



**RSD**

Rivista Semestrale di Diritto

---

RIVISTA SEMESTRALE DI DIRITTO

ISSN 2724-2862

Numero 1/2020

---

Aprile 2020

## **Direttore**

Riccardo Guarino

## **Vicedirettori**

Simone Cedrola  
Pasquale La Selva

## **Comitato di Direzione**

Piera Di Guida, Claudia Calderini, Rossana Grauso, Claudia Cantone, Gianluca Barbetti, Claudia Addona, Mario Nocera

## **Comitato scientifico**

Prof. Alfonso Maria Cecere, Prof. Gianluca Bertolotti (Referente area Diritto Commerciale), Prof. Massimo Rubino De Ritis, Prof.ssa Lucia Picardi, Prof. Marco Bassini, Prof. Amedeo Arena, Prof. Avv. Carlo Rossi Chauvenet, Avv. Marco Imperiale, Prof. Laurent Manderieux, Prof.ssa Lilla' Montagnani, Prof. Roberto Zannotti, Prof.ssa Giusella Finocchiaro, Prof.ssa Clelia Iasevoli, Prof. Renato Briganti, Prof. Giovanni Sartor, Prof. Massimiliano Delfino, Prof.ssa Giovanna Petrillo, Prof.ssa Adriana Salvati, Prof. Lucio Imberti, Prof. Arturo Maresca, Prof.ssa Nicoletta Corrocher, Prof.ssa Maria Luisa Mancusi, Pres. Cinthia Pinotti, Avv. Nicola Lanna, Prof. Fulvio Palombino, Avv. Stefano Mele, Prof.ssa Ludovica Poli, Prof. Roberto Virzo, Avv. Letizia Macrì, Prof. Avv. Andrea Saccucci, Prof. Giovanni Terrano, Dott. Alessandro Milone, Prof. Francesco De Santis, Prof. Michele Tamponi, Prof.ssa Avv. Maria Beatrice Magro, Prof. Avv. Gabriele Della Morte, Prof. Elisabetta Pederzini, Prof. Giovanni Zarra, Dott.ssa Caterina Del Federico, Prof. Giovanni Ziccardi

## **Sede**

Ius in itinere Srls, Via Toledo, 265 Napoli - Partita Iva 08593431219

## **Info e contatti**

Sito web: [www.rivistadidiritto.it](http://www.rivistadidiritto.it)

Per l'invio dei contributi scrivere a: [redazione@iusinitinere.it](mailto:redazione@iusinitinere.it)

Per qualsiasi informazione scrivere a: [info@iusinitinere.it](mailto:info@iusinitinere.it)

# RSD

## Rivista Semestrale di Diritto

### Indice

- Remo Trezza** – *Atti di disposizione del proprio corpo e tutela della salute della “persona-atleta”: l’influenza delle nuove tecnologie e i nuovi modelli di responsabilità del medico sportivo* p. 6
- Vincenzo Iaia** – *La responsabilità sociale d’impresa tra contrattualismo e istituzionalismo: il case study Enel, natura cosmetica o anima sostenibile?* p. 36
- Paolo Mancini** – *La recente valorizzazione legislativa del contraddittorio endoprocedimentale: una riflessione nell’ambito dei procedimenti finalizzati alla repressione delle frodi IVA* p. 54
- Laura Restuccia** – *Il ruolo della giurisprudenza nella riscoperta del diritto di asilo costituzionale* p. 69
- Mario Mendillo** – *La ‘funzionalizzazione’ del principio di trasparenza. Il diritto di accesso agli atti ed ai documenti amministrativi come derivazione funzionale del concetto di partecipazione: linee evolutive e profili applicativi nella disciplina interna e sovranazionale* p. 93
- Bruno Balletti** – *Autoriciclaggio e concorso di persone: prassi ed opzioni ermeneutiche* p. 108
- Antonio Ceruso** – *Il sistema e la realtà carceraria italiana: l’overcrowding ed il sovraffollamento: una questione ancora irrisolta* p. 132
- Michele Gesualdi** – *Spunti di riflessione sul caso ThyssenKrupp* p. 183
- Alessia Strigini** – *L’apolidia nei sistemi internazionali di tutela dei diritti umani: America latina ed Europa a confronto* p. 208
- Rossella Santonicola** – *La regolamentazione delle lobbies nello scenario comparato. Il ruolo dei portatori di interessi nel pluralismo sociale dei moderni sistemi democratici* p. 228
- Marco Infusino** – *La responsabilità presidenziale: appunti per una ricognizione* p. 248

|  |        |
|--|--------|
| <b>Francesca Sironi De Gregorio</b> – <i>Attacking cultural property to destroy a community: heritage destruction as a crime against humanity and genocide</i> | p. 269 |
| <b>Christian D’Orazi</b> – <i>I trattamenti di dati personali effettuati dalla P.A. alla luce del Regolamento UE 679/2016</i>                                  | p. 302 |
| <b>Andrea D’Introno</b> – <i>La Legge n. 219 del 2017 e le nuove frontiere del principio di autodeterminazione</i>   | p. 319 |
| <b>Marco De Gregorio</b> – <i>Verso l’unità della giurisdizione tra giudice civile e amministrativo</i>  | p. 343 |



## **Attacking cultural property to destroy a community: heritage destruction as a crime against humanity and genocide**

A cura di **Dott.ssa Francesca Sironi De Gregorio**<sup>1</sup>

### **ABSTRACT**

Cultural heritage, if considered in a multilevel dimension, represents the essence of a population. Attacks against tangible cultural heritage can amount to persecution or ethnic cleansing if committed with a discriminatory intent. For their nature, such attacks are often accompanied by destruction of intangible cultural heritage targeting the language, the traditions and the uses of a people. They cause, alongside tremendous losses of something unique and irreplaceable, psychological damages to the communities linked to them. An episode of cultural cleansing like the removal of communities by eradicating their cultural presence on a land encompasses also deliberate attacks against cultural property. International criminal law qualifies the phenomena as crimes against humanity, giving them additionally relevance in the reconstruction of the *mens rea* of genocide. The article will focus on how to prosecute attacks against cultural heritage in international criminal law as a crime against humanity or as genocide, dealing specifically with the crime of persecution and the concept of cultural genocide under international criminal law. At the end, a brief assessment on the crimes committed in Syria against ethnic minorities under the aforementioned categories will be provided.

### **PAROLE CHIAVE**

heritage destruction – cultural heritage – international criminal law – cultural genocide – crime of persecution

---

<sup>1</sup>Francesca Sironi De Gregorio ha conseguito con lode la Laurea Magistrale in Giurisprudenza presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore nel 2019 con una tesi in diritto internazionale penale. Attualmente è intern presso la Corte Penale Internazionale, sezione Pre-Trial Chambers.

**Sommario:** 1. Introduction – 2. Heritage Destruction as a Crime Against Humanity – 2.1. Introduction to the category of Crimes Against Humanity – 2.2. Intentional Destruction as Crime of Persecution – 3. The Concept of Cultural Genocide – 4. Heritage Destruction and the ICTY – 5. Further Developments – 6. Syria: Persecution against the Yazidis – 7. Conclusions.

## 1. Introduction

In summer 2015 the images of the destruction of the ancient ruins of Palmyra by Daesh, a radical jihadist organisation, became worldwide a symbol of the Syrian conflict.<sup>2</sup> The city of Palmyra was an important archaeological site on the trade route linking Eastern Mediterranean to Asia that reflected in its shapes the multiculturalism of Syria, merging Greco-Roman influences with Persian and indigenous elements.<sup>3</sup> Its sculptures, temples, roads and colonnades survived for over 2000 years countless wars and in 1980 the city was declared an UNESCO World Heritage site.<sup>4</sup>

Despite the assurances made by Daesh's commanders that the site would be preserved and not targeted, ISIS engaged in a campaign of destruction of cultural heritage centred on the ruins. First, the 82-years old archaeologist Khaled al-Assad, the guardian of Palmyra and most prominent figure in the area, was captured and questioned to reveal the location of the most precious treasures of the site. He refused, and his brutal execution was then shared on the internet. The bulldozing of the temples, the funerary in the Valley of Tombs, the Roman Triumphal Arch and the Old Theatre followed.

At an early stage, heritage destruction campaigns concentrated on attacks against “the idols that the infidels worship” but soon every expression of art and history became a target.<sup>5</sup> The relationship between Daesh and cultural heritage followed a double tendency. On one hand, the group engaged in ruthless campaigns of destruction mainly directed against archaeological and religious monuments with iconoclastic intentions. On the other, they attacked churches and mosques to eradicate the presence of ethnic and religious minorities.

Before dealing with these issues, it is necessary to define in general terms what falls under the legal definition of cultural heritage, a definition that became progressively broader.

---

<sup>2</sup> It has been chosen to address the terrorist group as ‘Daesh’ in line with the most recent academia or as ISIL, the acronym used by the United Nations. The Arab term Daesh was firstly used by French President Hollande and United States Secretary of State Kerry and stands for *Al Dawla Al Islamiya fi al Iraq wa al Sham*, Arabic original for “The Islamic State in Iraq and the Levant” (ISIL).

<sup>3</sup> H. Turku, *The Destruction of Cultural Property as a Weapon of War*, Springer, Washington DC (2018), p. 1.

<sup>4</sup> For a comprehensive description of the site see: UNESCO, Site of Palmyra, available at: [<http://whc.unesco.org/en/list/23>].

<sup>5</sup> K. Shaheen, *Syria: Isis Releases Footage of Palmyra Ruins Intact and 'Will Not Destroy Them'*, *The Guardian*, May 27, 2015, available at: [<https://www.theguardian.com/world/2015/may/27/isis-releases-footage-of-palmyra-ruins-intact>].

According to John Harry Merryman, there are two different ways of thinking about cultural property.<sup>6</sup> The first one is a nationalistic idea of cultural property: it is conceived part of national cultural heritage what has a special interest for the culture of the nation itself. States therefore attribute on cultural objects a national character that has the aim to restrict their movement outside national borders, regardless of their ownership or physical location.<sup>7</sup>

The second way of thinking about cultural property is a cosmopolitan idea that underlines the value of the object itself as part of a common heritage, independently from location or property rights.<sup>8</sup> It requires a special protection as it is part of the heritage of all mankind.

The very same idea of modern international law, and international criminal law specifically, is in a simplistic way to give power to the international community to fight against threats that put humankind in danger. The concept of humaneness shapes the idea that there are some fundamental interests that, for their nature, have a collective dimension and require a shared framework of protection. Cultural heritage falls under this idea of humankind.

The contours of the definition are vague, and the concept of culture must be seen as a living process where individuals and communities protect and preserve their specificities and purposes and, at the same time, as expression of economic, social and political life. The process is historical, dynamic and evolving and takes account of the individuality.<sup>9</sup>

For these reasons, in 1946 the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organisation (UNESCO), a UN specialised agency, was created with the aim to contribute to the building of peace, the eradication of poverty, sustainable development and intercultural dialogue through education, the sciences, culture, communication and information.<sup>10</sup> Since its foundation, UNESCO has approved six international treaties and a multitude of soft law instruments following two different approaches: the traditional and the immaterial one.

The traditional approach refers to cultural objects, specifically objects of artistic, archaeological, historical or ethnological value. Under this approach, UNESCO adopted the 1954 Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, the 1970 UNESCO Convention and the 2001 Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage.

However, when we consider cultural heritage in contemporary international law, the traditional reference to “property” shifts to “heritage”. As stated by Prott and O’Keefe, the term “cultural heritage” consists

---

<sup>6</sup> J.H. Merryman, *Two Ways of Thinking about Cultural Property*, *American Journal of International Law*, Vol. 80, No. 4 (Oct. 1986), pp. 831-853.

<sup>7</sup> *Ibid*, p. 832.

<sup>8</sup> *Ibid*.

<sup>9</sup> UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *General Comment no. 21, Right of everyone to take part in cultural life (art. 15, para. 1a of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, 21 December 2009, E/C.12/GC/21, available at: [<http://www.refworld.org/docid/4ed35bae2.html>].

<sup>10</sup> UNESCO Constitution, Article 1, 16 November 1945.

in the manifestation of a particular view of life and the history and validity of that view.<sup>11</sup> Embracing such a broad definition means to recognize that not only objects but also ways of life and traditions are part of cultural heritage. This is clearly visible in recent developments of international multilateral conventions and soft law instruments. As an example, in its General Comment no. 21, the Committee on Economic, Social and Cultural Rights analyses in depth Article 15, paragraph 1(a), of the Covenant. In assessing the meaning of the right to take part in cultural life, the Committee defines the word *culture* as follows:

*The Committee considers that culture, for the purpose of implementing article 15 (1) (a), encompasses, inter alia, ways of life, language, oral written literature, music and song, non-verbal communication, religion or belief systems, rites and ceremonies, sport and games, methods of production or technology, natural and man-made environments, food, clothing and shelter and the arts, customs and traditions through which individuals, groups of individuals and communities express their humanity and the meaning they give to their existence, and build their world view representing their encounter with the external forces affecting their lives. Culture shapes and mirrors the values of well-being and the economic, social and political life of individuals, groups of individuals and communities.*

The protection of cultural heritage therefore is not limited to cultural goods but encompasses an immaterial dimension.<sup>12</sup> UNESCO in 2003 adopted the Convention on the Safeguard of Intangible Cultural Heritage with the purpose to ensure respect for the intangible cultural heritage of communities, groups and individuals, raise awareness at local, national and international level and provide international cooperation and assistance on the matter (Article 1).<sup>13</sup> The conceptualisation of “intangible cultural heritage” was discussed in depth during the negotiations and the current definition comprises the uses, representations, expressions, knowledge and techniques. The forms in which intangible cultural heritage manifests itself are mainly oral traditions, performing art, social practices, rituals, knowledge and practices concerning nature and the universe. Article 2 recognizes also the safeguard of instruments, goods, objects of art and cultural spaces inherent to intangible cultural heritage.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> L.V. Prott and P. J. O’Keefe, ‘Cultural Heritage’ or ‘Cultural Property’, *International Journal of Cultural Property*, (1992), pp 307-320.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> *Convention on the Safeguard of Intangible Cultural Heritage*, Paris, 17 October 2003.

Article 1 - *Purposes of the Convention*

*The purposes of this Convention are:*

- (a) *to safeguard the intangible cultural heritage;*
- (b) *to ensure respect for the intangible cultural heritage of the communities, groups and individuals concerned;*
- (c) *to raise awareness at the local, national and international levels of the importance of the intangible cultural heritage, and of ensuring mutual appreciation thereof;*
- (d) *to provide for international cooperation and assistance.*

<sup>14</sup> *Article 2 – Definitions*

*For the purposes of this Convention,*

1. *The “intangible cultural heritage” means the practices, representations, expressions, knowledge, skills – as well as the instruments, objects, artefacts and cultural spaces associated therewith – that communities, groups and, in some cases, individuals recognize as part of their cultural heritage. This intangible cultural heritage, transmitted from generation to generation, is constantly recreated by communities*

Legally speaking, a distinction is frequently made between cultural property and cultural heritage, the latter having a much broader meaning. As an example, Article 1 of the 1954 Hague Convention provides a definition of cultural property having regard to movable or immovable property of great importance, buildings whose main and effective purpose is to preserve or exhibit the movable cultural property and centres containing a large amount of cultural property.<sup>15</sup> On the other hand, many actions are focused on how to protect intangible cultural heritage through strengthening indigenous and local traditions. This multidimensional idea of cultural heritage has enabled the progressive recognition of attacks against cultural heritage as international crimes both against property and against people.

Two different approaches to attacks against cultural heritage can thus be derived and examined.

Firstly, monuments and sites are destroyed when representing enemies advantage points – this is particularly relevant with regard to minarets, castles or citadels, given their prominent positions. Such scenario is taken into consideration in the most important legal instrument pertaining to the protection of cultural property in armed conflict: the 1954 Hague Convention. The Convention prohibits all parties to use cultural property for military purposes and urges them to avoid targeting heritage sites unless imperative military necessity so requires. Furthermore, peace time obligations requires States to provide effective protection measures to cultural heritage so as to avoid the targeting and subsequent destruction in case of hostilities, by, among others, listing and inventory of works of arts and cultural sites.

Secondly, as stated above cultural heritage, if considered in a multilevel dimension, represents the essence of a population. Attacks against tangible cultural heritage can amount to persecution or ethnic cleansing if committed with a discriminatory intent. For their nature, such attacks are often accompanied by destruction of intangible cultural heritage as attacks against the language, traditions and uses of a people. They cause, alongside tremendous losses of something unique and irreplaceable, physiological damages to the communities linked to them. Episodes of cultural cleansing, like the removal of communities by eradicating their cultural presence on a land, encompasses also episodes of deliberate attacks against

---

*and groups in response to their environment, their interaction with nature and their history, and provides them with a sense of identity and continuity, thus promoting respect for cultural diversity and human creativity. For the purposes of this Convention, consideration will be given solely to such intangible cultural heritage as is compatible with existing international human rights instruments, as well as with the requirements of mutual respect among communities, groups and individuals, and of sustainable development.*

*2. The “intangible cultural heritage”, as defined in paragraph 1 above, is manifested inter alia in the following domains:*

- (a) oral traditions and expressions, including language as a vehicle of the intangible cultural heritage;*
- (b) performing arts;*
- (c) social practices, rituals and festive events;*
- (d) knowledge and practices concerning nature and the universe;*
- (e) traditional craftsmanship.*

*3. “Safeguarding” means measures aimed at ensuring the viability of the intangible cultural heritage, including the identification, documentation, research, preservation, protection, promotion, enhancement, transmission, particularly through formal and non-formal education, as well as the revitalization of the various aspects of such heritage.*

*4. “States Parties” means States which are bound by this Convention and among which this Convention is in force.*

*5. This Convention applies mutatis mutandis to the territories referred to in Article 33 which become Parties to this Convention in accordance with the conditions set out in that Article. To that extent the expression “States Parties” also refers to such territories.*

<sup>15</sup> 1954 Hague Convention, Article 1.

cultural property. International criminal law qualifies the phenomena respectively as war crime and crime against humanity, giving them, additionally, a weight in the establishment of the *mens rea* of the crime of genocide.

The article will focus on how to prosecute attacks against cultural heritage in international criminal law as a crime against humanity or as genocide, dealing specifically with the crime of persecution and the concept of cultural genocide. At the end, a brief assessment of the crimes committed in Syria against ethnic minorities under the aforementioned categories will be provided.

## **2. Heritage Destruction as a Crime Against Humanity**

### **2.1. Introduction to the Category of Crimes Against Humanity**

The expression *crimes against humanity* originates from the Martens Clause embodied in the Hague Conventions of 1899 and 1907. The purpose of the clause was to cover from any possible omission the text of the Conventions.<sup>16</sup> Specifically, the clause reads as follows:

*Until a more complete code of the laws of war is issued, the High Contracting Parties think it right to declare that in cases not included in the Regulations adopted by them, populations and belligerents remain under the protection and empire of the principles of international law, as they result from the usages established between civilized nations, from the laws of humanity and the requirements of the public conscience.*

The first attempt to criminalise crimes against humanity can be traced back to 1915 when, in a joint declaration, France, Great Britain and Russia so described the actions undertaken by the Ottoman Empire against the Armenian population.<sup>17</sup> Four years later, the Inter-Allied Commission called for the prosecution of Turkish authorities responsible for the massacres but ultimately no prosecution, whether domestic or international, was made for crimes against humanity and war crimes.

Nonetheless, the first codification of the specificities of the category took place in the London Charter of the IMT. The widespread atrocities committed by the Axis forces went beyond what was codified in the Hague Regulations, therefore Article 6(c) of the Nuremberg Charter recognised the category of crimes against humanity, namely “murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political, racial

---

<sup>16</sup> N. Geras, *Crimes Against Humanity: Birth of a Concept*, Manchester, Manchester University Press, (2011), pp. 5-6.

<sup>17</sup> M.C. Bassiouni, *Crimes Against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*, New York, Cambridge University Press (2011), p. 1.

or religious grounds” when such crimes were perpetrated “in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated”.<sup>18</sup> The use of the new category was an expedient to make Nazis accountable for crimes committed against German nationals during the Holocaust.

The IMT Charter, however, linked crimes against humanity to other crimes prosecuted under the jurisdiction of the Tribunal. Both the International Military Tribunal for the Far East in Tokyo (Article 5(c)) and the Council Law No. 10 (Article II(c)) replicated the same definition. The notion of crime against humanity further developed under international law after World War II, mainly with the adoption by the international community of sectorial conventions.<sup>19</sup> In the absence of a specific and comprehensive international convention, the categorisation of crimes against humanity suffers from the presence of multiple and not coincident definitions.<sup>20</sup>

The resurgence of the category of crimes against humanity is directly connected with the new era of international criminal justice. In 1991, the International Law Commission drafted the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind and its Commentary. The Draft Code provided in Article 21 the criminalisation under international law of systematic or mass violations of human rights.<sup>21</sup> A reformulation of the Draft Code occurred in 1996 when, after the adoption of the Statutes of the *ad hoc* Tribunals, Article 18 of the Draft Code encompassed a comprehensive definition of crimes against humanity, namely crimes committed in a systematic manner or on a large scale and instigated or directed by a Government or by any organization or group, recognising certain inhuman acts as crimes against humanity.<sup>22</sup>

In the Statutes of the *ad hoc* Tribunals, crimes against humanity, along with genocide and war crimes, are attributed to the jurisdiction of the Tribunals. The characterisation of the crimes differs in the two Statutes mainly with regard to the contextual element. Under the ICTY Statute the offences should be committed during an armed conflict, whether international or internal in character, and be directed against any civilian population.<sup>23</sup> The ICTR Statute describes crimes against humanity as part of a widespread or systematic attack against any civilian population on national, political, ethnic, racial or religious grounds.<sup>24</sup> The threshold required for the contextual element under Article 7 of the ICC Statute

---

<sup>18</sup> A. F. Vrdoljak, *The Criminalisation of the Intentional Destruction of Cultural Heritage*, in T. Bergin, E. Orlando, *Forging a Socio-Legal Approach to Environmental Harm: Global Perspectives*, London, Routledge (2016).

<sup>19</sup> An example is the 1984 UN International Convention Against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.

<sup>20</sup> C. Byron, *War Crimes and Crimes Against Humanity in the Rome Statute*, Manchester, Manchester University Press (2009), p. 189.

<sup>21</sup> Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-third Session, UN Doc. A/46/10 (1991).

<sup>22</sup> Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-eight Session, UN Doc. A/51/10 (1996).

<sup>23</sup> Article 5 of ICTY Statute.

<sup>24</sup> Article 3 of ICTR Statute.

is that the acts are “part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population with knowledge of the attack”.

## 2.2. Intentional Heritage Destruction as Crime of Persecution

Concerning the criminalisation of intentional cultural heritage destruction under the category of crimes against humanity, international criminal law makes clear that if the destruction or seizure is made with a discriminatory intent it can be qualified as the crime of persecution punishable under international criminal law. It has to be noted that the qualification of intentional destruction of cultural heritage as a crime against humanity characterises the acts as a crime against people and not as a crime against property anymore.<sup>25</sup>

The first use of the crime of persecution as a basis for the prosecution of intentional heritage destruction dates back to the Nuremberg Judgement.<sup>26</sup> The judgement deals with the persecution of Jews in connection to and in execution of the common plan perpetrated by the Nazi Party. Specifically, the Tribunal held that the seizure and destruction of cultural property by Nazis in the East amounted not only to war crimes but also to crimes against humanity. Likewise, pursuant Article 4(h) of its Statute, the ICTY prosecuted the intentional destruction of cultural heritage as a crime of persecution considering the discriminatory nature of the act of destruction of cultural property.

It has to be noted that when cultural property is intentionally destroyed with a discriminatory intent, it tends to have a cataclysmic effect on the cultural identity of the persecuted group.<sup>27</sup> Cultural identity defines a group and the unlawful destruction of buildings and monuments is recognised to have an impact on the targeted group.<sup>28</sup> Often, these attacks are not merely part of military operations but rather fall within a discriminatory policy against a particular group.<sup>29</sup>

Although recognized by the major international criminal tribunals, the crime of persecution was not defined until the adoption of the Rome Statute for the deep concerns of States that feared that any discriminatory practices could potentially constitute a crime against humanity for an international court.<sup>30</sup> To avoid that violations of international human rights law could amount to persecution, the definition of the Rome Statute provides that only extreme forms of discrimination could be prosecuted under

---

<sup>25</sup> P. Gerstenblith, *The Destruction of Cultural Heritage: A crime Against Property or a Crime Against Culture?*, *John Marshall Review of Intellectual Property*, No. 15 (2016), p 10.

<sup>26</sup> *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal (Indictment)*, Vol. I, p. 66.

<sup>27</sup> R. O’Keefe, *Protection of Cultural Property under International Criminal Law*, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 11, No. 2 (2010), p. 373.

<sup>28</sup> M. Lostal, *International Cultural Heritage Law in Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge (2017), p, p. 35.

<sup>29</sup> A. M. Thake, *The Intentional Destruction of Heritage as a Genocidal Act and Crime Against Humanity*, Conference Paper No. 15/2017 presented at ESIL Conference in Naples. Vol. 10 n. 5 (2017), p. 22.

<sup>30</sup> D. Robinson, *Defining ‘Crimes Against Humanity’ at the Rome Conference*, *The American Journal of International Law*, vol. 93, no. 1 (1999), p. 53.

international criminal law. Article 7(1)(h) of the Rome Statute punishes acts of persecution “against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender as defined in paragraph 3, or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law, *in connection* with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the Court” (emphasis added). In paragraph 2, persecution is defined as the intentional and severe deprivation of fundamental rights contrary to international law by reason of the identity of the group. The Rome Statute refers to the protection of a “group” or a “collectivity” and thus it is reasonable to interpret it as including not only minorities but also any distinct and identifiable group of people.<sup>31</sup>

Under the ICC Statute, the prosecution of crimes against humanity requires the contextual element of a widespread or systematic attack against any civilian population. Under the elements of crimes the *actus reus* of the crime of persecution is characterised by severely depriving, contrary to international law, one or more persons of their fundamental rights because of their membership to a particular targeted group. It is important underlining how modern international law recognises cultural rights as a fundamental human right.<sup>32</sup> In addition, there is another requisite condition: the persecution must have been committed in conjunction with any other crime within the jurisdiction of the ICC, thus the Court does not have the jurisdiction on persecution *per se*.<sup>33</sup> As a result, if committed during an armed conflict, whether international or non-international in character, destruction of cultural heritage can certainly amount to a crime against humanity when the destruction is part of a widespread and systematic attack and other crimes under the jurisdiction of the ICC took place in the course of the conflict. If committed during peacetime, the destruction of cultural heritage can constitute a crime against humanity punishable under the Statute only if committed in conjunction to other crimes within the jurisdiction of the Court and when the destruction was such that severely deprived victims of their cultural rights.<sup>34</sup>

The requisite *mens rea* for any crime against humanity is the intent to commit the charged offence, combined with the knowledge that the act falls within the widespread or systematic attacks against the civilian population. For the specific crime of persecution, the specific aggravated intent to discriminate the targeted group, described as aggravated criminal intent by Cassese, is required.<sup>35</sup>

---

<sup>31</sup> Y. Gottlieb, *Criminalizing Destruction of Cultural Property: A Proposal for Defining New Crimes under the Rome Statute of the ICC*, Penn State International Law Review, Vol. 223, No. 4 (2005), 875.

<sup>32</sup> It is not the purpose of this article to analyse in depth the role of cultural rights in modern international law. For further readings on the matter see: General Assembly A/71/317, *Report of the Special Rapporteur in the Field of Cultural Rights*, adopted in New York by the Seventy-first Session of the General Assembly, (2016); F. Francioni, M. Scheining, *Cultural Human Rights*, Leiden, Nijhoff, (2008); H. Silverman, D. Fairchild Riggles (editors), *Cultural Heritage and Human Rights*, New York, Springer (2007); P.K. Stephenson Chow, *Cultural Rights in international law and discourse: contemporary challenges* Leiden, Brill-Nijhoff, (2018); A.F. Vrdoljak, *Human Rights and Cultural Heritage in International Law*, Oxford, Hart Publishing (2014).

<sup>33</sup> D. Robinson, *op. cit.*, *supra* note 29, pp. 53-55.

<sup>34</sup> A. M. Thake, *op. cit.*, *supra* note 28, p. 23.

<sup>35</sup> A. Cassese, *Crimes Against Humanity* in A Cassese *et al* (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I, Oxford University Press, Oxford (2002), p. 364.

The reconstruction of the crime under customary international law presents some difficulties. In 2015, the International Law Commission started again its work on the Draft Code. The Special Rapporteur stated in his First Report that the most widely accepted formulation of the crime against humanity of persecution is the provision enshrined in Article 7(1)(h) of the Rome Statute. The Provisional Articles on Crimes against Humanity adopted by the ILC define persecution as follows: “persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender as defined in paragraph 3, or other grounds that are universally recognised as impermissible under international law, in connection with the crime of genocide or war crimes”.<sup>36</sup>

The main issue to address is the element of the connection requirement.<sup>37</sup> The ILC considers the ICC Statute elements of crimes without regard to the consistency of provisions us previous and contemporary legal instruments.<sup>38</sup> As a matter of fact, apart from the Rome Statute and the Charter of the IMT, no other international provision contains the contextual element. Scholars have affirmed that the connection requirement in the ICC Statute should be considered as a jurisdictional threshold to restrict the jurisdiction of the Court in the light of the fear expressed by some delegations at the Rome Conference that wanted to “avoid a sweeping interpretation criminalising all discriminatory practices” or considered otherwise the notion to be “vague and potentially elastic”.<sup>39</sup> The first elaboration of the ILC on the issue was the Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind adopted in 1954, where the Commission dropped the link to other offences enshrined in the Nuremberg Charter. In the Commentary to the Code, the Commission Explained that the decision was to enlarge the scope of the paragraph to make the acts enucleated in the paragraph “independent of whether or not they are committed in connection with other offences defined in the draft Code”.<sup>40</sup> The position was held in 1996 Draft Code that includes “persecution on political, racial, religious or ethnic grounds” as one of the crimes against humanity and without demanding any contextual requirement.<sup>41</sup> In this regard, the ICC Statute and the ILC Draft Articles of 2015 lag behind customary international law that developed crimes against humanity, including the crime of persecution, as independent.

---

<sup>36</sup> ILC, *Report on the work of the sixty-ninth session of 2017*, Text of the draft articles on crimes against humanity adopted by the Commission on first reading, UN Doc. A/72/10, p. 10.

<sup>37</sup> Control Council Law No. 10, Punishment of persons guilty of war crimes, crimes against peace and against humanity, 20 December 1945, Article II(1)(c); ICTY Statute, Article 5(h); ICTR Statute, Article 3(h); ICC Statute, Article 7(1)(h).

<sup>38</sup> See: *Ibidem*; Statute of the Special Court for Sierra Leone, established by an Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone pursuant to Security Council resolution 1315 (2000), 14 August 2000, Article 2(h); Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers of Cambodia, 27 October 2004, Article 5; Kosovo Law on Specialist Chambers and Specialist Prosecutor’s Office, Law No.05/L-053, 3 August 2015, Article 13(h); Malabo Protocol adopted by the twentieth-third Ordinary Session of the Assembly, 27 June 2014, Article 28C(1)(h).

<sup>39</sup> See: H. von Hebel and D. Robinson, *Crimes within the Jurisdiction of the Court*, in R.S. Lee (ed.), *The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute*, The Hague. Kluwer Law International, (1999), p. 101; K. Kittichaisaree, *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press (2002), p. 121 cited in Amnesty International, *International Law Commission: The Problematic Formulation of Persecution under the Draft Convention on Crimes Against Humanity*, London (2018), p. 7. See also: M. Boot; C.K. Hall, *Art. 7* in O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, para. 115.

<sup>40</sup> ILC, Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind with commentaries (1954), p. 150.

<sup>41</sup> ILC, Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind of 1996, Article 18(e).

The ICTY in *Kupreškić et al.* in the reconstruction of the crime of persecution specifically addresses the inconsistency between the ICC Statute and customary international law, stating the Statute of the ICC may be in accordance with the *opinio iuris* of many States but not consonant to customary international law, rejecting “the notion that persecution must be linked to other crimes”.<sup>42</sup> The same argument was sustained by the ECCC in the *Nuon Chea and Khieu Samphan* case where the Chamber rejected the argument that a link must exist between the acts of persecution and any other underlying offence within the jurisdiction of the ECCC and affirmed that the Chamber is required to apply the existing definition of persecution under customary international law at the time of the perpetration of the offences, in 1975, definition that excluded any connection element.<sup>43</sup>

A brief overview of national legislations points out that the practice of several States in implementing the Rome Statute into their national systems consists in a waiver of the connection requirement.<sup>44</sup> Prominent scholars uphold the same view as Article 7 is less liberal than customary international law with regard to the connection requirement.<sup>45</sup> Therefore it can be concluded that the crime of persecution under customary international law does not require the additional link of having been committed in connection with any other international crime.

### 3. The Concept of Cultural Genocide

Since its introduction in the international law debate by Lemkin, the concept of cultural genocide has always been at the centre of a debate.<sup>46</sup> In his work *Axis Rule in Occupied Europe*, Raphael Lemkin attaches great importance to the cultural aspect of genocide. In Chapter IX genocide is defined as a coordinated plan of different actions aiming at the destruction of the essential foundations of the life of national or ethnical groups with the aim of annihilating the groups themselves.<sup>47</sup> Accordingly, there are eight techniques of implementation of genocide, each targeting a different aspect of the life of a group: political,

---

<sup>42</sup> ICTY *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, Trial judgement 14 January 2000, para. 578-581.

<sup>43</sup> Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, *Nuon Chea and Khieu Samphan*, Case 002/01, Trial Chamber judgement of 7 August 2014, para. 431-432.

<sup>44</sup> See: France, Code Pénal, Article 212-1(8); Germany, Code of Crimes against International Law, 2002, Section 7(10). See also, among others, the national legislations of Burkina Faso, Burundi, Republic of Congo, Canada, Czech Republic, Ecuador, Estonia, Finland, Georgia, Hungary, Republic of Korea, Lithuania, Montenegro, Panama, Portugal, Serbia and Spain.

<sup>45</sup> A. Cassese, *Crimes against Humanity*, in A. Cassese, P. Gaeta, J.R.W.D. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press (2009), p. 376.

<sup>46</sup> The concept of genocide was firstly coined by Raphael Lemkin in 1944 after the atrocities committed by the Axis against the Jews people. Combining the Greek word *genos* (race) and *cide*, term related to the concept of killing. Genocide is defined in international law as the intent to destroy a racial, national, political or religious group. The first legal instrument dealing with genocide is the Convention on the Protection and Punishment of Genocide, adopted in December 1948. The Convention characterises genocide as an international crime and attaches obligations upon States Parties in terms of prevention, prosecution and extradition.

<sup>47</sup> R. Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, New York, (1944), Chapter IX.

social, cultural, economic, biological, physical, religious or moral.<sup>48</sup> Recalling the evolution of the discriminatory Nazi policy, he points out how destruction of people often begins with the assault to culture, language, institutions and monuments, extending genocide beyond attacks to the physical or biological dimension.

In 1946, the General Assembly of the United Nations defined genocide as the denial of the right of existence of entire human groups that shocks the conscience of mankind, results in great losses to humanity in the form of cultural and other contributions represented by these human groups and is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nation.<sup>49</sup> Despite the emphasis on the cultural dimension in the resolution, neither the Genocide Convention nor other international legal instrument criminalised cultural genocide.<sup>50</sup>

The exclusion of cultural genocide and policies of ethnic cleansing from the scope of the 1948 Genocide Convention was debated during the negotiations and suffered from the need of compromise that led to distortions of the concept of cultural genocide.<sup>51</sup> The outcome of the negotiations turned out to be particularly disappointing as national delegations rejected the provisions concerning cultural genocide from the Convention.

Draft Article II provided:

*In the Convention, the word 'genocide' means a criminal act directed against any one of the aforesaid groups of human beings, with the purpose of destroying it in whole or in part or of preventing its preservation or development. Such acts consist of:*  
[...]

III. [Cultural genocide] *Destroying the specific characteristics of the group by:*

(a) *forcible transfer of children to another human group; or*

(b) *forced and systematic exile of individuals representing the culture of a group; or*

(c) *prohibition of the use of the national language even in private intercourse; or*

(d) *systematic destruction of books printed in the national language or of religious works or prohibition of new publications;*  
*or*

(e) *systematic destruction of historical or religious monuments or their diversion to alien uses, destruction or dispersion of documents and objects of historical, artistic, or religious value and of objects used in religious worship.*

Draft Article 3 added that “genocide” also includes any deliberate act committed with the intent to destroy the language, religion, or culture of the group on grounds of the national or racial origin or the religious belief of its members. Such actions are, *inter alia*: prohibiting the use of the language of the group

---

<sup>48</sup> S. Negri, *Cultural Genocide in International Law: Is the Time Ripe for a Change?*, *Transnational Dispute Management*, Vol. 10, No. 5, (2013), p. 1.

<sup>49</sup> UNGA RES/01/96, *The Crime of Genocide*, adopted 11 December 1946.

<sup>50</sup> E. Novic, *The Concept of Cultural Genocide*, Oxford University Press, Oxford (2016), p. 18.

<sup>51</sup> *Ibid.*

in daily intercourse or in schools, the printing and circulation of publications in the language of the group, destroying or preventing the use of, among others, libraries, museums, schools, historical monuments, places of worship or other cultural institutions and objects of the groups. As Novic points out, it is not the same to talk about the destruction of a culture or the destruction of a group through an attack against its culture.<sup>52</sup> In his works Lemkin addresses both and the idea is reconstructed in the drafts articles aforementioned: cultural genocide is a technique of genocide while the final harm of genocide is the destruction of a group, which equated to the destruction of a culture.

The Genocide Convention was firstly drafted by three legal experts including Lemkin. Since the beginning of the drafting process the three had different opinions concerning the strong language used by Lemkin and the opportunity to include cultural genocide in the Convention, considered by Professor Donnadieu de Vabres and Professor Pella an undue extension of the notion of genocide.<sup>53</sup> Nevertheless, the arguments of Lemkin were compelling and he insisted that the groups protected by the Convention (national, religious, ethnic or racial) could not continue to exist if their moral, spiritual and cultural cohesion is not preserved.<sup>54</sup> During the negotiations, since early times, France and the United States supported the majority of experts maintaining that the definition of genocide should be limited to the physical and biological dimension, leaving the protection of minorities to other legal instruments.<sup>55</sup> Similarly, the Netherlands and Poland hold that it is a human right issue.<sup>56</sup> On the other side, Lebanon, Soviet Union, Venezuela and Pakistan became the main supporters. Venezuela made an emblematic statement in defence of cultural genocide, asserting that physical destruction is not the only form of the crime of genocide and the existing cultural bond among a group is the most vital factor that shapes the human group itself.<sup>57</sup> At the time of the final drafts, the negotiations for the Universal Declaration of Human Rights were at stake in front of the United Nations General Assembly Third Committee and the opposing delegations used the argument of the inclusion of similar provisions in the Declaration to delete the cultural genocide provision from the Convention.<sup>58</sup> The sole remaining idea of cultural genocide in the Convention is the *actus reus* of “forcibly transfer children of the group to another group”. The final definition appears as a fragile equilibrium and the result of long-negotiated compromises in the post war political scene.<sup>59</sup> Ultimately, in UNGA Third Committee the provision concerning cultural genocide was dismissed as well, on the basis that it should have been discussed more appropriately in the Sub-Commission on Discrimination and Protection of Minorities.<sup>60</sup>

---

<sup>52</sup> *Ibid*, p. 20.

<sup>53</sup> W.A. Schabas, *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge (2000), pp. 179-180.

<sup>54</sup> UN Document E/447, pp. 26-27.

<sup>55</sup> UN Document, A/401/Add.3.

<sup>56</sup> UN Document E/623/Add.3.

<sup>57</sup> UN Document E/AC.25/SR.5, p. 727.

<sup>58</sup> W.A. Schabas, *op. cit.*, *supra* note 52, p. 187

<sup>59</sup> E. Novic, *op.cit.*, *supra* note 49, p. 28

<sup>60</sup> W.A. Schabas, *op. cit.*, *supra* note 52, p. 187

In 1966 the International Covenant on Civil and Political Rights was adopted and Article 27 recalls the concept of cultural genocide.<sup>61</sup> Specifically, it imposes negative obligations on States to allow minorities to exercise their cultural rights and a positive obligation to adopt all necessary legal tools to protect minorities and to ensure their effective participation in cultural life.<sup>62</sup> The Human Rights Committee in General Comment no. 24 specifies that some measures contemplated in the drafting of the Genocide Convention as cultural genocide, such as destruction of libraries and the suppression of minority language, definitely fall within the scope of application of Article 27.<sup>63</sup>

In conclusion, no legal instrument criminalising cultural genocide exists. However, as it will be analysed, acts that could be described as cultural genocide (namely destruction of cultural heritage of minorities, systematic destruction of books and library and attacks to language) have been used by international criminal tribunals to prove the genocidal intent of the perpetrator. They cannot therefore amount to genocidal acts (*actus reus*) but they may serve evidentially to confirm an intent, among other circumstances, to destroy the group as such.

#### 4. Heritage destruction and the ICTY

Under Article 5 of its Statute, the International Criminal Tribunal for the former-Yugoslavia has jurisdiction on the crimes against humanity including, in Article 5(h), the crime of persecution on political, racial and religious grounds.<sup>64</sup> The fact that the destruction of cultural property can amount to persecution if characterised by a discriminatory intent powerfully expresses the intrinsic link between cultural heritage and a community. The high number of attacks against cultural heritage during the Balkan wars, in vast majority in the territories of Bosnia-Herzegovina and Kosovo, led to the destruction of monuments, religious institutions and cultural sites that belonged to the Muslim population in the area. In the crime of persecution the victim is not only the single individual but the group in its entirety. In *Kupreškić and Others* the Tribunal defined persecution as the “gross or blatant denial, on discriminatory grounds, of a fundamental right, laid out in international customary or treaty law, reaching the same level of gravity as the other acts prohibited in Article 5”.<sup>65</sup> Starting from *Tadić*, the ICTY Chambers have elaborated a series of criteria to prove the responsibility for the crime of persecution: (i) an act or omission discriminated in fact on a prohibited ground in the sense that the victim is targeted because of his or her perceived

---

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> General Comment n. 23, UN Document CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, para. 7.

<sup>63</sup> General Comment n. 23, UN Document CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, para. 8.

<sup>64</sup> ICTY Statute, Article 5(h).

<sup>65</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, Trial Judgement, 14 January 2000, para. 621 cited in S. Brammertz, K.C. Hughes, A. Kipp, W.B. Tomljanovich, *Attacks against Cultural Heritage as a Weapon of War*, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 14, No. 15 (2016), p. 1160.

membership in a group; (ii) the act or omission denied or infringed upon a fundamental right laid down in customary international law or treaty law; (iii) the act or omission constituted an act listed under Article 5 of the Statute, or was of equal gravity to the crimes listed in Article 5 ICTY Statute, whether considered in isolation or in conjunction with other acts; and (iv) the act or omission was carried out with the intention to discriminate on one of the prohibited grounds.<sup>66</sup> On the perspective of the Prosecution, prosecuting under the crime against humanity of persecution can be used as an umbrella to link together different acts committed with the same discriminatory intent and provide justice for operations of ethnic cleansing. In this framework, the role that cultural heritage has is easy to identify: acts of cultural persecution are an integral part of the eradication of a population from a territory.<sup>67</sup> Thus, the Office of the Prosecutor used the crime of persecution to provide, on one hand, justice for the widespread destruction of cultural property in Kosovo and Bosnia-Herzegovina and on the other to prove the existence of a common plan to destroy a population.<sup>68</sup> In *Brđanin* the Tribunal found that the evidences showed a consistent criminal strategy of ethnic cleansing in the Bosnian Krajina area implemented by the Bosnian Serbian forces and the Serbian Democratic Party (SDS).

The ICTY firstly addressed the crimes in the *Blaškić* judgment, qualifying the offence as crime of persecution. The Chamber held that in the case under examination the persecution was implemented through widespread, large-scale and systematic attacks upon towns and villages inhabited by Bosnian Muslims through the wilful destruction of “institutions dedicated to religion or education”.<sup>69</sup> Quoting, *inter alia*, the Nuremberg Judgement and the International Law Commission draft commentary to the Draft Code of Crimes against Peace and Security of Mankind of 1991, it stated that “persecution encompasses not only bodily and mental harm and infringements upon individual freedom but also acts [...] such as those targeting property so long as the victimised persons were specially selected on grounds linked to their belonging to a particular community”, accepting the Prosecutor’s argument that persecution could consist in the destruction of religious institutions when undertaken with a discriminatory intent and as part of a widespread and systematic attack.<sup>70</sup> In *Kordić and Čerkez* the ICTY further continued in the direction, affirming that the act:

---

<sup>66</sup> S. Brammertz, K.C. Hughes, A. Kipp, W.B. Tomlianovich, op. cit., *supra* note 64, p. 1160.

<sup>67</sup> E. Novic, op. cit., *supra* note 49, p. 155.

<sup>68</sup> S. Brammertz, K.C. Hughes, A. Kipp, W.B. Tomlianovich, op. cit., *supra* note 64, p. 1145.

<sup>69</sup> ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, Trial Judgement 3 March 2000, para. 11.

<sup>70</sup> *Ibid*, paras 227 and 233, cited in R. O’Keefe, *Cultural Heritage and International Criminal Law in Sustainable Development, International Criminal Justice and Treaty Implementation*, edited by S. Jodoin; M. Cordonier Segger, Cambridge, Cambridge University Press (2013), p. 140. The paragraph quotes a passage of the ICL Commentary on the Draft Convention on persecution. The same passage is also cited in *Tadić*, Trial Judgment (para. 703-704).

[..] when perpetrated with the requisite discriminatory intent, amounts to an attack on the very religious identity of a people. As such, it manifests a nearly pure expression of the notion of 'crimes against humanity', for all humanity is indeed injured by the destruction of the unique religious culture and its concomitant cultural objects.<sup>71</sup>

The approach of the OTP had the aim to integrate destruction of cultural heritage into the variety of crimes committed during ethnic cleansing campaigns. It introduced evidences to support the purpose of SDS and Bosnian Serbian forces to intentionally use cultural property as a weapon of war to support the ethnic cleansing campaigns and eradicating the legacy of a multi-cultural society.<sup>72</sup> With regard to the specific site destroyed, it has to be specifically targeted for its political, racial or religious character which means that the respective institutions must clearly be identified as belonging to the targeted group.<sup>73</sup>

Generally speaking, the crime of persecution was addressed at first by the ICTY in the *Tadić* Trial judgement. The Chamber found that the "elements of the crime of persecution are the occurrence of a persecutory act or omission and a discriminatory basis for that act or omission on one of the listed grounds, specifically race, religion or politics".<sup>74</sup> It also added that the persecution must be intended to cause and result in an infringement on an individual's enjoyment of a basic and fundamental right.<sup>75</sup> With the aim to give more legal certainty, in *Kupreškić*, the Tribunal defined in specific terms the crime of persecution as the gross denial, on discriminatory grounds, of a fundamental right.<sup>76</sup> The *Kupreškić* definition does not define the fundamental rights protected, leaving an open-way to case-by-case examination. The reason probably lies in the fear that the explicit mention of some fundamental rights would result in the explicit exclusion of others.<sup>77</sup> The "discriminatory intent" should be regarded as both mental element and part of the *actus reus*, as confirmed by the jurisprudence of the Tribunal stating that it is persecutory the act that "discriminates in fact and which denies or infringes upon a fundamental right laid down in international customary or treaty law".<sup>78</sup> The ICTY has also consistently held that an act can be regarded as discriminatory when the victim is targeted because of its membership to the discriminated group, adding that however it is not necessary that the victim is actually a member of the group.<sup>79</sup> It is sufficiently the perception of the perpetrator of the affiliation of the victim to the group itself.<sup>80</sup>

---

<sup>71</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kordić and Čerkez*, Trial Judgement 26 February 2001, para. 207.

<sup>72</sup> S. Brammertz, K.C. Hughes, A. Kipp, W.B. Tomliyanovich, op. cit., *supra* note 64, p. 1164.

<sup>73</sup> C. Ehler, *Prosecuting the Destruction of Cultural Property in International Criminal Law*, Leiden, Nijhof Publisher (2014), p. 164.

<sup>74</sup> ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Trial Judgement, 7 May 1997, para. 694.

<sup>75</sup> *Ibid*, para. 714.

<sup>76</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić*, Trial Judgement, 14 January 2000, para. 621

<sup>77</sup> K. Roberts, *The Law of Persecution Before the ICTY*, *Leiden Journal of International Law*, No. 15 (2002), p. 625.

<sup>78</sup> ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, Trial Judgement, 15 March 2002, para. 431 cited in K. Roberts, op. cit., *supra* note 79, p. 626.

<sup>79</sup> ICTY *Prosecutor v. Krnojelac*, Appeal Judgement 17 September 2003, para. 185 cited in M.C. Bassiouni, op. cit., *supra* note 16, p. 400.

<sup>80</sup> *Ibid*.

As summarised by the Trial Chamber in the *Sainović* judgement dealing with the destruction of religious and cultural sites in Kosovo, the Tribunal jurisprudence specifically recognises destruction of religious sites and cultural monuments as persecution when committed with discriminatory intent.<sup>81</sup> In *Sainović* the Tribunal makes a complete examination of the destruction of religious and cultural sites as persecution in paragraphs 204-210. After recalling that the acts are punishable under Article 3(d) of the Statute as war crime under international customary humanitarian law, the Tribunal specifies that no classification exists under Article 5.<sup>82</sup> Nevertheless, the Appellate Chamber in *Blaskić* and *Kordić* had recognised that, when all the elements required are fulfilled, depending on the extent and nature of the destruction, the perpetrator can be punished also under Article 5(h).<sup>83</sup> However, in the recalled judgement cultural and religious property was regarded as falling within the more general category of civilian property, thus in *Kordić* the Chamber underlined the importance of the religious identity of a people.<sup>84</sup> It is then specified that the OTP must prove a triple set of elements, namely the general requirements of crimes against humanity (see *Kumarac* Appeal judgement, para. 85), the specific requirements of persecution and the *actus reus* and *mens rea* of wanton destruction or damage of religious sites and cultural monuments.<sup>85</sup> Recalling *Blaskić*, the *actus reus* requires that: (a) the religious or cultural property must be destroyed or damaged extensively; (b) the religious or cultural property must not be used for a military purpose at the time of the act; and (c) the destruction or damage must be the result of an act directed against this property.<sup>86</sup> Concerning the first requirement, it is relevant to note that Article 5(h) does not explicitly mention destruction or damage. In order to reach the level of equal gravity in respect to the acts enumerated in Article 5, the jurisprudence examines the impact that the destroyed site had on the victims.<sup>87</sup> Furthermore, the notions of “damage” and “destruction” are clarified. The former refers to physical injuries or harm to an object that impairs its value of use while the latter implies demolition or reduction to a useless form. The mental element to prove is that the perpetrator acted with the intent to destroy or extensively damage the property in question or in reckless disregard of the likelihood of it.<sup>88</sup> What the Tribunal failed to define is the number of acts that the perpetrator has to commit in order to integrate the level of gravity of crimes against humanity. Analysing the convictions of the ICTY for destruction of cultural heritage as persecution, it can be concluded that in the vast majority of cases the accused were found guilty for a

---

<sup>81</sup> ICTY, *Prosecutor v. Sainović*, Trial Judgement, 26 February 2009 (Vol. 1), para. 205 cited in R. O’Keefe, op. cit., *supra* note 69, p. 141. O’Keefe refers to the *Milutinović* case. It has to be noted that the case changed the name in *Sainović* in 2009, following the acquittal of Milutinović itself.

<sup>82</sup> ICTY, *Prosecutor v. Sainović*, Trial Judgement, 26 February 2009 (Vol. 1), para. 204.

<sup>83</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kordić and Čerkez*, Trial Judgement, 26 February 2001, para. 206-207.

<sup>84</sup> *Ibid*, para. 204-205. The Chamber considers that under the case law of the ICTY, destruction of religious sites and cultural monuments is prohibited and falls within the crime against humanity of persecution.

<sup>85</sup> *Ibid*, para. 206.

<sup>86</sup> ICTY, *Prosecutor v. Blaskić*, Trial Judgement, 3 March 2000, para. 144-149, recalled in *Ibid*, para. 206.

<sup>87</sup> *Ibid*, para. 207.

<sup>88</sup> *Ibid*.

number of acts, including *inter alia* destruction of numerous cultural buildings and religious sites.<sup>89</sup> Blaškić had ordered attacks in cities, towns and villages that resulted in severe and extensive destruction and plundering of Muslim institutions in various municipalities in Bosnia-Herzegovina; Kordić, Čerkez and Stakić were implicated in numerous attacks and Brđanin was held responsible for the destruction of more than 40 mosques and at least 8 catholic churches in Krajina.<sup>90</sup> Nonetheless, in the *Dronjić* case, the accused was held responsible of persecution under Article 5(h) for, *inter alia*, the destruction of a single mosque.<sup>91</sup> It has to be noted though, that he plead guilty for the count of persecution, so no general principle can be derived on such basis.

In conclusion, the vast jurisprudence of ICTY recognises as persecution a number of attacks against cultural heritage if committed with a discriminatory intent. Persecution, as interpreted by the Tribunal, should be intended as a crime able to fill some of the gaps that exist in the current legal framework in relation to those acts that explicitly target a group. In the more recent *Karadžić* judgment, the Trial Chamber addressed the severe damages to mosques and catholic churches as well as other cultural monuments and sacred sites committed by Serbian forces with “discriminatory intent against Bosnian Muslims and Bosnian Croats” adding that “these incidents of wanton destruction of private and public property, including cultural monuments and sacred sites, constitute acts persecution as a crime against humanity”.<sup>92</sup> In the light of the vast body of case law on the matter, it can be concluded that the view of the Tribunal the qualification of destruction of cultural property as a crime against humanity of persecution, if committed with discriminatory intent, is firmly established.

Under a certain point of view, the ICTY jurisprudence on crime of persecution can be defined as surprisingly since it criminalises some the same acts that would have fallen into the category of cultural genocide as interpreted by Raphael Lemkin.<sup>93</sup> Novic states that the idea that cultural genocide could fall into the category of persecution has historical grounds.<sup>94</sup> In fact, in Nuremberg the crimes falling within the category of genocide were rather prosecuted as persecution. From a formal perspective there are notably differences between the two crimes: first of all, genocide is thoroughly regulated and codified in international legal instruments whereas the crime of persecution is only defined in broad terms and in an open-ended way.<sup>95</sup> Concerning the *actus reus* of genocide, Article 4 of the ICTY Statute, wording the Genocide Convention, enumerates the limited acts that may amount to genocide while with regard to persecution no definitive list of the rights protected and the acts criminalised exists, leaving the Tribunal

---

<sup>89</sup> C. Ehlert, op. cit., *supra* note 73, p. 166.

<sup>90</sup> *Ibid*, pp. 165-167.

<sup>91</sup> ICTY, *Prosecutor v. Dronjić*, Trial Judgement, 30 March 2004, para. 77.

<sup>92</sup> ICTY, *Prosecutor v. Karadžić*, Trial Judgement, 24 March 2016, para. 2555 and 2559.

<sup>93</sup> E. Novic, op. cit., *supra* note 49, p. 158.

<sup>94</sup> *Ibid*, p. 147.

<sup>95</sup> *Ibid*, p. 149.

to consider the offences on a case by case basis.<sup>96</sup> If the material element of the two offences can be regarded under a certain point of view alike, the mental element differs. Both categories require a special intent. The *dolus specialis* to prove persecution is “intent to discriminate” while genocidal intent is “intent to destroy”, requiring a heavier burden of proof for the prosecution. In *Kupreškić*, the Chamber states that the “*mens rea* requirement for persecution is higher than for ordinary crimes against humanity, although lower than genocide” and considers in clear terms the offence of persecution as belonging to the same *genus* of genocide.<sup>97</sup> The intent to discriminate is the common denominator that in persecution can take “multifarious inhumane forms and manifest itself in a plurality of actions including murder” whereas in genocide it must be accompanied by the, even more specific, “intent to destroy in whole or in part the group to which the victims of the genocide belong”.<sup>98</sup> Thus, genocide is regarded as the most extreme and inhuman form of persecution.<sup>99</sup> For these reasons, in the ICTY case law it can be observed that the OTP has systematically co-criminalised the same acts qualified as genocide under the count of persecution.

In *Krstić*, the ICTY explored for the first time the relation between attacks against cultural heritage and genocide. Radislav Krstić was the first person convicted for genocide by the ICTY for his actions as Commander of the Drina Corps in the territory of Bosnia-Herzegovina perpetrated in the Srebrenica enclave during the fall of 1995. The Trial Chamber explicitly rejected the idea of cultural genocide, not accepting that the destruction of religious sites and cultural institutions may amount to the *actus reus* of the offence.<sup>100</sup> In *Krstić*, the Tribunal specifies that two elements of the special intent are required for the offence of genocide: (a) the act or acts must target a national, ethnical, racial or religious group; (b) the act or acts must seek to destroy all or part of that group.<sup>101</sup> The ICTY took the chance to examine the issue of whether attacks against cultural heritage could amount to genocide addressing the way in which the destruction of a group may be implemented so as to qualify as genocide, posing the question of if the “purposeful eradication of its culture and identity resulting in the eventual extinction of the group as an entity distinct from the remainder of the community” may amount to genocide.<sup>102</sup> The Tribunal recalls the history of cultural genocide, from the work of Raphael Lemkin to the ICL Commentary on the Draft Code on Crimes Against Peace and Security of Mankind of 1996 pointing out that during the negotiations for the Genocide Convention the concept of *cultural destruction* of a group was expressly rejected. In 1996 the ILC noted that the definition of genocide encompasses the “material destruction of a group either by physical or biological means and not the destruction of the national, linguistic, religious, cultural or

---

<sup>96</sup> K. Roberts, *op. cit.*, *supra* note 77, p. 629.

<sup>97</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić*, Trial Judgement, 14 January 2000, para. 636.

<sup>98</sup> *Ibid.*

<sup>99</sup> *Ibid.*

<sup>100</sup> ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Trial Judgement, 2 August 2001, para. 575 ss.

<sup>101</sup> *Ibid.*, para. 550.

<sup>102</sup> *Ibid.*, para. 574.

identity of a particular group”. It is also added that the national, religious, racial or ethnic element is not taken into consideration in the definition of destruction, which must be taken “only in its material sense, physical or biological sense”.<sup>103</sup> Nonetheless, several declarations and decisions were made, interpreting as genocide cultural and other non-physical destruction forms. A relevant declaration was General Assembly Resolution 47/121 of December 1992 that, addressing the situation in Bosnia-Herzegovina, affirmed in a preambulatory clause that ethnic cleansing policies are a form of genocide.

Furthermore, the German Federal Constitutional Court in 2000 dealt with the issue in the trial for war crimes, crimes against humanity and genocide against Nikola Jorgić, the leader of a Serb paramilitary group in the Doboji region, prosecuted in Germany under universal jurisdiction.<sup>104</sup> The first Court to deal with the issue was the Higher State Court of Düsseldorf in 1997 and concluded that the intent to destroy the group could be conceived as an intent to destroy the group as a social unit, convicting Jorgić for genocide.<sup>105</sup> The Court recalled paragraph 220(a) of the German Criminal Code that requires the intention of the accused to destroy in whole or in part the group in order to integrate the offence of genocide. It found that Jorgić had the intention to destroy the group of Muslims, characterised by both religion and ethnicity, in North-Eastern Bosnia or at least in the Dobojo region.<sup>106</sup> In regard to paragraph 220(a), the Courts states that the “biological-physical destruction of the group is not required” to constitute the offence as the intention to destroy a group means “destruction of the group as a social unity in its specificity, uniqueness and feeling of belonging”.<sup>107</sup> The Courts adds that the intention to destroy the group is attested by, *inter alia*, looting and destruction of houses and mosques.<sup>108</sup> The holding was upheld by both the Federal Supreme Court of Germany and the German Federal Constitutional Court, respectively in 1999 and December 2000. The case was also heard by the European Court of Human Rights and decided in 2007. The Strasbourg Court was asked to evaluate the accuracy and foreseeability of the interpretation of the definition of genocide given by the German courts as the applicant lamented violation of Article 6 (right to a fair trial) and Article 7(1) (*nullum crimen sine lege* principle) of the ECHR. The Applicant contested the broad interpretation that the German Courts made in regard to the *means rea* of the offence of genocide.<sup>109</sup> Jorgić maintained that the ethnic cleansing

---

<sup>103</sup> International Law Commission Draft Code, pp. 90-91, cited in ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Trial Judgement, 2 August 2001, para. 576. For an in-depth analysis of the ILC work, see M. C. Ortega, *ILC Adopts a Draft Code of Crimes Against Peace and Security of Mankind*, *Max Planck Yearbook of United Nations*, Vol. 1 (1997) pp. 283-326.

<sup>104</sup> Federal Constitutional Court, 2 BvR 1290/99, 12 December 2000. The decision is available at: [\[https://www.asser.nl/upload/documents/20120611T032446-Jorgic\\_Urteil\\_26-9-1997.pdf\]](https://www.asser.nl/upload/documents/20120611T032446-Jorgic_Urteil_26-9-1997.pdf) (German version).

<sup>105</sup> E. Novic, *op. cit.*, *supra* note 49, p. 53.

<sup>106</sup> Higher State Court of Düsseldorf, *State Attorney's Office v. Nikola Jorgić*, 26 September 1997, para. D (III) (1) p. 94. Judgement available at: [\[https://www.asser.nl/upload/documents/20120611T032446-Jorgic\\_Urteil\\_26-9-1997.pdf\]](https://www.asser.nl/upload/documents/20120611T032446-Jorgic_Urteil_26-9-1997.pdf) (English Translation).

<sup>107</sup> *Ibid.*

<sup>108</sup> *Ibid.*

<sup>109</sup> European Court of Human Rights, *Jorgić v. Germany*, Judgement of 12 July 2007, para. 89.

campaign he took part in aimed only “at driving Muslims away from that region by force [...] expelling the group, not destroying its very existence”.<sup>110</sup> Furthermore, he contested the interpretation of “intent to destroy”, as inconsistent with the interpretation of Article II of the Genocide Convention given by the international community that conceives genocide as a physical or biological destruction process, claiming that it was not “foreseeable for him at the time of the commission of the acts that the German courts would have qualified the acts as genocide under German or public international law”.<sup>111</sup> The Court upheld the interpretation rendered by the German courts, stating that the German authorities had systematically interpreted paragraph 220(a) provision in the light of the German Criminal Code as a whole.<sup>112</sup> In particular, German courts address the attention to two distinct acts enumerated in the provision, impositions of measures which are intended to prevent births within the group and forcible transfer of children of the group into another group to underline that such provisions do not necessitate the physical destruction of the group in order to amount to genocide. Hence, the Strasbourg’s Judges found the interpretation not in contrast with the wording of the norm and reasonable.<sup>113</sup>

The position taken by the German courts, however, remained a minority view as in 1991 the ICTY Trial Chamber ruled in *Krstić* that the group destruction should be understood in biological or physical terms only.<sup>114</sup> Indeed, the ICTY was aware of the fundamental principle of *nullum crimen sine lege* and concluded that “despite recent developments, customary international law limits the definition of genocide to those acts seeking the physical or biological destruction of all or part of the group”.<sup>115</sup> Therefore, the Tribunal underlines that often attacks against the cultural and sociological characteristics of a human group with the aim to annihilate it, cannot fall within the definition of genocide. However, episodes of attacks against cultural or religious property or symbols of the group can often integrate the genocidal intent and be considered as evidence of the intent to physically or biologically destroy a group.<sup>116</sup> This approach would be referred to as the *Krstić* approach, used also by the Appeals Chamber in 2004. The *Krstić* Appeal judgment was accompanied by a strong partial dissenting opinion by Judge Shahabuddeen on the matter under consideration.<sup>117</sup> He contends that the Trial Chamber should have, in paragraph 580, made a distinction between the nature of the act and the intent. In his opinion, the principle is that genocide is not a crime against an individual but a crime against a human group. Judge Shahabuddeen points out that what constitutes a group are often intangible characteristics “binding together a collection of people as a social unit”.<sup>118</sup> He concludes that:

---

<sup>110</sup> *Ibid*, para. 92.

<sup>111</sup> *Ibid*, para. 93-94.

<sup>112</sup> *Ibid*, para. 105.

<sup>113</sup> *Ibid*.

<sup>114</sup> ICTY *Prosecutor v. Krstić*, Trial judgement, 2 August 2001, para. 580.

<sup>115</sup> ICTY *Prosecutor v. Krstić*, Trial judgement, 2 August 2001, para. 580.

<sup>116</sup> *Ibid*.

<sup>117</sup> ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Appeal Judgement, 19 April 2004, *VII. Partial Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen*.

<sup>118</sup> *Ibid*, para. 50.

[..] *If those characteristics are destroyed in pursuant of the intent with which a listed act of a physical or biological nature was done, it is not convincing to say that the destruction, though effectively obliterating the group, is not genocide because the obliteration was not physical or biological.*<sup>119</sup>

In Judge Shahabuddeen's view, to summarise, a distinction should be made between the nature of the listed acts of genocide and the intent with which they are done and, whilst for the former a physical or biological dimension is required, so it is not for the latter. So, "certainly the intent has to be to destroy, but with respect for the listed acts, there is no reason why the destruction must always be physical or biological".<sup>120</sup>

A year after the *Krstić* Appeal Judgment, Trial Chamber I dealt again Srebrenica in *Blagojević*.<sup>121</sup> The responsibility of the accused for genocide was mainly correlated with the forcible transfer of population and acts of "opportunistic killings" rather than the mass-killing acts under investigation in *Krstić*.<sup>122</sup> Schabas noted that during the negotiation for the Genocide Convention, all States agreed on the inclusion of the act of "forcibly transferring children of the group to another group" whilst no consensus was reached on the act of "forcibly transfer of population". In this regard, he argues that if the Convention specifically contemplates the forcible transfer of children, probably it does not address the broader phenomenon of transferring a whole population.<sup>123</sup> The Chamber recalled the separate opinion of Judge Shahabuddeen, the German *Jorgić* case and the jurisprudence of the International Criminal Tribunal for Rwanda to point out that a broader notion of the term *destroy* could and should to be accepted. Challenging the *Krstić* holding, the Chamber stated that:

*The forcible transfer of individuals could lead to the material destruction of the group, since the group ceases to exist as a group, or at least as the group it was. The Trial Chamber emphasises that its reasoning and conclusion are not an argument for the recognition of cultural genocide, but rather an attempt to clarify the meaning of physical or biological destruction.*<sup>124</sup>

The Appeal Chambers dismissed the conviction on the basis that the acts attributed to Blagojević did not demonstrate the intent to destroy the group and that the reasoning of the Trial Chamber was not convincing. Noteworthy, the formulation of the reasoning of the Trial Chamber mirrored the *Krstić*

---

<sup>119</sup> *Ibid.*

<sup>120</sup> *Ibid.*, para. 51.

<sup>121</sup> E Novic, op. cit., *supra* note 41, p. 55.

<sup>122</sup> *Ibid.*

<sup>123</sup> W. Schabas, *Ethnic Cleansing and Genocide: Similarities and Distinctions*, *European Yearbook of Minority Issues*, Vol 3, Issue 1, p. 123.

<sup>124</sup> ICTY, *Prosecutor v. Blagojević*, Trial Judgement, 17 January 2005, para. 666.

approach as the intent to physically destroy the group can be derived through acts intended to undermine the socio-cultural structure of the group.<sup>125</sup>

The International Court of Justice also addressed the issue of cultural genocide with respect to the Srebrenica facts. In the judgement *Application of the Genocide Convention (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, taking into consideration the jurisprudence of ICTY, the ICJ recognised that there was “conclusive evidence of the deliberate destruction of the historical, cultural and religious heritage of the protected group during the period in question”.<sup>126</sup> Nevertheless, the Court found that the destruction of historical, cultural and religious heritage cannot be considered to amount to the level of deliberate infliction of conditions of life to bring to the destruction of the targeted group and to integrate the offence of genocide.<sup>127</sup> It is yet specified that such acts can still be considered contrary to legal norms but, despite the significance of the eradication of all traces of cultural and religious presence of a group, they do not fall within the categories of the acts of genocide set out in Article II of the Convention.<sup>128</sup> Notwithstanding, the Court specifically endorses the *Krstić* approach and recalls that “where there is physical or biological destruction there are often simultaneous attacks on the cultural and religious property and symbols of the targeted group as well, attacks which may legitimately be considered as evidence of an intent to physically destroy the group”.<sup>129</sup> The same view was reaffirmed by the International Court of Justice in the 2015 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)* judgement.<sup>130</sup> In the light of the majority of the decisions on the matter, it can be concluded that under international law episodes of “cultural genocide” do not amount to genocide even though attacks against cultural and religious property and symbols may be considered evidences to prove the intent to physically or biologically destroy a group. Hence, cultural genocide can be regarded as a *technique* to prove the crime of genocide. There are several voices wishing that the concept of “cultural genocide” could be formally introduced in international law as the destruction of cultural property, unfortunately, more and more often is an integral part of genocidal policies. As an

---

<sup>125</sup> E Novic, op. cit., supra note 49, p. 55.

<sup>126</sup> International Court of Justice, *Application of the Genocide Convention (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgement of 16 February 2007, para. 344.

<sup>127</sup> *Ibid.*

<sup>128</sup> *Ibid.*

<sup>129</sup> ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Trial Judgement, 2 August 2001, para. 580 cited in ICJ, *Application of the Genocide Convention (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgement of 16 February 2007, para. 344.

<sup>130</sup> ICJ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Judgement of 3 February 2015, para. 136. This conception was heavily criticised by Judge Cançado Trindade in his dissenting opinion on the *Croatia v. Serbia* Judgement as in his view dissociating physical/biological destruction from cultural destruction for the purpose of the determination of genocide is rather artificial. Though, it has to be considered that in his work as judge of the Inter-American Court of Human Rights Cançado Trindade worked closely with the issue of the cultural aspects of genocide and the jurisprudence of the IACHR is considered to be progressive on the issue. For references, see E. Novic, op. cit., supra note 49, pp. 96-139; IACHR cases (Awaw Tingni, Moiwana and Plan de Sanchez).

example, interestingly, during its trial Milošević himself affirmed that “the destruction of monuments of culture would be tantamount to genocide”.<sup>131</sup>

The collective dimension of crimes against cultural heritage can therefore be satisfactorily addressed as crime against humanity under the offence of persecution. The ICTY case law has largely addressed the cultural element of international crimes and opened the way for successful prosecutions of offences against cultural heritage, posing often at the centre the impact on the community. Conceptualising cultural heritage destruction under the crime of persecution has always, satisfactorily, led to incriminations of offences that would follow under the category of “cultural genocide”, avoiding impunity for such acts. That being said, it can also be affirmed that the recognition of cultural genocide seems out of sight in the near future, even though it has been successfully held that the destruction of tangible cultural heritage can constitute a technique of genocide, given the probative value of the acts of destruction with regard to the analysis of the discriminatory intent.

## 5. Further developments

Without a precedent in the case law of the ICC it is not easy to understand the approach that the OTP or the Court will keep in relation to heritage destruction as persecution and on the elements of cultural genocide. Still, in their case law the ICTY and the International Court of Justice had agreed on the fact that the destruction of cultural and religious sites can constitute evidence of the intent to destroy a group for the purposes of genocide and it seems unlikely an inconsistent interpretation of the International Criminal Court, given the wording of Article 6 of the Rome Statute. An adoption of the interpretation of persecution in relation to cultural heritage consistent with the ICTY jurisprudence by the ICC, pending the *Al Hassan* case, is advocated. Addressing heritage destruction solely as a war crime has its shortcomings, given the limited scope of the offence as intrinsically linked to an armed conflict situation. Addressing the issue under the category of crimes against humanity could be a fundamental step to address impunity and provide justice for the episodes of heritage destruction committed also during peace time. Widespread and systematic attacks against cultural heritage are a sad reality in a number of countries that are not currently involved in armed conflicts. The most famous example might be the situation in Tibet, where the Dalai Lama himself had repeatedly used the term “cultural genocide” to describe the discriminatory policies imposed by the Chinese government. Alongside measures against Tibetan language and culture, monasteries were severely damaged or destroyed. It should also be recalled the campaign of cultural cleansing that the Chinese Government has in place against the Uighur minority.<sup>132</sup>

---

<sup>131</sup> ICTY, *Prosecutor v. Milošević*, Trial Chamber, Transcripts of 8 July 2003, p. 23839, available at: [<http://www.milosevic-trial.org/trial/2003-07-08.htm>].

<sup>132</sup> See, *inter alia*: [<https://foreignpolicy.com/2018/09/19/china-has-chosen-cultural-genocide-in-xinjiang-for-now/>]; [<https://www.hrv.org/report/2018/09/09/eradicating-ideological-viruses/chinas-campaign-repression-against-xinjiangs>].

In Afghanistan, in March 2001 the Taliban forces violently destroyed the massive rock sculptures of the Bamiyan Buddhas with the specific aim of destroying Afghan pre-Islamic culture. In the light of the *Al Mahdi* case, the destruction of the Buddhas can amount to war crimes under Article 8(2)(e)(iv) given the similarities of the case.<sup>133</sup> However, no military action was under way in that part of Afghanistan at the time and the purpose of the destruction was inspired by the will to eradicate what did not corresponded to Taliban views on culture and religion.<sup>134</sup> Therefore, the offence that best suits the actions of the Taliban is persecution given the specific discriminatory intent of the act.<sup>135</sup>

In relation to the attacks against cultural heritage committed by the Khmer Rouge regime in Cambodia, the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia had recently addressed the facts as persecution in the Case 002/02. The judgement was delivered on 27 March 2019 and provides some relevant statements on cultural genocide. The charges against Nuon Chea and Kheiu Sampan concerned crimes against humanity and genocide related to the forced movement of Buddhist population during the Khmer Rouge regime. The judgement was long overdue given the prosecution's choice to address the cultural dimension of genocide.<sup>136</sup> The Prosecutors submitted that, contrary to some jurisprudence, the destruction of the group does not need to be physical or biological to amount to genocide.<sup>137</sup> They contended that a group can "be deprived of its existence through the destruction of its specific traits [...] leading to the dissolution of its unity and/or collective identity in a fundamental and irremediable manner" citing the forcible transfer of children as relevant example, as it is criminalised under the Genocide Convention.<sup>138</sup> The Court, despite the allegation of the prosecution, concurred with the International Court of Justice and the ICTY. The reasoning finds its basis in the *travaux préparatoires* of the Genocide Convention and in the scope of the Convention itself to criminalise only such acts that aim to the physical or biological destruction of the group.<sup>139</sup> Judge You Ottara upheld a dissenting opinion on genocide, dealing specifically with cultural genocide and advocating in support of the recognition of the offence under international criminal law. He recognised the exclusion of the offence of cultural genocide from the Genocide Convention and subsequent international and hybrid criminal tribunal statutes. However, he upholds that additional motivations for genocide may exist, namely political, cultural or ideological.<sup>140</sup> In his view, non-physical or biological destruction can still amount to genocide,

---

<sup>133</sup> Though, it has to be noted that the International Criminal Court does not have jurisdiction on the episode as the ratification of the Rome Statute by the Afghan authorities took place in 2003.

<sup>134</sup> F. Francioni, F. Lazzarini, *The Destruction of the Buddhas of Bamiyan and International Law*, European Journal of International Law, Vol. 14, No. 4 (2003), p. 620.

<sup>135</sup> *Ibid*, p. 644.

<sup>136</sup> ECC, *Case 002/02*, Closing Order (Indictment), 15 September 2010.

<sup>137</sup> ECC, *Case 002/02*, Trial judgement, 29 March 2019, para. 800; *Ibid*, para. 799. The relevant jurisprudence is ICTY *Prosecutor v. Krstić*, ICTY *Prosecutor v. Karadžić*, ICJ *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, ICJ *Croatia v. Serbia*.

<sup>138</sup> *Ibid*.

<sup>139</sup> *Ibid*, para. 800.

<sup>140</sup> ECC, *Case 002/02*, Trial judgement, Judge You Ottara's Dissenting Opinion, 29 March 2019, para. 4470.

providing that the *actus reus* elements are proved.<sup>141</sup> Judge You Ottara concludes that, even if the intention of physically destroying a group is required by Article II of the Genocide Convention, the intention may be evidenced in a range of actions that do not necessarily entail physical or biological destruction.<sup>142</sup> He recalls that destruction of a group means obliteration of it and therefore it is consistent with the Convention to interpret in this broad sense the provision.<sup>143</sup>

The wording of the provisions in the ICTY Statute, Rome Statute and in the Law on the Establishment of the ECCC differs with regard to the crime of persecution and therefore it is not possible to find a common provision. Furthermore, in every conviction of an international tribunal condemning cultural heritage destruction, the acts were in connection with others falling under the crime of persecution or other crimes under the jurisdiction of the tribunal. Therefore, it cannot be concluded that acts of heritage destruction, if committed alone, could amount to the crime of persecution under international customary law. Still, the case law is consistent in affirming that, if such acts are committed alongside other crimes against humanity or war crimes, they can be prosecuted under the international crime of persecution. In conclusion, even though the punishment of those responsible for the attacks cannot restore cultural heritage damaged or destroyed, it can definitely have a fundamental role in addressing and reaffirming the values involved.

## 6. Syria: persecution against the Yazidis

Syria contains some of the most varied and important cultural heritage of the Mediterranean, representing the evolution and the coexistence of the different cultures that inhabited the Mediterranean in the past centuries. The news in recent years have been filled with episodes of heritage destruction occurred in Syria and Iraq during the course of the still undergoing conflict, mainly perpetrated by Daesh. The ancient ruins of Palmyra, the Crac des Chevaliers Castle, the Old Souk of Aleppo and the Old City of Apamea are only some of the atrocities committed against cultural heritage in the past years. UNESCO has consistently called upon all the actors involved to refrain from intentional destruction and illicit looting of cultural heritage from the territories of Syria and Northern Iraq but the results, after almost nine year of war, are devastating. The country hosts six World Heritage Sites and the vast majority of attention concerning the destruction of cultural property was referred to them.<sup>144</sup> However, it fundamental to underline that Syria also has a conspicuous national and local heritage that reflects the diversity of its

---

<sup>141</sup> *Ibid*, para. 4491.

<sup>142</sup> *Ibid*, para 4471-4490.

<sup>143</sup> *Ibid*, para. 4491.

<sup>144</sup> E. Cunliffe, N. Muhsen, M. Lostal, *The Destruction of Cultural Property in the Syrian Conflict: Legal Implications and Obligations*, *International Journal of Cultural Property*, Vol. 23 (2016), p. 3.

population.<sup>145</sup> The direct target of cultural heritage sites has multiple causes and forms. The majority of attention has been devoted to the Islamic iconoclasm but the reasons behind the episodes of heritage destruction are varied and different in nature.<sup>146</sup>

The richness of Syrian cultural heritage is, without doubts, inter-twisted with its diverse ethnic and demographic composition. Around 73% of the population is composed by Sunni Muslims, followed by a 12% of Alawi and a 10% of Christian. Important to note is also a large population of Kurds (around 10% of the population and the vast majority of them of Muslim religion) that inhabited the North-Eastern part of Syria and a small percentage of Yazidi, an ethnic group mostly spread in Iraq and Northern Syria that was severely affected during the conflict by Daesh. The ethnic and religious differences certainly played a role in how the conflict evolved and it can be mirrored in the profound reasons behind episodes of heritage destruction.

Focusing on heritage destruction when approaching a heinous and brutal conflict like the Syrian one (which war is not brutal?) seems, once again, to suggest that the physical damages rivals the human tragedy.<sup>147</sup> In reality, attacks against cultural, historical and religious heritage are often weaponised and serve as a mean of terror in operations steeped with ideology and carried out with discriminatory intent. Former UNESCO's Director General Irina Bokova called the phenomenon as a process of "cultural cleansing".<sup>148</sup> The term cultural cleansing refers to an intentional strategy that seeks to destroy cultural diversity through the deliberate targeting of individuals identified on the basis of their cultural, ethnic or religious background, combined with deliberate attacks on their places of worship, memory and learning.<sup>149</sup> Such attacks are both against physical, tangible and built expressions of culture such as monuments and buildings as well as against minorities and intangible heritage such as customs, traditions and beliefs. In Syria and Iraq the strategy implemented is exactly the same: destroy tangible and intangible cultural heritage to eradicate the presence of a group from a certain area.

As already recalled, in order to address destruction of cultural heritage as a crime against humanity the discriminatory intent of the perpetrator has to be proven. In addressing the perpetrated crimes, a focus on the religious minorities that inhabited the area, and in particular the Yazidis, will be provided.

Generally speaking, during the course of the conflict ISIL militants have been the protagonists of massacres, deportation, tortures, forcible transfers, summary executions, sexual violence and other inhuman acts against minorities, mainly Christians, Yazidis, Kurds, Shabak and Kakai.<sup>150</sup> Churches,

---

<sup>145</sup> *Ibid.*

<sup>146</sup> E. Cunliffe, N. Muhsen, M. Lostal, op. cit., *supra* note 143, p. 3.

<sup>147</sup> R. Burns, *Weaponising Monuments, International Review of the Red Cross*, Vol. 99, No. 3 (2017), p. 938.

<sup>148</sup> Report of the UNESCO International Conference, *Heritage and Cultural Diversity at Risk in Iraq and Syria*, UNESCO Headquarters, 3 December 2014.

<sup>149</sup> *Ibid.*

<sup>150</sup> See, among others: HRC Reports, A/HRC/27/CRP.3, para. 24-31; A/HRC/28/69, para. 39; A/HRC/28/18, para. 16-28; A/HRC/30/48, para. 110-128; A/HRC/31/68, para. 109-112; A/HRC/33/55, para. 89. For a detailed examination see: Minority Rights Group International, *From Crisis to Catastrophe: The Situation of Minorities in Iraq* of 14 October 2014, available

mosques, mausoleums and other buildings, symbols of their culture and expression of their identity have been targeted, destroyed and set on fire.<sup>151</sup> The most targeted minority seems to be the Yazidis that, since the summer of 2014, have suffered from a genocidal campaign put in place by the jihadist group. On 27<sup>th</sup> March 2015 the High Commissioner for Human Rights directly referred the situation as genocide and highlighted for the first time the correlation between the destruction of religious and cultural heritage sites by ISIS and persecution of minority groups, Yazidis and Shias in the first place.<sup>152</sup> Daesh has pursued a strategically planned campaign of destruction of cultural heritage that has taken the form of smashing artefacts in museums, iconoclastic breaking and bulldozing of archaeological sites, dynamiting shrines, tombs and other sacred buildings for local communities, burning libraries and archives.<sup>153</sup> Many of the actions when committed against a minority targeted group had the aim to discriminate and even to destroy the group itself through the eradication of their cultural roots. A brief examination of the peculiarities of the Yazidis minority will be provided to identify their characteristics and ascertain their status under international law as protected group according to their religious belief.

The Yazidis and other Christian minorities have a long-standing ethnic and religious identity in modern Syria and Northern Iraq where they inhabited the land for centuries and practiced their religion since the early ages of Christianity.<sup>154</sup> With the diffusion of Islam they acquired the *dhamni*, a regulated and protected status as non-Muslims that upfront the payment of some taxes permitted them to be protected and to freely profess their religion. Yazidism incorporates many elements of Zoroastrianism, Judaism, Christianity and Islam and believes in God as a relatively remote figure. Their contacts with God take place through seven Holy Beings, called the “Angels”, that represent emanations of the Divine.<sup>155</sup> The religion is still surrounded by mystery and enigmas, has its own philosophy and considers natural elements as sacred.<sup>156</sup>

Particularly relevant is their concern about purity, visible also in social practices and organisation: marrying outside one’s social grouping, living away or having personal relationships outside the Yazidi

---

at: [minorityrights.org/publications/from-crisis-to-catastrophe-the-situation-of-minorities-in-iraq-october-2014]; Minority Rights Group International, *No Way Home: Iraq’s Minorities on the Verge of Disappearance*, 4 July 2016, available at: [minorityrights.org/publications/no-wayhome-iraqs-minorities-on-the-verge-of-disappearance/], pp. 13 ss.; 42 ss; See also: United States Holocaust Memorial Museum, “Our Generation is Gone”. *The Islamic State’s Targeting of Iraqi Minorities in Ninewa*, (2015) available at: [<http://www.ushmm.org/m/pdfs/Iraq-Bearing-Witness-Report-111215.pdf>], p. 13 ss.

<sup>151</sup> M. Mancini, *La Furia dell’ISIS contro le Minoranze etniche e religiose: il genocidio degli Yazidi*, *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, Vol. 10, No. 3 (2016), p. 620.

<sup>152</sup> HRC, A/HRC/28/18, *Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the human rights situation in Iraq in the light of abuses committed by the so called Islamic State in Iraq and the Levant and associated groups of 27 March 2015*, para. 7, 24, 78.

<sup>153</sup> Minority Rights Group International, *No Way Home: Iraq’s Minorities on the Verge of Disappearance*, 4 July 2016, available at: [[minorityrights.org/publications/no-wayhome-iraqs-minorities-on-the-verge-of-disappearance/](http://minorityrights.org/publications/no-wayhome-iraqs-minorities-on-the-verge-of-disappearance/)], p. 19.

<sup>154</sup> E. Osborne, M. Dowd, R. McBrearty, *Intending the Worst: The Case of ISIS’s Specific Intent to Destroy the Christians of Iraq*, *Pepperdine Law Review*, Vol. 46, No. 3 (2019), p. 559.

<sup>155</sup> C. Allison, *The Yazidis*, Oxford Research Encyclopaedia, Oxford University Press (2019).

<sup>156</sup> S. De Vido, *Protecting Yazidi Cultural Heritage through Women: An international feminist law analysis*, *Journal of Cultural Heritage*, Vol. 33, p. 265.

community traditionally constituted grounds for ostracism.<sup>157</sup> In addition, to be considered part of the community a child needs to be born from both Yazidi parents.<sup>158</sup> This is fundamental in addressing the practice of mass sexual violence perpetrated by ISIL: being intimate with an outsider is cause for stigma and results in the expulsion of the woman from the group and if the violence results in the birth of a child, such child could not be considered Yazid. In this regard, given the practice of international tribunal, such practices could be described as genocide.<sup>159</sup> In the light of their characteristics, without doubt they constitute a religious group under the scope of application of the Genocide Convention and in the light of the definition given by the International Criminal Tribunal for Rwanda in *Akayesu* of group “whose members share the same religion, denomination or mode of worship”.<sup>160</sup>

Before the war, the Yazidi around the world amounted to approximately one million, around half of them in Northern Iraq and 15,000 in Syria, where they inhabited two main areas: Sheikhan, a collection of villages and towns to the northeast of Mosul, and Sinjar, a mountain to the northwest close to the border with Syria.<sup>161</sup> At the time of the writing, only some villages in Sheikhan remain uncompromised and the diaspora continues, with a strong concentration of Yazidis in Europe (in particular in Germany), Canada and the United States. The emigration is certainly having a negative impact on the preservation of the peculiarities of the population in the form of customs and traditions.<sup>162</sup>

To give an order to the discussion, firstly it will be analysed whether the crime of persecution is potentially applicable in the present scenario and later some considerations over genocide will be provided. With regard to persecution, as previously recalled, the destruction of cultural heritage is recognised as *actus reus* of the crime under consideration given the importance that culture bears as a fundamental right. Concerning the specific acts committed, important holy Yazidi mausoleums (Sheikh Babik, Sayeda Zeina, Sheikh Sin, Shaqsebat) and other less known temples dating back to XIV century had been attacked and bombed in 2015.<sup>163</sup> All these monuments were important pilgrimage sites and associated to major religious figures and Saints. Furthermore, the Mar Benham monastery, founded in the IV century, contained a plethora of Aramaic codes that together with the manuscripts of the Dominican monks of Mosul formed one of the most precious and ancient libraries in the Near East.<sup>164</sup> Luckily, all the manuscripts had been transferred for security and conservation issues just before the outbreak of the hostilities but the jihadist militias devastated the religious institutions destroying crosses, altars and

---

<sup>157</sup> *Ibid.*

<sup>158</sup> S. Ashraph, *Acts of Annihilation. Understanding the Role of Gender in the Crime of Genocide*, *Cairo Review of Global Affairs*, Vol. 24 (2017), pp. 61–69.

<sup>159</sup> See: ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, Judgement of 2 September 1998, para. 496; ICTR, *Prosecutor v. Njiramasubuko*, Amended Indictment of 1 March 2001, Count 2; ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Judgement of 2 August 2001, para. 509.

<sup>160</sup> ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, Judgement of 2 September 1998, para. 103.

<sup>161</sup> C. Allison, *op. cit.*, *supra* note 154.

<sup>162</sup> *Ibid.*

<sup>163</sup> P. Brusasco, *Dentro la Devastazione*, Milano, La Nave di Teseo (2018), pp. 84–88.

<sup>164</sup> *Ibid.*, p. 89.

religious statute, defacing graves and vandalising the premises. Mar Benham was later transformed into a military base given its strategic location 30 kilometres from Mosul and eventually attacked on 9 March 2015: due to the bombardments, now one of the oldest monasteries of the Assyrian Church is razed to the ground.<sup>165</sup> Furthermore, local churches were destroyed and people required to convert or to die: men were brutally killed whereas women and children forcible transferred in other locations or imprisoned in detention facilities.<sup>166</sup>

The most relevant issues to address are the contextual and mental elements required, as well as the consequences of the acts themselves. As previously analysed, in the reconstruction of the crime of persecution the provision enshrined in the Rome Statue requires a contextual element, namely the existence of a link between the acts of persecution and any other underlying offence within the jurisdiction of the Court itself, while such an element is not required in international customary law. However, given the specificities of the situation in which the crime has been allegedly perpetrated, the connection between persecution and other international crimes seems nonetheless.

Regarding the mental element, the *dolus specilis* required is the intent to discriminate on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law. In a report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic it is clearly highlighted how ISIS has sought to destroy the Yazidis through “cutting them off from beliefs and practices of their own religious community and erasing their identity as Yazidis”.<sup>167</sup> In examining the basis of the crime of persecution, the ICTY elaborated a fourfold approach: (i) an act or omission discriminated in fact on a prohibited ground in the sense that the victim is targeted because of his or her perceived membership in a group; (ii) the act or omission denied or infringed upon a fundamental right laid down in customary international law or treaty law; (iii) the act or omission constituted an act listed under Article 5 of the Statute, or was of equal gravity to the crimes listed in Article 5 ICTY Statute, whether considered in isolation or in conjunction with other acts; and (iv) the act or omission was carried out with the intention to discriminate on one of the prohibited grounds.<sup>168</sup>

The right to religious freedom has to be considered a fundamental right and the vast destruction of worship sites amounts certainly to persecution. Minority Rights Group, a London based NGO, has documented that minorities are also contending with the psychological impact of witnessing the destruction of their places of worship and other built cultural heritage and that potentially this, together with their forcible displacement could easily impact on the survival of their religious and cultural

---

<sup>165</sup> *Ibid*, p. 91.

<sup>166</sup> HRC, A/HRC/32/CRP.2 of 15 June 2016, Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic: “*They came to destroy*”: *ISIS Crimes Against the Yazidis*.

<sup>167</sup> *Ibid*, para. 202.

<sup>168</sup> S. Brammertz, K.C. Hughes, A. Kipp, W.B. Tomlianovich, op. cit., *supra* note 64, p. 1160.

traditions.<sup>169</sup> Moreover, heritage destruction can be relevant in persecuting genocide against the Yazidi minority in the light of the case law of the ICTY and the International Court of Justice. The so called *Krstić* approach recalls that “where there is physical or biological destruction, there are often simultaneous attacks on the cultural and religious property and symbols of the targeted group as well, attacks which may legitimately be considered as evidence of an intent to physically destroy the group”.<sup>170</sup> The same view was reaffirmed by the International Court of Justice in the 2015 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)* judgement.<sup>171</sup> Therefore, it could be affirmed that the attacks against cultural heritage of Yazidi amount to persecution and can serve as evidence to prove the genocidal intent to destroy, in whole or in part, the targeted group.

## 7. Conclusions

The case law of the ICTY has consistently recognised attacks against cultural heritage to constitute the *actus reus* of persecution, as stated in *Blaškić, Kupreškić et al.* and *Kordić and Čerkez*. Given the importance that culture bears for a population, the Tribunal’s jurisprudence specifically recognised destruction of religious sites and cultural monuments as persecution when committed with discriminatory intent. Thereby, the ICTY has fundamentally contributed to the definition of the elements of the crime of persecution when committed through attacks against cultural heritage. Previously, also the IMT and the District Court of Jerusalem in the case against Eichmann had found that destruction of cultural property can amount to persecution. Noteworthy, Al Hassan is charged before the ICC with the crime of persecution committed through, among other, the destruction of the Sufi Mausoleum in Timbuktu, Mali in 2004.

However, the wording of the provisions in the ICTY Statute, Rome Statute and other internationalised tribunals differs and therefore it is not possible to conclusively find a common provision. Furthermore, in every conviction of an international tribunal condemning cultural heritage destruction, the acts were committed among others falling under the crime of persecution or other crimes under the jurisdiction of the tribunal. Therefore, it cannot be concluded that acts of heritage destruction, if committed alone, can amount to the crime of persecution under international customary law. However, the case law is

---

<sup>169</sup> Access Minority Group reports here: [<https://minorityrights.org/publications/>].

<sup>170</sup> ICTY *Prosecutor v. Krstić*, Trial Judgement, 2 August 2001, para. 580.

<sup>171</sup> ICJ, *Application of the Genocide Convention (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgement of 16 February 2007, para. 344.

consistent in affirming that, if such acts are committed alongside other crimes against humanity or war crimes, they can be prosecuted under the international crime of persecution.

In conclusion, even though the punishment of those responsible for the attacks cannot restore cultural heritage damaged or destroyed, it can definitely have a fundamental role in addressing and reaffirming the values involved. Notably, the vast majority of international obligations concerning cultural heritage protection refer to armed conflicts and belligerent occupation. Thus, the existing legal framework is characterised by a vacuum in this regard and the crime of persecution could be the ground upon which to provide accountability for episodes of heritage destruction occurred during peacetime.

With regard to genocide, international courts are consistent in affirming that episodes of heritage destruction can amount to evidence of genocidal intent as part of the required *mens rea*. In *Krstić*, the ICTY ruled that attacks against the cultural and sociological characteristics of a human group often have the aim to annihilate the group itself but cannot fall within the definition of genocide. However, episodes of attacks against cultural or religious property or symbols of the group can integrate the genocidal intent and be considered as evidence of the intent to physically or biologically destroy the group.<sup>172</sup> The so called *Krstić* approach was replicated by the International Court of Justice in the case *Bosnia-Herzegovina v. Serbia* and by the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia in the recent *Case 002/02*.

Therefore, the current international practice does not warrant the conclusion that the crime of genocide encompasses the concept of cultural genocide. The history of codification of the crime of genocide underlines, as Novic states, a precise selective intent to consider the crime as the “crime of crimes” and therefore interpreting it restrictively.<sup>173</sup> The purposely exclusion of cultural harm from the definition of the crime of genocide however should be seen as the opportunity to concentrate the effort in the criminalisation of the conducts under different titles, such as the crime of persecution. Moreover, persecution requires a less difficult proof of the mental element (intent to discriminate instead of intent to destroy) and therefore can be more effective in the fight against impunity.

The category of cultural genocide could therefore be regarded as not only alien from the current international legal framework, but also without practical application given the opportunity to address the issue with different international legal instruments.

---

<sup>172</sup> ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Trial Judgement, 2 August 2001, para. 580.

<sup>173</sup> E. Novic, op. cit., *supra* note 49, p. 240.



## **I trattamenti di dati personali effettuati dalla P.A. alla luce del Regolamento UE 679/2016**

A cura di **Dott. Christian D'Orazi**<sup>1</sup>

### **ABSTRACT**

Il presente contributo si prefigge l'obiettivo di analizzare la disciplina dei trattamenti di dati personali svolti in ambito pubblicistico, da parte di soggetti inquadrabili nella nozione di "pubblica amministrazione", intesa in senso lato. L'analisi svolta prende le mosse dalla considerazione secondo cui la disciplina di riferimento – il GDPR e la normativa interna di attuazione – non prevede sostanziali differenze in considerazione della natura soggettiva del titolare del trattamento, ma si focalizza sulla base giuridica del rapporto-trattamento. Ciò trova giustificazione, nella prospettiva che segue, nella circostanza che tutti i rapporti giuridici rientranti nella categoria di "trattamento di dati personali" recano in sé l'elemento della soggezione dell'interessato al potere del titolare. Ciononostante, l'entrata in vigore del GDPR e della normativa domestica attuativa ha inciso non marginalmente sulla disciplina dei procedimenti amministrativi incidenti su profili di riservatezza e protezione dei dati personali, tanto da un punto di vista sostanziale, quanto da quello formale-procedurale. In un tale contesto spetta all'interprete e al formante giurisprudenziale, definiti i punti di frizione fra la normativa interna in materia amministrativa e quella multilivello sulla privacy, ridefinire un nuovo equilibrio fra la tutela dei diritti dell'interessato, nella sua duplice accezione di soggetto passivo di un trattamento di dati personali e di individuo parte di un procedimento amministrativo.

### **PAROLE CHIAVE**

Privacy – Dati personali – Pubblica Amministrazione – GDPR

---

<sup>1</sup> Il Dott. Christian D'Orazi si è laureato *cum laude* presso la Luiss – Guido Carli, dopo aver discusso una tesi in diritto costituzionale. Attualmente svolge la pratica forense e si occupa prevalentemente di diritto civile e amministrativo. Al contempo, collabora con la cattedra di diritto costituzionale presso la medesima università (Prof. Gino Scaccia). È autore di articoli scientifici e note di commento in materia, fra l'altro, di diritto amministrativo, diritto costituzionale e diritto contabile.

**Sommario:** 1. La tendenziale irrilevanza della natura soggettiva del titolare del trattamento – 2. L'incidenza dell'attività amministrativa sul diritto alla riservatezza e alla protezione dei dati personali: il regime delle banche dati pubbliche – 3. Il principio di trasparenza amministrativa, il diritto di accesso e la tutela della privacy – 3.1. Segue: profili problematici posti dal GDPR in relazione alla disciplina domestica in materia di diritto di accesso – 4. Altre applicazioni del principio di trasparenza amministrativa: la sentenza 20/2019 della Corte Costituzionale – 5. Conclusioni.

## 1. La tendenziale irrilevanza della natura soggettiva del Titolare del trattamento

Il GDPR, e sulla scorta di questo il Codice privacy italiano, come novellato dal d.lgs. 101/2018, non fissa una disciplina differenziata per i trattamenti effettuati per finalità pubbliche<sup>2</sup>, salvo le eccezioni, pur rilevanti, costituite dalla necessità di prevenire reati, tutelare la pubblica sicurezza e combattere il terrorismo.<sup>3</sup>

Il criterio seguito dal legislatore europeo è di natura squisitamente oggettivo<sup>4</sup>: ciò che importa non è l'identità o la qualifica del titolare, ma piuttosto il modo d'essere del trattamento, ivi incluso certamente la tipologia di dati trattati.

Ciò è reso evidente dall'art. 6 del Regolamento, il quale contempla fra le basi giuridiche del trattamento la necessità di eseguire «un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento» (art. 6, par. 1, lett. e)). La formula è chiaramente applicabile non solo ai trattamenti effettuati dalle Pubbliche Amministrazioni in senso stretto, ma anche da ogni altro soggetto al quale sono attribuiti compiti<sup>5</sup> o incombenze, anche contingenti, di rilievo pubblicistico.<sup>6</sup>

---

<sup>2</sup> Ne è dimostrazione l'avvenuta abrogazione ad opera del d.lgs. 101/2018 del Titolo III, Capo II del Codice privacy, rubricato "Regole ulteriori per i soggetti pubblici". Resta invece in vigore, seppur parzialmente modificato, il Titolo IV (rubricato "Trattamenti in ambito pubblico"), oggi composto dai soli Capi I e II; abrogati, invece, i Capi III, IV e V, che contenevano discipline più settoriali. Sul tema, diffusamente, G. Finocchiaro (a cura di), *La protezione dei dati personali in Italia*, Zanichelli, Bologna, 2019, p. 194 ss.

<sup>3</sup> Tali materie sono specificamente disciplinate dalla direttiva (UE) 2016/680, espressamente richiamata anche dal considerando 16 del GDPR. Sul tema si rimanda a L. Bolognini, E. Pelino, C. Bistolfi, *Il Regolamento privacy europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 27ss.

<sup>4</sup> Cfr. A. Zappia, *Il trattamento di dati personali in ambito pubblico*, in AA. VV., *Privacy e dati personali*, Key, Milano, 2018.

<sup>5</sup> Sulle difficoltà applicative della presente condizione di liceità, in ragione dell'esistenza di trattamenti di dati personali effettuati per finalità pubbliche non tecnicamente configurabili come "compiti di interesse pubblico" si rimanda a WP, op. 6/2014; e al commento di L. Bolognini, E. Pelino, C. Bistolfi, *op. cit.*, 291-292.

<sup>6</sup> Sul punto si v. anche il considerando 45 GDPR, il quale prevede che «[...] Dovrebbe altresì spettare al diritto dell'Unione o degli Stati membri stabilire se il titolare del trattamento che esegue un compito svolto nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri debba essere una pubblica autorità o altra persona fisica o giuridica di diritto pubblico o, qualora sia nel pubblico interesse, anche per finalità inerenti alla salute, quali la sanità pubblica e la protezione sociale e la gestione dei servizi di assistenza sanitaria, di diritto privato, quale un'associazione professionale».

L'inserimento di questa particolare base giuridica non è, peraltro, di scarso rilievo, atteso che, in sua assenza, sarebbe stato possibile legittimare i trattamenti di dati personali in ambito pubblico evocando la necessità di adempiere ad un obbligo legale imposto al titolare del trattamento (art. 6, par. 1, lett. c)).<sup>7</sup>

In effetti, questa considerazione si basa sull'interpretazione, oggi largamente maggioritaria, del principio di legalità (cd. in senso sostanziale), la quale, com'è noto, individua in esso il "limite positivo" dell'agire amministrativo, nel senso che il potere dell'Amministrazione, per potersi considerare legittimo, deve essere previsto in astratto da una norma di legge, nonché definito nei suoi presupposti e modalità di esercizio.<sup>8</sup>

Tuttavia, l'attività amministrativa non può essere considerata nella sua interezza come l'oggetto di un obbligo legale, posto che la discrezionalità è un connotato essenziale dell'amministrare, e che esistono una serie di attività di interesse pubblico il cui esercizio è costruito dalla norma attributiva del potere come oggetto di una facoltà, e non di un obbligo.

È proprio in relazione ad esse ed ai connessi trattamenti di dati personali che, per ragioni di chiarezza e coerenza normativa, si rende necessaria la previsione di un'apposita base giuridica, quale risulta quella prevista dall'art. 6, par. 1, lett. e), GDPR.

Esigenze di rispetto del principio di legalità in senso sostanziale emergono anche nel settore della protezione dei dati personali, come dimostra la puntualizzazione contenuta nel considerando 45, a mente della quale i trattamenti che trovano la propria base giuridica nell'art. 6, par. 1, lett. c) ed e), GDPR devono basarsi sul diritto dell'Unione o di uno Stato membro.<sup>9</sup>

L'art. 6, par. 1, GDPR, inoltre, esclude che i soggetti pubblici nell'esecuzione dei propri compiti possano trattare dati personali ricorrendo al legittimo interesse come condizione di liceità: con ciò si evidenzia come la base giuridica di cui all'art. 6, par. 1, lett. e) è, per siffatti trattamenti, tendenzialmente assorbente rispetto ad ogni altra, in quanto la norma sembra introdurre una presunzione di prevalenza dell'interesse (pubblico) del titolare, esonerando quest'ultimo da ogni ulteriore attività valutativa o ponderativa. In realtà, attraverso un'analisi più approfondita, può notarsi che anche i trattamenti effettuati per finalità pubblicitarie da Amministrazioni dello Stato non vanno esenti da operazioni di bilanciamento, posto che in essi si riverbera la tensione irriducibile fra potere pubblico e diritti dei privati: la peculiarità risiede nel fatto che, in tali casi, la ponderazione in esame non viene svolta dal titolare del trattamento, bensì

---

<sup>7</sup> Si noti, come rileva anche L. Bolognini, E. Pelino, C. Bistolfi, *op. cit., loc. cit.*, che «a differenza della disciplina previgente, ai soggetti pubblici risulta ora inapplicabile la clausola di esonero per legittimo interesse».

<sup>8</sup> La letteratura sul punto è sterminata: in questa sede è sufficiente rimandare a M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 64 ss. In generale, sul principio di legalità, si v. M. Vogliotti, *Legalità*, in *Annali*, VI, 2013, *passim*.

<sup>9</sup> Prima della novella introdotta dal d.lgs. 101/2018, l'art. 19, c.3 del Codice privacy (oggi abrogato) stabiliva che «La comunicazione da parte di un soggetto pubblico a privati o a enti pubblici economici e la diffusione da parte di un soggetto pubblico sono ammesse unicamente quando sono previste da una norma di legge o di regolamento», dimostrando attenzione alle esigenze di rispetto del principio di legalità.

direttamente dal legislatore ed è consacrata nella norma attributiva del potere dell'Amministrazione, in ossequio al principio di legalità sostanziale.

Questa conclusione trova conforto anche in altro dato testuale. In particolare, l'art. 9, par. 2, lett. g), con riferimento ai "trattamenti di categorie particolari di dati personali"<sup>10</sup>, pone come possibile condizione di liceità i "motivi di interesse pubblico rilevante", a patto che: *i)* siano previsti dal diritto dell'Unione o degli Stati membri; *ii)* siano proporzionati alla finalità perseguita dal trattamento; *iii)* la norma che li prevede rispetti "l'essenza del diritto alla protezione dei dati personali"; *iv)* siano approntate misure *appropriate e specifiche* a tutela dell'interessato.

Si tratta, dunque, di una riserva di legge relativa rinforzata per contenuto, con la conseguenza che, qualora uno Stato membro, nel proprio ordinamento interno, dovesse individuare con legge un interesse pubblico rilevante, abilitando l'Amministrazione ai relativi trattamenti di dati personali cd. "sensibili", la legge medesima dovrebbe essere dichiarata illegittima nell'ipotesi in cui difetti degli elementi anzidetti.<sup>11</sup>

Il legislatore europeo si mostra, altresì, consapevole della particolarità dei trattamenti di dati personali effettuati per finalità pubblicistiche e, sebbene non appresti, come si è detto, una disciplina differenziata, consente agli Stati membri di prevedere deroghe puntuali in settori delicati.

Così, ad esempio, il considerando 20, dopo aver ribadito che il Regolamento si applica anche ai trattamenti effettuati da Autorità giudiziarie nell'esercizio delle proprie funzioni, stabilisce che, in relazione ad essi, "il diritto dell'Unione o degli Stati membri potrebbe specificare le operazioni e le procedure di trattamento": ciò, in particolare, anche per evitare ingerenze del Garante *privacy* in settori e materie riservate ad altro potere dello Stato.

Altra importante precisazione proviene dal considerando 31, il quale, concludendo comunque nel senso che anche le Autorità pubbliche devono rispettare le norme in materia di protezione dei dati personali «secondo le finalità del trattamento», esonera talune Amministrazioni, come ad esempio le Autorità fiscali e doganali e le Autorità amministrative indipendenti, dall'essere considerate destinatarie ai sensi del GDPR nelle ipotesi in cui gli siano comunicati dati personali per lo svolgimento di attività d'indagine che rientrano nella loro missione istituzionale.

## **2. L'incidenza dell'attività amministrativa sul diritto alla riservatezza e alla protezione dei dati personali: il regime delle banche dati pubbliche**

---

<sup>10</sup> In precedenza noti con la denominazione di "dati sensibili".

<sup>11</sup> Si sottolinea come, nell'ipotesi in questione, il giudice comune chiamato ad applicare la norma interna che non preveda gli elementi anzidetti – e quindi contrasti con l'art. 9, par. 2, lett. g) del GDPR – dovrebbe sollevare incidentalmente questione di legittimità costituzionale, e non potrebbe limitarsi a disapplicare la legge interna, difettando la norma euro-unitaria di efficacia diretta (*ex multis*, Corte Cost. 227/2010; 284/2007; 170/1984).

Posto che per il GDPR risulta, almeno tendenzialmente, irrilevante la circostanza che il trattamento dei dati personali sia svolto o meno da una Pubblica Amministrazione, la pratica amministrativa, e taluni istituti diretti a regolarla, per loro natura, evidenziano una frizione tra il diritto alla protezione dei dati personali e i principi fondamentali del diritto amministrativo.

L'esercizio efficiente ed efficace delle pubbliche funzioni postula, a monte, la conoscenza approfondita da parte dell'Amministrazione della realtà da governare. Questo comporta che la possibilità di acquisire masse enormi di informazioni e dati si pone come un connotato essenziale dell'azione della PA<sup>12</sup>, garantita dall'art. 97 Cost., ed è idonea a tradursi in un vantaggio anche per cittadini ed imprese.

Non tutti i dati trattati dalle Amministrazioni sono tecnicamente "dati personali", tuttavia una larga parte degli stessi rientrano in tale nozione: si pensi, a mero titolo esemplificativo, ai dati trattati dall'Anagrafe civile o tributaria.

In relazione ad essi, i trattamenti effettuati sono per così dire "funzionalizzati"<sup>13</sup>, nel senso che il potere di svolgere le operazioni di trattamento deve – per le ragioni già esposte – essere previsto dalla legge e perseguire le finalità da essa indicate.

In quest'ottica ne deriva, anche alla luce del processo di digitalizzazione che ormai da anni sta investendo la PA<sup>14</sup>, una sempre più frequente creazione di database condivisi da più enti pubblici, contenenti, fra gli altri, ingenti moli di dati personali.

L'esatta qualificazione giuridica di tali banche dati<sup>15</sup>, atteso che gli elementi di cui esse si compongono risultano a tutti gli effetti beni immateriali, ruota attorno al citato concetto di funzionalizzazione.<sup>16</sup> E', infatti, proprio su di esso che la giurisprudenza di legittimità<sup>17</sup> fa costantemente leva per stabilire la natura demaniale di un bene<sup>18</sup>, ai sensi dell'art. 822 cod. civ.

---

<sup>12</sup> L'argomento è efficacemente descritto da G. Carullo, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 22.

<sup>13</sup> L'espressione è presente *ivi*, 202.

<sup>14</sup> Cfr. d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (Codice dell'Amministrazione Digitale; per brevità, di seguito, "CAD"), più volte successivamente modificato.

<sup>15</sup> In argomento, si segnala V. Falce, *L'insostenibile leggerezza delle regole sulle banche dati nell'Unione dell'innovazione*, in *Riv. dir. ind.*, 4, 2018, 377 ss., *passim*.

<sup>16</sup> Sul tema della funzionalizzazione del trattamento dei dati personali, v anche N. Vettori, *Valori giuridici in conflitto nel regime delle forme di accesso civico*, in *Dir. amm.*, 3, 2019, p. 539 ss.; C. M. Bianca, *Nota introduttiva*, in C. M. Bianca, F. D. Busnelli (a cura di), *La protezione dei dati personali. Commentario*, I, 2007, XXIII; R. Panetta, *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, Giuffrè, Milano, I, 2006, p. 462 ss. Per un approccio problematico sull'argomento, v. A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali Parte speciale*, Cedam, Padova, 1992, p. 423 ss., secondo cui «La funzionalizzazione comporta infatti l'attribuzione al soggetto di poteri destinati a realizzare interessi estranei alla sua sfera e riconducibili a terzi. È proprio questo legame strumentale che introduce la tecnologia del dovere e quindi la logica del controllo sulla finalizzazione dell'attività – "funzionalizzata". Una situazione così conformata prospetta evidenti – e insuperabili – problemi di compatibilità con la struttura di una posizione giuridica di libertà».

<sup>17</sup> V., *ex multis*, Cass., 20 ottobre 1997, n. 10253, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 1962, secondo cui «quando non si tratta di beni del demanio necessario, la demanialità è una qualifica che attiene alla destinazione concreta del bene e alla sua caratterizzazione funzionale secondo taluna delle varie destinazioni ad uso pubblico previste dalla legge per ciascuna delle categorie dei beni demaniali».

<sup>18</sup> In generale, sui beni demaniali v. A. Police, A. L. Tarasco, *Commento all'art. 822 cod. civ.*, in A. Jannarelli, F. Macario, *Commentario del Codice Civile*, Utet, Torino, 2012, p. 97 ss.

In particolare, le banche dati potrebbero considerarsi beni “a destinazione naturale”<sup>19</sup>, in quanto non necessario un provvedimento amministrativo che ne riconosca la pubblica funzione, posto che essa discende direttamente dalla legge; e riconducibili alle «raccolte [...] degli archivi» di cui all’art. 822, comma 2, cod. civ..

Per giunta, l’ordinamento sembra imputare espressamente alla PA la titolarità dei dati appartenenti alle raccolte: così si esprime, infatti, sia l’art. 2, c. 1, lett. i) d.lgs. 36/2006, sia l’art. 1, c. 1, lett. cc) CAD, a mente di quali è “titolare del dato”<sup>20</sup> l’ente pubblico «che ha originariamente formato per uso proprio o commissionato ad altro soggetto il documento che rappresenta il dato, o che ne ha la disponibilità».

Naturalmente, una lettura costituzionalmente orientata della norma, anche considerata la normativa – europea e nazionale – in materia di protezione dei dati personali, non può che condurre ad interpretare la norma nel senso che l’Amministrazione, la quale ha avuto per prima la disponibilità del dato o del documento lo stesso, è tenuta, ove richiesta e ove sussistano le condizioni legalmente previste, a trasmetterlo ad altra Amministrazione o ai privati. In questa direzione sembra deporre anche l’art. 50 CAD, il quale dispone che «i dati delle pubbliche amministrazioni» (cioè quelli di cui esse sono *titolari* ai sensi dell’art. 1, c. 1, lett. cc) del medesimo Codice) «sono formati, raccolti, conservati, resi disponibili e accessibili [...] alle condizioni fissate dall’ordinamento, da parte delle altre pubbliche amministrazioni e dai privati», salvo i limiti imposti dalla legge, fra cui quelli in materia di protezione dei dati personali.

Dalla natura demaniale delle banche dati pubbliche discendono importanti conseguenze, come, ad esempio, l’impossibilità per la PA di alienare le stesse, stante i divieti imposti dagli art. 823 e 826 cod. civ.. Inoltre, il tema offre interessanti spunti di riflessione sulla possibilità di configurare il diritto di accesso, che di seguito si analizzerà, ai database pubblici in termini di interesse legittimo, atteso che la presa di visione o l’estrazione di copia di un documento amministrativo si sostanzia in un uso da parte del richiedente legittimato di un bene demaniale, in maniera non dissimile a quanto avviene con l’utilizzo di una strada pubblica.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> Secondo la formula utilizzata da F. Francario, *Privatizzazioni, dismissione e destinazione “naturale” dei beni pubblici*, in *Dir. amm.*, 1, 2004.

<sup>20</sup> Per chiarezza espositiva, va sottolineata la differenza fra “titolare del dato”, il quale, come si è detto, è «l’ente pubblico che ha originariamente formato per uso proprio o commissionato ad altro soggetto il documento che rappresenta il dato, o che ne ha la disponibilità» (art. 1, c. 1, lett. cc, CAD) e “titolare del trattamento”, definito come la «persona fisica o giuridica, l’autorità pubblica, il servizio o altro organismo che, singolarmente o insieme ad altri, determina le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali; quando le finalità e i mezzi di tale trattamento sono determinati dal diritto dell’Unione o degli Stati membri, il titolare del trattamento o i criteri specifici applicabili alla sua designazione possono essere stabiliti dal diritto dell’Unione o degli Stati membri» (GDPR, art. 4, par. 1, n.7)). Sulla nozione di “titolare del trattamento”, anche nelle sue differenze con quella di “responsabile del trattamento”, si rimanda approfonditamente a L. Bolognini, E. Pelino, C. Bistolfi, *op. cit.*, p. 123 ss; v. anche C. Del Federico, A. R. Popoli, *Capitolo 2. Le definizioni*, in G.. Finocchiaro (a cura di), *op. cit.*, p. 94 ss; L. Greco, *Capitolo 11. L’organigramma privacy: i soggetti del trattamento*, *ivi*, p. 321 ss.

<sup>21</sup> Per questa tipologia di beni la giurisprudenza ha da tempo riconosciuto che i privati utilizzatori degli stessi versino in una posizione di interesse legittimo, senza vantare un diritto soggettivo: cfr. Cass., 26 agosto 2005, n. 17382; Cass. 18 luglio 2003, n. 11242. In tema di diritto di accesso è nota la disputa dottrinale e giurisprudenziale fra chi ritiene che si tratti di un diritto soggettivo e chi propende per una ricostruzione in termini di interesse legittimo.

### 3. Il principio di trasparenza amministrativa, il diritto di accesso e la tutela della privacy

L'intera architettura costituzionale della Pubblica Amministrazione si regge sui principi del buon andamento e dell'imparzialità, enunciati, com'è noto, dall'art. 97 Cost., e ribaditi a livello europeo dall'art. 41 Carta di Nizza.

In particolare, il principio di imparzialità si ricollega anche all'art. 3 Cost. e vieta all'agire amministrativo di effettuare favoritismi ingiusti nei confronti di un soggetto, in danno all'interesse pubblico.

Funzionale al principio di imparzialità risulta essere il principio di trasparenza. Esso è menzionato dall'art. 1 della legge 241/1990, come novellata dalla Legge 11 febbraio 2005, n. 15 ed è preordinato ad eliminare eventuali veli di opacità e segretezza dietro cui potrebbero annidarsi fenomeni di corruzione, mercificazione o, comunque, sviamento della funzione pubblica. L'intento è quello di trasformare l'Amministrazione in una "casa di vetro", secondo la nota formula adoperata da Filippo Turati nel 1908. Il principio di trasparenza è, per sua natura, idoneo ad entrare in collisione con il diritto alla protezione dei dati personali, in quanto l'ostensione totale delle informazioni detenute dalla PA comporterebbe l'annullamento e la lesione del diritto dell'interessato al controllo dei propri dati personali. Ciò, peraltro, non soddisferebbe alcun interesse pubblico, bensì mere curiosità, alimentando e favorendo ingerenze inaccettabili nella vita privata degli individui cui le informazioni si riferiscono.

Per tale ragione la trasparenza deve continuamente confrontarsi con il diritto alla riservatezza e le istanze di protezione dei privati.<sup>22</sup> Così, gli istituti previsti dall'ordinamento per rendere effettivo il principio in esame sono chiamati ad operare un delicato bilanciamento fra l'interesse alla pubblica conoscenza e quello al privato riserbo.

Preme ora evidenziare come il concetto di trasparenza appaia labile e sfocato e che esso si presti ad essere utilizzato in contesti e con finalità molto diversi. Limitandoci all'oggetto della presente indagine, è possibile notare come, se da un lato la trasparenza figura come un (corollario di un) principio fondamentale dell'attività amministrativa, dall'altro esso risulta anche un principio ordinante la materia della protezione dei dati personali, espressamente previsto dall'art. 5, par. 1, lett. a) GDPR.

Se, dunque, è vero che l'Amministrazione, in quanto tale, deve agire trasparentemente nei confronti della generalità dei consociati amministrati, è altrettanto vero che, in quanto titolare di trattamenti di dati personali, ad essa è imposto di comportarsi con trasparenza nei rapporti con gli individui interessati.

Singolarmente, l'applicazione dello stesso principio, in ambiti differenti, produce risultati dissimili. Ciò che muta è il soggetto nel cui interesse è posto l'onere di trasparenza: in un caso la generalità dei consociati, nell'altro l'interessato al trattamento di dati personali.

---

<sup>22</sup> Il Garante privacy nel parere 7 febbraio 2013, n. 49 [doc web. n. 2243168] sostiene che il diritto alla riservatezza e alla protezione dei dati personali si pongono quali "limiti esterni" al principio di trasparenza.

L'istituto che in origine si intendeva preordinare a tutela della trasparenza è il diritto di accesso.<sup>23</sup> Esso fu introdotto in via generale, salve pregresse applicazioni settoriali<sup>24</sup>, dal Capo V (artt. 22 ss.) della legge 241/1990. Il diritto in questione stravolse il modo d'intendere la Pubblica Amministrazione, la cui attività era, in precedenza, dominata dal principio di segretezza e non divulgazione.<sup>25</sup>

Nel testo originario, l'art. 22 l. 241/90 sembrava delineare un vero e proprio strumento di controllo da parte dei cittadini sull'attività amministrativa. Infatti, legittimato all'accesso era «chiunque» avesse un «interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti». Com'è di tutta evidenza, l'interesse sulla cui base si richiedeva l'accesso non era in alcun modo qualificato dalla legge, e ciò consentiva di inoltrare istanze dalle quali il cittadino non avrebbe conseguito un effettivo vantaggio.

Si comprese in breve tempo che il controllo dal basso dell'attività amministrativa non poteva basarsi su un istituto così penetrante e potenzialmente lesivo anche del diritto alla riservatezza degli individui. Di conseguenza, con la novella introdotta dalla l. 15/2005, il legislatore, recependo orientamenti giurisprudenziali consolidatisi nel corso degli anni, sottopose il Capo V della l. 241/1990 a una profonda revisione.

Dopo aver inserito al primo comma dell'art. 22 una serie di importanti definizioni, coerentemente con la tecnica di *drafting* legislativo europeo, la novella ha qualificato l'accesso come «principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza»; risulta invece espressamente esclusa dall'art. 24, comma 3, la finalità di controllo generalizzato dell'operato della PA.

Inoltre, la platea dei soggetti legittimati al suo esercizio è stata limitata a «tutti i soggetti privati» portatori di un «interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso». L'istante è tenuto a motivare la propria richiesta ai sensi dell'art. 25, comma 2.

Per quel che più rileva in questa sede, l'oggetto del diritto di accesso sono tutti i documenti detenuti da una PA e concernenti attività di pubblico interesse, ad esclusione, fra gli altri, dei documenti indicati da regolamento governativo, allo stato ancora non emanato, riguardanti «la vita privata o la riservatezza» di persone fisiche o giuridiche.

L'art. 24, comma 7, inoltre, limita l'accesso ai casi in cui esso è «*strettamente necessario*», qualora il documento di cui si richiede l'ostensione contenga dati sensibili o giudiziari di terzi.

---

<sup>23</sup> In generale, sul diritto di accesso, v. R. Garofoli, G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, Nel diritto editore, Roma, 2008, p. 521 ss.; E. Casetta, *op. cit.*, p. 451 ss.; F. G., Scoca, *Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 270 ss.; V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2010.

<sup>24</sup> Ad esempio, in materia di enti locali, v. art. 25, l. 27 dicembre 1985, n. 816; in materia ambientale, v. art. 14, l. 8 luglio 1986, n. 349, istitutiva del Ministero dell'Ambiente; in materia urbanistica, v. art. 31, l. 17 agosto 1942, n. 1150, come modificato dall'art. 10, l. 6 agosto 1967, n. 765.

<sup>25</sup> Per una esauriente analisi del principio di segretezza che informava la PA precedentemente alla l. 241/1990 si rinvia al fondamentale G. Arena, *Il segreto amministrativo*, CEDAM, Padova, 1983, *passim*.

Peraltro, l'art. 3 d.p.r. 184/2006<sup>26</sup>, colmando una lacuna propria sia della l. 241/1990, sia del Codice privacy, è volto a tutelare la posizione dei cd. "controinteressati"<sup>27</sup>, ai quali la PA cui è presentata l'istanza di accesso deve inviare comunicazione, al fine di consentirgli, entro 10 giorni dalla stessa, di opporsi motivatamente all'accesso. Per di più, l'art. 5 del suddetto decreto stabilisce che, qualora la PA riscontri la presenza di controinteressati, è obbligata a richiedere all'istante di presentare richiesta di accesso formale, con conseguente avvio di un vero e proprio procedimento amministrativo.

Il Codice privacy, dal canto suo, non deroga, per quanto concerne i dati "comuni", la disciplina generale del diritto di accesso posta dalla l. 241/1990, cui invece fa espressamente rinvio nell'art. 59. Invece, in relazione ai "dati genetici, relativi alla salute, alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona", il successivo art. 60 stabilisce che la richiesta di accesso può essere accolta solo se la situazione da tutelare attraverso la stessa consista in un diritto o in una libertà fondamentale del richiedente, o comunque sia almeno di pari rango rispetto ai diritti del controinteressato.<sup>28</sup> naturalmente una tale valutazione spetta in via esclusiva all'Amministrazione stessa, i cui poteri valutativi sono, in questo senso, di gran lunga più penetranti rispetto a quelli riconosciuti ai titolari di trattamento privati.

Questi ultimi, infatti, non possono valutare richieste di accesso da parte di soggetti diversi dagli interessati, né su di essi incombe un obbligo legale generale di ostensione di documenti, quale è quello imposto all'Amministrazione in base al principio di trasparenza e tutelabile attraverso l'accesso.

Si consideri, poi, che la decisione della PA sulla richiesta di accesso a documenti che contengano dati personali di terzi è potenzialmente idonea di per sé a creare un danno al controinteressato, in ragione del fatto che il ricorso al Giudice amministrativo, al quale è attribuita in questa materia giurisdizione esclusiva, può essere presentato solo successivamente, entro 30 giorni, alla «conoscenza della determinazione impugnata»<sup>29</sup>.

Posto, dunque, che la disciplina sul diritto d'accesso è contenuta interamente nella l. 241/1990, e nei decreti che la attuano, salvo i casi particolari sopra menzionati, vi è da chiedersi se l'entrata in vigore del GDPR abbia comportato una rivisitazione dell'istituto, nel senso di valorizzare e massimizzare la tutela della riservatezza dei controinteressati.

---

<sup>26</sup> Si tratta del Decreto del Presidente della Repubblica, 12 aprile 2006, n. 184, "Regolamento recante disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi".

<sup>27</sup> *Id est*, a norma dell'art. 22, c. 1, lett. c) l. 241/1990 «tutti i soggetti, individuati o facilmente individuabili in base alla natura del documento richiesto, che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza».

<sup>28</sup> Si noti anche quanto sostenuto da G. Arena, voce *Trasparenza amministrativa*, in *Enc. Giur.*, XXXI, 1995, 10, secondo cui il RUP, nell'esaminare una richiesta di accesso ad un documento contenente dati personali di terzi persone fisiche dovrebbe valutare anche «il modo in cui la comunità cui appartiene il soggetto potenzialmente leso dall'esercizio del diritto di accesso potrà reagire alla conoscenza di determinate informazioni appartenenti alla sua sfera privata». L'Autore – che scrive circa un anno prima dell'adozione della direttiva 96/45/CE, e quindi in mancanza di una disciplina legislativa generale del diritto alla riservatezza o della protezione dei dati personali – valorizza molto lucidamente il profilo "culturale" e dinamico del concetto in esame, che varia in relazione al tempo e allo spazio.

<sup>29</sup> Art. 116 cod. proc. amm.

### 3.1. Segue: profili problematici posti dal GDPR in relazione alla disciplina domestica in materia di diritto di accesso

Vengono in rilievo almeno due questioni: *i)* se la PA sia abilitata, sulla base della nuova disciplina, a rifiutare l'accesso in ipotesi ulteriori rispetto a quelle legislativamente previste; *ii)* se la comunicazione ex art. 3 d.p.r. 184/2006 debba contenere tutti i requisiti previsti dall'art. 13 GDPR, in ragione del fatto che l'accoglimento dell'istanza di accesso e la successiva trasmissione dei dati al richiedente configurano un trattamento di dati ulteriore per finalità diversa da quella originaria.

In relazione al primo interrogativo, va subito precisato che il GDPR, come del resto la normativa domestica, non osta, in linea di principio, alla comunicazione o al trasferimento di dati personali da parte delle Autorità pubbliche. Le attività in parola sono, in questo caso, espressione del principio di libera circolazione dei dati, declinato non sotto il profilo della libertà di iniziativa economica, bensì attraverso la lente dell'interesse pubblico o, comunque, di rilevanza pubblicistica<sup>30</sup>. Così, il considerando 111 definisce tali scambi come «opportuni», a patto che, lasciata da parte l'ipotesi, non particolarmente problematica, del consenso dell'interessato, essi siano «occasionalmente e necessari in relazione a un contratto o un'azione legale, che sia in sede giudiziale, amministrativa o stragiudiziale», oppure sussista un interesse pubblico rilevante per il trasferimento, oppure i dati siano estratti da registri accessibili al pubblico.

Ciò premesso, deve ritenersi, anche in considerazione del fatto che il d.lgs. 101/2018, come si è visto, non ha sostanzialmente innovato l'art. 59 Codice privacy, immutata la previgente disciplina, basata su un rinvio recettizio alla l. 241/1990<sup>31</sup>; tuttavia, residua un'importante precisazione, contenuta nel considerando 31 del GDDPR, a mente del quale «le richieste di comunicazione inviate “dalle” autorità pubbliche dovrebbero sempre essere scritte, motivate e occasionali e non dovrebbero riguardare un intero archivio o condurre all'interconnessione di archivi».

Ebbene, se ciò vale per gli scambi di dati fra Pubbliche Amministrazioni, allora deve *a fortiori* valere anche per le comunicazioni effettuate da una PA a beneficio di un privato.

La l. 241/1990, per la verità, si mostra, sul punto, in linea con le prescrizioni del GDPR, in quanto richiede la motivazione (art. 25, c. 2) e, pertanto, anche la forma scritta; inoltre, la possibilità di esercitare, in relazione ad un determinato provvedimento, il diritto di accesso deve intendersi occasionale, giacché, in caso di diniego da parte della PA, l'istante ha l'onere di impugnare il relativo provvedimento entro 30

---

<sup>30</sup> Per apprezzare la differenza fra le due nozioni si pensi, da un lato, ad uno scambio di dati personali fra PA deputate alla tutela della sicurezza nazionale (interesse pubblico); dall'altro alla trasmissione da parte di una PA ad un privato di documenti nei quali sono contenuti dati personali di terzi al fine di permettere l'esercizio di un'azione giudiziaria (interesse di rilevanza pubblicistica).

<sup>31</sup> Preme inoltre segnalare che una consolidata giurisprudenza amministrativa considera le cause di esclusione del diritto di accesso come fattispecie eccezionali e, perciò, di stretta interpretazione: v. Cons. Stato, 24 febbraio 2004, n. 744, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2004, 406; conforme Cons. Stato, 26 settembre 2000, n. 5105, in *Rep. Foro it.*, voce *Amministrazione Stato*, 2000, 227.

giorni, a pena di decadenza, senza avere la possibilità di reiterare la propria richiesta senza addurre nuovi motivi.<sup>32</sup>

Ciò che risulta invece innovativa è la previsione secondo cui la comunicazione da parte della PA non può essere effettuata, e quindi l'accesso deve essere negato, nelle ipotesi in cui la richiesta riguardi un intero archivio o sia idonea a interconnettere archivi diversi: calato all'interno della normativa italiana, questo varrebbe, teoricamente, ad escludere l'accesso qualora l'istante, pur dimostrando un proprio interesse differenziato, in linea con i requisiti di cui all'art. 22 l. 241/1990, intenda accedere ad un intero archivio o a dati idonei ad interconnettere più archivi.

Inoltre, il GDPR, nel medesimo considerando 31, specifica con vigore che i trattamenti di dati personali effettuati dalle Amministrazioni devono rispettare le norme in materia applicabili, talché, secondo una lettura costituzionalmente orientata, l'art. 59 Codice privacy, nel disporre che «i presupposti, le modalità, i limiti per l'esercizio del diritto di accesso a documenti amministrativi contenenti dati personali [...] restano disciplinati dalla legge 7 agosto 1990, n. 241», deve essere interpretato nel senso di far salve le eventuali ulteriori prescrizioni contenute nel GDPR o nel Codice stesso.

Per ciò che invece attiene alla questione *sub ii)*, le disposizioni contenute nel d.p.r. 184/2006 in tema di comunicazione sembrano idonee ad adempiere, in linea generale, all'obbligo di informativa imposto dall'art. 13 GDPR. In particolare, come si è accennato, si tratterebbe di un'ipotesi di informativa cd. "ulteriore", disciplinata dal paragrafo 3 dello stesso articolo, in quanto la comunicazione al richiedente dei dati, veicolati attraverso il documento, sicuramente esula dalla finalità originaria del trattamento.

Affermata, dunque, la conformità al GDPR delle norme nazionali in tema di comunicazioni ai controinteressati, resta da indagare se l'introduzione del Regolamento abbia imposto alle stesse dei particolari requisiti contenutistici.

E' possibile affermare che le comunicazioni ex art. 3 d.p.r. 184/2006 si configurino come vere e proprie "informative ulteriori", ai sensi dell'art. 13, par. 3 GDPR, in quanto la P.A. che detiene i dati personali del controinteressato (nell'accezione data allo stesso dalla l. 241/1990), autorizzando l'accesso del terzo tratta "ulteriormente i dati personali per una finalità diversa da quella per cui essi sono stati raccolti".

La circostanza in esame non poneva problemi particolari prima dell'introduzione del GDPR, in quanto la disciplina previgente non prevedeva alcun diritto all'"informativa ulteriore", e fissava i contenuti dell'informativa riferendosi, sostanzialmente, allo stato di fatto e diritto presente al momento della raccolta dei dati.

Sotto la vigenza del Regolamento e del novellato art. 13 Codice privacy, deve invece ritenersi che, per considerarsi legittime, e quindi non in contrasto con la disciplina in materia di protezione dei dati

---

<sup>32</sup> Lo ha autorevolmente affermato Cons. Stato, *Ad plen.*, 18 aprile 2006, n. 6.

personali<sup>33</sup>, le comunicazioni ex art. 3 d.p.r. 184/2006, facendo le veci delle informative di cui all'art. 13, par. 3 GDPR, debbano contenere tutti gli elementi pertinenti previsti da quest'ultima norma.

In particolare, dovrà essere indicata la finalità della comunicazione al terzo<sup>34</sup>, che consiste necessariamente nel rispetto degli obblighi imposti dalla normativa nazionale in tema di diritto di accesso<sup>35</sup>, nonché la base giuridica del trattamento, rappresentata, a seconda della qualificazione giuridica che si vuol dare all'istituto del diritto di accesso<sup>36</sup>, alternativamente dalla necessità di adempiere ad un obbligo legale imposto al titolare del trattamento (art. 6, par. 1, lett. c) GDPR) o dalla necessità di eseguire un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri (art. 6, par. 1, lett. e) GDPR).

Inoltre, vista la particolare attenzione dimostrata dal GDPR per i diritti dell'interessato, deve ritenersi che la comunicazione ex art. 3 d.p.r. 184/2006 debba indicare, ove possibili, l'esistenza del diritto di accesso ai propri dati personali, il diritto di rettifica, di limitazione e il diritto di opposizione<sup>37</sup> di cui all'art. 21 del Regolamento.

Fortemente ridimensionato negli effetti è, in questo caso, il diritto di limitazione, in quanto l'art. 18, par. 2 stabilisce che, nonostante il suo esercizio da parte dell'interessato, il titolare può continuare a trattare i dati, non limitandosi alla loro mera conservazione, quando serva accertare o difendere un diritto in sede giudiziaria, tutelare i diritti di altra persona fisica o giuridica o per motivi di interesse pubblico rilevante. Rimane escluso il diritto di cancellazione, a norma dell'art. 17, par. 3, lett. b), in quanto sussiste la necessità di adempiere ad un obbligo legale imposto al titolare del trattamento o, comunque, di eseguire un compito inerente ad una pubblica funzione.

L'inserimento delle predette informazioni all'interno della comunicazione ex art. 3 d.p.r. 184/2006 si rende obbligatorio, naturalmente, solo nel caso in cui l'interessato già non disponga delle stesse, ai sensi dell'art. 13, par. 4 GDPR.

---

<sup>33</sup> Si noti, che ex art. 82 GDPR, il titolare del trattamento è tenuto a risarcire l'interessato per i danni da quest'ultimo sofferti per effetto di una violazione della disciplina in materia di protezione dei dati personali. Da questa disciplina non va esente la PA, nei confronti della quale non può escludersi il diritto dell'interessato a ricorrere per ottenere il risarcimento dei danni subiti, nella specie, a causa dell'informativa inadeguata, sia dinnanzi al G.A., in sede di impugnazione della determinazione amministrativa che ha consentito l'accesso, sia dinnanzi al G.O., in via autonoma. Inoltre, per le stesse ragioni, all'Amministrazione inadempiente potrebbe essere comminata dal Garante una sanzione amministrativa ai sensi dell'art. 83, par. 5, lett. b) GDPR.

<sup>34</sup> A giudizio di L. Bolognini, E. Pelino, C. Bistolfi, op. cit., p. 191-192, l'informativa ulteriore, pur non essendo previsto dalla normativa, dovrebbe evidenziare la base giuridica su cui si fonda la nuova finalità.

<sup>35</sup> Deve, invece, escludersi la menzione dell'interesse perseguito dal terzo ed indicato nell'istanza di accesso, atteso che, come già si è spiegato, i concetti di "finalità" ed "interesse" del titolare sono fra loro ben distinti.

<sup>36</sup> Rispettivamente di diritto soggettivo o di interesse legittimo.

<sup>37</sup> Si intende, ovviamente, il diritto di opposizione di cui all'art. 21 GDPR, il quale comunque è escluso se sussistono motivi legittimi cogenti o se serve difendere o accertare un diritto in sede giudiziaria.

#### **4. Altre applicazioni del principio di trasparenza: la sentenza 20/2019 della corte costituzionale**

Il principio di trasparenza dell'attività amministrativa non si esaurisce esclusivamente nell'istituto del diritto di accesso, così come delineato in precedenza.

In effetti, l'ordinamento impone alle Amministrazioni anche ulteriori e più incisivi obblighi di trasparenza.

Tralasciando le normative di alcuni settori, come il diritto ambientale, dove storicamente le esigenze di trasparenza sono maggiormente sentite, va innanzitutto considerato l'istituto dell'accesso civico.

Esso è previsto e disciplinato dal d.lgs. 33/2013<sup>38</sup>, il quale ne distingue, nei primi due commi dell'art. 5, due tipologie: accesso civico semplice o generalizzato (quest'ultimo anche noto come FOIA).

Attraverso l'accesso civico semplice si consente, in deroga alla disciplina generale di cui alla l. 241/90, di accedere senza necessità di dimostrare alcun interesse a tutti quei documenti che le Amministrazioni hanno l'obbligo di rendere pubblici.

L'accesso civico generalizzato, invece, è diretto esplicitamente a favorire forme di controllo pubblico sull'operato amministrativo – anche sotto questo aspetto in deroga alla l. 241/90, il cui art. 24, c. 3 rende inammissibili istanze di accesso in tal senso rivolte. Si applica a tutti quei dati o documenti non soggetti ad obbligo di pubblicazione ai sensi del medesimo d.lgs. 33/2013, ma è sottoposto ad alcuni limiti, individuati dall'art. 5 *bis*, a tutela di specifici interessi individuali, fra cui rientra il diritto alla protezione dei dati personali.

Sull'argomento merita attenzione il caso posto all'esame della Corte Costituzionale, deciso con sentenza n. 20 del 21 febbraio 2019.

Davanti al Tar Lazio era stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, c. 1 *bis* e *ter* del d.lgs. 33/2013 nella parte in cui prevedono la pubblicazione dei dati reddituali e patrimoniali di dirigenti pubblici e dei loro coniugi e parenti entro il secondo grado, prescrivendo, in caso di omessa dichiarazione da parte del dirigente, l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria, parimenti soggetta a pubblicazione.

Nella specie, fra le altre censure, il giudice rimettente evocava la violazione del principio di proporzionalità, pertinenza e non eccedenza, in quanto la norma, nell'imporre un così penetrante obbligo di trasparenza, sostanzialmente equiparava la figura del dirigente a quella del politico. Ne sarebbe derivata, sotto questo profilo, la violazione del GDPR, e, secondo il meccanismo della norma interposta, dell'art. 117, c. 1, Cost.

---

<sup>38</sup> Ci si riferisce al Decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, recante "Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni", come novellato da ultimo dal d.lgs. 97/2016.

Sotto altro profilo, si prospettava l'incompatibilità della norma con l'art. 3 Cost., in quanto essa non differenziava gli obblighi di pubblicazione in considerazione della tipologia di dirigente considerato, ed inoltre appariva irragionevole poiché la misura della divulgazione *on line* di una quantità enorme dei dati risultava non necessaria rispetto alle finalità individuate dal legislatore, con frustrazione delle "esigenze di informazione veritiera e, quindi, di controllo, alla base della normativa".

La Corte Costituzionale, pronunciandosi nel merito, ha accolto parzialmente le censure promosse e ha adottato una sentenza "manipolativa", la quale assume i tratti di un vero e proprio monito al legislatore, affinché egli riorganizzi l'intera normativa interna sulla trasparenza in senso conforme ai parametri europei e nazionali.

Afferma infatti la Corte che «vi è una manifesta sproporzione del congegno normativo approntato rispetto al perseguimento dei fini legittimamente perseguiti, almeno ove applicato, senza alcuna differenziazione, alla totalità dei titolari d'incarichi dirigenziali». Il giudice costituzionale è anche, però, consapevole del fatto che una declaratoria di incostituzionalità *sic et simpliciter* determinerebbe una lesione delle esigenze di trasparenza ugualmente meritevoli di tutela.

Nell'intento di salvaguardare, in via provvisoria, anche queste esigenze, il Giudice delle leggi ha stabilito che gli obblighi di pubblicazione previsti dal d.lgs. 33/2013 non devono riferirsi indistintamente a tutti i dirigenti, ma solo ai cd. "dirigenti apicali", cioè, in particolare, i Segretari generali di ministeri e di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali e i dirigenti generali.

Stando alla lettura effettuata dalla Consulta, il sistema, peraltro, risulta complessivamente non in equilibrio, con generale tendenza a far prevalere le esigenze di conoscenza e di trasparenza a scapito della tutela della riservatezza – quest'ultima intesa, per dirla con la sentenza in commento, come "diritto a controllare la circolazione delle informazioni riferite alla propria persona".<sup>39</sup>

Il legislatore, nel procedere alla ristrutturazione normativa "urgente" dei rapporti fra la riservatezza e la trasparenza, auspicata dalla Corte Costituzionale, secondo autorevole dottrina<sup>40</sup> dovrebbe «andare oltre» le indicazioni fornite dalla Consulta, considerando i tre principi su cui si impernia l'intera materia.

In primo luogo, il principio di trasparenza, funzionale a promuovere, attraverso l'accesso ai dati e documenti da parte dei cittadini, la partecipazione e il controllo sull'operato amministrativo.

---

<sup>39</sup> Sul punto, si noti l'obbligo imposto alle PA dall'art. 9, d.lgs. 33/2013 di pubblicare *on line*, in formato aperto e facilmente indicizzabile dai comuni motori di ricerca, in apposita sezione denominata "Amministrazione trasparente", tutti i dati per cui la pubblicazione è obbligatoria. Ciò, in un certo senso, esaspera il rapporto fra trasparenza e riservatezza, trasladando il discorso sulle modalità concretamente idonee a garantirne l'equilibrio, al fine di evitare di alimentare mere curiosità, non funzionali ad alcuna esigenza giuridicamente meritevole di tutela. In argomento, v. A. Corrado, "Gli obblighi di pubblicazione dei dati patrimoniali dei dirigenti alla luce delle indicazioni della Corte Costituzionale", consultabile in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

<sup>40</sup> F. Pizzetti, "Sentenza 20/2019 della Consulta e riordino degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione delle informazioni della PA: il legislatore non trascuri il riuso delle fonti pubbliche", consultabile in [www.medialaws.eu](http://www.medialaws.eu). Nello stesso senso, O. Pollicino, F. Resta, "Trasparenza amministrativa e riservatezza, verso nuovi equilibri: la sentenza della Corte Costituzionale", consultabile in [www.agendadigitale.eu](http://www.agendadigitale.eu).

Vi è, poi, il principio di pubblicità e conoscibilità, il quale può essere considerato come una finalità differente dell'accesso, ed è funzionale all'utilizzo e al riutilizzo, a fini economici, dei dati e delle informazioni in possesso della PA.

Da ultimo, si pone il diritto alla protezione dei dati personali, il quale incrocia entrambi i precedenti principi, e con essi si pone in tensione.

## 5. Conclusioni

La disciplina della riservatezza e della protezione dei dati personali è destinata ad intrecciarsi indissolubilmente con l'ordinamento amministrativo.

Ciò in quanto, a prescindere dalla circostanza che la legge appresti particolari cautele ai trattamenti di dati effettuati in ambito pubblico, l'attività del titolare del trattamento (anche privato) presenta ontologicamente i caratteri di un potere.

Per tale via, il soggetto inciso dall'esercizio di siffatto potere (non a caso definito "interessato") è destinatario, a sua volta, di un fascio di posizioni giuridiche attive, in grado di riequilibrare l'ineliminabile asimmetria del rapporto.

I diritti dell'interessato del trattamento di dati personali si inquadrano, e hanno alla base, la pretesa di cooperazione del titolare del trattamento medesimo, in un'ottica solidaristica dalla quale neppure l'Amministrazione può prescindere.

Inoltre, proprio la natura pubblica del titolare del trattamento impone una maggiore trasparenza, ed un più forte impegno a garantire la riservatezza e la protezione dei dati dell'interessato.

Questa visione spiega la necessità, poc'anzi segnalata, che le comunicazioni ex art. 3 d.p.r. 184/2006, facendo le veci delle informative di cui all'art. 13, par. 3 GDPR, debbano contenere tutti gli elementi pertinenti previsti dalla norma.

Quello che a prima vista potrebbe sembrare un approccio cartolare e burocratico alla *privacy*, è, invece, un baluardo contro l'abuso da parte del potere pubblico della propria posizione di privilegio in un rapporto giuridico – qual è il trattamento dei dati – all'interno del quale l'interessato soffre ontologicamente una duplice debolezza nei confronti della controparte pubblica, che, oltre a possedere l'autorità di cui l'ordinamento la dota, accorpa in sé anche lo *status* di "titolare del trattamento".

E, del resto, solo attraverso tali cautele è possibile garantire l'interessato sotto l'ulteriore profilo della *par condicio* rispetto ad altri soggetti che potrebbero venire in contatto con i dati che lo riguardano, ottenendo l'accesso al patrimonio dei dati detenuti dalle pubbliche amministrazioni.

La disciplina di cui al GDPR, in tal senso, mostra tutta la sua dirompenza, intervenendo – come si è visto – sia da un punto di vista sostanziale (con il divieto di permettere l'accesso integrale ai dati contenuti in

un archivio o in grado di connettere più archivi), sia da un punto di vista procedurale (con i vincoli contenutistici di cui si è detto in proposito delle comunicazioni in materia di accesso).

Le interazioni fra diritto alla protezione dei dati personali e il diritto amministrativo diverranno progressivamente più intense ed incisive (come dimostra, a mero titolo esemplificativo, il caso deciso dalla Consulta con sentenza n. 20/2019), e in questo terreno ancora largamente inesplorato spetterà al regolatore, e ai formanti giurisprudenziali e dottrinali, fissare le cautele procedurali e sostanziali in grado di bilanciare l'interesse pubblico alla trasparenza e all'efficienza con le istanze private di riservatezza.



## **La Legge n. 219 del 2017 e le nuove frontiere del principio di autodeterminazione**

A cura di **Dott. Andrea D'Introno**<sup>1</sup>

### **ABSTRACT**

La Legge del 22 dicembre 2017 n. 219, recante “Norme in materia di consenso informato e disposizione anticipate di trattamento” è stata frutto di un accidentato *iter* parlamentare, all'interno del quale hanno trovato ingresso posizioni ideologiche e culturali profondamente contrapposte, ma tutte accumulate dal desiderio di apprestare una compiuta disciplina giuridica ad un tema particolarmente avvertito all'interno del tessuto sociale, quale quello del “fine vita”. Il nuovo testo di legge introduce significative novità e fa chiarezza su diversi aspetti precedentemente dibattuti all'interno delle aule di giustizia. Come tipico delle “norme manifesto” campeggiano enunciazioni solenni, tutte alimentate e sorrette dal comune principio di autodeterminazione. Principio affatto nuovo per la nostra tradizione giuridica, ritenuto a più voci implicitamente affermato all'interno della Carta Costituzionale, in relazione a svariati beni giuridici e – per ciò che qui rileva – a presidio della salute, ai sensi dell'articolo 32 della Costituzione. Tuttavia, la L. 219/2017, a causa di una probabile eterogenesi dei fini, nel risolvere tradizionali problematiche ermeneutiche finisce per introdurre delle nuove, potenzialmente più pericolose delle precedenti. Sembra allora opportuno tornare ad interrogarsi circa la portata ed i limiti del principio di autodeterminazione, in tali termini declinato, accantonando le vuote generalizzazioni in nome di una maggiore attenzione alle circostanze ed alle motivazioni che spingono a farvi appello. Le soluzioni legislative individuate per disciplinare il delicato fenomeno del fine vita, paiono tutte ritagliate sui noti casi giurisprudenziali Welby ed Englaro. Trattasi di fattispecie giuridiche tra loro differenti, ma accumulate da una medesima

---

<sup>1</sup> Dottore magistrale in Giurisprudenza presso l'Università degli studi di Foggia, con votazione di 110 cum laude e plauso accademico, tesi in Diritto Civile e Privato Europeo, dal titolo: “Il Meccanismo Unico di Tutela del Risparmio: un'indagine tra responsabilità e continuità delle imprese bancarie in risoluzione?”. Svolge un periodo di pratica forense anticipata presso lo studio Legale del Prof. Avv. Gianpaolo Impagnatiello. Tutor disciplinare di dipartimento presso la cattedra di Istituzioni di Diritto Privato. Attualmente iscritto al Master di Diritto Privato Europeo della Sapienza, diretto dal Prof. Avv. Guido Alpa. Vincitore di borsa Erasmus + for Traineeship, presso lo Studio Legale De Berti Jacchia Franchini Forlani, sede di Bruxelles. Vincitore della selezione indetta dall'Avvocatura Generale dello Stato di Roma per 23 praticanti (collocandosi al quinto posto su scala nazionale) ed attualmente tirocinante presso la stessa ex art. 73 del D.L. 69/2013.

drammaticità umana. Ad essi si aggiunga un ulteriore caso giurisprudenziale, quello di Fabiano Antoniani (*alias* Dj Fabo), salito agli onori della cronaca a ridosso dell'approvazione della legge 219. Una nuova drammatica storia umana che difficilmente riesce ad incanalarsi entro le strette maglie della nuova legge sul fine vita, testimoniandone, se non il fallimento, quantomeno l'inadeguatezza. A seguito dell'ordinanza del 14 febbraio 2018 con cui la Corte d'Assise di Milano ha rimesso alla Corte Costituzionale la questione di legittimità dell'art. 580 c.p., la Consulta, con ordinanda n. 207/2018, ha consapevolmente scelto di non prendere una posizione, limitandosi a rinviare ogni definitiva decisione al 24 settembre 2019. Tale termine è altresì posto al legislatore italiano per porre rimedio all'evidente lacuna normativa, tornando a modificare il testo della l. n. 219/2017. A distanza di un anno, come prevedibile, il legislatore non è riuscito a produrre l'intervento normativo richiesto. Con sentenza n. 242 del 2019 la Corte costituzionale procede, come annunciato, alla dichiarazione d'incostituzionalità dell'art. 580 c.p. nella parte in cui sanziona penalmente l'aiuto offerto all'esecuzione del libero e consapevole proposito suicidario maturato dal malato che versi in condizioni di irreversibile mantenimento artificiale in vita: con una pronuncia che finisce per ledere le prerogative parlamentari la Corte segna, dunque, l'ingresso nel nostro ordinamento dell'eutanasia attiva.

## **PAROLE CHIAVE**

Principio di autodeterminazione – Fine vita – Disposizioni anticipate di trattamento

**Sommario:** 1. Luci ed ombre della Legge n. 219 del 2017 – 2. Una comune dimensione umana per differenti fattispecie giurisprudenziali – 3. La recente posizione della Corte Costituzionale sul tema del fine vita

### **1. Luci ed ombre della Legge n. 219 del 2017**

Una riflessione giuridica sul tema del fine vita non può che prendere le mosse dall'esame del recente testo di legge n. 219/2017 sul consenso informato. Infatti, solo apparentemente il tema del rifiuto di cure può dirsi disciplinato con l'adozione della presente normativa, restando ad oggi aperte questioni di innegabile risonanza sociale, prima che giuridica.

Il dibattito sui limiti di estensione della libera autodeterminazione del singolo ha, in verità, radici antiche. Un punto di svolta sembra essere stato raggiunto nel novembre del 2017, quando lo stesso Pontefice Francesco ha mostrato una certa apertura verso le tematiche in oggetto, in occasione del *meeting* regionale

europeo della *World Medical Association*<sup>2</sup>. Il discorso, tuttavia, non può essere affrontato con letture che ne banalizzino la portata in quanto impregnate da tensioni ideologiche che vedono contrapporsi un'etica laica ad un'etica cattolica<sup>3</sup>: vedere in questi termini il fenomeno del “diritto di morire” significa in realtà ridurlo profondamente.

Senza addentrarsi nel travagliato iter legislativo e fuori da ogni pretesa di esaustività, pare in questa sede opportuno sottolineare quelli che sono i punti più problematici di tale agognata legge, al fine di suscitare adeguati spunti di riflessione sulla tematica del fine vita. La legge n. 219 del 2017 è stata, infatti, lungamente attesa e frutto di una gestazione molto lunga, ma che – contrariamente alle aspettative ed ai proclami politici – non ha portato certo ad un risultato apprezzabile in termini di accuratezza ed esaustività, dimostrando piuttosto in alcuni suoi punti una certa “fretta di conclusione”.

L'art.1, seconda parte del comma 1, statuisce che «nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge.» Da questo punto di vista, la legge non dice nulla di nuovo, limitandosi a recepire quanto già affermato in maniera pressoché pacifica dalla dottrina e dalla giurisprudenza, ossia la necessità di un consenso informato per ogni trattamento sanitario<sup>4</sup>. L'innovazione parziale – se tale la si vuole considerare – la si trova semmai nell'accento alla “continuazione delle cure”. Mai è infatti stato posto in discussione il fatto che per iniziare una cura fosse necessario il consenso “libero ed informato” del paziente, mentre il problema si poneva piuttosto per la continuazione della cura, non tanto da un punto di vista logico – in quanto l'aver iniziato una cura non pone alcun vincolo a continuarla – ma piuttosto rispetto alla possibilità che il paziente fosse in grado da solo di rifiutare la cura in assenza del contributo di un soggetto terzo. La questione fu posta per la prima volta con il caso di Pier Giorgio

---

<sup>2</sup> Nel messaggio che il Santo Padre Francesco ha inviato al Presidente della Pontificia Accademia per la Vita, Mons. Vincenzo Paglia, e a tutti i partecipanti al Meeting Regionale Europeo della *World Medical Association* sulle questioni del cosiddetto “fine-vita”, organizzato presso l'Aula Vecchia del Sinodo in Vaticano il 16 e 17 novembre 2017, si legge “È una scelta che assume responsabilmente il limite della condizione umana mortale, nel momento in cui prende atto di non poterlo più contrastare. «Non si vuole così procurare la morte: si accetta di non poterla impedire», come specifica il *Catechismo della Chiesa Cattolica* (n. 2278). Questa differenza di prospettiva restituisce umanità all'accompagnamento del morire, senza aprire giustificazioni alla soppressione del vivere. Vediamo bene, infatti, che non attivare mezzi sproporzionati o sospenderne l'uso, equivale a evitare l'accanimento terapeutico, cioè compiere un'azione che ha un significato etico completamente diverso dall'eutanasia, che rimane sempre illecita, in quanto si propone di interrompere la vita, procurando la morte.”

<sup>3</sup> A rigore, si contrappongono un'etica strettamente liberale ad un'etica comunitarista. Principale esponente della prima scuola di pensiero è R. Dworkin, che nella sua opera *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale* (1994) interpreta la morte come una parte qualificante della stessa vita. Una parte su cui la persona deve pertanto vedersi riconosciuto il diritto di scegliere, in quanto interesse di tipo critico, cioè costitutivo del senso del sé, contrapposto ai c.d. interessi esperienziali, che è invece possibile trascurare in quanto mutevoli e contingenziali. Quanto all'etica comunitarista, essa non è tesa ad affermare l'idea di un dovere, piuttosto che un diritto, di vivere, ma persegue piuttosto l'obiettivo di mettere in rilievo le posizioni dei soggetti più deboli, altrimenti eclissate dall'analisi di casi paradigmatici che hanno finito per deviare l'attenzione sulla corretta interpretazione del principio di autodeterminazione, portandone ad un'insostenibile sovra-determinazione. Esse spingono verso “una rottamazione formalmente consensuale dei soggetti più deboli”, che si percepiscono come un peso per la società e la famiglia, ed acconsentono – solo formalmente – a porre fine alla propria vita.

<sup>4</sup> Sul tema del consenso informato la letteratura è molto ampia. Per una panoramica generale, maggiormente attenta agli sviluppi giurisprudenziali, si veda A. Donati, *Consenso informato e responsabilità da prestazione medica*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2000; F. Dassano., *Il consenso informato al trattamento terapeutico tra valori costituzionali, tipicità del fatto di reato e limiti scriminanti*, in *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, ed. 2004.

Welby, un paziente *competent* (cioè in grado di intendere e di volere) che aveva richiesto la disattivazione della cura, a cui aveva inizialmente acconsentito. Tuttavia, non potendo egli stesso – a causa della grave malattia – procedere a darvi esecuzione, ci si interrogò sulla possibilità che un soggetto terzo fosse autorizzato ad eseguire tale volontà. La nuova legge sul consenso informato, all'art. 1, risolve definitivamente tale problema ammettendo tale possibilità, subordinandola alla manifestazione di un'effettiva volontà del paziente.

Con molta chiarezza la legge n. 219/2017 afferma il “principio di autodeterminazione del paziente”, che diventa, in definitiva, la pietra d'angolo sulla quale è costruita l'intera architettura normativa. È facile cogliere tutte le implicazioni positive di un simile principio<sup>5</sup>, che trova propria consacrazione costituzionale all'art. 32, in relazione ad un valore tanto importante per la persona, come la propria salute. Tutto ciò posto, vale la pena chiedersi se nel nostro ordinamento tale declinazione in termini assoluti dell'autodeterminazione sia veramente necessaria o verosimilmente possibile.

Il nostro sistema conosce infatti dei diritti rispetto ai quali è prevista l'indisponibilità da parte dello stesso titolare. Sotto tale profilo, pare quantomeno curioso osservare che, ad esempio, il diritto alle ferie – che tutela un bene sicuramente meno importante rispetto alla vita – è esplicitamente qualificato dal legislatore come indisponibile. Tale esempio dimostra efficacemente come la titolarità di un diritto non equivalga in termini assoluti alla disponibilità dello stesso. Inoltre, c'è da chiedersi se rispetto ad un diritto tanto importante, come il diritto alla vita (considerato presupposto ontologico per l'esercizio di tutti gli altri diritti), sia opportuno declinare l'autodeterminazione in questi termini.

Altro principio che emerge dalla lettura del testo normativo è quello del consenso informato.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Già la Corte Costituzionale, con sentenza n. 253 del 2009, aveva ritenuto che il diritto del paziente di formulare un consenso informato all'intervento «riveste natura di principio fondamentale [...] in virtù della sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute». Sulla scia di tali insegnamenti, divenne pressoché pacifico in giurisprudenza ed in dottrina che tale diritto non potesse essere compromesso in nessun modo in quanto «diritto irretrattabile» dell'individuo. [così definito da Cass. civ., Sez. III, n. 16543 del 28 luglio 2011] Cfr. in dottrina, *ex pluribus*, G. Cocco., *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche urgenti*, in *Resp. Civ. prev.*, 2009, 485 ss.; L. Nivarra, *Autonomia (bio) giuridica e tutela della persona*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2009, 719 ss.; C. Casonato, *Il consenso informato. Profili di diritto comparato*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, III, 1057 ss.; P. Zatti, *Il diritto a scegliere la propria salute*, in *Nuova giur. Comm.*, 2000, II, 1 ss.

<sup>6</sup> il quale esprime, non soltanto, l'espressione consapevole di aderire alle cure [in tal senso, P. S. D'Aquino, *Consenso informato, disposizioni anticipate di trattamento e advance care health planning: prime considerazioni riguardo alla legge sul Testamento biologico*, in *Dir. pubbl. eur.*, *Rassegna online*, 2018, 8 ss.] ma è condizione di legittimità per qualsiasi intervento medico sanitario che non ha acquisito il consenso del paziente, incorre in responsabilità per il danno da lui patito anche qualora l'intervento sia stato eseguito *secundum leges artis*, potendo il paziente dimostrare che, adeguatamente informato, avrebbe rifiutato l'intervento. Il principio del consenso informato non riguarda solo la materia del biotestamento, ma costituisce un principio generale, ampiamente recepito dalla giurisprudenza. In tal senso, si veda M. Rinaldo, C. Cicero, *La dignità del morire, tra istanze etiche e giuridiche*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone (I)*, III, 2018, 1003 ss. Il principio del consenso informato non riguarda solo la materia del biotestamento, ma costituisce un principio generale, ampiamente recepito dalla giurisprudenza. Cfr., Cass. Civ., Sez. III, n. 24074 del 1 ottobre 2017: «In tema di attività medico-chirurgica, la manifestazione del consenso informato alla prestazione sanitaria costituisce esercizio di un diritto soggettivo del paziente all'autodeterminazione, cui corrisponde, da parte del medico, l'obbligo di fornire informazioni dettagliate sull'intervento da eseguire, con la conseguenza che, in caso di contestazione del paziente, grava sul medico l'onere di provare il corretto adempimento dell'obbligo informativo preventivo». In senso conforme, Cass. Civ., Sez. III, n. 16503 del 5 luglio 2017; Cass. Civ., Sez. III, n. 16543 del 28 luglio 2011; Cass. Civ., Sez. III, n. 20984 del 27 novembre 2012; Cass. Civ., Sez. III, n. 18334, 31 luglio 2013; Cass. Civ., Sez. III, sentenza n. 27751 dell'11 dicembre 2013; Cass. Civ., Sez. III, n. 2854 del 13 febbraio 2015. In dottrina, sulla responsabilità medica per violazione

Il soggetto *competent* può cioè esprimere in tal modo la propria intenzione di attivare o disattivare un determinato trattamento sanitario rispetto alla propria persona. Il problema però si pone in ordine alle c.d. “Disposizioni Anticipate di Trattamento (DAT)”, disciplinate in questi termini dall’art. 5, comma 1: “Ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, può, attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari. Indica altresì una persona di sua fiducia, di seguito denominata «fiduciario», che ne faccia le veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie.” Attraverso lo strumento delle DAT il legislatore accorda al soggetto la facoltà di esprimere, ora per allora, un consenso o un dissenso rispetto ad un determinato trattamento sanitario, e nominare una persona di propria fiducia che ne faccia successivamente le veci.

La disposizione, inoltre, ritiene sufficiente a garantire l’effettività di tale consenso l’aver acquisito “adeguate informazioni mediche”. Eppure, tale garanzia è estremamente inconsistente nella genericità della sua formulazione<sup>7</sup>. Essa infatti non richiede un necessario rapporto medico-paziente dal quale far derivare una corretta informazione medica, ma rimette alla libera iniziativa del paziente la ricerca di tali informazioni, lasciandolo, in ultima istanza, da solo di fronte ad una scelta così significativa. Nessun cenno è, infatti, fatto dal legislatore alle modalità di accertamento di tale preventiva (auto)informazione, senza contare il fatto che il concetto di “adeguatezza” rapportato all’informazione medica si rivela altamente discrezionale (ad esempio, è ben possibile che il singolo paziente reputi “adeguato” effettuare delle semplici ricerche su internet, così auto-interpretando il significato di proprie analisi o referti; si potrebbe poi addirittura arrivare a ritenere sufficientemente “adeguato” scaricare, dai numerosi siti web che lo propongono, uno schema di DAT limitandosi a flaggare le ipotesi di cure da scartare). Questa labile acquisizione di informazioni è valida quantunque proveniente da un paziente privo di alcuno stato morboso, chiamato a valutare in via prognostica ed ipotetica il proprio stato di salute futuro, magari a distanza di molto tempo. Ne deriva l’inattitudine di pazienti molto giovani a comprendere la portata, in termini di livello di sopportazione del dolore, di trattamenti sanitari da applicarsi in proiezione al proprio futuro stato di salute. Non è dunque una scelta che il paziente è chiamato ad effettuare con il proprio medico di base, eppure una proposta in tal senso era stata avanzata da parte della dottrina.

---

del consenso informato, si veda M. Costanza, *Colpa grave fra esonero ed imputazione di responsabilità*, in AA.VV., *La nuova responsabilità sanitaria dopo la riforma Gelli-Bianco* (legge n. 24/2017), a cura di F. Volpe, Bologna-Roma, Zanichelli, ed. 2018, 297.

<sup>7</sup> In senso apertamente critico rispetto all’onere di informazione gravante in maniera esclusiva in capo alla persona interessata, cfr. D. Maffei, *Prometeo incatenato: la redazione non informata, o informata per modo di dire, e l’attenuata vincolatività delle DAT*, in *Resp. civ. prev.*, V, 2018, 1436.

La gravità è acuita dal fatto che tali DAT, pur potendo essere revocate dal paziente in qualsiasi momento – ma anche su questo non viene detto nulla di nuovo –, sono perpetue, nel senso che non sono soggette ad alcun termine finale di efficacia. Questo può comportare tutta una serie di problemi, ove le stesse siano formulate in un perfetto stato di salute ed a distanza di molti anni dal verificarsi della malattia, poiché comunque, mutata la percezione del soggetto nonché il suo stato di salute, restano perfettamente valide se non modificate o revocate. In questo senso parte della dottrina aveva proposto un avvicinamento alla legislazione francese in materia che prevede un termine di scadenza delle DAT, dopo la quale il paziente sarà chiamato ad effettuare, ove lo ritenga opportuno, una nuova manifestazione di volontà.

Altro profilo interessante attiene all'obbligo del medico, sancito dal comma 5 dell'art. 5, di rispettare il contenuto delle DAT. Il legislatore aveva davanti due diversi parametri: da un lato la Convenzione di Oviedo che afferma che il medico debba tener conto dei desideri del paziente<sup>8</sup>, dall'altro vari progetti di legge che si limitavano a considerare tali DAT come orientative per il medico curante. Per evitare di essere considerato oscurantista, attribuendo a tali DAT un valore soltanto formale, il legislatore ha scelto di affermare espressamente che le stesse siano vincolanti per il medico. Ciò è stato salutato come un ossequio all'autodeterminazione, ma ancora una volta occorre interrogarsi fino in fondo su quelle che siano le implicazioni di una simile affermazione. Nel testo della legge il discorso è infatti più complesso. Lo stesso comma 5 infatti così si esprime: «il medico è tenuto al rispetto delle DAT, le quali possono essere disattese, in tutto o in parte, dal medico stesso, in accordo con il fiduciario, qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita.»

Innanzitutto, la norma attribuisce un “potere di scelta” in capo al medico («può disattendere») in ordine all'applicazione delle DAT in presenza di determinate circostanze. La disposizione richiede il consenso dello stesso fiduciario nominato all'interno delle DAT da parte del paziente. In caso di disaccordo il conflitto dovrà essere risolto dal giudice tutelare, ai sensi del comma 5 dell'art. 3, «su ricorso del rappresentante legale, della persona interessata o dei soggetti di cui agli articoli 406 e seguenti del codice civile o del medico o del rappresentante legale della struttura sanitaria.» Il medico è cioè irragionevolmente gravato dall'onere di attivazione del processo vertente sulla controversia.<sup>9</sup> Tuttavia, primo presupposto

---

<sup>8</sup> L'art. 9 della Convenzione di Oviedo, rubricato “Desideri precedentemente espressi”, dispone che: «I desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà saranno tenuti in considerazione.»

<sup>9</sup> Osserva M. Azzalini, *Legge n. 219/2017: la relazione medico-paziente irrompe nell'ordinamento positivo tra norme di principio, ambiguità lessicali, esigenze di tutela della persona, incertezze applicative*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 28, che “un richiamo al realismo, alla pratica clinica e alla peculiarità della materia de qua appare obbligato sol che si pensi alla notevole difficoltà che è immaginabile si determini nell'elaborazione di disposizioni anticipate di trattamento laddove le patologie non siano già in essere e il paziente sia — o quantomeno si ritenga — in buona salute e dunque ragioni, per così dire, al buio”. Si riporta, inoltre, quanto affermato da S. Patti, *Disposizioni di fine vita: la legge tedesca*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, 965, ove ritiene un autonomo problema quello di “verificare se le disposizioni di fine vita corrispondono alla volontà attuale del paziente ormai non più in grado di esprimersi” ed il problema non esisterebbe se quelle che il medico deve esaminare fossero la volontà in allora del suo attuale paziente.

legislativo per l'esercizio di tale potere di scelta è la "palese incongruità": il legislatore ha ritenuto così di rafforzare la necessaria incongruità tra la scelta del paziente contenuta nella DAT e la scelta ritenuta dal medico più opportuna, richiedendo una differenza che potremmo considerare "plateale".

In alternativa, è previsto il superamento della DAT esclusivamente in presenza di "terapie non prevedibili": ma tale prevedibilità non è chiaro se sia da riferirsi al patrimonio informativo del paziente o piuttosto al patrimonio tecnico-scientifico esistente al momento della predisposizione delle DAT. Ma l'aspetto più controverso in ordine a tali terapie alternative, che il medico è chiamato a sostenere in deroga alle DAT, è la necessità che le stesse siano in grado di offrire «concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita»: tali possibilità devono, in altre parole, essere sia "concrete", cioè fuori da ogni elemento probabilistico, vicine alla certezza (ma esiste la sicurezza in medicina?); ma devono altresì realizzare, non già un semplice miglioramento dello stato patologico, ma un "miglioramento delle condizioni di vita", che è un qualcosa di più. Il legislatore delinea quindi una prospettiva pressoché irrealizzabile che vanifica, nella sostanza, ogni possibilità di superamento di quanto contenuto nelle DAT. Altro spunto di riflessione attiene alla "forma" delle DAT<sup>10</sup>, disciplinata ai commi 6 e 7, dell'art. 5, in questi termini: «6. Le DAT devono essere redatte per atto pubblico o per scrittura privata autenticata ovvero per scrittura privata consegnata personalmente dal disponente presso l'ufficio dello stato civile del comune di residenza del disponente medesimo, che provvede all'annotazione in apposito registro, ove istituito, oppure presso le strutture sanitarie, qualora ricorrano i presupposti di cui al comma 7. Sono esenti dall'obbligo di registrazione, dall'imposta di bollo e da qualsiasi altro tributo, imposta, diritto e tassa. Nel caso in cui le condizioni fisiche del paziente non lo consentano, le DAT possono essere espresse attraverso videoregistrazione o dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare. Con le medesime forme esse sono rinnovabili, modificabili e revocabili in ogni momento. Nei casi in cui ragioni di emergenza e urgenza impedissero di procedere alla revoca delle DAT con le forme previste dai periodi precedenti, queste possono essere revocate con dichiarazione verbale raccolta o videoregistrata da un medico, con l'assistenza di due testimoni.»

Il legislatore prevede un obbligo formale piuttosto stringente, che viene pensato più nell'ottica di una garanzia *ex post* per il medico, che in quella di una tutela *ex ante* del paziente. La dottrina<sup>11</sup> ha altresì convenuto sulla maggiore opportunità, rispetto all' "atto di revoca", di una forma eventualmente più snella per cercare di meglio adattarsi alla mutata manifestazione di volontà del paziente.

Ciononostante, una delle parti forse più problematiche della Legge sul Consenso informato resta quella relativa ai "soggetti incapaci". Nulla di nuovo in proposito sancisce il comma 1 dell'art. 3, rubricato "Minori e incapaci", nell'affermare che: «La persona minore di età o incapace ha diritto alla valorizzazione

---

<sup>10</sup> Per approfondimenti sulla funzione di adeguamento della volontà del soggetto da parte del notaio, si rinvia a A. Torroni, *Il consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento: un rapporto essenziale ma difficile. Commento alla legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *Riv. Notar.*, 2018, II, 433.

<sup>11</sup> In tal senso, A. Giordano, *Questioni controverse su inizio e fine vita*, in *Dir. Fam. Pers.*, 2018, III, 1081 ss.

delle proprie capacità di comprensione e di decisione, nel rispetto dei diritti di cui all'articolo 1, comma 1. Deve ricevere informazioni sulle scelte relative alla propria salute in modo consono alle sue capacità per essere messa nelle condizioni di esprimere la sua volontà.»

La l. n. 219/2017 si colloca infatti in linea di continuità con un *trend* legislativo, ormai consolidato, orientato verso la massimizzazione della cura dei soggetti incapaci (specie minorenni), ad esempio attraverso la previsione normativa dell'obbligo di ascolto, piuttosto che mediante la valorizzazione delle idee e delle capacità di comprensione personali. Eppure, nonostante tale generalizzato riconoscimento, il “nervo scoperto” di ogni disciplina che coinvolga soggetti incapaci, continua ad essere rappresentato dall'individuazione del soggetto chiamato a decidere, in ultima istanza, sostituendo la propria volontà a quella dell'incapace<sup>12</sup>. In tale ottica, il legislatore dopo aver attribuito tale potere di scelta al tutore, al curatore ed all'amministratore di sostegno, al comma 5 effettua una scelta precisa: «Nel caso in cui il rappresentante legale della persona interdetta o inabilitata oppure l'amministratore di sostegno, in assenza delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT) di cui all'articolo 4, o il rappresentante legale della persona minore rifiuti le cure proposte e il medico ritenga invece che queste siano appropriate e necessarie, la decisione è rimessa al giudice tutelare su ricorso del rappresentante legale della persona interessata o dei soggetti di cui agli articoli 406 e seguenti del codice civile o del medico o del rappresentante legale della struttura sanitaria.»

Sul punto è necessario fare alcune considerazioni.

Innanzitutto, il legislatore non distingue, nell'individuazione del soggetto incapace, tra chi è sempre stato incapace – e quindi neanche volendo avrebbe mai potuto effettuare delle DAT –, e chi lo è diventato successivamente<sup>13</sup> – e pertanto avrebbe potuto effettuare delle DAT, prima del sopravvenuto stato di incapacità ma non le ha fatte –. In entrambi i casi il consenso o dissenso alle cure deve essere espresso dal rappresentante legale, avendo come parametro assolutamente generico la «tutela della salute psico-fisica e della vita del minore, nel pieno rispetto della sua dignità» (co. 2). In tale ambito il legislatore si trovava a compiere una delle scelte più difficili di tutto l'impianto normativo, ossia quella relativa all'attribuzione di un potere di scelta ad un soggetto diverso dalla persona interessata alle cure<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Per un'attenta analisi del fenomeno, si rinvia a M. Nocelli, *La cura dell'incapace tra volontà del paziente, istituti di tutela ed organizzazione del servizio sanitario*, in *Federalismi.it*, 2018. Occorre rammentare, sul punto, che «il carattere personalissimo del diritto alla salute dell'incapace comporta che il riferimento all'istituto della rappresentanza legale non trasferisce sul tutore, il quale è investito di una funzione di diritto privato, il diritto incondizionato di disporre della salute della persona in stato di totale e permanente incoscienza» [cfr. Cass. Civ., Sez. I, n. 21748 del 17 ottobre 2007]. Critico su questa impostazione, laddove però consente al tutore di esprimere la volontà di rifiutare le cure per conto dell'interdetto in stato di coma, F. Gazzoni, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio al principio della divisione dei poteri)*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, 112-113.

<sup>13</sup> Per una ricostruzione fondata sull'art. 2045 c.c. dell'intervento d'urgenza del terzo (familiare) nella scelta del trattamento sanitario cui sottoporre il paziente, attualmente incapace di intendere e di volere, si rimanda a R. Masoni, *Consenso informato, amministrazione di sostegno ed intervento medico-sanitario*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone (II)*, 2017, IV, 1308 ss.

<sup>14</sup> Sulla complessa e centrale, problematica della ricostruzione della volontà del paziente, che non abbia espresso specifiche disposizioni di trattamento prima di cadere in uno stato di incapacità, si veda per tutti A. Santosuosso, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*<sup>2</sup>, Lavis (TN), ed. 2016; S. Cacace, *Autodeterminazione in salute*, Torino, ed. 2017; S. Amato, *Eutanasie. Il diritto di fronte*

Il caso, che era ben impresso nella memoria dei parlamentari, era quello di Eluana Englaro<sup>15</sup>. La Cassazione aveva riconosciuto al padre della ragazza il potere di decidere, ma si era mossa lungo un percorso diverso e più restrittivo. In linea generale, in dottrina si sono fronteggiate due posizioni: la scuola americana, che parla di “volontà del paziente” (*wills*) incapace, dichiarata o ricostruibile; e la scuola inglese, che parla di “miglior interesse” (*best interest*). La Cassazione italiana aveva cercato di mediare tra queste due contrapposte visioni, ponendo innanzitutto un limite di ordine oggettivo: ossia l'accertamento di un recupero seppur remoto delle funzioni vitali del paziente; a cui doveva correlarsi un limite di ordine soggettivo: ossia chi decideva sulla terapia, doveva farlo, non in sostituzione dell'incapace, ma “insieme” allo stesso, ricostruendo la sua volontà in base al suo stile di vita. È chiaro che una prospettiva simile incontra dei limiti innanzi a soggetti che, a causa della giovanissima età, non possono avere convinzioni filosofiche o comunque uno stile di vita.

Nella legge il legislatore sembra superare tutto questo. Il soggetto terzo che esprime il consenso o dissenso alle cure, non ha il limite oggettivo dell'impossibilità assoluta alle cure, né è previsto un limite di tipo soggettivo, in quanto è rimessa alla volontà del rappresentante – e quindi inevitabilmente alle sue convinzioni personali – la scelta della miglior cura per la salute del rappresentato. E a voler essere cinici, una simile lacuna lascerebbe aperte tutta una serie di ipotesi che poco hanno a che vedere con la salute dell'incapace. È assurdo che lo stesso ordinamento che da un lato prevede la necessità dell'autorizzazione del giudice tutelare per la vendita di un bene di proprietà del minore incapace (e comunque per ogni altro atto patrimoniale di straordinaria amministrazione), dall'altro ritenga sufficiente per poter porre fine alla sua vita la sola volontà “cieca” del suo rappresentante legale. Può forse l'integrità patrimoniale ricevere una tutela maggiore dell'integrità fisica?

È vero che in tali casi, ove il medico sia in disaccordo con il rappresentante legale del paziente, il legislatore prevede che possa attivarsi un contenzioso innanzi al giudice tutelare. Ma non è forse eccessivo far gravare un simile onere in capo al medico? Possiamo facilmente immaginare quale sarà la scelta ritenuta da quest'ultimo più opportuna, se seguire la scelta del rappresentante o piuttosto attivare a sue spese un processo.

---

*alla fine della vita*, Torino, ed. 2011; P. Rescigno, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2, Cost. al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. pubbl.*, 2008, I, 85 ss.

<sup>15</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. I, n. 21748 del 16 ottobre 2007. Circa le profonde influenze tra la sentenza in oggetto ed i principi enunciati dalla l. n. 219/2017, si rinvia a B. De Filippis, *Biotestamento e fine vita. Nuove regole nel rapporto medico paziente: informazioni, diritti, autodeterminazione*, CEDAM, ed. 2018. In primo luogo, la pronuncia ribadì che il consenso informato costituisce legittimazione e fondamento del trattamento medico sanitario, in difetto del quale l'intervento del medico è sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente. La pratica del consenso informato, scrive ancora la Cassazione, «rappresenta una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi». Conseguentemente si affermò che il diritto di autodeterminazione medico sanitaria, di cui è titolare il paziente, trova fondamento costituzionale ed implica «la facoltà di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, eventualmente di rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale». Nella medesima circostanza, si precisò ulteriormente che idratazione ed alimentazione artificiale costituiscono trattamenti sanitari.

## 2. Una comune dimensione umana per differenti fattispecie giurisprudenziali

La prima coraggiosa presa di posizione giurisprudenziale sul tema dell'interruzione delle cure si è avuta nel 2007, da parte del GUP del Tribunale di Roma, in relazione al caso Welby<sup>16</sup>. Piergiorgio Welby era un soggetto intellettualmente molto impegnato, sebbene affetto da una malattia neurodegenerativa che ne determinava un'assoluta impossibilità di movimento pur preservandone integra la lucidità mentale, al punto da farne esprimere la libera e consapevole richiesta di morire. Sin dalla maggiore età, Pier Giorgio Welby era affetto da distrofia muscolare progressiva, una patologia che lascia intatte le facoltà mentali, seppur in un corpo martoriato e devastato. Nel 2006, dopo avere rivolto inutilmente un appello al Presidente della Repubblica, a causa del progresso costante ed irreversibile della patologia degenerativa che l'affliggeva, Welby si trovava completamente immobilizzato, essendogli inibito qualsiasi movimento corporeo, se non quello labiale ed oculare. In particolare, egli era tracheotomizzato, respirava grazie ad un ventilatore polmonare (cui era attaccato da quasi un decennio), si nutriva assumendo un alimento artificiale (Pulmocare) ed altri elementi semiliquidi ingeriti tramite sondino naso-gastrico, comunicava con un sintetizzatore vocale ed orinava tramite sondino inserito nell'uretra. Data la sua disperazione e solitudine, pienamente cosciente, lucido e consapevole della sua condizione di malato terminale, egli tentò da ultimo di adire le vie giudiziarie. In particolare, valendosi del diritto di autodeterminazione in materia medico-sanitaria, chiese, tramite provvedimento d'urgenza, «l'immediato distacco del ventilatore artificiale che ne assicurava la respirazione assistita», con contestuale somministrazione di terapie sedative atte ad eliminare qualsiasi stato di sofferenza fisica o psichica.

La richiesta fu ritenuta inammissibile dal Tribunale di Roma<sup>17</sup> che, per quanto ritenesse configurabile il diritto del paziente alla consapevole ed informata autodeterminazione nella scelta delle terapie cui sottoporsi, tuttavia affermò che «tale diritto non fosse in concerto tutelabile, a causa della mancata definizione, in sede normativa, delle sue modalità attuative, in particolare con riguardo all'esatta individuazione del c.d. divieto di accanimento terapeutico». Evidentemente, i tempi non erano ancora maturi per soluzioni più coraggiose ed umane che altri magistrati avrebbero in seguito tentato. Dato che le istituzioni si mostrarono sorde alle sue grida di dolore, Welby decise di “farsi giustizia da sé”, incaricando il medico-anestesista di fiducia, il dottor Mario Riccio, affinché, previa sedazione, provvedesse al distacco del ventilatore meccanico che gli permetteva di respirare e di sopravvivere. Fu

---

<sup>16</sup> Si veda in proposito l'attenta ricostruzione operata da R. Masoni, *Rifiuto di trattamento medico e scelte di fine vita nella l. n. 219/17: l'ultima tappa di un lungo percorso*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone (II)*, 2018, III, 1139 ss. In termini autobiografici, si veda P. Welby, *Lasciatemi morire*, Milano, edizione 2006. Cfr. Trib. Roma, sentenza 2049, 17 luglio 2007, (con nota di R. Masoni, “*Vivere è un diritto, non un obbligo: amministrazione di sostegno e consenso ai trattamenti sanitari e di fine vita*”, in *Diritto di Famiglia e delle Persone (II)*, 2008, 675 ss.) la cui massima recita: «il medico che, su espressa richiesta del paziente, ne cagiona la morte, interrompendo il trattamento sanitario “salvavita” cui lo stesso era sottoposto, non risponde del reato di omicidio del consenziente, operando l'esimente dell'adempimento del dovere, sempre che il dissenso alla prosecuzione del trattamento sia stato espresso liberamente e personalmente da paziente capace, compiutamente informato circa le conseguenze della sua richiesta».

<sup>17</sup> Cfr. Trib. Roma, ordinanza del 16 dicembre 2006.

così che egli si spense nella notte tra il 20 ed il 21 dicembre 2006. La morte di Welby non passò sotto silenzio se è vero che l'anestesista che lo aiutò nell'attuazione del proposito suicidario fu sottoposto a processo penale in quanto imputato del delitto di omicidio del consenziente (ex art. 579 c.p.). Con una coraggiosa decisione, peraltro, il GIP di Roma mandò assolto il dr. Riccio, ritenendo operante la scriminante di cui all'art. 51 c.p., in tema di adempimento del dovere. Il che valeva ad affermare che il medico, innanzi alla richiesta del paziente, non poteva che dare corso a questa volontà poiché la libertà di cure è imposta dall'art. 32 della Costituzione.<sup>18</sup>

Fu quella una data importante, poiché nello stesso periodo fu deciso il caso Englaro, che aveva ad oggetto una situazione umanamente analoga a quella del signor Welby, benché tecnicamente diversa da quest'ultima. Eluana Englaro, infatti, a seguito di un gravissimo sinistro stradale del 18 gennaio 1992, era divenuta incosciente, passando da uno stato vegetativo persistente ad uno stato vegetativo permanente protrattosi fino alla morte avvenuta 17 anni dopo (il 2 febbraio 2009). Eluana era pertanto all'epoca dei fatti in quello che all'epoca si definiva uno stato vegetativo permanente da ben diciassette anni. Per cui, anche i più accaniti sostenitori del concetto di vita in senso biologico avevano difficoltà nell'affermare che quella potesse dirsi vita biologicamente intesa. Ad accumunare i due casi era, tuttavia, il solo grado di drammaticità. Dal punto di vista umano erano situazioni simili, mentre da quello fattuale si trattava di situazioni differenti. Tuttavia, la questione era più complessa, poiché all'epoca era insegnamento corrente che il consenso non potesse essere in alcun modo presunto. Si ammetteva con difficoltà il consenso "tacito", mettendo in guardia dal pericolo di confusione con quello "presunto". Sicuramente l'attenzione mediatica su tali fenomeni ha facilitato l'approvazione della legge 219/2017, i cui articoli sembrano proprio preposti a risolvere queste situazioni.

L'art. 1, ad esempio, attraverso un procedimento *bottom up* (dal basso verso l'alto) pare ritagliato proprio sul caso Welby. L'equiparazione tra "rifiuto della cura" e "richiesta di interruzione" non attiene, infatti, ad un profilo meramente giuridico, ma si pone a salvaguardia di un interesse concreto del paziente, il quale molte volte non chiedeva di essere iniziato alle cure per il timore di rimanere poi intrappolato in un meccanismo che avrebbe portato a comprimerne i profili di umanità e dignità. E lo stesso vale sul versante del trattamento medico, giacché questa disposizione contrasta devianti pratiche difensivistiche in campo sanitario, rappresentate dal fatto che i medici spesso non raccomandavano di dare inizio ad un trattamento per paura che il paziente non potesse più tornare indietro. Questa legge risolve alcune situazioni, predispone lo strumento delle DAT – effettivamente molto parziale e lacunoso, anche rispetto

---

<sup>18</sup> Tale impostazione è ormai consolidata nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Per un'attenta analisi dell'interpretazione data dalla Consulta, si rimanda a M. Siclari, *L'articolo 32, primo comma della Costituzione italiana nell'interpretazione della Corte Costituzionale*, in *Lex Social*, 2012, 79. A conferma dell'originaria impostazione, in tal senso attribuita all'art. 32 Cost., si veda L. Carlassarre, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in *Atti del convegno celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione. L'ordinamento sanitario, 1. L'amministrazione sanitaria*, a cura di R. Alessi, Venezia, 1967.

ad una gestione concreta – per preservare la volontà del paziente, ma non riesce a ricomprendere tutte le possibili manifestazioni fenomeniche del problema del fine vita. Vi sono aspetti positivi, tra cui la soluzione affermativa della dibattuta qualificazione dei mezzi di sostentamento artificiale (nutrizione ed idratazione) in termini di trattamenti sanitari.

Proprio alla fine del percorso parlamentare accidentato e complesso, si è verificata la situazione di Fabiano Antoniani (*alias* Dj Fabo)<sup>19</sup> la quale appariva come ulteriormente diversificata rispetto alle precedenti, ma come quelle caratterizzata da un forte grado di drammaticità, forse maggiore. Fabiano Antoniani non ha voluto rifiutare le cure consapevole del fatto che tale rifiuto avrebbe determinato una fine a distanza di parecchi giorni, con dolori strazianti ed un'ulteriore compromissione della propria situazione umana e con un carico di sofferenza ulteriore per i parenti. Gli furono quindi rappresentate le diverse possibilità da Marco Cappato, ed optò per l'ipotesi del suicidio che si è procurato personalmente – cioè stringendo con la morsa dei denti un macchinario che gli ha iniettato il liquido letale –. Tecnicamente, allora, il comportamento di Cappato che ha fornito consigli, finanche ad accompagnare il paziente nella clinica svizzera in cui ha poi trovato la morte, configura un aiuto al suicidio. Se si sono risolti i casi Welby ed Englaro in nome di un'autodeterminazione, che è poi stata sancita anche in termini corposi da una legge, tale principio deve valere evidentemente anche nel caso di Fabiano Antoniani.

È stata allora sollevata una questione di legittimità costituzionale, tutta incentrata sul principio di autodeterminazione del paziente. L'autodeterminazione – per alcuni già presente tra le maglie del tessuto costituzionale, ma ad oggi espressamente consacrata nella l. 219/2017 – non può tuttavia essere usata “come una briscola, un grimaldello, un piede di porco”<sup>20</sup> per scardinare un sistema di tutele che è imprescindibilmente pubblicistico. Dopo l'iniziale favore per tale principio, pertanto, nell'analizzare le possibili conseguenze della futura decisione della Corte Costituzionale, sono cominciate ad affiorare alcune precisazioni di contesto. Non è possibile rinunciare al “paternalismo *soft*” dell'art. 580 c.p., posto a presidio della tutela gli interessi delle persone più deboli. È allora necessario delimitare l'ambito operativo dell'autodeterminazione alle situazioni di fine vita<sup>21</sup>. Ad ulteriore complicazione, vi è da considerare la progressiva soggettivizzazione del concetto di “malattia”. È ormai malattia ciò che il malato percepisce come tale, ossia qualsiasi cosa che diminuisca il suo benessere, diventando la versione negativa della concezione di “salute”, a suo tempo data

---

<sup>19</sup> Per una lettura trasversale delle problematiche sollevate dal caso Cappato, si veda C. Cupelli, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in *Dir. Pen Contemporaneo*, 2018, consultabile al seguente link: <https://www.penalecontemporaneo.it/d/6357-il-caso-cappato-l-incostituzionalita-differita-e-la-dignita-nell-autodeterminazione-alla-morte>

<sup>20</sup> L'espressione si deve a R. Dworking, *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, 1994.

<sup>21</sup> L'individuazione di quali siano i caratteri di una “situazione di fine vita” è stata affrontata sotto vari versanti (medico, civilistico, penalistico, costituzionalistico). Una definizione particolarmente calzante è stata formulata da M. D'Amico, che ha fatto riferimento alla presenza di una “malattia incurabile e foriera di gravissime sofferenze”. Altre volte si trova invocato il *test* del medico che si sorprende nello scoprire che il paziente è ancora vivo. Naturalmente, una simile ricostruzione non sarebbe valida per il diritto penale, che esige con certezza la quantificazione dei giorni e dei mesi che si interpongono alla morte.

dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS)<sup>22</sup>. Ma questa visione della malattia difficilmente potrebbe penetrare all'interno del diritto penale, in cui non è possibile acconsentire a che sia la vittima, o meglio il soggetto paziente, a decidere cosa sia malattia e cosa no. Una soggettivizzazione di questo calibro porterebbe, secondo un argomento ormai consolidato, ad attribuire rilevanza perfino alla sola depressione.<sup>23</sup>

Si è allora avvertita l'esigenza di costruire in termini oggettivi i requisiti di un aiuto al suicidio *vietae causa*, cercando un temperamento tra libertà di autodeterminazione ed esigenze solidaristiche, convogliate da un discorso filosofico di stampo comunitario.

### 3. La recente posizione della Corte Costituzionale sul tema del fine vita

La Corte costituzionale ha tentato di offrire una rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p. operando un bilanciamento tra interessi contrapposti, da un lato l'interesse pubblico alla protezione dei soggetti più vulnerabili dal pericolo di una libera e facilitata cessazione della propria esistenza, e dall'altro l'interesse del singolo, in circostanze eccezionali e nel rispetto di specifiche condizioni, a poter dare esecuzione alla propria volontà di morire.

In particolare, la Corte si è espressa a distanza di un anno con due successivi provvedimenti. Il primo, di natura endoprocessuale adottato nell'esercizio del "potere di gestione del processo costituzionale" della Corte, è rappresentato dall'ordinanza n. 207 del 23 ottobre 2018 di rinvio della discussione all'udienza del 24 settembre 2019. Il secondo, definitivo e sostanzialmente confermativo dell'orientamento tratteggiato nella prima ordinanza, è rappresentato dalla sentenza di accoglimento n. 242 pubblicata il 27 novembre 2019.

Rispetto ad entrambi è opportuno operare alcune osservazioni, al netto della soluzione di merito adottata – non propriamente ottimale – ma certo la migliore delle soluzioni possibili.

Già con la prima ordinanza n. 207 del 2018, infatti, la Corte Costituzionale riconosce l'innegabile rilievo della libertà di autodeterminazione, ma tempera tale principio con un'attenta tutela dei soggetti più deboli che solo formalmente acconsentono alla propria morte. Rispetto a tale compromesso, l'art. 580 c.p. è allora un presidio ineludibile poiché rappresenta "una cintura di protezione" nei confronti dei soggetti più deboli. Consucia, tuttavia, della necessità di un intervento legislativo – sia perché trattasi di

---

<sup>22</sup> L'O.M.S. (Organizzazione Mondiale della Sanità), organismo sanitario internazionale sorto a New York nel 1946, nella propria Carta fondativa del 1948, identifica la salute come "uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale e non semplice assenza di malattia."

<sup>23</sup> La Depressione è a tutti gli effetti una malattia. È stato ormai superato il precedente dualismo mente-corpo. Provoca sofferenze, ma non per questo si può sostenere la liceità dell'omicidio di un soggetto depresso soltanto perché lo chiede. In realtà secondo i dati ISTAT (2015) è stato stimato che i suicidi siano realizzati in un rapporto di 4 a 1 da soggetti depressi piuttosto che da soggetti affetti da altri disturbi.

materia penale coperta da riserva assoluta di legge *ex art. 25 Cost.*, che per gli inevitabili profili discrezionali di disciplina che alla Corte è precluso colmare in quanto rimessi alla discrezionalità ed alla responsabilità politica del Parlamento – la soluzione accolta è quella della procedimentalizzazione, realizzata mediante la fissazione di un termine (il 24 settembre 2019) entro il quale il legislatore è “invitato” ad intervenire disciplinando le diverse fasi che consentano un avvicinamento del decisore alla situazione di fatto, nel tentativo di verificare nel modo più pieno possibile la libertà di autodeterminazione del soggetto. Nell’ottica della Consulta, questa si sarebbe potuta rivelare un’ottima occasione per disciplinare quella “relazione di cure e di fiducia”, tanto declamata dalla legge n. 219 ma disciplinata solamente in coda all’articolo 5, rubricato “Pianificazione condivisa delle cure”, al fine di trovare un bilanciamento, scevro dalla rigida logica dicotomica tipica del diritto penale.

La soluzione alternativa, che la Corte avrebbe potuto fare propria, consiste nell’affermazione in termini assoluti del principio di libertà di autodeterminazione, seguita dalla immediata dichiarazione di illegittimità costituzionale dell’art. 580 c.p. – cosa che avrebbe però creato un’impressionante lacuna ordinamentale –. Secondo alcuni autori, la Consulta avrebbe potuto – se non addirittura dovuto – limitarsi a dichiarare l’inammissibilità della questione, anche in considerazione del fatto che la Corte Costituzionale, potendo pronunciarsi in materia penale “a rime obbligate”, avrebbe inevitabilmente violato la riserva di legge: non essendo organo dotato di legittimazione democratica, non può infatti sostituirsi al legislatore. L’ordinanza n. 207/2018, in definitiva, suggerisce al legislatore una soluzione, ma affinché non rimanga lettera morta – lasciando così Cappato alla sua ineludibile sorte giudiziaria –, fissa un termine di attuazione. La scelta appare, in definitiva, saggia. Definire una regola, in questo caso, si sarebbe rivelato subottimale, perché sovradimensionata; mentre maggiormente adeguata appare una valutazione caso per caso, che sappia evitare “distorsioni sistematiche della conoscenza”<sup>24</sup>.

La Corte d’Assise di Milano, con ordinanza di remissione del 14 febbraio 2018, solleva una questione di legittimità costituzionale, che ha come proprio oggetto l’art. 580 c.p. Già soltanto il riferimento all’oggetto solleva delle perplessità, in quanto la Corte Costituzionale, alla fine del suo discorso, finisce per andare oltre l’art. 580 c.p., estendendo oltremodo l’oggetto della sua pronuncia. Ma sembra altresì che un analogo atteggiamento si registri in relazione al parametro di costituzionalità del giudizio. Il giudice *a quo*, infatti, fa altresì riferimento all’art. 3 della Costituzione, ma la Corte lo considera “un errore di fatto”, e sostiene invece *ex auctoritate sua* che il remittente avesse voluto riferirsi all’art. 2 della Costituzione. Come se ciò non bastasse, è la stessa Corte a recuperare in un secondo momento lo stesso art. 3 Cost. – in particolare sul versante del principio di ragionevolezza – come parametro del giudizio. Un’analoga anomalia si registra, inoltre, in riferimento al secondo parametro rappresentato dall’art. 32 Cost. Il giudice *a quo*,

---

<sup>24</sup> Il fenomeno, noto alla psicologia comportamentale, si realizza ogniqualvolta ci si focalizzi sulle poche situazioni oggetto di attenzione mediatica, distogliendo l’attenzione dai tanti casi meno noti, in cui ci si determini a morire con molta meno consapevolezza.

infatti, non fa espressamente riferimento all'art. 32 Cost. – qui, in verità, fondamentale – ma ciononostante la Corte lo utilizza, ancora una volta *ex auctoritate sua*, come parametro di legittimità costituzionale, ritenendolo “implicitamente invocato” dal complesso dell'impugnazione.

Ciò dà evidentemente l'idea di una forzatura, diretta al perseguimento di un obiettivo conclusivo. Anche in alcuni passaggi dell'ordinanza, emerge prepotentemente questo spirito.

La Consulta, infatti, ricostruendo il percorso dell'ordinanza di remissione afferma, in maniera troppo netta che «il bene giuridico protetto dalla norma denunciata [art. 580 c.p.] andrebbe oggi identificato, non già nel diritto di vita, ma nella libertà e consapevolezza del soggetto passivo di porvi fine evitando gli influssi che altri dimostrino sulla sua scelta». Al contrario, da parte del giudice *a quo* questa presa di posizione così netta non sembra emergere.

Ancora, la Corte Costituzionale respinge un'eccezione sollevata dall'Avvocatura dello Stato, volta a far dichiarare l'inammissibilità della richiesta del giudice *a quo*, «per avere la Corte remittente richiesto una pronuncia manipolativa in materia rimessa alla discrezionalità del legislatore». Trattasi, senza dubbio, di un'attività creativa che le è invece preclusa. Eppure, pur respingendo formalmente questa eccezione, la Corte nella sostanza finisce per decidere in un senso fortemente creativo.

Tra gli aspetti più interessanti, vi è quello della tutela della dignità umana, *ex art. 2 Cost.*, utilizzato per la ricostruzione delle condizioni alle quali è possibile ritenere non punibile il suicidio. Si tratta, afferma la Corte Costituzionale, «di ipotesi nelle quali l'assenza di terzi nel porre fine alla sua vita può rappresentarsi al malato come l'unica via d'uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, a un mantenimento artificiale in vita». Vi è chiaramente una tendenza a valutare in maniera apertamente soggettiva il concetto di dignità umana, ovverosia le condizioni a cui la vita può ritenersi degna di essere vissuta. In un altro passaggio è affermato che «ancora di più se si costringe il paziente a subire un processo più lento in ipotesi corrispondenti alla propria visione della dignità nel morire e più carico di sofferenze per le persone che gli sono care». Emerge, allora, una condizione ulteriore: la soggettivizzazione della dignità a vivere – e *a contrario* della dignità a morire – va misurata non soltanto in relazione alla percezione di chi soffre direttamente in conseguenza della malattia, ma anche di chi sta intorno al malato. Trattasi, dunque, di una doppia soggettivizzazione del concetto di dignità.

Per giustificare l'esercizio dei propri poteri di gestione del giudizio costituzionale, la Corte richiama in chiave comparata l'esperienza canadese e quella britannica. Non è raro il richiamo a Corti straniere, fatto per rafforzare il proprio *iter* argomentativo. Ma in questo caso il problema è procedurale: chiamare in causa due Corti di due ordinamenti diversi, che funzionano in modo diverso (in quanto espressione di tradizioni culturali e giuridiche di *common law*) e le cui decisioni hanno effetti diversi sui giudici ordinari, resta infatti privo di ogni ragionevolezza.

Vi è comunque da ribadire che con la prima pronuncia la Corte costituzionale in realtà non decide in senso definitivo, trattandosi di un'ordinanza con cui semplicemente viene rinviata al 24 settembre 2019

la propria decisione. Eppure, la Consulta non si limita ad invitare il legislatore ad intervenire sull'art. 580 c.p., ma finisce per richiedere un intervento normativo di ben più ampio respiro<sup>25</sup>, con una disciplina particolarmente complessa, peraltro individuando essa stessa la sede in cui intervenire, ovverosia il tessuto normativo della l. n. 219/2017.

Tale *modus operandi* solleva tutta una serie di problemi. Innanzitutto, non è rispettato il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, che vincola anche la Corte Costituzionale (la quale arbitrariamente sceglie di incidere tanto sull'oggetto, quanto sul parametro del giudizio). L'altro aspetto è che solo formalmente si parla di costituzionalità di una norma di legge. Dalla lettura dell'ordinanza 207/2018 sembra che la Corte sia propensa a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. eppure, dichiara esplicitamente di non volerlo fare prima del 24 settembre 2019. Allora, vi è da domandarsi, che efficacia abbia una simile ordinanza rispetto al prosieguo del giudizio costituzionale, peraltro proseguito da una rinnovata Corte Costituzionale. Il rinvio disposto all'esito della precedente udienza risponde, infatti, con diversa tecnica, alla stessa logica che ispira, nella giurisprudenza costituzionale, il collaudato meccanismo della "doppia pronuncia" (sentenza di inammissibilità "con monito" seguita, in caso di mancato recepimento di quest'ultimo, da declaratoria di incostituzionalità). Decorso un congruo periodo di tempo, l'esigenza di garantire la legalità costituzionale deve, comunque sia, prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia, alla quale spetta la priorità. In altri termini, secondo la Corte, il principio di leale collaborazione tra organi costituzionali non è da intendersi in senso assoluto. Esso diviene, infatti, recessivo laddove l'inerzia di un potere fondamentale dello Stato determini un vuoto di tutela dei diritti fondamentali, che non possono pertanto restare privi di garanzia costituzionale «specie negli ambiti, come quello penale, in cui è più impellente l'esigenza di assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali, incisi dalle scelte del legislatore» (sentenza n. 99 del 2019). Ove la *lacuna legis* interessi diritti fondamentali, come quello alla vita o alla salute dei cittadini, la Corte si auto-attribuisce un potere di intervenire, non

---

<sup>25</sup> Si fa infatti riferimento «alla disciplina delle condizioni di attuazione della decisione di taluni pazienti di liberarsi delle proprie sofferenze non solo attraverso solo attraverso una sedazione profonda continua e correlativo rifiuto dei trattamenti di sostegno vitale, ma anche a traverso la somministrazione di un farmaco atto a provocare rapidamente la morte, potrebbe essere introdotta, anziché mediante una mera modifica della disposizione penale di cui all'art. 580 cod. pen., in questa sede censurata, inserendo la disciplina stessa nel contesto della legge n. 219 del 2017 e del suo spirito, in modo da inscrivere anche questa opzione nel quadro della «relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico», opportunamente valorizzata dall'art. 1 della legge medesima. Peraltro, l'eventuale collegamento della non punibilità al rispetto di una determinata procedura potrebbe far sorgere l'esigenza di introdurre una disciplina ad hoc per le vicende pregresse (come quella oggetto del giudizio a quo), che di tale non punibilità non potrebbero altrimenti beneficiare: anche qui con una varietà di soluzioni possibili. Dovrebbe essere valutata, infine, l'esigenza di adottare opportune cautele affinché – anche nell'applicazione pratica della futura disciplina – l'opzione della somministrazione di farmaci in grado di provocare entro un breve lasso di tempo la morte del paziente non comporti il rischio di alcuna prematura rinuncia, da parte delle strutture sanitarie, a offrire sempre al paziente medesimo concrete possibilità di accedere a cure palliative diverse dalla sedazione profonda continua, ove idonee a eliminare la sua sofferenza – in accordo con l'impegno assunto dallo Stato con la citata legge n. 38 del 2010 – sì da porlo in condizione di vivere con intensità e in modo dignitoso la parte restante della propria esistenza. Il coinvolgimento in un percorso di cure palliative dovrebbe costituire, infatti, un pre-requisito della scelta, in seguito, di qualsiasi percorso alternativo da parte del paziente.» Cfr. Corte Cost., ord. del 16 novembre 2018, n. 207.

già semplicemente in termini negativi – ossia espungendo dall'ordinamento le norme contrastanti con la Costituzione mediante una sentenza di accoglimento “secco” – ma promuovendo interventi di carattere positivo<sup>26</sup>, ricavando dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento. Quello operato dalla Corte sarà allora qualificabile come intervento “manipolativo spurio”, rispettoso della legalità costituzionale fintanto che la disciplina a tutela dei diritti fondamentali sia dalla stessa ricavata ermeneuticamente da fonti legislative.

In qualche modo bisognava incidere sul processo penale pendente su Marco Cappato<sup>27</sup>. La Corte era ben consapevole del disinteresse politico verso l'approvazione di una legge su una tematica tanto delicata a livello di consenso popolare e si è posta essenzialmente un problema di natura umana. Ha pertanto cercato di conciliare delle posizioni che altrimenti non avrebbero potuto trovare composizione. Lo strumento processuale prescelto, ossia una mera ordinanza di carattere strettamente procedurale<sup>28</sup>, non ha tuttavia alcuna efficacia sugli altri giudici (ordinari e costituzionali) che dovessero trovarsi ad affrontare questioni analoghe, limitandosi a conservare la sospensione del giudizio *a quo*.

Un'ultima osservazione di carattere formale riferita all'ordinanza n. 207/2018 attiene alla data individuata come termine per gli adempimenti legislativi richiesti, nonché per la definitiva decisione della Consulta. Il 24 settembre 2019 è, a ben vedere, una data strategica, in quanto coincidente con la decadenza della presidenza Lattanzi, nonché dell'allora conformazione del collegio di giudici della Corte. Nei fatti, dunque, essa sceglie consapevolmente di non decidere, rimettendo a quella che sarà la nuova formazione della Corte la definitiva presa di posizione su tale delicatissima questione. Vi è, poi, un ulteriore dato significativo da considerare. Nell'ordinanza in oggetto, la Corte Costituzionale spinge il Parlamento ad intervenire sulla legge 219/2017, entro un tempo prestabilito da essa stessa individuato. Tuttavia, i tempi medi di approvazione delle leggi nel nostro Parlamento, ammontano circa a 450 giorni in media (considerato anche le leggi su cui è posta la questione di fiducia e le leggi di conversione dei decreti legge). Ne deriva nettamente che il rinvio a settembre 2019 non possa dirsi un termine ragionevole entro cui normalmente il legislatore sarebbe potuto riuscire ad intervenire. Una maggiore rapidità sarebbe potuta certo essere assicurata dall'adozione di un decreto legge da parte del Governo. Tuttavia, è impensabile che un tema come questo, gravido di implicazioni etiche, sia gestito in

---

<sup>26</sup> In questo senso, sentenze n. 40 del 2019, n. 233 e 222 del 2018 e n. 236 del 2016.

<sup>27</sup> In proposito, si veda E. Furno, *Il "caso Cappato" ovvero dell'attivismo giudiziale*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it), 2020, n. 1; R. Pescatore, *Caso Cappato-Antoniani: analisi di un nuovo modulo monitorio*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it), 2020, n. 1; A. Licastro, *L'epilogo giudiziario della vicenda Cappato e il ruolo "sussidiario" del legislatore nella disciplina delle questioni "eticamente sensibili"*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2019, n. 3, pag. 609

<sup>28</sup> Essa è stata mutuata dalla Germania, in cui esistono sentenze di mera incompatibilità ai sensi dell'art. 31 BVerfGG, che però a differenza dell'ordinanza in oggetto, producono alla scadenza quale effetto automatico l'illegittimità costituzionale e caducazione della legge impugnata. Per ulteriori approfondimenti sul tema, si veda M. T. Röig, *Le pronunce di incostituzionalità e di incompatibilità costituzionale nella giurisprudenza costituzionale tedesca e austriaca*, in *Corte Costituzionale. Servizio studi. Area di diritto comparato*, 2018. In questo caso, la peculiarità è che, al contrario, la Corte avrebbe astrattamente le mani libere alla scadenza.

questi termini, dovendo piuttosto essere il frutto ragionato del confronto tra le forze politiche presenti in Parlamento. Resterebbe, in ogni caso, di eccezionale gravità – oltre che biasimevole – la circostanza che l'organo costituzionale di garanzia delle leggi cerchi di dettare i tempi del procedimento alla luce del proprio cambio di guardia, scegliendo in definitiva di non scegliere, per non assumersi la responsabilità delle proprie decisioni.

Come prevedibile, alla data di udienza fissata dall'ordinanza 207/2018, il Parlamento<sup>29</sup> non è riuscito ad assumere alcuna posizione definitiva sul tema del fine vita. Con la sentenza del 25 settembre 2019, pertanto, la Corte costituzionale ha proceduto a realizzare l'annunciato<sup>30</sup> accoglimento del ricorso dichiarando «l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 del codice penale, nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente».

Espressamente la Corte, nel considerato in diritto, richiama e conferma i rilievi e le conclusioni elaborate all'interno dell'ordinanza 207/2018, ai quali «si salda, in consecuzione logica, l'odierna decisione». Preliminarmente, dunque, si ribadisce la scelta procedurale di non adottare una pronuncia di inammissibilità della questione con monito al legislatore di intervenire in materia rimuovendo il *vulnus* di costituzionalità – cui ampiamente la stessa Corte ha fatto ricorso in passato – stante l'impossibilità, nel caso di specie, per via delle peculiari caratteristiche e della rilevanza dei valori coinvolti, di garantire attraverso essa un'adeguata protezione ai diritti fondamentali coinvolti, dal momento che una simile pronuncia avrebbe avuto l'effetto di lasciare in vita – e dunque esposta a ulteriori applicazioni, per un periodo di tempo non preventivabile – la normativa non conforme a Costituzione.

Nel merito la sentenza 242/2019 chiarisce che l'art. 580 c.p., nel punire i comportamenti di istigazione ed aiuto al suicidio, svolge una rilevante funzione costituzionale rispetto a quelle categorie di soggetti più deboli e vulnerabili che, a causa di una valutazione distorta della propria dignità, siano indotti a sentirsi un peso per la propria famiglia e l'intera società, così rifiutando cure che razionalmente dovrebbero invece

---

<sup>29</sup> I plurimi progetti di legge pure presentati in materia, di vario taglio, sono rimasti, infatti, tutti senza seguito. Il relativo esame – iniziato presso la Camera dei deputati, quanto alle proposte di legge A.C. 1586 e abbinata – si è, infatti, arrestato alla fase della trattazione in commissione, senza che sia stato possibile addivenire neppure all'adozione di un testo unificato.

<sup>30</sup> Cfr. C. Masciotta, *La Corte costituzionale riconosce il diritto, preannunciato, a morire rapidamente e con dignità con una tecnica decisoria dalle diramanti implicazioni*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2020, n. 1.

essere portati ad accettare. La norma incriminatrice è stata introdotta dal legislatore fascista del 1930, secondo il quale la vita umana e le relazioni sociali dovevano incanalarsi all'interno di un sistema dirigitista fortemente verticalista. In tale prospettiva, infatti, le condotte di istigazione e di aiuto al suicidio erano ritenute di pari disvalore – di qui l'analoga cornice edittale indicata dall'art. 580 c.p. - dal momento che entrambe contribuivano causalmente alla sottrazione di forza lavoro e militare alla patria. Con la Costituzione repubblicana tale visione della forma di Stato è tramontata. Al centro dell'ordinamento non vi è più l'interesse dello Stato ma quello della persona, alla cui piena realizzazione la Repubblica deve tendere (in tal senso, sono da leggere gli articoli 2 e 3, comma 2 della Costituzione). Tale rivoluzione copernicana della scala valoriale dello Stato ha determinato una rilettura delle disposizioni adottate precedentemente. Tra queste lo stesso art. 580 c.p. il quale conserva anche nell'attuale assetto costituzionale una propria operatività<sup>31</sup>, rappresentata dalla «tutela del diritto alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, che l'ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile, come quella del suicidio. Essa assolve allo scopo, di perdurante attualità, di tutelare le persone che attraversano difficoltà e sofferenze, anche per scongiurare il pericolo che coloro che decidono di porre in atto il gesto estremo e irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere» (ordinanza n. 207 del 2018). Il principio generale che ispira l'attuale ordinamento, presidiato dal divieto oggetto della norma incriminatrice in questione, è dunque quello della tutela della vita, «primo dei diritti inviolabili dell'uomo» (sentenza n. 223 del 1996), in quanto presupposto per l'esercizio di tutti gli altri, rispetto al quale la libertà di autodeterminazione sancita dall'art. 13 Cost. è da ritenersi recessiva.

Tuttavia, la Corte costituzionale ravvisa un limitato spazio di non conformità a Costituzione dell'art. 580 c.p., che è rappresentato da situazioni che all'epoca dell'introduzione della norma non erano affatto immaginabili ma che, con il progresso della medicina e della tecnologia, sono oggi possibili. Il riferimento è a quelle situazioni di eccezionale gravità nelle quali il soggetto versò in un'irreversibile situazione di mantenimento artificiale in vita, pur restando in una perdurante condizione di lucidità mentale, che gli permetta di valutare consapevolmente la non opportunità del relativo trattamento sanitario – che è legittimato a rifiutare ai sensi dell'art. 32 Cost. –, ma al contempo versando nell'incapacità materiale di porre autonomamente fine alla propria vita, se non con ulteriori sofferenze fisiche e psichiche per se stesso e per i propri cari.

Le condizioni individuate dalla Consulta affinché ricorra tale straordinaria situazione di estraneità dall'ambito di applicazione dell'art. 580 c.p., tale da non giustificarne costituzionalmente la repressione, sono quelle poste dalla stessa ordinanza 207/2018. È necessario che l'aspirante suicida si identifichi – come nella vicenda oggetto del giudizio *a quo* – in una persona «(a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta

---

<sup>31</sup> Cfr. B. Liberali, *L'aiuto al suicidio "a una svolta", fra le condizioni poste dalla Corte costituzionale e i tempi di reazione del legislatore?*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 2020.

in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli» (ordinanza n. 207 del 2018).

Rispetto a tali casi è opportuno valorizzare adeguatamente la libera autodeterminazione del paziente rispetto al termine della propria esistenza, escludendo in forza di tale eccezionale scriminante<sup>32</sup> l'antigiuridicità della condotta di chi soltanto materialmente aiuti quest'ultimo nell'esecuzione del proposito suicidario – restando invece penalmente rilevante la diversa condotta di “istigazione al suicidio”, di chi cioè determini o rafforzi l'altrui proposito suicidario, anche in presenza delle straordinarie condizioni –. La Corte costituzionale fonda il proprio ragionamento alla luce del «valore costituzionale del principio del consenso informato del paziente al trattamento sanitario proposto dal medico»: principio qualificabile come vero e proprio diritto della persona, che trova fondamento nei principi espressi negli artt. 2, 13 e 32 Cost. (sentenze n. 253 del 2009 e n. 438 del 2008).

L'antigiuridicità della condotta di aiuto al suicidio in tali situazioni è data dal riconoscimento legislativo del diritto a richiedere, con effetti vincolanti nei confronti di terzi, l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale in atto e di contestuale sottoposizione a sedazione profonda continua (c.d. eutanasia passiva) ai sensi della legge 219 del 2017. Tale legge, infatti, all'art. 1 riconosce ad «[o]gni persona capace di agire» il diritto di rifiutare o interrompere qualsiasi trattamento sanitario, ancorché necessario alla propria sopravvivenza, comprendendo espressamente nella relativa nozione anche i trattamenti di idratazione e nutrizione artificiale (art. 1, comma 5), in nome della «relazione di cura e di fiducia» tra paziente e medico. In ogni caso, il medico «è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo», rimanendo, «in conseguenza di ciò, [...] esente da responsabilità civile o penale» (art. 1, comma 6). Inoltre, la legge n. 219 del 2017 prevede che la richiesta di sospensione dei trattamenti sanitari possa essere associata alla richiesta di terapie palliative, allo scopo di alleviare le sofferenze del paziente (art. 2, comma 1). Lo stesso art. 2 stabilisce inoltre, al comma 2, che il medico possa, con il consenso del paziente, ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, per fronteggiare sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari. Disposizione, questa, che «non può non riferirsi anche alle sofferenze provocate al paziente dal suo legittimo rifiuto di trattamenti di sostegno vitale, quali la ventilazione, l'idratazione o l'alimentazione artificiali: scelta che innesca un processo di indebolimento delle funzioni organiche il cui esito – non necessariamente rapido – è la morte» (ordinanza n. 207 del 2018).

---

<sup>32</sup> Cfr. M. Bianca, *L'aiuto al suicidio è ancora reato. riflessioni privatistiche sulla esimente di responsabilità dell'aiuto al suicidio medicalizzato*, in *Il Corriere giuridico*, 2020, n. 2, pag. 145; N. Colaiani, *La causa di giustificazione dell'aiuto al suicidio ('rectius': dell'assistenza a morire)*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2019, n. 3, pag. 591; M. D'Amico, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale tra profili processuali, principi penali e dilemmi etici.*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it), 2020, n. 1.

In conclusione, invocando il fondamentale principio di ragionevolezza ordinamentale<sup>33</sup>, di cui all'art. 3 Cost., la Corte costituzionale finisce per equiparare il diritto all'interruzione delle cure vitali con sedazione profonda continua ed eventuale terapia del dolore, che indirettamente portano ad una morte più lenta ma naturale del paziente (eutanasia passiva), con il diritto alla somministrazione di trattamenti sanitari che direttamente determinano la morte immediata dello stesso (eutanasia attiva).

Tale equiparazione è retta esclusivamente dal rilievo che la libertà di autodeterminazione del paziente rispetto alle cure vitali assumerebbe in entrambe le fattispecie, sostenendo che «se chi è mantenuto in vita da un trattamento di sostegno artificiale è considerato dall'ordinamento in grado, a certe condizioni, di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza tramite l'interruzione di tale trattamento, non si vede la ragione per la quale la stessa persona, a determinate condizioni, non possa ugualmente decidere di concludere la propria esistenza con l'aiuto di altri». Fuori da tale generica assimilazione le fattispecie di eutanasia attiva e passiva risultano tra loro profondamente diverse, ravvisandosi nella prima una condotta attiva del medico che cagiona la morte del paziente mediante la somministrazione del trattamento letale, mentre nella seconda una condotta passiva del medico che si limiti ad interrompere il trattamento vitale precedentemente avviato. Inoltre, l'estensione analogica della disciplina dell'eutanasia passiva contenuta nella L. 219/2017 all'eutanasia attiva è ostacolata dalla stessa definizione di trattamento sanitario di cui il paziente può disporre, il quale è logicamente preordinato alla cura della salute, sia in termini di guarigione che di miglioramento e non peggioramento delle condizioni di vita, del paziente. È in tale dimensione funzionale alla conservazione della vita umana che il trattamento sanitario è preso in considerazione dalla Costituzione all'articolo 32. Non è razionalmente immaginabile, prima che giuridicamente privo di meritevolezza, un trattamento sanitario finalizzato alla morte del paziente. Un simile trattamento sarebbe, infatti, contrario alle «norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali» che ai sensi dell'art. 1, comma 6 della L. 219/2017 fungono da limite al diritto di interruzione delle cure – e quindi all'autodeterminazione del paziente in materia sanitaria – senza che una simile richiesta possa rappresentare un obbligo professionale del medico – il quale pertanto, ove vi dia seguito, risponderà del proprio comportamento a titolo di lesioni o di omicidio –.

Tali considerazioni valgono ad escludere la sussistenza di un “caso simile” da regolare ricorrendo all'applicazione di “norme simili” secondo un procedimento di interpretazione analogica ispirato al canone della ragionevolezza, risultando piuttosto l'estensione della disciplina contenuta all'interno della L. 219/2017 rivolta ad un “caso diverso” secondo un processo di creazione normativa<sup>34</sup> riservato, come noto, al Parlamento. Con la sentenza 242 del 2019 la Corte costituzionale detta una chiara direttrice

---

<sup>33</sup> Cfr. R. Di Maria, *Brevi considerazioni sul rapporto fra tutela sostanziale dei diritti (fondamentali) e rispetto delle forme processuali: la Corte costituzionale e gli "animali fantastici". "The final cut"*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2020, n. 1;

<sup>34</sup> Cfr. A. Ruggieri, *La disciplina del suicidio assistito è "legge" (o, meglio, "sentenza-legge")*, frutto di libera invenzione della Consulta. *A margine di Corte cost. n. 242 del 2019*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2019, n. 3, p. 633.

politica al Parlamento sul tema del fine vita<sup>35</sup>, dapprima con l'ordinanza 207/2018 invitando genericamente l'organo legislativo ad intervenire sulla materia avendo come proprio riferimento la L. 219/2017 e successivamente imponendo una precisa scelta di merito relativa al ragionevole (o presunto tale) riconoscimento del diritto di morire, con correlata esenzione di responsabilità per coloro i quali rendano possibile la realizzazione della volontà suicidaria del soggetto. L'art. 580 c.p. diventa, così, il grimaldello per scardinare un sistema valoriale che ha nella protezione della vita e della salute degli individui la propria garanzia di tenuta: il riconoscimento e l'effettiva realizzazione dei diritti fondamentali, che sono doveri della Repubblica, presuppongono infatti la primigenia garanzia del diritto alla vita dei consociati. Il diritto di morire<sup>36</sup>, trionfo dell'autodeterminazione, non soltanto non trova corrispondenza all'interno delle scelte di politica legislativa effettuate con la L. 219/2017 – la quale ha come proprio obiettivo la regolamentazione della relazione di fiducia tra medico e paziente, in un'ottica di protezione della volontà consapevole di quest'ultimo rispetto a trattamenti sanitari che si risolvano in forme di accanimento terapeutico – ma opera una scelta normativa preclusa alla Corte costituzionale che richiederebbe piuttosto un ragionato dibattito parlamentare<sup>37</sup> volto ad interpretare l'effettiva sussistenza di una volontà popolare in tal senso orientata.

A fronte di una sentenza manipolativa del dettato normativo, con cui la Corte ha di fatto usurpato la potestà legislativa del Parlamento – unico organo deputato dalla nostra Costituzione ad esprimere la volontà del popolo sovrano –, estremamente pericolosa si rivela l'assenza di una disciplina legislativa avente ad oggetto un'accurata specificazione delle condizioni e delle procedure atte alla valutazione della relativa sussistenza in capo ai soggetti che scelgano deliberatamente di morire richiedendo la somministrazione di un farmaco letale. In assenza di una specifica disciplina della materia, infatti, come peraltro già prospettato dalla stessa Corte costituzionale nell'ordinanza 207/2018, «qualsiasi soggetto – anche non esercente una professione sanitaria – potrebbe lecitamente offrire, a casa propria o a domicilio, per spirito filantropico o a pagamento, assistenza al suicidio a pazienti che lo desiderino, senza alcun controllo ex ante sull'effettiva sussistenza, ad esempio, della loro capacità di autodeterminarsi, del carattere libero e informato della scelta da essi espressa e dell'irreversibilità della patologia da cui sono affetti».

In attesa di una presa di posizione legislativa del Parlamento, stante l'inconsistenza della posizione assunta dalla Corte Costituzionale, non si può che osservarsi il crescente rischio di abbandono terapeutico, oramai drammaticamente presente<sup>38</sup>, sia a livello micro che macro. A livello “micro” possiamo chiederci se

---

<sup>35</sup> Cfr. O. Caramaschi, *La Corte costituzionale apre al diritto all'assistenza nel morire in attesa dell'intervento del legislatore (a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it), 2020, n. 1.

<sup>36</sup> Cfr. F. Bertolini, *Valore della libertà, valore della vita, diritto di rinunciare alle cure, diritto di morire*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2019, n. 4.

<sup>37</sup> Cfr. G. Battistella, *Il diritto all'assistenza medica a morire tra l'intervento "costituzionalmente obbligato" del Giudice delle leggi e la discrezionalità del Parlamento. Spunti di riflessione sul seguito legislativo*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it), 2020, n. 1.

<sup>38</sup> In tal senso, per un importante contributo alla lettura dei risvolti etico-umanitari della nuova l. n. 219/2017, si rimanda a C. Casalone, *Vivere il morire con umanità e solidarietà*, in *La Civiltà Cattolica*, ed. 2017.

soggetti più vulnerabili non possano essere spinti, da una valutazione distorta della propria dignità, a sentirsi un peso per la propria famiglia e l'intera società, così rifiutando cure che razionalmente dovrebbero invece essere portati ad accettare e accedendo senza controlli preventivi a trattamenti letali. Ma un analogo problema può porsi anche a livello "macro", dove in tempi di crisi può cominciare a serpeggiare l'idea dell'insostenibilità di una spesa sanitaria per soggetti che non hanno possibilità concrete di un miglioramento di vita. Questi e molti altri interrogativi restano ad oggi aperti, di fronte ad un provvedimento legislativo accolto con il clamore politico tipico delle norme-manifesto, ma carico di implicazioni che rischiano di determinarne a livello sociale un pericoloso ribaltamento della stessa *ratio* che lo ha ispirato.



## **Verso l'unità della giurisdizione tra giudice civile e amministrativo**

A cura di **Dott. Marco De Gregorio**<sup>1</sup>

### **ABSTRACT**

Con tale elaborato si prospetta in via sperimentale la possibilità di unicizzare la giurisdizione, in particolar modo, tra giudice civile e amministrativo, ripercorrendo il dibattito dottrinario dal periodo pre-costituzionale ai giorni nostri.

La questione della dualità o unità della giurisdizione viene affrontata nel corso dell'intero elaborato, ponendo l'accento sulla disquisizione a riguardo esistente tra A. Protopisani, R. Villata e G. Verde.

Si evidenzia, inoltre, come taluni aspetti propriamente processuali depongano a favore di un ritorno all'unicità della giurisdizione (ad esempio l'eliminazione della pregiudizialità amministrativa), come altri, invece, depongano a favore della dualità (ad esempio il sindacato della Corte di Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato; il ritorno della pregiudizialità in veste "mascherata", ex art. 30 comma 3 c.p.a.) ed infine, come la *traslatio iudicii* sia per un verso conferma della dualità, ma per altro, laddove fa salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda e delle prove raccolte, conferma dell'unicità della giurisdizione.

### **PAROLE CHIAVE**

Intentio unificatrice – Unità organica – Unità funzionale – Giurisdizione – Costituzione

---

<sup>1</sup>Dottore magistrale in giurisprudenza presso l'Università di Napoli Federico II con discussione tesi in diritto processuale civile. Tirocinante giudiziario ex art 73 d.l 69/2013 presso il Tribunale di sorveglianza di Napoli.

**Sommario:** 1. Il riparto di giurisdizione con l'avvento della Costituzione sino ai giorni nostri – 2. L'interpretazione dinamico-evolutiva della Corte di Cassazione dell'art. 111 comma 8 della Costituzione e l'arresto nel 2018 della Corte Costituzionale – 3. Considerazioni conclusive con contestuale analisi di dottrina e giurisprudenza più recente.

## 1. Il riparto di giurisdizione con l'avvento della Costituzione sino ai giorni nostri

*“Penso che un Paese moderno ed efficace dovrebbe innanzitutto unificare le giurisdizioni e riportare tutte le giustizie, amministrativa, militare e contabile, sotto un'unica organizzazione. Siamo specialisti a complicarci la vita: ci son giudici con un loro sistema organizzativo, che non dipendono dal Csm come quelli ordinari ed hanno un proprio consiglio di riferimento non di rilievo costituzionale come il Csm”*, così parla Michele Vietti, vice-presidente del CSM (il 28 ottobre 2012).

*“Abolire il Tar e la giustizia amministrativa unificando le giurisdizioni significa recuperare due punti di Pil.”*, questo è quanto afferma Matteo Renzi a Servizio Pubblico, l'8 novembre 2013.

*“Onorevoli Senatori. -- Il presente disegno di legge costituzionale intende eliminare dalla nostra Carta Costituzionale la disposizione che prevede, sia pure con precisi limiti, la giurisdizione militare. Trattasi, in particolare, del terzo comma dell'articolo 103 della Costituzione”*, questo il testo di parte della Relazione illustrativa al Ddl. S 317, primo firmatario, sen. Felice Casson.

Tutte queste affermazioni hanno in comune l'elogio del principio di unicità della giurisdizione e dimostrano come, anche in tempi recenti, si cerchi di perseguire un obiettivo passato. Quando la legge abolitrice del contenzioso amministrativo, infatti, nel 1865 tende all'unificazione delle giurisdizioni, persegue un fine che non è tanto lontano da quello prospettato oggi da molti attori della scena politica e giuridica.

Dal 1865 ad oggi, svariate volte è stata riproposta la questione del sistema dualistico vigente dal 1889 e riconfermato dalla Costituzione del 1948.

Dottrina e giurisprudenza, infatti, si sono interrogate svariate volte sull'opportunità di attribuire ad una giurisdizione unica, anche dal punto di vista strutturale, la tutela complessivamente intesa e comprensiva, quindi, anche di quella da attuarsi nei confronti della Pubblica amministrazione.

Tale possibilità, in sede di Assemblea costituente è stata prospettata da Calamandrei e oggi rappresenta un caposaldo della Scuola fiorentina di diritto amministrativo (i cui maggiori esponenti sono Battaglini, Orsi, Ferrara) ed è sostenuta anche da importanti processualciviltisti (come ad esempio Proto Pisani e Bile).

Nonostante le Sezioni Unite della Corte di Cassazione stiano tentando di riaprire, anche a Costituzione invariata, il dibattito circa la possibilità di introdurre l'unità anche strutturale della giurisdizione, o magari

effettuando un'apposita modifica della Carta costituzionale attraverso il procedimento di revisione costituzionale (aggravato) appositamente previsto, si è ancora lontani dalla possibilità di affermare l'unità della giurisdizione, in senso organizzativo e strutturale.

Effettuando una valutazione comparativa a livello comunitario si consideri, ad esempio, l'art. 19, co. 4, della Costituzione tedesca, che non specifica a quale "autorità giudiziaria" il cittadino deve rivolgersi se leso "nei suoi diritti dal potere pubblico"; l'art. 106 della Costituzione spagnola, che pur garantendo il controllo giurisdizionale della "legalità dell'azione amministrativa", non si riferisce specificamente ad un tipo di giurisdizione; la Costituzione francese, infine, che tace del tutto sul punto e non contiene nemmeno questi principi generali.

La Costituzione italiana, invece, sembra essere l'unica tra le Costituzioni europee, che contiene molteplici ed incisive norme sulla giurisdizione amministrativa e, nel complesso, conferma la duplicità delle giurisdizioni, rendendo impraticabile, in assenza di una modifica costituzionale (peraltro, allo stato, non prevedibile né, dai più, auspicata), un superamento del modello attuale.

La dottrina appare tutt'oggi divisa tra chi, come ad esempio Proto Pisani, tende a valorizzare il potere di annullamento degli atti amministrativi da parte del giudice ordinario previsto dal terzo comma dell'art. 113 della Costituzione, e chi invece, come Villata, ha fatto notare che tale potere "presuppone l'esistenza della giurisdizione, non fonda la stessa".

La stessa Corte costituzionale, del resto, con la famosa sentenza n. 204 del 2004 riprendendo le tesi di Costantino Mortati sulla "**unità non organica, ma funzionale di giurisdizione**, che non esclude, anzi implica una divisione dei vari ordini di giudici in sistemi diversi, in sistemi autonomi, ognuno dei quali fa parte a sé" e fino ad una delle sentenze più recenti (si pensi alla n. 35 del 2010) ha riconfermato il modello dualistico disegnato dalla Costituzione.

La Consulta sembra, quindi, decretare l'infondatezza di quell'orientamento dottrinario che, svuotando di contenuto il primo comma dell'art. 103 Cost., qualifica come "inutile e in qualche caso fuorviante", queste le parole di Verde, il criterio di riparto fondato sulla distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo. Di questa idea anche Villata.

la pregiudizialità amministrativa, che sebbene molti ritengano sia stata abbandonata, in realtà sopravvive in maniera "mascherata" per mezzo dell'art. 30, co. 3 c.p.a., ma anche il meccanismo della *translatio iudicii* che, sebbene apparentemente sembri deporre solo a favore della dualità delle giurisdizioni, facendo trasmigrare la causa dinanzi al giudice competente o avente la giurisdizione, di fatto finisce per essere un argomento utilizzabile a favore del ritorno all'unicità delle giurisdizioni.

Laddove, infatti, essa consente di far salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda e di considerare prove, e non argomenti di prova, il materiale probatorio precedentemente assunto, sembra far trasparire un'**intentio unificatrice**.

Giudice ordinario e giudice amministrativo si interfacciano da tempo e la loro coesistenza se da un lato, consente di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale e la specificità dell'intervento giurisdizionale che è calibrato a seconda della materia e delle situazioni giuridiche soggettive che vengono in rilievo, dall'altro crea non pochi problemi applicativi.

In particolare, il dilemma che si è sempre posto, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, riguarda l'interrogativo del se non fosse stato meglio optare per l'unicità della giurisdizione, in modo da evitare il problema di coordinare le due autorità giurisdizionali e da semplificare la complessa normativa che inevitabilmente esiste.

Se da un lato, infatti, si deve osservare il Codice di procedura civile, dall'altro, non può non tenersi conto anche del Codice del processo amministrativo.

Il dibattito dottrinario che ha caratterizzato il periodo pre-Costituzione si è basato sostanzialmente su due orientamenti di idee: quello di cui sono stati portatori Calamandrei, Leone e Patricolo e quello riconducibile a Mortati<sup>2</sup>.

La prima tesi, condizionata dai valori che hanno ispirato il legislatore del 1865 con la legge abolitrice del contenzioso amministrativo, ritiene opportuno informare il sistema giustizia al principio dell'unicità della giurisdizione e, pertanto, trasformare le giurisdizioni speciali in sezioni specializzate della magistratura ordinaria, composte da magistrati ed esperti della materia.

Al vertice di tale sistema si sarebbe dovuta porre la Corte di Cassazione, con conseguente eliminazione del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti che in quanto giurisdizioni autonome non avrebbero più avuto motivo di esistere.

Secondo la teoria sviluppata da Mortati, invece, a rilevare è la necessità di specializzazione dei giudici; è importante **settorializzare le giurisdizioni** in modo da garantire che ciascun giudice sia esperto della materia sottoposta alla sua attenzione.

In particolare, secondo l'orientamento in esame, la funzione giurisdizionale non deve riunirsi sotto la sola guida del giudice ordinario, né essere cristallizzata in capo ad un nucleo di organi giurisdizionali preordinati, ma è necessario istituire giudici speciali aventi competenze e preparazioni differenziate.

Per Mortati la giurisdizione deve articolarsi su tre livelli: alla base si pone la magistratura ordinaria, al secondo livello vi sono i giudici speciali competenti per tutte le controversie coinvolgenti una Pubblica amministrazione e al terzo e più alto livello vi sono Consiglio di Stato e Corte dei Conti le cui competenze devono essere tassativamente fissate in Costituzione.

Come può notarsi, quindi, le due impostazioni si muovono in direzioni diametralmente opposte e mirano a soddisfare esigenze differenti. Nel primo caso, infatti, si punta alla semplificazione del reticolato di giurisdizioni e nel secondo caso, invece, all'ulteriore articolazione e complessità della stessa.

---

<sup>2</sup> Il dibattito dottrinale di cui si vuole parlare è rinvenibile in F. Rigano, *Costituzione e potere giudiziario*, Padova, 1982, pp. 263 ss. e 273 ss.

La scelta costituzionale è stata intermedia, conferendo da un lato, come prospettato dalla tesi calamandreana, alla magistratura ordinaria una notevole centralità nel sistema giudiziario e dall'altro, però, distaccandosi da quest'ultima nel non svuotare di funzioni il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti. Nello specifico l'Assemblea costituente, sotto il profilo della giurisdizione, effettua una sintesi della precedente normativa vigente in materia e cioè delle leggi: nn. 2248/1865; 3761/1877; 6166/1889<sup>3</sup>.

Si consideri che di fatto si è comunque verificato il fine cui mirava Calamandrei e cioè un rafforzamento della magistratura ordinaria, considerato che nel periodo ante-Costituzione essa non solo non aveva rilevanza costituzionale, non essendo presa in considerazione dallo Statuto Albertino, ma aveva anche subito una forte compressione nei suoi poteri da parte del legislativo e dell'esecutivo, essendo considerata parte di essi. Nella Costituzione, invece, viene considerata come "potere dello Stato"<sup>4</sup>.

La Carta costituzionale, da un lato, prevede all'art. 102 che la funzione giurisdizionale spetta alla magistratura ordinaria e pone il divieto di istituire giudici speciali, dall'altro, contempla la giurisdizione della Corte dei Conti e dei Tribunali militari e attribuisce al Consiglio di Stato e agli altri organi di giustizia amministrativa, la giurisdizione rispetto a giudizi riguardanti gli interessi legittimi o, nei casi espressamente previsti dalla legge, afferente i diritti soggettivi.

Al fine di assicurare l'imparzialità, l'autonomia e l'indipendenza delle magistrature speciali, si prevede: all'art. 108 Cost., l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali; all'art. 111 Cost., il principio di ricorribilità in Cassazione avverso le decisioni della Corte dei Conti e del Consiglio di Stato, per i motivi di giurisdizione; all'art. 125 Cost., l'istituzione dei Tribunali amministrativi regionali.

In pratica, fatto salvo il divieto generale di istituire giudici speciali, accanto alla magistratura ordinaria, la Costituzione pone tre giudici speciali per le materie amministrativa, contabile e militare; ne rafforza l'indipendenza e l'imparzialità, cercando di assicurare piena parità tra le varie giurisdizioni.

La Costituzione, inoltre, con gli artt. 24 e 103 Cost., dimostra di adottare, quale criterio di riparto, quello della *causa petendi*, riconoscendo all'interesse legittimo la medesima dignità del diritto soggettivo.

Negli anni successivi all'entrata in vigore della Costituzione, la Consulta, con una serie di pronunce, ha pian piano demolito il sistema degli organi locali di giustizia speciale fino ad ora esistenti (Consigli comunali e provinciali, Consigli di Prefettura, Giunte provinciali amministrative e Giunta provinciale per la Valle d'Aosta)<sup>5</sup> e a rimanere come unico organo di giustizia amministrativa è il Consiglio di Stato.

---

<sup>3</sup> G. Mosca, *Appunti di diritto costituzionale*, Firenze, 1912, pp. 135 ss.; Peverelli P., *Commenti intorno allo statuto del Regno di Sardegna*, Torino, 1849, pp. 141 ss.; Casanova L., *Del diritto costituzionale*, I, Genova, 1860, pp. 416 ss.

<sup>4</sup> R. Lucifreddi, *La nuova Costituzione italiana raffrontata con lo Statuto albertino e vista nel primo triennio di sua applicazione*, Milano, 1952, pp. 237 ss.

<sup>5</sup> In particolare, si fa riferimento a Corte cost., 27 dicembre 1965, n. 93 che ha dichiarato l'illegittimità delle norme che attribuiscono ai Consigli comunali e provinciali la materia del contenzioso elettorale, in quanto non create in modo tale da garantire l'imparzialità del giudicante. Con Corte cost., 3 giugno 1966, n. 55 e Corte cost., 22 marzo 1967, n. 30 e, ancora, Corte cost. 20 aprile 1968, n. 33 si è dichiarata l'incostituzionalità rispettivamente dei Consigli di Prefettura, delle Giunte provinciali amministrative e della Giunta provinciale per la Valle d'Aosta.

Questa situazione dura fino al 1971, quando con la legge del 6 dicembre, n. 1034 vengono istituiti i Tribunali amministrativi regionali e generalizzato il doppio grado di giurisdizione amministrativa per tutte le controversie rientranti nella competenza del Consiglio di Stato.

È così che il Consiglio di Stato si trasforma da giudice unico della giurisdizione amministrativa in giudice di appello rispetto alle pronunce dei Tribunali amministrativi regionali, con l'eccezione delle funzioni di giudice dell'ottemperanza delle sentenze pronunciate dal giudice ordinario nei confronti di amministrazioni svolgenti la propria attività al di fuori di una sola Regione, nonché delle pronunce dello stesso Consiglio di Stato di riforma delle sentenze del primo grado.

Con l'art. 37, l. n. 1034/1971, infatti, il giudizio di ottemperanza, sino ad ora previsto per le sole sentenze del giudice ordinario, viene invece applicato anche rispetto alle sentenze del giudice amministrativo<sup>6</sup>.

Nel ventennio successivo al 1971, il legislatore non interviene in maniera incisiva sulla materia; è solo sul finire del '900 che il legislatore intraprende una tecnica di "pesi" e "contrappesi" volta a creare un equilibrio tra le due giurisdizioni: da un lato, conferisce al giudice ordinario, in funzione del giudice del lavoro, la materia del pubblico impiego prima rientrante nella giurisdizione esclusiva e dall'altro, attribuisce al giudice amministrativo la cognizione dei servizi pubblici e dell'urbanistica; ancora, da un lato, estende la giurisdizione del giudice ordinario alle richieste di risarcimento danni derivanti da atti compiuti in violazione del diritto dell'Unione europea e dall'altro, estende ancor di più l'area della giurisdizione esclusiva.

Con l'art. 11, ult. co., l. n. 241 del 1990, infatti, attribuisce la giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi tra amministrazione e cittadino, atti volti a determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero a sostituirlo; con il D.l. del 31 marzo 1998, n. 80, il legislatore estende la giurisdizione esclusiva ai pubblici servizi, alle controversie aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti alle stesse equiparati in materia urbanistica ed edilizia.

Siffatto Decreto, inoltre, modifica il testo dell'art. 7 della legge n. 1034 del 1971, e consente al giudice amministrativo, nelle nuove materie di giurisdizione esclusiva, di disporre la reintegrazione in forma specifica della posizione giuridica violata e di adoperare tutti i poteri istruttori (fatta eccezione per il giuramento e l'interrogatorio formale), che fino ad allora erano rimasti propri del giudice ordinario.

Nel 1999, poi, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione pronunciano la storica sentenza del 22 luglio, la n. 500<sup>7</sup>. Chiamate a decidere sul regolamento di giurisdizione proposto da un'amministrazione comunale convenuta in giudizio da un soggetto privato per ottenere in sede giudiziale il risarcimento del danno scaturito dall'adozione di un provvedimento amministrativo già annullato dal giudice amministrativo,

---

<sup>6</sup> V. Andrioli, *Rapporti tra giudice ordinario e amministrativo e istituzione dei tribunali amministrativi regionali. Ancora a proposito dei tribunali amministrativi regionali nelle controversie d'impiego dei dipendenti di enti*, in *Foro it.*, I, 1973, p. 1011.

<sup>7</sup> Cass. civ., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Giust. civ.*, I, p. 2261.

proclamano il principio secondo cui anche la lesione di un interesse legittimo può provocare un danno ingiusto *ex* articolo 2043 c.c. e riconoscono la primarietà del criterio di riparto diritti/interessi fissato in Costituzione.

Stabiliscono poi che l'espansione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo deve rimanere l'eccezione e non la regola, pur avendo, comunque il merito di garantire la piena tutela del cittadino con l'ottenimento dell'effetto caducatorio e di quello risarcitorio.

Affermano, inoltre, che la lesione di un interesse legittimo, al pari di quella di un diritto soggettivo, determina in capo al cittadino una posizione giuridica soggettiva piena, avente valenza sostanziale e pongono apertamente fine alla cd. pregiudizialità amministrativa, in base alla quale, non è possibile ottenere la tutela risarcitoria dinanzi al giudice ordinario, se prima non si è ottenuto, adendo il giudice amministrativo, l'annullamento del provvedimento.

Alla decisione delle Sezioni Unite del 1999, "risponde" il Consiglio di Stato con l'ordinanza n. 1 del 30 marzo 2000, e afferma che a seguito del richiamato D.l. n. 80 del 1998, il criterio di riparto della *causa petendi*, fissato dalla Costituzione, ha ormai ceduto il passo a quello dei cd. "blocchi di materie", senza perciò aversi una violazione del dettato costituzionale.

Secondo il Consiglio di Stato, inoltre, la portata degli artt. 33, 34 e 35, D.l. n. 80 del 1998, ha segnato "*un cambiamento di rilievo storico dell'ordinamento*", avendo notevolmente ampliato le ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo fino a ribaltare il rapporto di regola-eccezione che fino a tempi molto recenti l'aveva legata al criterio basato sulla consistenza delle posizioni giuridiche sostanziali coinvolte, rendendo "*ormai residuale il tradizionale criterio generale basato sulla distinzione fra diritti ed interessi legittimi*"<sup>8</sup>.

Le Sezioni Unite della Cassazione, dal canto loro, con le sentenze n. 71 e 72 dello stesso 30 marzo 2000, tornano a ribadire l'eccezionalità del criterio di riparto per materie<sup>9</sup>.

A fare chiarezza è la Corte costituzionale che il 17 luglio 2000 che, con la sentenza n. 292, dichiara l'incostituzionalità del D.l. n. 80/1998, nella parte in cui amplia i confini della già esistente giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di edilizia, urbanistica e pubblici servizi<sup>10</sup>.

È così che il legislatore interviene con la legge del 21 luglio 2005, n. 205 che all'art. 7, sostituisce gli artt. 33, 34 e 35, D.l. n. 80/1998 con un nuovo testo che di fatto ripropone il precedente. Poche, infatti, sono le modifiche realmente apportate<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Cons. St., ord 30 marzo 2000, n. 1 a tal proposito afferma: "L'art. 103 Cost., coordinato con l'art. 113, co. 1, riserva all'esclusiva giurisdizione amministrativa le controversie riguardanti gli interessi legittimi ma rimette alle valutazioni discrezionali del Legislatore ordinario l'individuazione dei casi in cui il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa conoscano anche di diritti soggettivi".

<sup>9</sup> In particolare, nella pronuncia n. 72, le Sezioni Unite affermavano che il disposto dell'articolo 103 della Costituzione avrebbe costituito un impedimento all'"indiscriminata estensione" delle ipotesi di giurisdizione esclusiva.

<sup>10</sup> Corte cost., 17 luglio 2000, n. 292, con nota di B. Sassani, *Giusrisprudenza italiana*, 2000, p. 135.

<sup>11</sup> In particolare, riguardano l'estensione della cognizione delle questioni risarcitorie alla giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo, l'estensione della giurisdizione esclusiva alle questioni relative all'affidamento degli appalti pubblici; l'estensione dei nuovi poteri istruttori e decisorio del giudice amministrativo a tutti i casi di esercizio della giurisdizione esclusiva; la previsione della tutela arbitrale per i diritti soggettivi oggetto di cognizione del giudice amministrativo.

Al fine di evitare “strappi” costituzionali e di garantire un’evoluzione costituzionalmente orientata della giurisdizione, la Corte costituzionale interviene nuovamente con la sentenza n. 204 del 6 luglio 2004 al fine di dichiarare l’incostituzionalità dell’art. 33, co. 1 e 2, D.l. n. 80 del 1998, come modificato dalla l. n. 205 del 2000, nella parte in cui si devolvono alla giurisdizione esclusiva le materie dei servizi pubblici senza individuarne i limiti e l’art. 34, co. 1, la materia urbanistica e quella dell’edilizia, anche in presenza di meri comportamenti dell’amministrazione<sup>12</sup>.

Il giudice amministrativo è il giudice degli interessi legittimi e non un giudice di parte, della Pubblica amministrazione o il giudice dell’interesse pubblico; è un giudice “nell’amministrazione”, un garante costituzionale della legittimità dell’azione amministrativa, a fronte della quale i cittadini vantano posizioni d’interesse legittimo. Non si tratta, quindi, del *quisque de populo*, ma di coloro che hanno un interesse giuridicamente rilevante, qualificato e differenziato.

La Corte ha così chiarito che i limiti esistenti tra le due giurisdizioni vanno rinvenuti nella Costituzione, non potendo il legislatore inserire in maniera arbitraria materie nell’ambito della giurisdizione esclusiva, lo può fare solo con riferimento a particolari materie e comunque entro i vincoli costituzionali dettati dall’art. 103: le materie della giurisdizione esclusiva devono essere particolari rispetto a quelle devolute alla giurisdizione di legittimità e devono riguardare l’attività *iure imperii* della pubblica autorità.

La Corte ha, inoltre, ritenuto che spetti al giudice ordinario la cognizione di quei casi in cui la Pubblica amministrazione, in materia di pubblici servizi, edilizia ed urbanistica, agisce *iure privatorum*, non esercitando il potere autoritativo, ma adottando gli strumenti negoziali attribuiti dalla legge in sostituzione del potere d’imperio.

Altro limite tra le due giurisdizioni, quindi, diventa l’attività amministrativa antecedente all’emanazione del provvedimento: se frutto di poteri autoritativi e manifestazione di un’attività di amministrazione attiva, la controversia deve essere incardinata dinanzi al giudice amministrativo; se, invece, l’atto provvedimento è stato conseguenza del potere privatistico della pubblica autorità o di suoi comportamenti, la causa deve essere portata all’attenzione del giudice ordinario.

La Consulta, con la sentenza n. 204 del 2004, dichiara la neutralità dello strumento risarcitorio rispetto alla tematica del riparto e chiarisce che il potere del giudice amministrativo di conoscere delle richieste risarcitorie, ugualmente al quello ordinario, è di diretta derivazione dai principi costituzionali che gli riconoscono pari dignità quale organo giurisdizionale.

---

<sup>12</sup> Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204: “Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla Legge 7 agosto 1990, n. 241, ovvero ancora relative all’affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato immobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla Legge 14 novembre 1995, n. 481”:

Quello che risulta acclarato in seguito alle Sezioni Unite n. 5000 del 1999 e alla Corte costituzionale n. 204 del 2004 è che l'ordinamento deve garantire la piena tutela delle posizioni giuridiche fatte valere dai privati che si confrontano con la Pubblica amministrazione, a prescindere dal giudice dinanzi a cui viene incardinata la causa e tale tutela può essere garantita sia dal giudice ordinario e sia da quello amministrativo, considerato che hanno pari dignità di organi giurisdizionali

## **2. L'interpretazione dinamico-evolutiva della Corte di Cassazione dell'art. 111 comma 8 della Costituzione e l'arresto nel 2018 della Corte Costituzionale**

L'anno precedente alla legge n. 77 del 2007, invece, la Corte di Cassazione intraprende un processo interpretativo del concetto di giurisdizione che può essere definito "dinamico-evolutivo", volto ad ammettere il (suo) sindacato anche per gli *errores in procedendo* e *in iudicando* relativi al contrasto di giudicato con pronunce di Corti sovranazionali, cercando di superare la rigidità dei "*soli motivi inerenti la giurisdizione*" contenuta nell'art. 111, co. 8 Cost.<sup>13</sup>.

Prima di tale momento, infatti, la Suprema Corte ha sempre fornito un'interpretazione statica dell'art. 111, co. 8 Cost., considerando tale disposizione limitativa del sindacato da essa esercitabile e ritenendola vincolante quanto all'osservanza, con riferimento alle pronunce dei giudici speciali, dei soli limiti esterni della giurisdizione<sup>14</sup>.

I limiti giurisdizionali interni, inerenti *errores in procedendo* e *in iudicando*, le violazioni di norme sostanziali o processuali, sono fino ad ora stati considerati vizi attenenti la giurisdizione e in quanto tali non sindacabili dal giudice di legittimità.

Poi con le ordinanze del 2006<sup>15</sup> la Corte ha assunto un'interpretazione dinamica della norma costituzionale, ritenendo che nel parlare di "limiti esterni" alla giurisdizione amministrativa si dovesse tener conto di una serie di fattori, quali ad esempio il ruolo svolto dalla giurisdizione nel rendere effettivo il diritto eurounitario a livello interno; il rilievo costituzionale del giusto processo e degli artt. 24, co. 1, 111, co. 1 e 113, co. 1 e 2.

Secondo le Sezioni Unite del 2006: "*sarebbe norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto al potere stabilendo attraverso quali forme di tutela esso si estrinseca*". È così, che il sindacato della Cassazione si estende alle norme sostanziali e processuali interne alla giurisdizione.

---

<sup>13</sup> Si fa riferimento a Cass. civ., ord. 13 giugno 2006, nn. 13659 e 13660 e Cass. civ., Sez. Un., 20 dicembre 2008, n. 30254.

<sup>14</sup> Cass. civ., ord. 13 giugno 2006, nn. 13659 e 13660.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

Conferma arriva nel 2015 quando la Corte chiarisce: “*alla regola della non estensione agli errori in iudicando o in procedendo del sindacato della Corte di Cassazione sulle decisioni del giudice amministrativo, può derogarsi nei casi eccezionali o estremi di radicale svolgimento delle norme di riferimento, tale da rinviare in manifesta denegata giustizia*”<sup>16</sup>.

Ancor più recentemente la Suprema Corte ha confermato il passaggio da un’interpretazione statica ad una dinamica dell’art. 111 Cost., ai fini dell’impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato o della Corte dei Conti, stabilendo con la sentenza del 29 dicembre 2017, n. 31226 che: “*non costituiscono diniego di giurisdizione, da parte del Consiglio di Stato, gli errores in procedendo o in iudicando, ancorché riguardanti norme dell’Unione Europea, salvo i casi di radicale stravolgimento delle norme di riferimento nazionali o dell’Unione Europea, tali da ritardare in denegata giustizia, ed in particolare, salvo il caso, tra questi, di errore in procedendo costituito dall’applicazione di regola processuale interna incidente nel senso di negare alla parte l’accesso alla tutela giurisdizionale nell’ampiezza riconosciuta da pertinenti disposizioni normative dell’Unione europea, direttamente applicabili, secondo l’interpretazione elaborata dalla Corte di Giustizia*”<sup>17</sup>.

Un arresto alla crescente attività interpretativa della Corte di Cassazione proviene dalla Consulta che ha, invece, escluso la possibilità di cassare la sentenza di un giudice speciale per *errores in procedendo* e *in iudicando*, anche in presenza dell’applicazione di una norma di diritto nazionale contrastante con la decisione di una Corte sovranazionale<sup>18</sup>.

Il giudice delle leggi, richiamando l’art. 111 Cost., ha stabilito che un’interpretazione dinamica-evolutiva-funzionale dell’art. 111, co. 8 Cost. contrasta con l’art. 111 stesso, e in particolare, con i commi 7 e 8.

Il settimo comma, stabilisce che “*contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge*” e il successivo ottavo comma sancisce testualmente che: “*contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti la giurisdizione*”.

Interpretazioni distanti dal dettato letterale sarebbero inconstituzionali.

La volontà dell’Assemblea costituente, così come risulta dai due commi richiamati, è chiaramente nel senso di sottrarre le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti al controllo di legittimità cui è deputata la Corte di Cassazione, essendo limitato il suo sindacato alle sole questioni inerenti l’eccesso di potere giudiziario<sup>19</sup>.

La Corte costituzionale, onde evitare ulteriori fraintendimenti, elenca le ipotesi che possono giustificare il ricorso ai giudici di legittimità e che attengono alle sole ipotesi di eccesso di potere giudiziario: superamento dei limiti esterni della giurisdizione, che si concretizza con l’affermazione del giudice speciale della propria giurisdizione in un ambito riservato al legislatore o alla Pubblica amministrazione; arretramento di giurisdizione, che si realizza con la negazione di giurisdizione del giudice speciale, basata

---

<sup>16</sup> Cass. civ., Sez. Un., 6 febbraio 2015, n. 2242.

<sup>17</sup> Cass. civ., Sez. Un., 29 dicembre 2017, n. 31226.

<sup>18</sup> Corte cost., 24 gennaio 2018, n. 6.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

sull'erroneo presupposto che la materia non sia oggetto di giurisdizione; difetto relativo di giurisdizione, che si verifica con l'affermazione della propria giurisdizione, da parte del giudice speciale, in una materia attribuita ad un'altra giurisdizione oppure con la negazione della stessa basandosi sull'erroneo presupposto che la giurisdizione appartenga ad un altro giudice.

Con la sentenza, poi, del 24 gennaio 2018, i giudici delle leggi ribadiscono la non idoneità degli *errores in procedendo* e *in iudicando* a giustificare il ricorso alla Corte di Cassazione contro le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, finendo quindi per confermare la scelta fatta nel 1948 dai costituenti.

Dall'exkursus storico effettuato è possibile dedurre che prima dell'entrata in vigore della Costituzione, il principio dell'unità della giurisdizione appare indiscusso. Successivamente a tale momento, invece, esso inizia a vacillare.

### **3. Considerazioni conclusive con contestuale analisi di dottrina e giurisprudenza più recente**

Sebbene vi siano, anche durante i lavori dell'Assemblea costituente, delle posizioni dottrinarie che vogliono difendere fortemente il predetto principio, deve darsi atto anche dell'orientamento opposto.

Nel primo senso, può riportarsi il pensiero di Calamandrei che propone di sopprimere le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato e affidare le controversie con le pubbliche Amministrazioni alla giurisdizione ordinaria.

In particolare, il celebre giurista a sostegno della sua tesi afferma: *“Indipendentemente dalle ragioni storiche a cui ha accennato, si domanda se fra queste funzioni giurisdizionali [amministrative] e quelle dei giudici ordinari vi sia una demarcazione così netta da consigliare di continuare a mantener separati gli organi che le esercitano. A suo giudizio tra le due funzioni vi sono tali legami e tante sovrapposizioni di questioni che è difficilissimo capire esattamente dove finisca il compito della Magistratura ordinaria e dove cominci quello delle Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato. La differenza tra diritto soggettivo ed interesse legittimo, infatti, va diventando sempre più capillare e sottile. Una differenza sostanziale vi poteva essere, quando vi era una netta distinzione tra il diritto pubblico e il diritto privato; ma, quando, come avviene attualmente in una quantità sempre maggiore di rapporti, gli istituti di diritto pubblico si vanno rivestendo di carattere privato e in istituti che erano prima di puro interesse privato si va sempre più infiltrando l'interesse collettivo, riesce difficilissimo vedere fin dove arrivi il diritto soggettivo e dove invece cominci l'interesse occasionalmente protetto. La difficoltà di arrivare a distinguere tra queste due competenze, è stata talmente riconosciuta nella pratica, che ad un certo momento, con una legge del 1923, si è incominciato ad assegnare al Consiglio di Stato anche la tutela di alcuni diritti soggettivi che avrebbe dovuto rientrare nella competenza della autorità giudiziaria ordinaria. Ciò è avvenuto sopra tutto nel campo del pubblico*

*impiego, dove è difficilissimo sapere quando l'impiegato abbia un diritto la cui tutela spetti ai giudici ordinari e quando trattisi di un interesse che invece debba essere portato dinanzi al Consiglio di Stato*<sup>20</sup>.

La proposta di Calamandrei è quindi nel senso di affidare all'autorità giurisdizionale ordinaria il compito di fornire tutela piena ad ogni controversia con le Pubbliche amministrazioni.

In base al progetto calamandreano ed elaborato in seno all'Assemblea costituente, il giudice ordinario avrebbe dovuto non solo conoscere di ogni controversia riguardante la Pubblica amministrazione, ma avrebbe anche potuto annullare gli atti amministrativi lesivi degli interessi dei cittadini.

Tuttavia, la proposta di abolire il giudice amministrativo non è mai stata accolta ed il testo costituzionale ha confermato la duplicità delle giurisdizioni<sup>21</sup>.

In particolare, secondo la dottrina, la Costituzione, oltre a confermare la duplicità delle giurisdizioni ed il criterio di riparto fondato sulla dicotomia diritto soggettivo–interesse legittimo, pone il limite del controllo in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato per i soli motivi attinenti alla giurisdizione, richiamando le disposizioni contenute nella legge 31 marzo 1877, n. 3761<sup>22</sup>.

A ben riflettere, però, con la Costituzione il principio dell'unità della giurisdizione non viene del tutto abbandonato. Esso, infatti, costituisce il parametro fondamentale di organizzazione dell'ordine giudiziario seppur solo sotto il profilo funzionale e non sotto quello organico.

In dottrina si è osservato come nel dibattito sull'unità della giurisdizione resta sempre centrale la tensione tra gli artt. 24, 102 e 113 della Costituzione da una parte e l'art. 103 Cost. dall'altra, che prevede la giurisdizione amministrativa. L'analisi delle norme costituzionali è fondamentale per qualsiasi studio che voglia affrontare il tema della dualità della giurisdizione e in tal senso va letta anche la disposizione contenuta nell'art. 24 Cost. che è una norma che non si limita a sancire la spettanza ai cittadini della tutela dei propri diritti ed interessi, ma funge anche da norma regolante la giurisdizione.

La disposizione richiamata nel parificare la tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi, finisce per essere espressione dell'unità della funzione giurisdizionale.

Si afferma, infatti, che la norma costituzionale *ex art. 24* rappresenta un radicale superamento della legge abolitrice del contenzioso amministrativo del 1865 in quanto, offrendo tutela sia a diritti soggettivi sia agli interessi legittimi, conferma l'unitarietà e la completezza del sistema di tutela giurisdizionale che si estende a tutte le situazioni soggettive.

La tutela giurisdizionale contro gli atti della Pubblica amministrazione, inoltre, ai sensi dell'art. 113, co. 1, è sempre ammessa per la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. Ai sensi del secondo comma dell'art. 103 Cost., tale tutela non

---

<sup>20</sup> Verbale della seconda Sezione della seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione del 9 gennaio 1947.

<sup>21</sup> Anche l'unico elemento che aveva superato il vaglio della Commissione chiamata ad elaborare il testo per l'Assemblea costituente, e cioè il ricorso in Cassazione per violazione di legge avverso le sentenze del Consiglio di Stato, fu eliminato in aula, di fatto riconfermando il sistema di giustizia previgente nel testo costituzionale.

<sup>22</sup> V. Cerulli Irelli, *La giurisdizione amministrativa nella Costituzione*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), p. 3.

può essere “*esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti*” e infine, in base all’ultimo comma, la legge gode del potere di determinare “*quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della Pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti stabiliti dalla legge stessa*”.

Può allora ritenersi che **il principio dell’unità della giurisdizione** assolve ancora carattere funzionale, ma non organico, considerato che la Costituzione non attribuisce ad un unico ordine giudiziario l’esercizio del potere giurisdizionale.