

L'INCIDENZA DELLA CARTA DI NIZZA NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CASSAZIONE CIVILE: RASSEGNA GIURISPRUDENZIALE.

Di Mario Mauro

Dottorando di ricerca in Diritto civile

SOMMARIO: 1. *La rilevanza normativa della Carta di Nizza ed il problema del suo ingresso nel sistema normativo italiano.* – 2. *Le relazioni dei Primi presidenti della Corte di Cassazione.* - 3. *Esame di alcune fattispecie concrete.* – 4. *Il danno non patrimoniale ed il problema dell'interesse giuridico protetto.* – 4.1. *Il consenso informato.* - 4.2. *Il danno da demansionamento.* – 5. *Tutela di stranieri, minori, anziani e disabili.* – 5.1. *La tutela dello straniero e del minore.* – 5.1.1. *Adozione e tutela del superiore interesse del minore.* - 5.2. *La tutela del disabile.* – 5.2.1. *Carta di Nizza ed integrazione del disabile.* - 5.3. *La protezione dell'anziano.* – 6. *Carta di Nizza e processo civile.* – 7. *Profili conclusivi.*

1. La rilevanza normativa della Carta di Nizza ed il problema del suo ingresso nel sistema normativo italiano.

Il contributo prende le mosse dalla novità introdotta dall'articolo 6 del TUE e l'introduzione di una tutela tripartita dei diritti fondamentali dell'Uomo¹:

- alla Carta dei diritti fondamentali firmata nel 2000 a Nizza è attribuito lo stesso valore giuridico dei Trattati;
- l'UE aderisce alla CEDU;

- i diritti fondamentali, garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni comuni degli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.

Relativamente al valore normativo della Carta di Nizza, due aspetti vanno subito messi in evidenza: il rapporto tra competenze dell'UE e l'introduzione della Carta di Nizza; l'interpretazione di quest'ultima.

Sotto il primo profilo, l'adesione non implica un ampliamento delle competenze dell'UE quanto piuttosto un dovere di emanare ed interpretare gli atti dell'UE coerentemente e conformemente a quanto previsto nella Carta stessa.

Da qui ne consegue -passando al secondo profilo- il problema dell'interpretazione. Questo dovrebbe

¹ Secondo, invece, la previgente formulazione dell'art. 6 TUE, "L'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello Stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri"



be essere risolto tramite il rinvio alle disposizioni generali del titolo VII della Carta stessa nonché alle spiegazioni.

Il richiamo è rivolto all'art. 52 il quale fissa un punto importante per l'indagine che in questa sede interessa: le disposizioni normative ivi contenute possono essere invocate dinanzi ad un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di atti comunitari.

La norma deve essere integrata anche dalle spiegazioni, espressamente richiamate dall'art. 6 TUE e dalla Carta di Nizza stessa. Queste mettono in luce che l'art. 52 distingue tra diritti e principi: mentre i primi possono essere direttamente invocati davanti al Giudice nazionale, i secondi non danno adito a pretese dirette per azioni positive da parte delle istituzioni dell'Unione o delle autorità degli Stati membri.

La distinzione pone un significativo problema esegetico che, per il momento, si può solo indicare senza risolvere. Le spiegazioni, infatti, pur indicando le differenze sotto il profilo operativo, non forniscono criteri sufficienti a distinguere i diritti dai principi sotto un profilo ontologico. Per tale motivo, i tentativi di distinzione tra i due sono giunti ad esiti aporetici².

Tornando all'art. 6, tra le fonti che tutelano i diritti fondamentali vi è la stessa CEDU alla quale l'UE dichiara espressamente di aderire nonché i principi fondamentali che comprendono i diritti CEDU e quelli risultanti dalle Tradizioni comuni degli Stati membri³.

² Al tema si sono interessati G. PINO in due volumi, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Torino, 2008 e *Diritti ed interpretazione*, Bologna, 2010; G. ZAGREBELSKY, *Diritto per valori, principi o regole?*, in *Quaderni fiorentini*, 2002, p. 31, t. II, p. 865 e ss.; V. ONIDA, il problema della giurisdizione, in E. PACIOTTI (cur.), *La Costituzione europea*, Roma, 2003, p. 137; V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, Milano, 2010; E. SCODITTI, *Il Giudice comune e la tutela dei diritti fondamentali di fonte sopranazionale*, in *foro it.*, 2010, V, 42; G. VETTORI, *Dialogo fra le Corti e tecnica rimediabile*, in *Persona e Mercato*, 2010, 4, p. 280.

³ L'importanza dell'art. 6 TUE si coglie esaminando il tema della tutela dei diritti fondamentali dell'uomo nell'ambito del diritto dell'Unione in una prospettiva storica. I trattati istitutivi delle Comunità europee del 1957 non contenevano alcuna norma relativa alla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo. Naturalmente si prevedevano alcune libertà, quali la libertà di circolazione di merci, servizi e capitali; tuttavia, si trattava di libertà funzionali e strumentali alla realizzazione di un mercato comune.

Se, da un lato, tale assenza era da imputare a ragioni di scelte politiche, dall'altra parte tale mancanza si è fatta sentire sotto un profilo più strettamente giuridico. Infatti, mentre gli Stati firmatari del trattato riconoscevano e tutelavano un certo numero di diritti umani nell'ambito nazionale, tali diritti non trovavano tutela qualora un atto comunitario si fosse posto in contrasto con essi.

Il punto merita un chiarimento. Nel testo in vigore fino al 30 novembre 2009 si stabiliva al paragrafo 2 che "l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (...) e quali risultano dalle tradizioni comuni agli Stati membri, in quanto principi del diritto comunitario".

In base a tale disposizione, che recepiva un indirizzo adottato dalla Corte di giustizia fin dal 1970, tanto la CEDU quanto le "tradizioni costituzionali comuni" degli Stati membri non assumevano rilievo come tali, ma in quanto da essi si traevano "i principi generali di diritto comunitario" che l'Unione era tenuta a rispettare. Sicchè, la fonte della tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dell'Unione eu-

Sul punto la giurisprudenza della Corte di Giustizia, in una serie di sentenze risalenti agli anni '50 e '60, aveva sottolineato che le norme costituzionali dei singoli stati membri non hanno efficacia nell'ordinamento comunitario e che possono trovare tutela nell'ordinamento comunitario solo quei diritti che sono espressamente riconosciuti nei trattati e nelle norme da essi derivate (CGUE, 4 febbraio 1958, C-1/58, *Storck et Co. c. Alta Autorità CECA*; CGUE, 15 luglio 1969, C-36/59, *Uffici vendita Carbone Ruhr*).

Il primo riconoscimento dei diritti umani ad opera della CGUE avviene solo nel 1969 (*Stauder c. Ulm-Sozialmut*, C-29/69) ove si afferma che questi "fanno parte dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce l'osservanza".

Tuttavia, l'affermazione non soddisfaceva le Corti costituzionali nazionali, in particolar modo quelle italiana e tedesca. La prima, nel caso *Frontini* (C. Cost., 27 dicembre 1973, n. 183) affermava che il trasferimento di competenze alla CEE e le conseguenti limitazioni di sovranità non può comportare per gli organi comunitari il potere di violare i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano ed i diritti inalienabili della persona. Qualora ciò si dovesse verificare -prosegue la Corte- è sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale sulla compatibilità del trattato con i principi fondamentali.

Sulla stessa lunghezza d'onda si collocava anche la Corte Costituzionale tedesca nel caso *Solange* (29 maggio 1974) la quale specificava che, in ipotesi di contrasto tra norme comunitarie derivate e norme costituzionali relative ai diritti umani, verranno applicate queste ultime.

Lentamente, la CGUE arriverà ad affermare nel 1975 (C36/75, *Rutili c. Ministre de l'Interieur*) che essa garantisce l'osservanza dei diritti fondamentali i quali trovano il proprio fondamento nelle tradizioni costituzionali comuni degli stati membri e della CEDU.

Quest'ultima affermazione sarà poi ripresa, a livello normativo, soltanto con il Trattato di Maastricht (art. F), il quale affermava quanto segue: "l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione di Roma del 1950 sui diritti dell'Uomo e le libertà fondamentali, oltre che dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, come principi generali di diritto comunitario".

Con il Trattato di Amsterdam, all'art. 6 par. 1, si è aggiunto che l'Unione "si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri".

Il passo più significativo in tema di tutela dei diritti umani è stato realizzato grazie al Trattato di Lisbona, il quale realizza un sistema tripartito di tutela dei diritti fondamentali.



ropea era unica, risiedendo nei “principi generali del diritto comunitario”, mentre la CEDU e le “tradizioni costituzionali comuni” svolgevano solo un ruolo strumentale all’individuazione di quei principi⁴.

L’entrata in vigore del nuovo trattato di Lisbona modifica il sistema appena delineato, trasformandolo -come indicato in apertura del contributo- in tripartito.

Si tratta, quindi, di un apparato di protezione assai più complesso ed articolato del precedente, nel quale ciascuna delle componenti è chiamata ad assolvere ad una propria funzione⁵.

In particolar modo, il riconoscimento alla Carta di Nizza di un valore giuridico uguale a quello dei trattati “mira a migliorare la tutela dei diritti fondamentali nell’ambito del sistema dell’Unione”⁶.

Le parole sono della Corte costituzionale, la quale ha sentito l’esigenza di mettere in luce il passaggio positivo, tratto essenziale e necessario per una ermeneutica dei diritti fondamentali⁷.

E tale passaggio positivo si distingue per una formulazione per principi anziché per regole. Tuttavia, guardando al dato sostanziale, non si tratta di principi frutto di giusnaturalistiche deduzioni razionali né il derivato di fideistiche credenze trascendentali o di imperativi etici o morali⁸. Piuttosto, in questi c’è il riflesso della intrinseca storicità del diritto, con le conseguenze che comporta: “nel principio c’è implicito il senso di una incompletezza e quindi la proiezione dinamica verso il futuro”⁹.

Quest’ultimo spunto consente di inquadrare il problema affrontato nel presente lavoro: poiché “il primato della legge oggi passa necessariamente at-

traverso l’attività del Giudice”¹⁰ e poiché “la funzione di rendere di volta in volta attuale un principio nella specificità di una situazione particolare non può che spettare al Giudice”¹¹, l’intenzione è costruire una rassegna giurisprudenziale per esaminare quali sono state le prime risposte della Cassazione in punto di attuazione e vincolatività della Carta di Nizza.

L’indagine si concentrerà, in primo luogo, sulle indicazioni programmatiche ricavate dalle relazioni dei Primi Presidenti della Cassazione ed, in seconda battuta, sulle applicazioni concrete che di tali indicazioni programmatiche sono state fatte¹².

2. Le relazioni dei Primi presidenti della Corte di Cassazione.

Nel 2008, quando il Trattato di Lisbona non era ancora in vigore ma se ne conosceva già il contenuto, il Primo Presidente della Cassazione prendeva comunque atto dell’ingresso di un nuovo ordine, “la moltiplicazione delle fonti del diritto, sia all’interno che all’esterno dell’ordinamento nazionale, produce una nuova ed inedita regolazione, caratterizzata da asimmetrie, da ampi spazi di scelta, ma anche da rilevanti incertezze”. E, sulla base di questo panorama, delineava la posizione delle Corti le quali “tendono ad assumere un ruolo fondamentale come attori che garantiscono l’unità dell’ordinamento nazionale e che controllano la circolazione di norme, regole ed istituti provenienti dall’esterno”¹³.

L’entrata in vigore nel 2009 del Trattato di Lisbona è indiscutibilmente un evento storico, soprattutto per la formale equiparazione del valore giuridico della Carta di Nizza a quello dei trattati¹⁴: “la carta di Nizza non è da apprezzare solo come un grande atto di ricognizione storica di un patrimonio di diritti già esistente nell’ordinamento dell’Unione europea”. Il suo significato -proseguendo con la citazione- è più profondo: “la Carta dei diritti fondamentali sposta di nuovo l’asse dal piano dell’interpretazione a quello delle fonti, dopo che per diversi anni la giurisprudenza, nazionale, comunitaria e persino della Corte per la salvaguardia dei

⁴ Il sistema è ben descritto in C. Cost., 11 marzo 2011, n. 80, in *Riv. dir. int.le*, 2001, 2, p. 578; *Giur. cost.*, 2011, 2, p. 1224

⁵ I commenti sul nuovo assetto delle fonti e la tutela dei diritti umani sono vastissimi. Per una visione generale cfr. il terzo numero del 2009 della rivista *Il diritto dell’Unione europea* con i contributi di L. DANIELE, *La protezione dei diritti fondamentali nell’Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*; N. PARISI, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*; A. GIANNELLI, *L’adesione dell’Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*; A. BULTRINI, *I rapporti fra Carta dei diritti fondamentali e CEDU dopo Lisbona: una straordinaria occasione per lo sviluppo e la tutela dei diritti umani in Europa*; S. AMADEO, *Il protocollo n. 30 sull’applicazione della Carta a Polonia e Regno Unito e la tutela “asimmetrica” dei diritti fondamentali: molti problemi, qualche soluzione*; P.L. SIMONE, *Gli accordi internazionali di salvaguardia dei diritti sociali e del lavoro e il protocollo n. 30 sull’applicazione della Carta dei diritti fondamentali a Polonia e Regno Unito*.

⁶ C. Cost., 11 marzo 2011, n. 80, cit.

⁷ Ex multis cfr. sul punto cfr. V. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio “personalista” in Italia e nell’Unione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 145.

⁸ V. SCALISI, *op. ult. cit.*

⁹ N. LIPARI, *Diritti fondamentali e ruolo del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 5, p. 635.

¹⁰ Cfr. G. VETTORI, *Dialogo fra le Corti e tecnica rimediata*, in *Persona e Mercato*, cit.

¹¹ N. LIPARI, *op. cit.*, p. 641

¹² Per una disamina della giurisprudenza anteriore all’equiparazione della Carta di Nizza ai Trattati cfr. B. CARUSO – M. MILITELLO, *La Carta di Nizza nel diritto vivente giurisprudenziale: una ricerca sulle motivazioni dei giudici (2000-2008)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, 2, p. 147

¹³ V. CARBONE, *Relazione sull’amministrazione della Giustizia*, 2008, in www.cortedicassazione.it.

¹⁴ V. CARBONE, *Relazione sull’amministrazione della Giustizia*, 2009, in www.cortedicassazione.it.

diritti dell'Uomo si era adoperata per "anticiparne" in qualche modo l'effettività"¹⁵.

Nel 2010 la relazione del nuovo Primo Presidente conferma l'interpretazione dell'impianto concettuale e le indicazioni programmatiche.

Sotto il primo profilo, si prende atto della nuova complessa attività del Giudice, "chiamato a confrontarsi con una realtà che, pur constando, nel lungo periodo, di un prevedibile ampliamento di tutele, supera i confini interni in un sistema assai complesso ed articolato"¹⁶. L'affermazione è inserita in un apposito capo della relazione destinato ai rapporti con gli ordinamenti sovranazionali e la prima sezione è destinata proprio alla Carta di Nizza: in questo nuovo ordine, il Giudice è sollecitato "a scongiurare il contrasto tra norme – e il conseguente contrasto tra ordinamenti- in un'ottica di imprescindibile uniformazione del sistema"¹⁷.

Infine, nel 2011, a distanza di poco più di due anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il Primo Presidente della Suprema Corte dedica l'intera prima parte che apre la relazione alla dimensione europea della giustizia italiana¹⁸.

L'intento programmatico è evidente, "occorre impegnarsi seriamente e in concreto per trasformare le indicazioni e i vincoli che ci provengono dalla Corte di giustizia europea e dalla Corte europea dei diritti umani in opportunità e occasioni di riforma del nostro sistema e, insieme, di rilancio di un'Unione effettivamente fondata su libertà, diritti e giustizia, che rappresentano l'essenza del modello europeo di convivenza in uno Stato costituzionale di diritto".

Per realizzare tale obiettivo -prosegue idealmente la relazione- i Giudici svolgono, insieme alle altre istituzioni, un concorso determinante ed efficace al consolidamento dell'Unione: "nel nuovo assetto delle fonti e nonostante che unità dell'ordinamento, coerenza e completezza di esso costituiscano ancora un processo da realizzarsi, la giurisdizione -come strumento di garanzia dei diritti fondamentali e fattore di uno stabile edificio europeo- acquista una rinnovata centralità, che pone responsabilità più impegnative e cogenti ai giudici nazionali, come primi

¹⁵ V. CARBONE, *Relazione sull'amministrazione della Giustizia*, 2009, cit.

¹⁶ E. LUPO, *Relazione sull'amministrazione della Giustizia*, 2010, in www.cortedicassazione.it.

¹⁷ E. LUPO, *Relazione sull'amministrazione della Giustizia*, 2010, cit.

¹⁸ E. LUPO, *Relazione sull'amministrazione della Giustizia*, 2011, in www.cortedicassazione.it, "vogliamo mettere al centro di questa relazione proprio l'esigenza di adeguamento del sistema giudiziario italiano alle indicazioni di contenuto e alle sollecitazioni organizzative che provengono dalle istituzioni sovranazionali."

attuatori del diritto comunitario e di quello convenzionale."

Dovendo trarre delle indicazioni di massima, si possono isolare tre punti chiave che hanno informato le relazioni:

- il diritto italiano fa parte di un sistema sovranazionale "a rete" e non più piramidale; ciò incide sull'individuazione del rimedio, dalla complessità delle fonti deriva un sistema di pluralità di tutele;
- nell'esercizio dell'attività giurisdizionale si assiste ad un fenomeno di globalizzazione dei diritti e la Carta di Nizza è orientata in tal senso;
- la legalità sta assumendo una nuova dimensione e la giurisprudenza svolge un ruolo partecipativo fondamentale nella formazione del rimedio.

Tenendo fermi questi punti, dovrà ora muovere l'analisi dei singoli casi concreti.

Le sentenze riportate sono state scelte quale esempi di come la Suprema Corte abbia preso in considerazione la Carta di Nizza.

3. Esame di alcune fattispecie concrete.

In via preliminare, va precisato che la Cassazione si è interessata alla Carta di Nizza ancora prima che questa avesse efficacia vincolante. Solamente con il nuovo art. 6 che la equipara ai Trattati ed in forza dell'art. 117, I comma, Cost. dismette la sua valenza persuasiva ed assume valore giuridico¹⁹.

Ed è proprio a seguito di questa vincolatività che si pone il problema di quale significato e spazio occupi nell'interpretazione della Corte di Cassazione.

Infatti, sebbene l'art. 6, par. 1 stabilisca che le disposizioni della Carta non estendono le competenze dell'UE definite dai Trattati e sebbene ciò trovi una conferma più forte anche nella dichiarazione n. 1 allegata al Trattato di Lisbona²⁰, ciò non pone un divieto al Giudice nazionale di richiamare la Carta stessa anche qualora il caso concreto non sia disciplinato da una specifica normativa comunitaria.

Abbiamo visto, infatti, come la Corte di Cassazione prenda atto del passaggio del sistema delle fonti da una struttura piramidale ad una struttura a

¹⁹ Sul punto cfr. G. VETTORI, *I diritti fondamentali dell'Unione europea*, in G. Vettori, *Diritto privato ed ordinamento comunitario*, Torino, 2009

²⁰ "La carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi dell'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati".



rete²¹, con conseguenze in punto di complessità, elasticità del sistema ed ampliamento dei rimedi.

Circoscrivendo l'indagine alla Carta di Nizza e muovendo dall'assunto che essa sia ormai entrata a pieno titolo nel sistema delle fonti (art. 6 TUE e 117 Cost.), bisogna ora indagare come tale novità sia stata, nel concreto, recepita dalla Corte di Cassazione.

4. Il danno non patrimoniale ed il problema dell'interesse giuridico protetto.

Con sentenza n. 5770, resa il 10 marzo 2010²², la Cassazione affronta il problema della liquidazione del danno non patrimoniale. Il caso riguarda il danno morale subito dagli eredi a seguito della morte di un loro congiunto, investito da una vettura mentre attraversava le strisce pedonali²³.

Secondo l'orientamento delle Sezioni unite in tema di danno non patrimoniale²⁴, la sua risarcibilità è prevista anche nell'ipotesi di lesione di un diritto inviolabile.

Ne deriva che il primo compito dell'interprete per valutare l'esistenza di un danno non patrimoniale, e nel caso che qui interessa di tipo morale, è individuare l'esistenza di un diritto inviolabile/bene giuridico protetto.

Ebbene, secondo la Suprema Corte, il danno morale è un danno diverso rispetto al danno alla salute, in quanto attiene a due beni giuridici differenti²⁵. Mentre il danno alla salute trova una specifica previsione nell'art. 32 cost., l'esistenza di un danno morale va sicuramente a ledere un diritto inviolabile della persona differente, nello specifico l'integrità morale (bene giuridico). Questa è da considerarsi come la massima espressione della dignità umana, la quale ha uno specifico fondamento normativo: in primo luogo l'art. 2 della Cost. (la repubblica riconosce i *diritti inviolabili* dell'uomo); in secondo luogo, tali diritti trovano una loro specificazione nella stessa Carta di Nizza, nel caso specifico nell'art. 1 (la dignità umana è inviolabile).

In altri termini, l'esistenza di un bene giuridico è il presupposto logico per ipotizzare e configurare, almeno in astratto, l'esistenza di un danno; tale danno esiste nella misura in cui il bene giuridico cui è collegato sia stato leso.

Nella sentenza citata, il richiamo alla Carta di Nizza -sebbene contenuto in un breve inciso- serve per precisare un precetto costituzionale e descrivere il bene giuridico protetto: il collegamento tra norma costituzionale, disciplina comunitaria ed interpretazione costituzionalmente orientata è evidente²⁶.

L'orientamento trova conferma in una serie di altre pronunce.

In particolar modo, si porta all'attenzione la sentenza n. 15373 del 13 luglio 2011²⁷. Anche tale caso riguarda un'ipotesi di responsabilità civile. Nello specifico si tratta di una domanda di risarcimento del danno avanzata dai genitori di un figlio minore caduto dal seggiolino della bicicletta, in seguito all'urto con un'autovettura.

Tra i vari motivi di impugnazione, vi è anche la quantificazione del danno risarcibile. Infatti, i giudici di merito, seguendo la prassi giurisprudenziale in vigore antecedentemente la nota pronuncia del

²¹ Sul punto cfr. G. SILVESTRI, *La ridefinizione del sistema delle fonti: osservazioni critiche*, in *Pol. dir.*, 1987, p. 149; A. PREDIERI, *La giurisprudenza della Corte costituzionale sulla gerarchia e sulla competenza di ordinamenti o di norme nelle relazioni fra Stato e Comunità Europea*, in *Atti del Seminario su "La Corte Costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario"*, Roma, Palazzo della Consulta, 15-16 ottobre 1990, Milano, Giuffrè, 1991 p. 115; F. OST, *Dalla piramide alla rete: un nuovo modello per la scienza giuridica?*, in M. VOGLIOTTI (cur.), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, 2008; P. GROSSI, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento epistemologico*, in *Quaderni fiorentini*, 2003, 32, pp. 268-269; G. ZACCARIA, *Trasformazione e riarticolazione delle fonti del diritto, oggi*, in *Ragion pratica*, 2004, p. 93; B. PASTORE, *Le fonti e la rete: il principio di legalità rivisitato*, in *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di Lorenzo Carlassare*, I. *Delle fonti del diritto*, Napoli, 2009, p. 257.

²² Cass., 10 marzo 2010, n. 5770, in *Foro it. online*

²³ In punto di *an debeat*, va precisato che la giurisprudenza è concorde nel ritenere la responsabilità esclusiva e solidale del conducente e del proprietario del veicolo investitore. V. di recente, Cass., 9 marzo 2011, n. 5440, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 11, p. 2265; Cass., 13 ottobre 2010, n. 4154 in *DeJure*; Cass., 11 giugno 2010, n. 14064, in *Resp. cov. E prev.*, 2010, 10, p. 2124.

²⁴ Cass., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, I, p. 38, n. P.G. MONATERI; *Giust. civ.*, 2009, 4-5, I, 913, n. ROSSETTI; *Obbl. e contr.*, 2009, I, p. 2, n. G. VETTORI; *Contr. e impresa*, 2009, I, n. M. FRANZONI; *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 1, n. F.D. BUSNELLI

²⁵ Si ricorda che antecedentemente alla sentenza 26972/2008 era prassi dei giudici di merito liquidare il danno morale sulla base di una percentuale della liquidazione del danno biologico, nello specifico 1/3.

²⁶ Cass., 10 marzo 2010, n. 5770, cit.: "è appena il caso di ricordare che nella quantificazione del danno morale la valutazione di tale voce di danno, dotata di logica autonomia in relazione alla diversità del bene protetto, che pure attiene ad un diritto inviolabile della persona ovvero all'integrità morale, quale massima espressione della dignità umana, desumibile dall'art. 2 Cost., in relazione all'art. 1 della Carta di Nizza, contenuta nel Trattato di Lisbona, ratificato dall'Italia con L. 2 agosto 2008, n. 190, deve tener conto delle condizioni soggettive della persona umana e della concreta gravità del fatto, senza che possa quantificarsi il valore dell'integrità morale come una quota minore proporzionale al danno alla salute, dovendo dunque escludersi la adozione di meccanismi semplificativi di liquidazione di tipo automatico."

²⁷ Cass., 13 luglio 2011, n. 15373, in *DeJure*



2008 sul danno non patrimoniale, avevano liquidato la voce "danno morale" nei termini di una frazione del danno biologico²⁸.

La Corte di Cassazione, invece, esclude tale automatismo sul motivo che i due pregiudizi incidono su un sistema assiologico che si fonda su differenti basi positive²⁹.

4.1. Il consenso informato.

Rimanendo nella macro area del *danno non patrimoniale*, la distinzione del danno biologico rispetto ad altri pregiudizi è ancora più evidente alla luce dell'esame di altre pronunce della Cassazione, rese in tema di consenso informato.

La sentenza 2847/2010³⁰ afferma l'esistenza un diritto al consenso informato e precisa che si tratta di un vero e proprio diritto della persona con fondamento negli articoli 2, 13 e 32 Cost.

Tale aspetto era già stato, peraltro, messo in luce dalla Corte costituzionale nella sentenza 438/2008³¹, che ha il pregio di mettere in risalto la funzione di sintesi di due diritti fondamentali che ha tale consenso: quello all'autodeterminazione e quello alla salute.

La Cassazione svolge l'assunto: "di vero, il diritto al c.d. consenso informato, intanto costituisce uno degli aspetti dell'inviolabile diritto alla libertà personale, in quanto l'homo iuridicus ha acquisito l'identità giuridica di homo dignus"³².

L'innovazione, prosegue la sentenza, è positivamente configurata in virtù degli artt. 2, 3, e 32 Cost., attualmente rinforzata dagli articoli 1 e 5 della Carta di Nizza.

In una successiva pronuncia³³, resa sulla stessa questione, è contenuta un'affermazione importante

²⁸ Di norma il danno morale corrispondeva al 33% di quanto era stato liquidato a titolo di danno biologico.

²⁹ Nello stesso senso cfr. anche Cass., 12 settembre 2011, n. 18641 in tema di danno morale subito da un minore nato invalido al 100% .

³⁰ Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 4, p. 781, n. P. ZIVIZ ed in *Foro it.*, 2009, 2010, 7-8, I, c. 2113.

³¹ C. Cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Foro it.*, 2009, 5, I, c. 1328 e *Giur. cost.*, 2008, 6, p. 4945.

³² Il richiamo è evidentemente a S. RODOTÀ, *Antropologia dell'Homo dignus*, Lezione tenuta nell'Aula Magna dell'Università di Macerata il 6 ottobre 2010 in occasione del conferimento della laurea *honoris causa* e consultabile al sito www.europeanrights.eu. L'affermazione è presente anche in Cass., 28 luglio 2011, n. 16543, in *DeJure* e Cass., 30 marzo 2011, n. 7237, in *DeJure*.

³³ Cass., 30 marzo 2011, n. 7237, cit. Si riporta un estratto significativo della motivazione relativamente al ruolo dell'interprete in rapporto alla valore *dignità*: "Ne consegue che l'interprete è chiamato ad un suo preciso obbligo nello svolgimento della sua attività ermeneutica, ovvero di non poter più ignorare la soglia della tutela espansiva del principio supremo

sulla Carta di Nizza: questa trascende il diritto dell'Unione ed è da tenere presente "non strettamente collegata alla competenza tipica del diritto comunitario, (...), ma come sfondo assiologico non solo di quelli, ma di *tutti i diritti-doveri* disciplinati e previsti negli ordinamenti degli Stati membri".

4.2. Danno da demansionamento.

Un ulteriore caso da esaminare riguarda il danno da demansionamento: un aiuto primario anziano conveniva in giudizio il primario dell'ospedale presso cui lavorava e domandava la condanna di questo al risarcimento del danno per atti vessatori continuati che avevano impedito al professionista di svolgere attività clinica e di reparto³⁴.

Secondo il ricorrente, tali atti sarebbero stati intenzionalmente diretti ad estrometterlo da ogni attività proficua di collaborazione, con la preordinata intenzione di distruggere la dignità, l'immagine professionale e le concrete possibilità di lavoro.

Anche in questa pronuncia, la Cassazione si richiama alla Carta di Nizza per ricostruire il bene giuridico protetto.

Secondo la Suprema corte, lo status di lavoratore professionista è costituzionalmente protetto a livello nazionale dagli artt. 1, 4 e 35 della Costituzione; è anche protetto a livello europeo dall'art. 1 della Carta di Nizza ove il riferimento alla dignità umana comprende anche la dignità professionale e dall'art.

contenuto nella Costituzione (della dignità umana, qualunque sia l'oggetto sottoposto al suo esame.

Infatti, nelle norme su indicate della Carta di Nizza, e precisamente sotto il titolo "Dignità", si proclamano la inviolabilità della dignità umana, il diritto alla integrità fisica e psichica con alcune specificazioni relative alle applicazioni della medicina e della biologia.

In altri termini, in virtù del diritto vivente, costituito da statuzioni costituzionali e di questa Corte, nonché dall'osmosi tra attività interpretativa e intuizioni dottrinali, gli interventi sul corpo del paziente obbligano lo Stato e le sue istituzioni, tra cui il giudice, a mantenere al centro la dimensione della persona umana nella sua concreta esistenza, in quanto la sua dignità è l'a priori dei diritti fondamentali, senza il quale essi potrebbero essere soggetti a limiti e possono sviliti ogni loro incisività: valore assiologico che informa la Costituzione interna e vieppiù la norma ordinaria.

Ciò posto in via metodologico-interpretativa, come discende dal diritto positivo, si legge nella sentenza del 2010, che questo Collegio pienamente condivide, che per ravvisare il nesso causale tra la lesione di quel diritto e la lesione dell'integrità fisica (nel caso, asportazione totale dello stomaco), pure incolpevole, atteso che il chirurgo si decise ad intervenire a fronte di una situazione refertata drammatica per la vita del paziente ed eseguì l'intervento in modo corretto, come hanno stabilito i giudici del merito, deve ritenersi che il B. si sarebbe potuto rifiutare, ove ne fosse stato informato, come era suo fondamentale diritto."

³⁴ Cass., 2 febbraio 2010, n. 2352, in *foro it.*, 2010, 4, I, c. 1145.



15, che regola la libertà professionale come diritto inviolabile sotto il valore categoriale della libertà.

L'importanza di tale pronuncia, relativamente al richiamo fatto alla Carta di Nizza, rileva sotto il profilo della dichiarazione programmatica in essa contenuto e si pone in continuità con quanto riportato poco sopra: non solo sotto il profilo della competenza per materia che trascende l'esclusivo ambito comunitario, ma anche di operatività della legge nel tempo.

Sebbene i fatti oggetto del contendere si siano verificati in un tempo anteriore all'adozione stessa della Carta di Nizza, le norme costituzionali si conformano bene ai principi comuni di diritto europeo, i quali "hanno il pregio di rendere evidenti i valori universali del principio personalistico su cui si fondano gli Stati della Unione".

Secondo la Cassazione, infatti, l'attività di filonomachia "include anche il processo interpretativo di conformazione dei diritti nazionali e costituzionali ai principi non collidenti ma promozionali del Trattato di Lisbona e della Carta di Nizza che esso pone a fondamento del diritto comune europeo".

In altri termini, la Carta di Nizza si configura come uno strumento che individua i principi comuni di diritto europeo ai quali l'ordinamento italiano si conforma e la filonomachia della Cassazione non ha come orizzonte di riferimento il solo diritto interno ma anche il diritto comunitario. Ne deriva che l'attività di conformazione del diritto interno ai principi dell'Unione europea, non avviene solamente nelle materie di competenza comunitaria ma anche nelle materie di competenza esclusiva degli stati membri. E la Carta di Nizza si configura come uno strumento che opera in tale direzione.

5. Tutela di stranieri, minori, anziani e disabili.

Uno degli aspetti di maggiore incidenza della Carta di Nizza è, senza dubbio, la tutela di soggetti svantaggiati: stranieri, minori, anziani e disabili.

Il punto da cui muovere è l'art. 20. La norma si pone a tutela del principio di uguaglianza formale a favore di "tutte le persone" e non solo dei cittadini³⁵.

Corollario del principio di uguaglianza, è il divieto previsto dall'art. 21 di qualsiasi discrimina-

zione. La norma, in particolare, ne indica alcune ragioni: sesso, razza, colore della pelle, origine etnica o sociale, caratteristiche genetiche, lingua, religione, opinioni, appartenenza ad una minoranza nazionale, patrimonio, nascita, disabilità, età ed orientamento sessuale.

Il secondo comma della norma sente l'esigenza di specificare che nell'ambito dell'applicazione dei trattati, è vietata qualsiasi forma di discriminazione in base alla nazionalità.

Il tratto importante, che segna una differenza rispetto a quanto previsto nella nostra Costituzione, è la mancanza di un'espressa previsione di un principio di uguaglianza sostanziale. I redattori hanno preferito, piuttosto, adottare una serie di disposizioni nell'ottica di proteggere specifiche categorie di soggetti deboli e rimuovere possibili disuguaglianze di fatto, di cui rischiano di essere vittime minori, anziani e disabili.

5.1. La tutela dello straniero e del minore.

La maggior parte delle pronunce si interessano alla tutela dello straniero in termini correlati alla tutela del minore ed all'autorizzazione del genitore a rimanere sul suolo italiano.

A differenza dei casi precedenti, questa serie di pronunce non si limitano ad affrontare solo il tema dell'individuazione dell'interesse protetto.

Si pone la questione, invece, del conflitto tra differenti interessi.

È, infatti, evidente, che i diritti fondamentali della persona pongono difficili problemi di concorso e di conflitto, di interferenze e tensioni, non solo tra gli stessi ma anche con altri diritti, "sicché, in mancanza di un preconstituito ordine gerarchico, l'interprete assai spesso è chiamato a trovare il necessario contemperamento e bilanciamento"³⁶.

I casi fanno tutti riferimento al D. Lgs. N. 286 del 1998, art. 31.

In particolare, il III comma prevede il riavvicinamento del familiare straniero al minore: "il Tribunale per i minorenni, *per gravi motivi* connessi con lo sviluppo psicofisico e tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute del minore che si trova nel territorio italiano, può autorizzare l'ingresso o la permanenza del familiare, per un periodo di tempo determinato, anche in deroga alle altre disposizioni del presente testo unico."

Nella prassi, tale norma è spesso volte usata per contrastare il provvedimento di diniego del permesso di soggiorno.

³⁵ Il dato è importante se si considera che i diritti sanciti in molte costituzioni nazionali sono a tutela del cittadino e non dell'Uomo in sé. Tuttavia, va anche precisato il lavoro delle giurisprudenze costituzionali le quali ne hanno esteso l'applicazione e la tutela anche a soggetti non cittadini. Sul punto v. R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (cur.), *L'Europa dei diritti. Commentario alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001.

³⁶ V. SCALISI, op. cit., p. 149.



Il problema riguarda l'interpretazione della locuzione *gravi motivi*. Nel 2010 sono intervenute le Sezioni unite a risolvere un contrasto giurisprudenziale.

Secondo un orientamento più risalente nel tempo ma consolidatissimo nella giurisprudenza della I sezione civile, si riteneva che i gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico del minore si concretizzassero in una situazione di emergenza, rappresentata come conseguenza della mancanza o dell'allontanamento improvviso del genitore. In questa prospettiva l'autorizzazione alla permanenza del genitore sul suolo italiano si fonderebbe sul presupposto del pericolo per lo sviluppo normale del genitore e si fonderebbe sulle caratteristiche di eccezionalità e temporaneità.

Secondo tale indirizzo, in un conflitto tra tutela dell'ordine pubblico consistente nel controllo del regolare flusso migratorio ed interesse del minore, l'interesse di quest'ultimo veniva sempre sacrificato, salvo i gravi motivi come sopra descritti.

In senso opposto, invece, si schieravano altre due pronunce³⁷ le quali leggevano la norma del T.U. immigrazione nell'ambito del diritto minorile. In questa prospettiva, in un conflitto tra interesse pubblico ed interesse del minore, era l'interesse di questo a trovare protezione³⁸.

Prima di esaminare quali sono i presupposti alla base, è opportuno indicare le conseguenze di questo orientamento. L'autorizzazione riconosciuta al genitore straniero di rimanere sul suolo italiano non era riconosciuta solo nei casi del minore in tenerissima età (orientamento tradizionale) ma anche nelle ipotesi in cui fosse necessario salvaguardare la continuità del suo percorso scolastico, formativo e di integrazione.

La differenza tra i due orientamenti è evidente: nel primo caso il genitore straniero avrebbe potuto stare in Italia, vicino al proprio figlio, solo nei primi anni di vita di questo; nella seconda ipotesi, tale autorizzazione gli sarebbe stata riconosciuta fino alla maggiore età.

A risolvere il contrasto sono intervenute le Sezioni unite nel 2010³⁹.

³⁷ Cass., 16 ottobre 2009, n. 22080, in *Famiglia e dir.*, 2010, p. 225 ed in *Dir. immigrazione e cittadinanza*, 2010, 1, p. 237 e Cass., 19 gennaio 2010, n. 823, in *Foro it.*, 2010, 2, I, c. 418

³⁸ La pronuncia è stata successivamente criticata da un'altra sentenza della Corte di Cassazione, la n. 5856 del 10 marzo 2010, in *Giust. civ.*, 2011, 4, p. 1043, "l'arresto (il riferimento è a Cass. 22080/2009), isolato nel complessivo panorama giurisprudenziale, si pone in contrasto inconsapevole con il consolidato indirizzo esegetico riferito in quanto non coltiva, nel suo articolato tessuto argomentativo, alcun argomento critico che lo smentisca o ne confuti la correttezza in chiave esegetica."

³⁹ Cass., 25 ottobre 2010, n. 21799, in *Giust. Civ.*, 2011, 3, p. 659 e *Riv. dir. internaz.*, 2011, 1, p. 291

A differenza delle precedenti pronunce, la sentenza ha il pregio di individuare esattamente gli interessi contrastanti, tentando di bilanciarli e cercando di individuare un rimedio che meglio sintetizzi il bilanciamento.

Da una parte esiste un interesse alla unità familiare. Questa viene ricostruita muovendo in primo luogo dalle norme costituzionali. Gli articoli 29 e ss. tutelano, infatti, la famiglia anche e soprattutto come luogo privilegiato di sviluppo ed affermazione della personalità del minore.

Ampliando l'orizzonte di indagine al panorama internazionale, sul punto rilevano anche il patto internazionale relativo ai diritti civili e politici⁴⁰ e la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo. Si tratta di fonti che approfondiscono il contenuto del diritto di famiglia, con particolare riguardo - soprattutto la Convenzione di New York - ai rapporti genitori e figli.

Anche le fonti comunitarie si sono interessate al tema. L'art. 7 della Carta di Nizza ha ribadito il rispetto della vita privata e familiare e l'art. 24 e sancisce il diritto dei minori alla protezione ed alle cure necessarie per il loro interesse nonché il diritto ad intrattenere regolarmente relazioni e contatti diretti con i genitori, salvo che ciò appaia contrario al loro interesse.

In questo panorama, deve essere letta la direttiva 2003/86/CE relativa al ricongiungimento familiare di cittadini di paesi terzi.

Sull'altro fronte, si contrappone la materia dell'immigrazione: fondata su principi diversi e talora antitetici, che si fondano su esigenze di ordine pubblico e sicurezza nazionale. Si tratta di principi e valori tutelati anche da fonti internazionali, comunitarizzati dal Trattato di Amsterdam e che consentono interventi legislativi da parte di organi comunitari⁴¹.

La Cassazione adotta una soluzione mediana, senza preferire uno dei due orientamenti prospettati all'inizio.

Afferma, infatti, che la presenza dei gravi motivi richiesti dalla norma non postulano necessariamente l'esistenza di situazioni di emergenza o di circostanze contingenti ed eccezionali strettamente collegate alla salute del minore, "potendo comprendere qualsiasi danno effettivo, concreto, percepibile ed obiettivamente grave". Questa valutazione però non si presta ad isolare situazioni che possono essere preventivamente catalogate e standardizzate ma richiedono un'indagine svolta in modo individualizzato. Tuttavia, prosegue la Cassazione, deve trattar-

⁴⁰ Reso esecutivo con la L. 881/1997

⁴¹ Sul piano comunitario merita portare all'attenzione la direttiva 2008/115/CE la quale detta norme comuni per il rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.



si di situazioni “di per sé non di lunga o indeterminabile durata, e non aventi tendenziale stabilità che (...) si concretano in eventi traumatici e non prevedibili nella vita del fanciullo che necessariamente trascendono il normale e comprensibile disagio del rimpatrio suo e del familiare”⁴².

La Carta dei diritti ha anche qui un ruolo fondamentale nella individuazione dell’interesse protetto. Tuttavia, in questa pronuncia, sembra dirsi qualcosa di più.

L’interesse non rilevarebbe solamente nella dimensione della sua astratta previsione. Quanto piuttosto, nel caso concreto e nell’esigenza di garantire a questo protezione⁴³.

Tuttavia, mentre nelle ipotesi esaminate al paragrafo precedente, l’effettiva protezione avviene mediante lo strumento risarcitorio, in questo caso invece si pone l’esigenza di valutare l’ammissibilità di un provvedimento autorizzativo.

Sotto il profilo della giurisprudenza comunitaria, si è di recente interrogata la Corte di giustizia europea con sentenza dell’8 marzo 2011, C- 34/2009 (*Zambrano*), concernente una questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale del lavoro di Bruxelles.

In particolare la questione riguardava un genitore extracomunitario di un minore comunitario e se questo potesse essere considerato esonerato dall’obbligo di permesso di soggiorno o, addirittura, se potesse essere considerato esonerato dal diritto di soggiorno.

Secondo la CGUE il diniego di soggiorno opposto ad una persona, cittadina di uno Stato terzo, nello Stato membro dove risiedono i suoi figli in tenera età, cittadini di detto Stato membro, che essa abbia a proprio carico, nonché il diniego di concedere a detta persona un permesso di lavoro producono l’effetto di privare i cittadini dell’Unione del godimento reale ed effettivo dei diritti attribuiti dal loro status di cittadini dell’Unione.

⁴² C. CESCHEL, *Contrasti interpretativi sull’art. 31 d. leg. 286/1998: ecco i chiarimenti delle Sezioni unite*, in *Diritto e Giustizia*, 2010; F. ASTIGGIANO, *Superiore interesse del minore ed immigrazione: sull’interpretazione dell’art. 31 d. leg. 268/1998*, in *Fam. e diritto*, 2010, p. 227; C. COTTATELLUCCI e L. VILLA, *Una sentenza che viene da lontano: la Corte di Cassazione conferma l’applicazione dell’art. 31, III co., per tutelare nella sua integrità lo sviluppo psicofisico dei minori stranieri*, in *Dir. immigrazione e cittadinanza*, 2010, 1, p. 109; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *L’autorizzazione provvisoria del al soggiorno del familiare nell’interesse del minore straniero: occorrono gravi motivi, ma non per forza eccezionali*, in *Nuova giur. Civ.*, 2010, I, p. 268.

⁴³ Vanno ricordate una serie di pronuncia che sembrano stridere con quanto appena affermato. Si tratta di Cass., 23 settembre 2010, n. 20134 in *Giust. civ.*, 2011, 1, p. 117 secondo la quale il convivente *more uxorio* straniero della donna in gravidanza italiana non è escluso dalle ipotesi tassative di divieto di espulsione, le quali non sono suscettibili di interpretazione estensiva. Una tale scelta, secondo la Cassazione, non comporta alcun contrasto tra la normativa interna italiana e quella internazionale. In senso conforme v. Cass., 23 luglio 2004, n. 13810, in *foro it. on-line* nonché, in termini simili Cass., 10 marzo 2006, n. 5220, in *foro it. on-line* e C. Cost. 17 luglio 1998, n. 286, in *Giur. costit.*, 1998, p. 2184 ove viene data prevalenza all’interesse nazionale di controllo dell’immigrazione.

Si pone, a questo punto, il problema di controllare la discrezionalità che fonda il provvedimento autorizzativo: se, da una parte, un ruolo importante per il controllo è svolto dalla centralità del caso concreto⁴⁴, dall’altra parte, si pone anche l’esigenza di valutare la conformità del provvedimento autorizzativo ai parametri normativi.

5.1.1. Adozione e tutela del superiore interesse del minore

Di quest’ultimo aspetto si è interessata una recente sentenza, sempre in tema di tutela del minore.

La pronuncia nasce da un ricorso nell’interesse della legge ex art. 363 c.p.c.⁴⁵

La richiesta muoveva dall’esame di un decreto sull’idoneità all’adozione di un minore straniero emesso dal Tribunale per i minorenni di Catania. Nella motivazione si faceva riferimento alla dichiarazione dei futuri genitori adottivi di non essere disponibili ad accogliere bambini di pelle scura o diversa da quella tipica europea e nel dispositivo si teneva conto di tale dichiarazione. Poiché secondo l’Autorità richiedente ex art. 363 c.p.c., il contenuto del decreto si porrebbe in contrasto con principi consolidati nel diritto interno e nel diritto internazionale, è stato richiesto alla Corte l’enunciazione di un principio di diritto in grado di orientare la giurisprudenza futura in modo tale da escludere la legittimità di una tale opzione.

La Corte, nell’accogliere la domanda, fa una ricognizione della legislazione in tema di adozione precisando che le norme procedurali devono essere attuate nell’interesse superiore del minore e nel rispetto dei diritti fondamentali che gli sono riconosciuti dal diritto internazionale.

L’adozione, infatti, si configura come un istituto di protezione del minore in stato di abbandono volto a realizzare e garantire uno sviluppo armonioso della sua personalità.

Anche in questa ipotesi la Carta di Nizza, in particolar modo l’art. 24, viene utilizzata nel percorso argomentativo della Cassazione come strumento per isolare e dare un contenuto al superiore interesse del minore, il quale deve costituire un criterio guida cui deve uniformarsi ogni percorso decisionale relativo ai minori, a prescindere dal fatto che si tratti di isti-

⁴⁴ Sul ruolo importante del caso concreto quale punto di partenza nell’apprestare tutela ad un interesse ed all’individuazione del rimedio, v. P. GROSSI, *L’identità del giurista oggi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, p. 1089 e G. VETTORI, *Dialogo tra corti e tecnica rimediaria*, in *Persona e Mercato*, 2011, 4, p. 280.

⁴⁵ Cass., 1 giugno 2010, n. 13332, in *Foro it.*, 2011, 6, I, c. 1862 e *Giust. civ.*, 2011, I, p. 2652.

tuzioni pubbliche o private, giudiziarie, legislative o amministrative.

Ne deriva che la previsione normativa ai sensi della quale il decreto di idoneità possa contenere anche indicazioni per favorire il migliore incontro tra gli aspiranti all'adozione ed il minore da adottare, deve essere interpretata nel senso di tutelare il superiore interesse del minore e non i contingenti interessi dei futuri genitori.

Argomentare in senso opposto, prosegue idealmente la Cassazione, significherebbe violare il divieto di non discriminazione. Trattasi di un principio rinvenibile in numerose ed importanti fonti internazionali, tra cui anche l'art. 21 della Carta di Nizza, più volte oggetto di interesse da parte della giurisprudenza nazionale ed internazionale⁴⁶.

In questa sede, il richiamo alla Carta di Nizza è sempre utilizzato come strumento per isolare un interesse giuridico, vale a dire l'interesse del minore ed il correlato divieto di discriminazione. Richiamandosi al problema di controllo della discrezionalità dei provvedimenti poco sopra esposto, è opportuno osservare come l'interesse individuato svolga in questa fattispecie una duplice funzione. Infatti, da una parte, ispira il Giudice o altre autorità nel prendere una decisione o approvare una determinata normativa; dall'altra, si configura come un limite, all'attività discrezionale. In altri termini, può configurarsi, al contempo, base per un ragionamento e confine da non valicare.

Insomma, l'interesse individuato dalla Carta di Nizza ha la forza e la cogenza per diventare un limite al giudizio e consente di evitare sconfinamenti nell'arbitrio.

5.2. La tutela del disabile.

L'impegno dell'UE nella tutela del soggetto disabile ha trovato un preciso riferimento nell'art. 26 della Carta di Nizza, "l'Unione riconosce e rispetta il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità."

Una prima sentenza ha fatto riferimento all'art. 26 in materia di azione di ripetizione. L'azione era esperita nei confronti di un Comune italiano ed aveva ad oggetto la retta pagata dal parente di un disabile per l'ospitalità di quest'ultimo in un'apposita struttura.

⁴⁶ La Cassazione, in motivazione, fa un interessante ricognizione normativa e giurisprudenziale dei casi in cui ha assunto rilievo il divieto di non discriminazione.

Nello specifico il caso trattava dello spostamento dalla casa familiare ad un'idonea struttura in grado di fronteggiarne meglio le necessità ed i bisogni di un minore affetto da gravissimo handicap⁴⁷, seguito in principio dai servizi sociali che si accollavano interamente tutti gli oneri.

A seguito dello spostamento, sorgevano incertezze burocratiche sulla individuazione dei soggetti competenti a sostenere gli oneri conseguenti.

Nelle more della decisione, una zia si incaricò di sostenere tutte le spese, pur di offrire assistenza concreta al nipote. Una volta individuato il soggetto onerato nel Comune, nei confronti di questo la zia esercitava azione di ripetizione per le spese anticipate.

Il caso giunge fino ai Giudici di legittimità, i quali rovesciano le precedenti pronunce che negavano tale azione sulla base di un argomento formale: nessun rimborso della somma versata era dovuto, perché solo dalla conclusione del procedimento il Comune restava obbligato.

Secondo la Cassazione, invece, se è pur vero che è necessario un provvedimento amministrativo affinché sorga un obbligo in capo al Comune, "è altresì incontestabile che l'impegno e le conseguenti obbligazioni ex lege a carico dell'ente competente sono fondate e traggono il loro *ubi consistam* dal dovere di solidarietà sociale da realizzare in concreto e non in astratto, al punto che esso diritto è tutelabile (...) utilizzando l'art. 700 cpc."⁴⁸ E, secondo la Suprema Corte, tale impostazione si ricava anche dalla stessa Carta di Nizza, il che conferma che la solidarietà è un principio immanente, anche a livello europeo, nella interpretazione della normativa di specie.

Ebbene, in forza di tale interpretazione, l'anticipazione delle rette da parte della zia integrebbene il requisito dell'*utiliter coeptum* dell'istituto della *negotiorum gestio* (2028) e fonderebbe, di conseguenza, l'azione di ripetizione nei confronti del Comune.

⁴⁷ Riconosciuto come tale dalla L. 104/1992, la quale considera persona handicappata "colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione", art. 3.

Va segnalato che la Convenzione n. 61/107 adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 2006 reca una nozione differente di disabile: "le persone con disabilità includono quanti hanno minorazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali a lungo termine che, in interazione con varie barriere, possono impedire la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su base di eguaglianza con gli altri".

⁴⁸ Cass., 6 agosto, 2010, n. 18378 in *Giust. civ.*, 2011, 3, p. 680



La sentenza è stata posta in evidenza perché crea un collegamento evidente tra individuazione dell'interesse protetto e rimedio.

5.2.1. Carta di Nizza ed integrazione del disabile.

In materia di tutela del disabile, il contenuto della Carta di Nizza sembra confermare un'inversione di tendenza rispetto al passato.

È stato rilevato⁴⁹ che le misure previste dalla norma hanno una duplice polarità: da un lato, mirano a favorire l'autonomia della persona disabile; dall'altro, sono dirette a promuovere la sua partecipazione alla vita sociale.

Ciò si caratterizzerebbe per l'adozione di un modello di tutela non più rivolto al mero assistenzialismo, bensì funzionale al potenziamento dell'autonomia e della partecipazione attiva dei soggetti disabili, in un'ottica di completa integrazione sociale⁵⁰.

Tale impostazione trova una conferma in due pronunce dell'agosto del 2011. Nella prima pronuncia, resa in tema di licenziamento di un lavoratore disabile, la Corte premette all'intero ragionamento il seguente assunto: la normativa nazionale in materia di inserimento nel mondo del lavoro di persone disabili "ha assunto oggi un ruolo ancora più importante grazie all'art. 26 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea"⁵¹.

L'affermazione, sebbene nel concreto dica poco, ha un'importanza per due ordini di motivi: in primo luogo, perché la Corte poche righe dopo precisa che entro tale cornice si inquadra la vicenda oggetto del ricorso da esaminare; in secondo luogo, il richiamo non generico alla Carta di Nizza ma specifico all'art. 26 ed all'importanza di tale norma sembra dare atto di quella inversione di tendenza cui si faceva riferimento all'inizio.

Ebbene, un'altra pronuncia, resa nello stesso giorno⁵², esprime in termini più chiari quest'ultimo aspetto. Il caso riguardava sempre il lavoratore disabile e, nello specifico, l'impugnazione di una graduatoria per un concorso pubblico.

A prescindere dai motivi specifici, la Corte utilizza la Carta di Nizza come strumento attraverso cui interpretare la L. n. 68 del 12 marzo 1999 che ha

introdotto misure a favore dell'occupazione di persone disabili.

L'aspetto interessante di tale legge è l'introduzione della figura del c.d. "collocamento mirato" ossia l'inserimento del disabile nel mondo del lavoro a seguito di un'attenta valutazione, a cura degli organismi sanitari competenti, delle sue capacità.

Ciò, secondo la Cassazione, segna il passaggio da un sistema prevalentemente ispirato all'idea della configurazione dell'inserimento degli invalidi nelle imprese come un "peso" da sopportare in chiave solidaristica, ad un altro sistema diretto, invece, a coniugare la valorizzazione delle capacità professionali del disabile con la funzionalità economica delle imprese stesse.

Tale scelta, prosegue la Corte, si pone in linea anche con le indicazioni provenienti dall'ordinamento internazionale ed europeo, in particolar modo la Carta di Nizza, la quale, essendo oggi vincolante, svolge una funzione di "ausilio interpretativo".

In questa pronuncia, è messa in evidenza l'inversione di tendenza cui si faceva riferimento all'inizio del paragrafo: la L. 68/1999 trova, grazie anche alla Carta di Nizza, una precisa collocazione sistematica e la tutela del disabile non è confinata alle sole ragioni solidaristiche.

L'obiettivo che il legislatore si sta ponendo e che la Cassazione sta cercando di tutelare è di più lunga portata. La persona disabile, attraverso la predisposizione di forme specifiche di cura e di formazione, deve raggiungere il massimo di autonomia *concretamente* possibile nella sua condizione: proteggendola, ove bisognosa; valorizzandola e garantendone l'autodeterminazione, in tutti gli altri aspetti della quotidianità.

In questa prospettiva, la Carta di Nizza offre indubbiamente una base normativa, tale da consentire di fare ragionamenti sistematici e di essere in questo senso di "ausilio interpretativo" alla Cassazione.

5.3. La protezione dell'anziano

Parlando di protezione degli anziani, il punto da cui muovere è l'art. 25 della Carta di Nizza, "l'Unione riconosce e rispetta il diritto degli anziani di condurre una vita dignitosa e indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale".

Una pronuncia del febbraio 2011 prende in considerazione la norma, pronunciandosi in tema di contratto vitalizio alimentare⁵³.

⁴⁹ V. BONGIOVANNI, *La tutela dei disabili tra Carta di Nizza e Convenzione delle Nazioni Unite*, in *Famiglia e diritto*, 2011,3, p. 310.

⁵⁰ V. BONGIOVANNI, *La tutela dei disabili tra Carta di Nizza e Convenzione delle Nazioni Unite*, cit.

⁵¹ Cass., 29 agosto 2011, n. 17720, in *DeJure*

⁵² Cass., 29 agosto 2011, n. 17740, in *DeJure*

⁵³ Cass., 7 febbraio 2011, n. 2945, in *DeJure*



Il caso è il seguente: una donna anziana agiva in giudizio per far dichiarare la nullità del contratto con il quale cedeva alla badante la nuda proprietà di un bene immobile, mentre questa assumeva vita natural durante obblighi di assistenza morale e materiale. Secondo l'attrice, la convivenza si era subito rivelata insostenibile per la condotta della badante, con maltrattamenti ed esproprio delle disponibilità patrimoniali.

L'attrice conveniva in giudizio la badante domandando che fosse dichiarata la nullità del contratto o, in subordine, la risoluzione.

Rovesciando la pronuncia del Tribunale che rigettava la domanda per difetto di prove, la Corte di Appello dichiara la nullità del contratto. Secondo i Giudici di secondo grado, trattavasi di un contratto formalmente aleatorio, ove l'aleatorietà consisteva nelle speranze di vita dell'anziana; tuttavia, tale alea non esisteva al momento della conclusione poiché l'anziana era affetta da neoplasia vescicolare con diagnosi infausta. Di conseguenza, il contratto era da ritenersi nullo per difetto di causa.

La Cassazione conferma tale impostazione.

Ripercorrendo la motivazione, il contratto in esame è un contratto sinallagmatico atipico. Si differenzia dalla rendita vitalizia di cui all'art. 1872 c.c., poiché il sinallagma si equilibra sul principio della equivalenza del rischio, con riferimento alle prestazioni delle parti e della entità della rendita in relazione alla concreta possibilità di sopravvivenza del beneficiario. In questa prospettiva, considerate le condizioni di salute dell'anziana note alle parti contraenti, il contratto è da considerarsi nullo per difetto di causa.

La questione potrebbe anche essere risolta in questi termini. Tuttavia i Giudici di legittimità sentono l'esigenza di approfondire il tema, sotto il profilo sistematico.

Il contratto stipulato, sebbene atipico, è un contratto ammesso nel nostro ordinamento in base all'art. 1322 c.c. Rientra nella figura generale del contratto di protezione e gli interessi protetti attengono alla salute ed alla dignità della parte debole assistita.

Questi interessi trovano un preciso e compiuto riferimento normativo nell'art. 25 della Carta di Nizza, "norma precettiva e non solo programmatica e orientativa per i giudici nazionali, quando, come nel caso di specie, considerano i contratti con garanzia di protezione per gli anziani"⁵⁴.

In questa sede, pertanto, viene richiamata la Carta di Nizza come strumento per isolare un interesse giuridico protetto dall'ordinamento. Tuttavia, mentre nelle ipotesi di responsabilità civile,

l'individuazione dell'interesse risarcibile serviva per fare una valutazione in punto di danno risarcibile, con questa pronuncia la Cassazione apre la strada ad un altro utilizzo.

Infatti, l'interesse isolato attraverso il richiamo alla Carta dei Diritti fondamentali non serve per fare una valutazione in punto di responsabilità; quanto, invece, per integrare il parametro dell'art. 1322 c.c. sull'autonomia contrattuale ed integrare una valutazione in punto di validità del contratto⁵⁵.

6. Carta di Nizza e processo civile.

Sebbene in maniera più limitata rispetto alle ipotesi precedenti, la Cassazione ha fatto riferimento alla Carta di Nizza anche nell'ambito del diritto processuale.

Una prima pronuncia del marzo 2011⁵⁶ affronta il tema dell'esecuzione mobiliare presso terzi e dell'impignorabilità della pensione.

In particolar modo, la questione verteva intorno alla rilevabilità d'ufficio dell'impignorabilità della parte di pensione necessaria per assicurare al pensionato mezzi adeguati alle esigenze di vita.

Per cogliere il rilievo della pronuncia, è necessario muovere dal caso concreto: un creditore vede rigettata la propria istanza di assegnazione di un quinto della pensione riferibile al debitore di € 414,15 totali mensili, per impignorabilità rilevata d'ufficio e per mancato riferimento alla sola pensione sociale quale soglia minima di impignorabilità.

Infatti, secondo un orientamento maggioritario della Cassazione, l'impignorabilità può essere rilevata d'ufficio quando è posta per ragioni di interesse pubblico.

Ne deriva che la salvaguardia dell'interesse pubblico si attua attraverso la sottrazione del bene alla garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c.

Pertanto, affinché si sviluppi tale effetto, bisogna individuare quando ed in che misura la pensione non è pignorabile, in quanto diretta a soddisfare un "interesse pubblico".

Secondo la Cassazione, esiste un interesse pubblico a che il pensionato "goda di un trattamento adeguato alle proprie esigenze di vita".

Tale interesse trova uno specifico riferimento normativo non solo all'art. 38 Cost.⁵⁷, il quale è an-

⁵⁵ Sulla distinzione tra regole di validità e di comportamento cfr. Cass., 19 dicembre 2007, n. 26724. Per un commento alla pronuncia v. G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. e contr.*, 2008, I, p. 1.

⁵⁶ Cass., 22 marzo 2011, n. 6548, in *DeJure*

⁵⁴ Cass., 7 febbraio 2011, n. 2945, cit.



cora più marcato dall'interazione nell'ordinamento interno delle norme comunitarie, in particolar modo dall'art. 34, co. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La norma prevede che "al fine di lottare contro l'esclusione sociale e la povertà, l'Unione riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti".

Quindi, "essendo preminente la tutela di un interesse pubblicistico quale fondamento della previsione della pignorabilità soltanto parziale della pensione, la nullità del pignoramento il quale ne travalica i limiti, in quanto la aggredisca anche per la parte necessaria ad assicurare al pensionato mezzi adeguati alle esigenze di vita, è rilevabile anche d'ufficio dal giudice, senza necessità di una eccezione o di una opposizione del debitore esecutato"⁵⁸.

Un'altra pronuncia, invece, affronta il tema della imparzialità del Giudice e del diritto ad un processo equo⁵⁹: nell'ambito di un indennizzo derivante da un contratto di assicurazioni sulla vita, pur nella diversità dei contratti assicurativi e dei processi, il componente del collegio venne a conoscere dello stesso fatto.

Ciò avrebbe posto un problema di imparzialità del Giudice e di contrasto non solo con la disciplina processuale sulla nullità degli atti ma anche con gli artt. 6 CEDU ed art. 47 Carta di Nizza.

Secondo il ricorrente il procedimento previsto dalla normativa italiana per rilevare l'incompatibilità sarebbe stato in contrasto con la normativa europea. Ciò perché sarebbe interamente affidato all'impulso di parte.

Invece, secondo la Cassazione, le norme di origine meramente interna, non stridono con l'art. 6 n. 1 della Convenzione europea né con l'art. 47 della Carta di Nizza, ma, in virtù dell'art. 111, comma 1 hanno ricevuto un rafforzamento costituzionale, in connessione con l'espansione internazionale del diritto alla difesa.

Infatti, relativamente agli aspetti processuali ed in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, "è l'ordinamento giuridico interno di ciascun Stato membro a designare il Giudice competente e stabilire le modalità procedurali dell'azione giudiziale intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia

diretta"⁶⁰. In tale attività lo Stato incontra due limiti: il rispetto del principio di non discriminazione ed il rispetto del diritto fondamentale ad una tutela effettiva.

Ebbene, anche in queste due ipotesi, la Carta di Nizza è richiamata per rafforzare e precisare un interesse costituzionalmente garantito e diffuso nella collettività, che lo Stato stesso non può sacrificare.

Emerge, quindi, un dato significativo, sebbene non nuovo: le norme procedurali non sono procedure asettiche. Sullo sfondo opera un interesse pubblico affinché queste siano strutturate ed interpretate in modo tale da non pregiudicare diritti fondamentali dell'individuo. A tal fine, bisognerà, quindi, coordinare le norme costituzionali con le norme provenienti dall'Unione europea⁶¹.

7. Profili conclusivi

A termine della rassegna è opportuna qualche conclusione di natura sistematica ed isolare alcuni punti fermi.

Si tratta di punti fermi che devono essere letti come possibili schemi di soluzione per la gestione del problema della complessità del sistema delle fonti cui si faceva riferimento alle prime pagine della rassegna.

Il primo dato ad emergere chiaramente è il tentativo da parte della Cassazione di conformare il diritto interno ai principi dell'Unione europea, non solamente nelle materie di competenza comunitaria ma anche nelle materie lasciate agli Stati membri.

Si pensi ai casi esaminati relativi ai diritti tutelati attraverso il consenso informato, all'autorizzazione riconosciuta allo straniero di rimanere sul suolo italiano per accudire il figlio oppure al superiore interesse del minore in punto di adozione.

La Carta di Nizza -e qui si passa al secondo dato significativo- spesso volte diventa uno strumento di interpretazione del precetto Costituzionale che consente di individuare situazioni protette.

Il richiamo è evidentissimo nelle pronunce sul danno morale: la lesione del bene giuridico dignità è ricostruita leggendo in combinato disposto l'art. 2 Cost. e l'art. 1 della Carta di Nizza.

⁶⁰ La Cassazione riprende il principio affermato da CGCE, 16 dicembre 1976, C-33/1976 *Revve* confermato anche da CGCE, 3 settembre 2009, C-2/08.

⁶¹ Per una bibliografia sul punto cfr. M. TARUFFO (cur.), *Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa*, Torino, 2002; A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, A. RUGGERI, A. SAIITA, G. SILVESTRI (cur.), *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milano, 2003; E. NAVARRETTA, A. PERTICI (a cura di), *Il dialogo tra le Corti. Principi e modelli di argomentazione*, Pisa, 2004.

⁵⁷ I lavoratori hanno diritto che siano preveduti mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria.

⁵⁸ Cass., 22 marzo 2011, n. 6548, cit.

⁵⁹ Cass., 21 giugno 2011, n. 13603, in *DeJure*



Il terzo dato significativo è la posizione di centralità occupata dal fatto concreto: è quest'ultimo che fonda l'esigenza di fondare l'istanza di tutela entro un determinato interesse protetto dall'ordinamento al fine di garantire il rimedio più efficiente alla sua realizzazione.

Infatti, la protezione del disabile fonda l'azione di ripetizione nei confronti del Comune che si dovrebbe far carico dei relativi oneri; la protezione dell'anziano integra uno degli interessi protetti dall'ordinamento che giustifica la previsione di nuovi tipi contrattuali; il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa giustificano la rilevabilità d'ufficio della invalidità del pignoramento che privi il soggetto di tali diritti.

Cercando di ricondurre a sistema i seguenti dati, la Cassazione sembra seguire un medesimo canovaccio che si articola -sotto il profilo procedimentale- in due momenti: ricognizione della base giuridica affinché l'interesse possa considerarsi protetto dall'ordinamento; individuazione del rimedio maggiormente efficiente.

Si tratta di una visione che è stata definita dalla dottrina *rimediale*⁶². Essa consiste nella ricerca di una tecnica di tutela che assicuri la realizzazione più efficiente dell'interesse protetto.

Sotto il primo aspetto, il ruolo nomofilattico della Cassazione va oltre i limiti del diritto nazionale: la base normativa su cui poggia l'esistenza di un interesse protetto dall'ordinamento non muove esclusivamente dal diritto italiano ma il richiamo è anche al diritto europeo ed internazionale, facendo espliciti riferimenti a giurisprudenze straniere, in particolare modo della Corte di giustizia europea, e mutuando ricostruzioni dottrinali.

In questa prospettiva, il passaggio dall'individuazione dell'interesse alla scoperta del rimedio diviene più facile. Come è stato efficacemente detto, la regola non si ricava direttamente dal testo ma dal contesto⁶³.

Ciò mette in luce un dato importante, da cui non si può prescindere. I due momenti -individuazione dell'interesse e creazione del rimedio- sono intimamente legati tra loro: deve esistere infatti una *corrispondenza* fra interesse protetto e rimedio.

Questa corrispondenza consente di realizzare tre importanti funzioni.

In primo luogo, realizza l'esigenza di tutela da parte del soggetto che ha posto la domanda.

In secondo luogo, consente di individuare una regola che sia coerente con l'impianto normativo ed i principi.

In terzo luogo, garantisce una soluzione che sia sempre controllabile in base a parametri normativi e non sia creata *ex nihilo*.

Ebbene, la complessità del sistema delle fonti sembra trovare in questo approccio una guida metodologica che consente all'interprete di non perdere di vista il sistema entro il quale il suo ragionamento deve muoversi ed, al contempo, garantire tutela effettiva alle esigenze del singolo.

Le parole di Paolo Grossi possono essere da guida in questo percorso: "il diritto consiste in una perenne dialettica tra "manifestatore" ed interprete-applicatore, fra norma ed esperienza giuridica; il "manifestatore" senza l'interprete/applicatore, se non è muto, parla a se stesso ma è privo di comunicazione con la società, perché l'interpretazione/applicazione togliendo generalità ed astrattezza alla disposizione la immerge nel concreto della storia, la fa storia vivente, la fa diritto"⁶⁴.

⁶² Sul punto cfr. G. VETTORI (cur.), *Remedies in contract. Common rules for european law*, Padova, 2008.

⁶³ N. LIPARI, *Diritti fondamentali e ruolo del giudice*, cit.

⁶⁴ P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 108

