampio significato, nel nostro come in altri ordinamenti, si è nutrito del radicamento degli interessi abitativi nel diritto alla vita privata e familiare, proclamato dalla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo (art. 8), che offerto nuova linfa all’efficacia orizzontale nei diritti nazionali.

A distanza di trent’anni dal riconoscimento del diritto all’abitazione come «fondamentale diritto umano» da parte della Corte costituzionale italiana¹³ e di quasi quaranta dalla sistematizzazione dei suoi profili civilistici¹⁴, è possibile stilare un bilancio delle conseguenze ultime di questo passaggio storico: verificare, cioè, se esso ha contribuito o si è accompagnato a un incremento della tutela o a una maggiore effettività del soddisfacimento dei bisogni abitativi, sullo sfondo di un mutamento profondo delle fonti del diritto e dell’apparato giurisdizionale delle tutela dei diritti.

3. *Efficacia orizzontale e verticale del diritto all’abitazione nel diritto interno*

Per le ragioni già accennate in apertura, non constano pronunce a favore del riconoscimento, nei confronti dello Stato, del diritto individuale alla prestazione

me, storico e comparatistico, del processo di ‘costituzionalizzazione’ del diritto privato v. V. TRSTENJAK, *General Report: the influence of human rights and basic rights in private law*, in V. TRSTENJAK-P. WEINGERL (a cura di), *The influence of human rights and basic rights in private law*, Springer, 2016, 3 ss.

¹⁰ M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Studi Mazziotta*, Padova, 1995, 118 ss.

¹¹ Per una sintesi, E. BARGELLI, *Abitazione (diritto all’)*, in *Enc. dir., Ann.*, VI, 2013, 1 ss. Si noti – in via, qui, solo incidentale – che il radicamento dei diritti sociali nei diritti fondamentali costituisce un passaggio non unanimemente condiviso e, piuttosto criticato da varie correnti di pensiero: v., per un quadro dettagliato, P. KENNA, *Housing Rights after the Treaty of Lisbon – Are there Minimum Core Obligations?*, in *The Cyprus Human Rights Law Review*, 2014, 13 ss.

¹² Scolpito da U. BRECCIA, *Diritto all’abitare*, in http://www.treccani.it/enciclopedia/diritto-all-abitare_%28XXI-Secolo%29/

¹³ Corte cost. 7 aprile 1988, n. 404, in *Giust. civ.*, 1988, I, 1654.

¹⁴ U. BRECCIA, *Il diritto all’abitazione*, Milano, 1980.

DIRITTO AL CIBO
E ALLA SICUREZZA ALIMENTARE

ALESSANDRA DI LAURO

PROTEZIONE DELLA PERSONA E SCELTE ALIMENTARI.
RISCHI, SALUTE E CONSENSO
ANCHE ALLA LUCE DELLE NEUROSCIENZE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La libera circolazione delle merci e la “costruzione” dei mercati e delle persone. – 3. Le neuroscienze e il diritto: il tempo del dialogo. – 4. Le neuroscienze e diritto alimentare. – 5. Riflessioni conclusive

1. *Premessa*

In ambito europeo nel rapporto fatto di aggiustamenti, bilanciamenti, difficili equilibri fra i diritti delle persone e quelli del mercato sono emerse da tempo le capacità e la forza costruttrice delle libertà fondanti l'avventura europea e, in particolare, della libera circolazione delle merci. Con questa libertà ha dovuto confrontarsi il mercato e lo sviluppo di questa libertà ha disegnato il mercato europeo ma, cosa ancora più interessante ai fini dell'oggetto delle nostre riflessioni, essa ha anche contribuito a disegnare lo spazio delle libertà e delle tutele della persona, uno spazio in continua costruzione anche dopo la proclamazione a Nizza nel dicembre del 2000 delle Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e il riconoscimento alla stessa del rango di diritto primario dopo il Trattato di Lisbona¹. Le modalità e i risultati del confronto fra le libertà fondanti l'Unione europea e i diritti delle persone sono da tempo oggetto di riflessioni e sono considerati in parte insoddisfacenti nella misura in cui appaiono segnare la prevalenza di una visione economica e mercantile. Questa pagina dell'evoluzione del diritto europeo è oramai conosciuta, quanto meno lo è particolarmente in ambito giusagraristico visto che essa ha trovato proprio in questo settore ampia espressione suscitando anche non poche critiche (*infra* par. 2).

Il rapporto fra le libertà “comunitarie” e i diritti delle persona, con tutto il suo carico di inadeguatezza, è ora scosso da altre conoscenze, quelle neuroscientifiche, che alimentano riflessioni e rilievi critici e che potrebbero rimettere in

¹ In argomento la letteratura è già vasta e mi limito a segnalare: C. VIAL-R. TINIÈRE (sous la direction) *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Entre évolution et permanence*, Bruxelles, 2015; F. PICOD, *Chartre des droits fondamentaux et principes généraux du droit*, *Revue des droits et des libertés fondamentaux*, www.revuedlf.com; ID., *Pour un développement durable des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in *Mélanges à J.-P. Jacqué*, Paris, 2010, 527.

discussione gli equilibri trovati su presupposti che le conoscenze neuroscientifiche travolgono (*infra* par. 3). Queste nuove conoscenze inducono a guardare sotto un'altra luce anche la disciplina della protezione della persona e delle sue scelte in ambito alimentare ed ad immaginare la costruzione di politiche di protezione che si vorrebbero più adeguate per consentire il superamento di quei parametri giuridici la cui limitatezza appare oggi evidente ma la cui sostituzione è incerta e piena di pericoli (*infra* par. 4 e 5).

2. La libera circolazione delle merci e la “costruzione” dei mercati e delle persone

Quando si guarda al settore agricolo e alimentare² è subito evidente il ruolo che la libera circolazione delle merci ha giocato nella costruzione del mercato europeo. Laddove il mercato dei prodotti agricoli è stato realizzato ricorrendo ad un'opera di armonizzazione o di ravvicinamento delle discipline nazionali non è raro riscontrare che le istituzioni europee hanno assegnato alla libertà di circolazione delle merci il ruolo di un “principio” del quale l'adozione di regole il più possibile omogenee garantiva già di per sé il rispetto. Negli ambiti, poi, nei quali il legislatore europeo non ha espresso regole comuni, l'architettura del mercato è stata disegnata dalle applicazioni giurisprudenziali della libertà di circolazione delle merci le cui declinazioni hanno interessato le regole dei mercati nazionali. La giurisprudenza europea che ha dato origine al principio di mutuo riconoscimento³, e le ripetute applicazioni di questo principio, costituiscono una

² Per una prima ricostruzione dell'evoluzione del mercato agricolo e alimentare e a soli fini esemplificativi si rinvia a: L. COSTATO (a cura di) *Trattato di diritto agrario italiano e comunitario*, Padova, 2003; A. JANNARELLI, *Mercato agricolo europeo*, in *Enc. dir., Ann.*, vol. II, Milano, 2008, 770; F. ADORNATO, *Agricoltura, politiche agricole e istituzioni comunitarie nel Trattato di Lisbona: un equilibrio mobile*, in *Riv.dir. agr.*, 2010, 2, 262; A. JANNARELLI, *La strutturazione giuridica dei mercati nel sistema agroalimentare e l'art 62 della legge 24 marzo 2012 n. 27: un pasticcio italiano in salsa francese*, in *Riv. dir. agr.*, 2012, 545.

³ Come è noto è stato con la sentenza *Dassonville* (Corte di giustizia CEE, 11 luglio 1974, causa 8/74) che la Corte ha fornito per la prima volta una definizione della nozione di “misure di effetto equivalente” sulla base della quale si è sviluppata la successiva giurisprudenza relativa agli ostacoli non tariffari e tenendo conto della quale è stato deciso il caso *Cassis de Dijon*. Nella sentenza *Dassonville* la Corte considera “misura di effetto equivalente” ogni normativa commerciale degli Stati membri che possa ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari” gettando le basi della costruzione di un approccio che avrebbe portato alla creazione del principio di mutuo riconoscimento. Nella successiva e famosa causa *Cassis de Dijon* (Corte di giustizia, 20 febbraio 1979, in causa 120/78) infatti, la Corte non ha esitato a identificare nella regola tecnica nazionale una “misura di effetto equivalente” per poi spingersi oltre formulando quello che sarà conosciuto come il principio di mutuo riconoscimento” in base al quale un prodotto legalmente fabbricato e commercializzato in uno Stato Membro deve poter circolare liberamente negli altri Stati dell'UE. La letteratura in argomento è molto vasta. Mi limito ad alcune prime segnalazioni: A. MATTERA, *L'arrêt “Cassis de Dijon”: une nouvelle approche pour la réalisation et le bon fonctionnement du marché intérieur*, in *Rev. mar.*

testimonianza tangibile di un processo che ha reso le regole nazionali inoperanti nei confronti dei prodotti provenienti dai mercati degli altri Paesi membri e i divieti nazionali permeabili al punto da indurre i legislatori nazionali a modificare le regole interne per evitare le c.d. discriminazioni alla rovescia⁴.

Le vicende sono oramai troppo note per meritare ulteriori approfondimenti; basti ricordare le oramai risalenti applicazioni del principio di mutuo riconoscimento nei famosi casi riguardanti il ricorso a denominazioni merceologiche legali nel settore alimentare (aceto, birra, pasta, yogurt, ecc.)⁵.

Al processo di costruzione del mercato agricolo e alimentare europeo ha, infine, partecipato anche la procedura di notifica delle norme e regole tecniche che, sempre in considerazione della necessità di salvaguardare la libertà di circolazione delle merci, ha instaurato uno scambio “preventivo” di informazioni nel settore della regole e delle norme che ha dato vita proprio in campo agro-alimentare ad una significativa giurisprudenza nell’ambito della quale non si può non citare, a meri fini esemplificativi e sempre per restare nell’ambito dell’uso delle denominazioni, il caso della normativa legata alla produzione dell’olio d’oliva⁶.

Le applicazioni della libera circolazione delle merci attraverso l’armonizzazione, il principio di mutuo riconoscimento, il procedimento di notifica delle norme e delle regole tecniche sono andate sconvolgendo regole nazionali poste a diverso livello – legislativo, amministrativo, da enti di certificazione, di nor-

com., 1980, 505; L. COSTATO, *Sull’interpretazione dell’art. 30 del Trattato CEE*, in *Riv. dir. agr.*, 1981, II, 26; F. CAPELLI, *La libera circolazione dei prodotti alimentari nel mercato unico europeo*, in *Dir. comun. scambi internazionale*, 1993, 7.

⁴ Delle c.d. discriminazioni alla rovescia si è parlato molto in Italia anche in relazione alle norme sulla fabbricazione delle paste alimentari e all’uso della denominazione “pasta”. Anche questa vicenda è ampiamente conosciuta e trae origine da due sentenze della Corte di giustizia 14 luglio 1988, cause C-407/85, in *Racc.*, 1988, 4233 e C-90/86 in *Racc.*, 1988, 4285 che hanno portato alla pronuncia anche della Corte cost. n. 443/97.

⁵ Sull’applicazione del principio di mutuo riconoscimento ai prodotti alimentari si vedano oltre alla letteratura già segnalata: F. CAPELLI, *La libera circolazione dei prodotti alimentari nel mercato unico europeo*, in *Dir. comun. scambi internaz.*, 1993, 7; F. ALBISINNI, *L’Aceto balsamico di Modena il Torrone di Alicante e la Birra di Warstein (Denominazioni geografiche e regole del commercio alimentare)*, in *Riv. dir. agr.*, 2001, II, 101; L. COSTATO, *Dal mutuo riconoscimento al sistema europeo di diritto alimentare: il regolamento (CE) 178/2002 come regola e come programma*, in *Riv. dir. agr.*, 2003, 290; G. SGARBANTI, *Il principio del mutuo riconoscimento e la denominazione dei prodotti alimentari*, in *Trattato di diritto agrario*, (a cura di) L. COSTATO-A. GERMANÒ-ROOK BASILE, vol. III, Milano, 2011, 475; A. DI LAURO, *Comunicazione pubblicitaria ed informazione nel settore agroalimentare*, Milano, 2005, 63; F. ALBISINNI, *Strumentario di diritto alimentare europeo*, Torino, 2015.

⁶ La procedura è stata istituita dalla dir. Cee 83/189 poi abrogata e sostituita dalla dir. Ce 98/34/CE a sua volta modificata e sostituita dalla dir. UE 2015/1535. Per il caso olio di oliva si veda Corte di giustizia 26 settembre 2000, C-443/98, in *Racc.*, 2000, 7565. In argomento si vedano; F. ALBISINNI, *La Commissione europea e l’etichettatura dell’olio di oliva*, in *Diritto dell’agr.*, 1998, 465; 20; ID., *Ma l’Europa è dalla parte dei consumatori? Il caso della legge sull’etichettatura dell’olio di oliva*, in *Dir. giur. agr. amb.*, 1999, 73; ID., *Lavar la testa all’asino o la designazione d’origine dell’olio di oliva vergine ed extravergine*, in *Riv. dir. agr.*, 2001, I, 77.

mazione – tanto da aprire un confronto anche con le regole dettate da consorzi di tutela delle produzioni alimentari ⁷.

Quanto sopra evidenzia perché in ambito agraristico la sentenza della Corte di giustizia nel famoso Fra.bo non ha suscitato il clamore che le è stato riservato in altri ambiti giuridici ⁸.

Ma la libertà di circolazione delle merci non ha disegnato solo il mercato agricolo e alimentare europeo. Essa ha contribuito alla creazione di un linguaggio comune europeo –proprio le vicende sul ricorso alle denominazioni merceologiche legali sono significative a riguardo) – ed anche alla nascita di un consumatore europeo finendo per disegnare le linee di tutela della persona-consumatore.

Basti pensare che quando la libera circolazione delle merci ha incontrato o si è scontrata con la necessità di tutelare altri diritti strettamente attinenti alla persona, alla vita, alla sicurezza, alla salute, essi sono stati trattati alla stregua di “motivi” – cito testualmente il termine utilizzato nell’art. 37 del Trattato UE – o di “esigenze imperative” – secondo il linguaggio utilizzato dalla Corte di giustizia-, che potevano giustificare restrizioni al principio della libera circolazione delle merci e di mutuo riconoscimento solo quando fossero risultati apportare limitazioni “giustificate” e “proporzionate” rispetto agli scopi perseguiti ⁹.

Nonostante in ambito europeo questo processo sia stato presentato nelle diverse fonti, normative e giurisprudenziali, come il frutto di un bilanciamento fra “principi” e “diritti” diversi – quelli del mercato e quelli delle persone- nella sostanza si è assistito ad una compressione dei diritti attinenti le persone sulla base di alcuni presupposti: 1) il mercato è capace di autoregolarsi e di trovare un equilibrio che possa portare alla soddisfazione di diversi interessi; 2) la protezione dei diritti e dei principi attinenti alla persona può essere assicurata garantendo la scelta degli individui e, sostanzialmente, migliorando l’informazione; 3) gli individui sono persone attente, razionali e responsabili e la tutela delle

⁷ La Corte di giustizia ha considerato l’obbligo di imbottigliare il vino di qualità nel luogo d’origine posto nei disciplinari di produzione dei vini di qualità come una misura di effetto equivalente (Corte di giustizia 9 giugno 1992, causa C-47/90, in *Racc.*, 1992, 3704) per poi accettare la limitazione alla circolazione delle merci conseguente alla luce della necessità di valorizzare la qualità dei prodotti e di proteggere i produttori e i consumatori (Corte di giustizia 16 maggio 2000, causa C-388/95, in *Racc.*, 2000, 3123). In argomento si vedano: F. ALBISINNI, *Il Frascati, il Chianti e la via della Svizzera. Vini DOC, imbottigliamento in zona di produzione e libertà dei commerci*, in *Dir. giur. agr. amb.*, 1999, 522; M. BORRACCETTI, *La tutela del vino di qualità può ammettere uno: il caso Rioja* in *Riv. dir. agr.*, 2000, II, 306; D. BIANCHI, *In vino veritas, ovvero dell’imbottigliamento obbligatorio dei vini di qualità nella regione di produzione alla luce della giurisprudenza e legislazione comunitaria*, in *Dir. giur. agr. amb.*, 2001, 24; A. DI LAURO, *Comunicazione pubblicitaria ed informazione nel settore agroalimentare*, Milano, 2005, 223; S. MASINI, *Sull’imbottigliamento in zona di origine: conflitto di filiera e modello di sviluppo territoriale*, in *www.rivistadirittoalimentare.it*, 2012. Esemplicativi degli interventi della Corte di giustizia sui disciplinari di produzione anche le decisioni sul caso dell’affettamento del Prosciutto di Parma (Corte di giustizia 20 maggio 2003, in causa C-108/01 in *Racc.*, 2003, 5121) e del condizionamento del Grana Padano (Corte di giustizia 20 maggio 2003, in causa C-469/00, *Racc.*, 2003, 5053).

⁸ Corte di giustizia 12 luglio 2012, C-171/11, in *Raccolta digitale della Corte di giustizia*.

⁹ In argomento si rinvia alla letteratura citata nelle note 6 e 7.

“esigenze imperative” può essere realizzata grazie alla capacità delle persone di “leggere” e “trattare” razionalmente i dati forniti.

Non mi soffermo sul convincimento secondo il quale il mercato è capace di autoregolarsi e sull'inesattezza di questa idea con la quale hanno dovuto confrontarsi spesso le politiche agricole europee¹⁰.

Quanto alla tutela della persona perseguita e realizzata attraverso la protezione della libertà di scelta dell'individuo e grazie al miglioramento dell'informazione, molto è stato già scritto. Mi preme ancora sottolineare che l'architettura giuridica della protezione della scelta come espressione della volontà e della libertà degli individui si regge sull'idea che esista un agente razionale che “mediamente” è in grado di processare in modo corretto le informazioni ricevute e di elaborare comportamenti che risultino espressione delle sue libertà¹¹.

Le vicende legate all'uso delle denominazioni merceologiche legali nazionali in ambito alimentare è esemplificativa a riguardo. In sede europea è stato sostenuto che il mantenimento di denominazioni merceologiche legali nazionali non poteva andare a detrimento della libera circolazione delle merci e che l'accesso su mercati nazionali di merci contrassegnate con le stesse denominazioni che in ambito nazionale erano conosciute per prodotti diversi non avrebbe potuto violare i diritti del consumatore (da quelli collegati ad eventuali errori nell'acquisto a quelli inerenti la tutela del diritto alla salute) nella misura in cui il consumatore è un “agente razionale e avveduto” che si accorge delle differenze esistenti fra i prodotti anche prima del consumo leggendo le etichette¹². Non si può trascurare un ulteriore dato. La Corte di giustizia ha più volte fatto cenno proprio in questi casi alla necessità di superare la “cristallizzazione delle abitudini di consumo”

¹⁰ Si vedano per tutti anche per i riferimenti bibliografici: L. COSTATO (a cura di) *Trattato di diritto agrario italiano e comunitario*, Padova, 2003, in particolare 758 e ss.; A. JANNARELLI, *Mercato agricolo europeo*, in *Enc. dir., Ann.*, vol. II, Milano, 2008, 770.

¹¹ S. RODOTÀ, *Persona-consumatore*, in AA.VV. *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, (a cura di) P. STANZIONE, Atti del Convegno di Salerno (21-22 ottobre 1994), Napoli, 1999, 22; G. ALPA, *Ancora sulla definizione di consumatore*, in *I contratti*, (2001), 205; G. GHIDINI-C. CERASANI, *Consumatore* (tutela del), voce in *ED*, Aggiornamento, Milano, 2001, 265; C. CALVO, *Il concetto di consumatore, l'argomento naturalistico ed il sonno della ragione*, in *CeI Europa*, 2004, 715; L. CABELLA PISU, *Cittadini e consumatori nel diritto dell'Unione europea*, in *CeI Europa*, 2007, 674; C. PONCIBÒ, *Il consumatore medio*, in *CeI Europa*, 2007, 723.

¹² Per quanto riguarda il consumatore in ambito alimentare si vedano: A. DI LAURO, *Le mensonge dans les règles de la communication: instruments pour une gestion soutenable et “adéquate” de l'information du consommateur*, in *Production et consommation durables : de la gouvernance au consommateur-citoyen*, Les éditions Yvon Blais Inc., 2008, 517; S. CARMIGNANI, *La tutela del consumatore nel Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. agr.*, 2010, 290; S. MASINI, *Diritto all'informazione ed evoluzione in senso “personalista” del consumatore (osservazioni a margine del nuovo regolamento sull'etichettatura di alimenti)*, in *Riv. dir. agr.*, 2011, 658; A. DI LAURO, *La comunicazione e la disciplina della pubblicità dei prodotti alimentari*, in *Trattato di diritto agrario*, (a cura di) L. COSTATO-E. ROOK BASILE-A. GERMANÒ, Torino, 2011, 547; EAD., *Nuove regole per le informazioni sui prodotti alimentari e nuovi analfabetismi. La costruzione di una “responsabilità del consumatore”*, in *www.rivistadirittoalimentare.it*, 2012; S. BOLOGNINI, *La disciplina della comunicazione business to consumer nel mercato agro-alimentare europeo*, Torino, 2012.