

L'INTERPRETAZIONE CONFORME ALLA CEDU: UNA MAPPATURA A DIECI ANNI DALLE SENTENZE "GEMELLE" DELLA CORTE COSTITUZIONALE \*

**ANDREA GUAZZAROTTI\*\***

**Sommario**

1. Il fatto. – 2. Antefatti e postfatti. – 3. L'evoluzione. – 4. L'interpretazione conforme non è (solo) una tecnica di risoluzione delle antinomie. – 5. Le linee di faglia aperte.

**Abstract**

*The article provides an overview of the jurisprudence of the Italian Constitutional Court (ICC) in the last ten years after the seminal "twin cases" no. 348 and no. 349 of 2007 on the supra-legislative status of the ECHR. The alternative posed by the ICC in those cases between consistent interpretation of the legislative provision in the light of the relevant ECHR articles and the referral of a constitutional question in order to have the legislative provision quashed by the ICC has been put under strain for several reasons. The article focuses on the apparent technicality of consistent interpretation as a device for eluding value conflicts between national Constitution and the ECHR: on the one hand, it is not possible to overtly interpret constitutional provisions consistently with the ECHR for reasons others than the lower status of the latter; on the other hand, it is no more possible to overtly interpret Convention provisions consistently with the Italian Constitution, at the cost of ignoring the case-law of the Strasbourg Court and incurring repetitive condemnations. The analysis of the jurisprudence reflects a picture of the relationship between national legal order and the ECHR which is more complex than this.*

**Suggerimento di citazione**

A. GUAZZAROTTI, *L'interpretazione conforme alla CEDU: una mappatura a dieci anni dalle sentenze "gemelle" della corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Il presente contributo è la rielaborazione della relazione svolta in occasione del convegno su "I Trattati nel sistema delle fonti a 10 anni dalle sentenze 348 e 349 del 2007 della Corte Costituzionale", Dipartimento di Scienze Giuridiche, Firenze, 19 gennaio 2018.

\*\* Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Ferrara.  
Contatto: [andrea.guazzarotti@unife.it](mailto:andrea.guazzarotti@unife.it)

### 1. Il fatto

Con le notissime sentenze nn. 348 e 349 del 2007,<sup>1</sup> la Corte costituzionale poneva ai giudici comuni una chiara alternativa: in presenza di prospettati contrasti tra diritto legislativo e CEDU essi avrebbero dovuto procedere o all'interpretazione della legge conforme alla Convenzione, o al sollevamento di una questione di legittimità costituzionale ai sensi del “nuovo” art. 117, co. 1, Cost., con le norme della CEDU a fungere da parametro interposto. La principale *ratio* di simile protocollo era rappresentata dalla necessità di scongiurare una nuova ipotesi di disapplicazione della legge da parte del giudice comune (e dunque di deroga agli artt. 101, co. 2 e 134 Cost.), che si sarebbe aggiunta a quella già valevole da tempo per i casi di contrasto tra diritto legislativo interno e diritto dell'UE. Molto più pericolosamente di quest'ultima ipotesi, la possibilità di utilizzare la CEDU per risolvere direttamente i contrasti tra legge e norme convenzionali, senza dover attivare il giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi (ex art. 134 Cost.), avrebbe introdotto in Italia un sindacato sulla legittimità delle leggi *alternativo* all'unico espressamente contemplato in Costituzione, con una (auto-)marginalizzazione della Corte costituzionale ancora più marcata di quella già avvenuta facendo leva sull'art. 11 Cost. in relazione al diritto comunitario (oggi: dell'UE). Ciò per il semplice motivo che, a differenza di quanto predicabile per il diritto dell'UE, il sindacato diffuso di convenzionalità delle leggi avrebbe, in pratica, sottratto alla Corte costituzionale quasi tutti i conflitti tra legge nazionale e diritti inviolabili o fondamentali, stante la parziale sovrapposibilità tra il catalogo dei diritti contenuto nella CEDU e nella Costituzione. Sarebbero rimasti fuori, ovviamente, i c.d. “diritti sociali” non espressamente contenuti nella CEDU, anche se non va dimenticata la tendenza espansiva dell'interpretazione della CEDU e dei suoi Protocolli da parte della Corte di Strasburgo.<sup>2</sup> Come chiaramente affermato dalla Corte costituzionale, la tutela dei diritti fondamentali (a differenza del diritto dell'UE) non può considerarsi una “materia” rispetto alla quale il nostro ordinamento costituzionale ha compiuto una parziale cessione di sovranità in favore di ordinamenti internazionali o sovranazionali.<sup>3</sup>

Si compiva così quel riallineamento del sindacato sulle leggi che riportava la Corte al centro del sistema costituzionale di tutela di questi ultimi. Il che,

<sup>1</sup> Rispettivamente redatte dai Giudici costituzionali Gaetano Silvestri e Giuseppe Tesaro.

<sup>2</sup> Tendenza che fa leva, come noto, sulla capacità di ricondurre le restrizioni di alcuni diritti previdenziali e assistenziali all'art. 14 (non discriminazione) in combinato disposto con l'art. 1, Prot. I, sulla tutela dei propri beni, o con l'art. 8 (diritto alla vita privata e familiare): cfr. A. GUAZZAROTTI, *I diritti sociali nella giurisprudenza CEDU*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2013/1, 9ss.; P. CARETTI, *Globalizzazione e diritti fondamentali*, cit., 15ss.

<sup>3</sup> C. cost. n. 349/07, punto 6.1: «Va inoltre sottolineato che i diritti fondamentali non possono considerarsi una “materia” in relazione alla quale sia allo stato ipotizzabile, oltre che un'attribuzione di competenza limitata all'interpretazione della Convenzione, anche una cessione di sovranità».

tuttavia, non poteva non comportare delle controindicazioni, la principale delle quali era quella legata alla rigidità del modello imperniato sul rapporto gerarchico tra fonti. Anziché ipotizzare un sistema fluido e pluralistico di integrazione variabile delle fonti (costituzionali, internazionali e dell'UE) sui diritti fondamentali, ispirato alla "massima espansione delle tutele",<sup>4</sup> il sindacato accentrato di legittimità costituzionale basato sul nuovo articolo 117, co. 1, Cost., implicava e implica una stratificazione complessa di rapporti tra fonti. Se la CEDU, infatti, può fungere da parametro costituzionalmente interposto per il sindacato sulle leggi finalizzato all'eventuale annullamento *erga omnes* delle disposizioni legislative contrarie alla CEDU, tale esito estremo può realizzarsi solo a condizione che la norma convenzionale sia, a sua volta, in armonia o almeno non in contrasto con la Costituzione. A differenza del diritto dell'UE (ma anche del diritto concordatario o del diritto internazionale consuetudinario), il diritto CEDU non rappresenta per la Corte costituzionale un ordinamento autonomo cui la Costituzione garantisce uno status privilegiato,<sup>5</sup> con la conseguenza che per esso non vale il *self restraint* a suo tempo fissato dalla Corte stessa nella dottrina dei controlimiti.<sup>6</sup> Non sono, pertanto, solo i principi costituzionali supremi gli argini entro i quali è concesso al diritto convenzionale di prevalere sul diritto legislativo interno, bensì ogni singola norma costituzionale. Il corollario – teoricamente dirompente – è quella della prospettabilità di un sindacato di costituzionalità sulla norma CEDU per avventura invocata come parametro interposto, la cui contrarietà con una (qualsiasi) norma costituzionale implicherebbe una dichiarazione d'incostituzionalità parziale della legge d'esecuzione della CEDU, nel punto in cui essa consente l'entrata nell'ordinamento italiano di norme incostituzionali.<sup>7</sup>

Come la prassi seguente avrà modo di far emergere, simile schema, se trasposto al piano dell'interpretazione, instaura inevitabilmente una gerarchia di interpretazioni della legge oggetto di sindacato, con le interpretazioni conformi alla CEDU destinate a soccombere a quelle conformi alla Costituzione,<sup>8</sup>

<sup>4</sup> A. RUGGERI, *L'interpretazione conforme a CEDU: i lineamenti del modello costituzionale, i suoi più rilevanti scostamenti registratisi nell'esperienza, gli auspicabili rimedi*, in *Federalismi.it*, n. 10/2015; in termini generali, cfr. P. CARETTI, *Globalizzazione e diritti fondamentali*, in *Dir. e Soc.*, n. 1/2013, 28s., che si richiama al pensiero di Paolo Barile.

<sup>5</sup> Cfr., tra tutte, C. cost. n. 170/1984 (diritto UE); nn. 16 e 18/1982 (diritto concordatario); n. 348/2014 (diritto internazionale consuetudinario).

<sup>6</sup> C. cost. n. 348/2007, punto 4.7.

<sup>7</sup> Legge questo passaggio del protocollo delle sentenze gemelle come un modo con cui la Corte costituzionale ha evitato la propria emarginazione rispetto al circuito "giudici nazionali-Corte EDU", C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, in *Giur. cost.* 2007/5, p. 3523s.

<sup>8</sup> Sent. n. 49/2015, punto 4, su cui cfr. *infra*.

mentre la logica anteriore alle sentenze gemelle (e alla modifica dell'art. 117, co. 1, Cost.) era meno rigida e non gerarchizzante, anche se tendeva a occultare i pur possibili conflitti di valori insiti nel pluralismo dei sistemi di tutela.<sup>9</sup>

Quanto appena sinteticamente rammentato non può essere adeguatamente compreso senza richiamare anche i passaggi in cui la Corte costituzionale afferma che la CEDU vincola i giudici nazionali (vuoi nel guidarne l'interpretazione conforme delle disposizioni legislative, vuoi nell'obbligarli a sollevare una questione di costituzionalità per indiretta violazione della Costituzione) non nella sua formulazione testuale bensì nell'interpretazione e applicazione datane dalla "sua" Corte, quella di Strasburgo. Qui si inserisce, forse, il punto più critico di tutti, ma si tratta di un tassello che la Corte costituzionale non poteva evitare di inserire. Questa apparente soggezione indiscriminata della Corte costituzionale al "diritto vivente" di Strasburgo, che tante critiche avrà modo di attirarsi negli anni a venire, costituisce in realtà un elemento essenziale del protocollo consegnato dalla Consulta ai giudici comuni. La legittimazione di questi ultimi alla disapplicazione della legge contrastante con norme CEDU (almeno con quelle dotate di caratteri "autoapplicativi") poteva (e può) radicarsi nell'esigenza di evitare violazioni degli obblighi internazionali da parte dell'Italia (esigenza dal 2001 costituzionalmente imposta dal nuovo art. 117, co. 1, Cost.). Il che, calato nel sistema CEDU, equivale all'esigenza di evitare condanne (ripetute) del nostro Paese da parte della Corte EDU. La debolezza del giudice internazionale (l'impossibilità di annullare norme di legge nazionali né qualsiasi atto di organi amministrativi o giurisdizionali interni) si tramuta in vincolo collaborativo (i giudici nazionali chiamati a rendere effettivo il sistema della CEDU, ex art. 13 della stessa Convenzione), sanzionabile dalla Corte EDU dichiarando l'ineffettività dei rimedi interni ai sensi dell'art. 35 CEDU e, di conseguenza, attraendo a sé i ricorsi in via diretta e immediata, tagliando fuori i giudici nazionali (comuni e costituzionali) e neutralizzando lo stesso principio di sussidiarietà della tutela europea.<sup>10</sup> Solo affermando che il nuovo protocollo sull'art. 117, co. 1, Cost., tiene conto di questa esigenza primaria, la Corte costituzionale poteva e può avere i giudici comuni dalla sua parte, che altrimenti questi ultimi ben avrebbero potuto e potrebbero tentare di "servire due padroni". Nell'assenza di un ricorso diretto contro le decisioni giudiziarie incostituzionali (sul modello

<sup>9</sup> Il criterio della specialità (atipicità della legge d'esecuzione della CEDU) avanzato in C. cost. 10/1993 e il criterio dell'integrazione orizzontale dei significati normativi avanzato in C. cost. n. 388/1999.

<sup>10</sup> Cfr. G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org); B. RANDAZZO, *Sussidiarietà della tutela convenzionale e nuove prove di dialogo tra le Corti. Parrillo c. Italia: novità in tema di accessibilità del giudizio costituzionale dopo le 'sentenze gemelle' (e la sentenza n. 49 del 2015)*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2015/3, 617-624.

dell'amparo o del Verfassungsbeschwerde), il rapporto tra giudici comuni e Corte costituzionale non è configurabile in termini gerarchici. Salvo un impervio conflitto di attribuzioni sollevato dalla stessa Corte costituzionale dinanzi a se stessa, non sarebbe agile impedire ai giudici comuni, specie alle giurisdizioni superiori, di preferire la fedeltà alla Corte EDU, magari nei casi di più macroscopica violazione della sua giurisprudenza da parte della legge, rispetto alla fedeltà alla Corte costituzionale. Visto che, in virtù dell'onere del previo esaurimento dei rimedi interni (art. 35 CEDU), sono i giudici comuni (e soprattutto le supreme giurisdizioni) quelli più direttamente esposti alla smentita di Strasburgo, appariva (ed appare ancora) chiaro che qualsiasi protocollo formulato dalla Corte costituzionale che non prestasse il debito ossequio alla giurisprudenza di Strasburgo non avrebbe potuto sortire gli effetti sperati, ossia quelli del ri-accentramento del sindacato sulle leggi asseritamente contrastanti con la CEDU. Come nel fenomeno dei vasi comunicanti, quel che la Corte costituzionale ottiene sul versante della riduzione (o dell'azzeramento) del potere dei giudici comuni di disapplicare la legge, la stessa Corte finisce per pagare sul versante della subordinazione al magistero interpretativo della Corte EDU.<sup>11</sup>

L'alternativa "interpretazione conforme o sollevamento della questione", per essere credibile, deve esaltare il potere interpretativo della Corte EDU, innescando una serie di controindicazioni che subito autorevole dottrina si è premurata di evidenziare.<sup>12</sup> In particolare, si è rilevato come l'interpretazione conforme alla CEDU sia ben diversa da quella conforme alla Costituzione, proprio per il diverso grado di soggezione dei giudici comuni a un'autorità giurisdizionale esterna al loro circuito istituzionale. Per l'interpretazione conforme alla Costituzione, infatti, non è mai esistito un potere in capo alla Corte costituzionale di formulare interpretazioni vincolanti del parametro costituzionale volta a volta rilevante, salvo il caso estremo di sentenze interpretative di accoglimento (ormai sempre più rare), i cui effetti sono comunque circoscritti all'oggetto della singola decisione. Con il protocollo coniato nelle sentenze "gemelle" del 2007, al contrario, sembra proprio che tale potere venga consegnato tutto intero alla Corte EDU, con un accostamento forse indebito

<sup>11</sup> Volendo vedere le cose "dal lato oscuro" dell'interpretazione conforme a CEDU, potremmo dire che la Corte costituzionale, per salvare se stessa e scongiurare il sindacato diffuso delle leggi, ha consegnato i giudici comuni nelle mani della Corte EDU, ma forse le cose sono più complicate di così.

<sup>12</sup> M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. giur.* n. 2/2008, 201ss.; ID., *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"* (8 agosto 2007), in *Federalismi.it*.

ai poteri interpretativi “uniformanti” previsti dai Trattati UE in capo alla Corte di giustizia.<sup>13</sup>

È anche vero, però, che con quel protocollo del 2007 la Consulta ha finito per responsabilizzare la stessa giurisdizione di Strasburgo: il messaggio, infatti, è quello per cui il diritto “vivente” che deriva da Strasburgo sarebbe stato preso tanto sul serio a Roma da non poter essere aggirato neppure nei casi di contrasto con la Costituzione italiana, fino a determinare l'esito estremo di una dichiarazione d'incostituzionalità parziale della legge d'esecuzione della CEDU.<sup>14</sup> Sebbene autorevole dottrina avesse affermato che, dalla lettura della sent. n. 348/2007, poteva anche ipotizzarsi un'interpretazione della CEDU (e del suo diritto giurisprudenziale) conforme alla Costituzione italiana, come possibile modo per stemperare il conflitto,<sup>15</sup> non sembra che questa variante del protocollo si sia mai avverata nella prassi (non formalmente, almeno): il riparto è rimasto quello per cui alla Corte EDU è riservata l'interpretazione della CEDU mentre alla Corte costituzionale spetta l'eventuale successivo bilanciamento tra il diritto vivente CEDU e i beni costituzionali nazionali, con una distinzione logica abbastanza netta tra i due strumenti dell'interpretazione e del bilanciamento.<sup>16</sup>

Non sembra, poi, essersi mai avverata nella prassi neppure la lettura della stessa sent. n. 348/2007 secondo cui l'interpretazione conforme della legge alla CEDU sarebbe spettata, al pari del sindacato vero e proprio sulla legge, alla Corte costituzionale, quasi che fosse operazione troppo delicata da lasciare ai giudici comuni una rilettura convenzionalmente orientata delle disposizioni legislative interne.<sup>17</sup> Anzi, almeno in un caso, la Corte sembra imporre, a

<sup>13</sup> Sent. n. 349/2007, punto 6.2: «L'interpretazione della Convenzione di Roma e dei Protocolli spetta alla Corte di Strasburgo, ciò che solo garantisce l'applicazione del livello uniforme di tutela all'interno dell'insieme dei Paesi membri». Cfr. R. SAPIENZA, *L'interpretazione della Convenzione tra margine d'apprezzamento statale e vincolo di interpretazione conforme. Profili sistematici*, in F. SALLERNO, R. SAPIENZA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il giudice italiano*, Torino 2011, 169ss., secondo cui la CEDU non è una convenzione di diritto uniforme, mirando essa invece a creare dei semplici *standard* europei di tutela che sono compatibili anche con un'interpretazione *non uniforme* della Convenzione stessa.

<sup>14</sup> Cfr. C. cost. n. 348/2007, punto 4.7; il protocollo dell'impugnazione della legge d'esecuzione è ribadito e specificato in C. cost. n. 49/2015, punto 4. Non sembra, dunque, recepita dalla Corte l'autorevole proposta diretta a risolvere simili contrasti attraverso una dichiarazione della Corte costituzionale d'“irrelevanza” della questione, stante l'idoneità della norma CEDU a integrare il parametro costituzionale dell'art. 117, co. 1, Cost.: A. RUGGERI, *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, in AA.VV., *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, a cura di F. DAL CANTO - E. ROSSI, Torino 2011, 168 ss.

<sup>15</sup> E. CANNIZZARO, *Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano in due recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. intern.* 2008/1, 142.

<sup>16</sup> Cfr. *infra*.

<sup>17</sup> E. CANNIZZARO, *Sentenze della Corte europea*, ct., 139. Il passo della sent. n. 348/2007 (punto 5) è il seguente: «lo scrutinio di legittimità costituzionale chiesto dalla Corte rimettente deve essere condotto in modo da verificare: a) se effettivamente vi sia contrasto *non risolti*»

pena d'inammissibilità, l'obbligo d'interpretazione adeguatrice al diritto vivente di Strasburgo, dando una lettura omologante delle motivazioni delle sentenze nn. 348 e 349/2007.<sup>18</sup> Certo, non si tratta di una variante del protocollo priva di razionalità (oltre a rispecchiare le posizioni del Giudice redattore<sup>19</sup>): accentrare anche il potere di interpretare conformemente a CEDU le leggi nazionali avrebbe avuto (e ancora avrebbe) un duplice vantaggio. In primo luogo, sarebbe spettato alla Corte costituzionale valutare se, per avventura, la ricerca di un'interpretazione conforme alla CEDU non avesse condotto la legge ordinaria a confliggere con la Costituzione: mutando il significato normativo di una o più disposizioni, infatti, possono anche alterarsi gli assetti tra interessi e beni costituzionali direttamente o indirettamente cristallizzati in una consolidata interpretazione della legge.<sup>20</sup> In secondo luogo, l'accentramento anche dell'interpretazione conforme a CEDU avrebbe permesso alla Consulta di scongiurare un'interpretazione dei testi legislativi così piegata all'obiettivo di prevenire (il ripetersi di) contrasti con il diritto vivente CEDU da risultare eccessivamente libera, ossia da sfociare in una disapplicazione della legge "mascherata".<sup>21</sup> Ciò che si è verificato nella prassi, tuttavia, è

*bile in via interpretativa* tra la norma censurata e le norme della CEDU, come interpretate dalla Corte europea ed assunte come fonti integratrici del parametro di costituzionalità di cui all'art. 117, primo comma, Cost.; *b*) se le norme della CEDU invocate come integrazione del parametro, nell'interpretazione ad esse data dalla medesima Corte, siano compatibili con l'ordinamento costituzionale italiano» (corsivi aggiunti). A tradire l'implicita volontà della Corte di trattenere anche il potere d'interpretare la legge conformemente alla CEDU è, più che altro, il confronto con il ben più esplicito passo della coeva sent. n. 349/2007, punto 6.2: «*al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale 'interposta', egli deve investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma, come correttamente è stato fatto dai rimettenti in questa occasione*» (corsivi aggiunti).

<sup>18</sup> Sent. n. 239/2009, punto 3, in fine.

<sup>19</sup> Il quale, in sede dottrina, aveva più volte espresso il timore di abusi dell'interpretazione conforme (G. SILVESTRI, *Legge (controllo di costituzionalità)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IX (1994), 149; 996; ID., *La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo*, in L. Violante (cur.), *Storia d'Italia*, Ann. 14, *Legge Diritto Giustizia*, Torino 1998, 996).

<sup>20</sup> Il caso *Varvara docet*: cfr. la reazione della Cassazione alla sentenza *Varvara c. Italia* del 23 novembre 2013, sfociata nella sentenza di rigetto della Corte costituzionale n. 49/2015 (su cui A. GUAZZAROTTI, *Novità nei rapporti tra giudici nazionali e Corte EDU: la dottrina del "doppio binario" alla prova dei casi (e dei conflitti) concreti*, in *Giur. cost.* 2014, 2033ss.

<sup>21</sup> Cfr. Tribunale di Roma, Sez. I civ., ord. 23 settembre 2013, *Costa e Pavan c. Asl Roma A e Centro Tutela della Donna e del Bambino S. Anna*, (giud. Donatella Galterio), in [http://www.giurcost.org/casi\\_scelti/TribunaleRoma23092013.pdf](http://www.giurcost.org/casi_scelti/TribunaleRoma23092013.pdf), su cui cfr. A. RUGGERI, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della Cedu e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronunzia del Trib. di Roma, I Sez. Civ., che dà "seguito" a Corte EDU Costa e Pavan)*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 8 ottobre 2013; nonché A. VALLINI, *Ardita la rotta o incerta la geografia? La disapplicazione della legge 40/2004 "in esecuzione" di un giudicato della Corte EDU in tema di diagnosi preimpianto*, in *Diritto penale contemporaneo*, 16 dicembre 2013, 11ss. Si veda, inol-

altro. Sia pure rispetto a puntuali tipologie di casi, la Corte costituzionale sembra aver non solo tollerato ma forse anche legittimato tali spericolate operazioni interpretative,<sup>22</sup> con ciò dimostrando di non voler avanzare alcun monopolio interpretativo della legge in tutti i possibili casi di configurazioni di contrasti tra disposizione legislativa scritta e diritto vivente CEDU.<sup>23</sup>

## 2. Antefatti e postfatti

La rigidità del protocollo coniato dalla Corte con le sentenze “gemelle” è stata, dai più, rintracciata nell’indiscriminata soggezione dell’interpretazione della CEDU (tanto ai fini dell’interpretazione conforme che del sindacato di costituzionalità mediante il parametro interposto) al diritto vivente di Strasburgo. Il che può, forse, essere spiegato con un antefatto. In un noto e più volte citato passaggio della sentenza della Grande Camera della Corte EDU nel caso Scordino del 2006, i giudici di Strasburgo affermano abbastanza perentoriamente l’obbligo per i giudici nazionali d’interpretare le leggi nazionali conformemente alla Convenzione, come interpretata e applicata dalla “sua” Corte.<sup>24</sup> Non sembra che una simile perentoria presa di posizione sia però generalizzabile al di là dello specifico contesto in cui essa è sorta.

tre, Cons. St., Sez. VI, sentt. 15 giugno 2010 n. 3760 e 13 settembre 2010, n. 6566 (che ricorre alla disapplicazione mascherata per adeguarsi al caso *Hamidovic c. Italia*, del 4 dicembre 2012, in tema di espulsioni fondate (direttamente o indirettamente) sulla commissione di reati da parte dello straniero. Cfr. l’articolata casistica analizzata da I. CARLOTTO, *I giudici italiani e il divieto di applicazione diretta della Convenzione europea dei diritti dell’uomo dopo il Trattato di Lisbona*, in L. CAPPUCIO, E. LAMARQUE, *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità*, Napoli 2013, 232ss. Per una ricostruzione dottrinale critica di simili approcci, cfr. M. NISTICÒ, *L’interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Torino 2015, 180ss.; P. GAETA, *Dell’interpretazione conforme alla C.E.D.U.: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale* (9 luglio 2012), in *Diritto penale contemporaneo*.

<sup>22</sup> Si veda l’applicazione diretta della CEDU (e corrispondente disapplicazione della legge italiana) operata dalla Cassazione (n. 16507/2010) in ottemperanza alla sent. *Scoppola c. Italia* (n. 2) del 2009 e la decisione con cui la Corte costituzionale (n. 210/2013) giustifica tale operazione, in quanto limitata allo stesso caso giudicato a Strasburgo: cfr., con diversi accenti, B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell’uomo*, Milano 2012, 186ss.; E. LAMARQUE - F. VIGANÒ, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola (ovvero: sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte costituzionale nell’adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo)*, in *Giur. it.*, 2014, 405ss. L’approccio seguito in C. cost. n. 210/2013 viene legittimato anche in un *obiter dictum* della sent. n. 49/2015, punto 7.

<sup>23</sup> Ma cfr. *infra*.

<sup>24</sup> Corte EDU, *Grande Chambre, Affaire Scordino c. Italie* (n. 1), 29 marzo 2006, § 191: La Corte è (...) chiamata a verificare se il modo in cui il diritto interno è interpretato e applicato produce delle conseguenze conformi ai principi della Convenzione, quali interpretati dalla sua giurisprudenza. Come ha molto giustamente rilevato la Corte di cassazione italiana, *ciò è tanto più vero in quanto il diritto interno si riferisce esplicitamente alle disposizioni della Convenzione*. Questo compito di verifica dovrebbe essere facilitato quando si tratta di Stati che hanno effettivamente inserito la Convenzione nel loro ordinamento giuridico, e che ne considerano le norme come direttamente applicabili, in quanto le giurisdizioni supreme di questi Stati si faranno carico, normalmente, di far rispettare i

La “dottrina” Scordino è comprensibile nel peculiare contesto dell’internalizzazione del rimedio indennitario contro l’irragionevole durata dei processi avutosi, su *input* di Strasburgo, per opera della legge *Pinto*.<sup>25</sup> Il rischio che si corre col generalizzare tale dottrina è quello di trasfigurare la giurisdizione di Strasburgo in qualcosa di estraneo alla sua natura. Quest’ultima è senz’altro proteiforme, tra *individual* e *constitutional justice*,<sup>26</sup> ma il suo appiattimento su un modello di “giurisdizione d’interpretazione”, con monopolio interpretativo delle norme CEDU (che finisce inevitabilmente per attrarre a sé anche l’interpretazione delle norme nazionali), non sembra compatibile col sistema della Convenzione stessa e dei suoi meccanismi di *enforcement*.

Quanto appena visto può essere corroborato, a contrario, da due decisioni più recenti della Corte EDU, di cui vale la pena riportare i passaggi: «La Corte ricorda (...) che grava in prima istanza sulle autorità nazionali, e in particolare, alle corti e ai tribunali, l’onere e la responsabilità di interpretare il diritto interno, ed afferma che non è competente a sostituire la propria interpretazione a quella nazionale, salvo che in presenza di decisioni manifestamente arbitrarie. Tale principio è particolarmente pregnante in relazione all’interpretazione da parte dei tribunali delle norme di natura procedurale, quali i termini che disciplinano l’introduzione dei ricorsi».<sup>27</sup>

In altre parole, la Corte EDU sembra piuttosto prudente nell’affrontare la questione dell’interpretazione conforme a CEDU, quale obbligo direttamente imposto ai giudici dalla Convenzione stessa (in particolare, ex artt. 13 in combinato disposto con l’art. 35 CEDU). Anche nel tanto discusso caso *Varvara*,<sup>28</sup> la motivazione della Corte EDU non è condotta lungo la traiettoria della mancata osservanza del precedente di Strasburgo (caso *Sud Fondi s.r.l.*<sup>29</sup>) e dell’interpretazione conforme del testo di legge a quel caso ispirata, nonostante nella motivazione venga riportato che la stessa Corte costituzionale, nella sent. 239/2009, aveva istruito i giudici comuni affinché ricorressero a

principi stabiliti dalla Corte. Pertanto, un manifesto errore di valutazione da parte del giudice nazionale può anche derivare da una cattiva applicazione o interpretazione della giurisprudenza della Corte» (corsivi aggiunti).

<sup>25</sup> L. n. 89/2001, sulla risarcibilità delle violazioni del diritto alla ragionevole durata dei processi: cfr., per tutti, G. SORRENTI, *L’araba fenice dei ricorsi «Pinto» bis tra vecchi problemi e nuovi assestamenti normativi*, in *Pol. dir.*, n. 1-2/2013, 13ss.

<sup>26</sup> C. PINELLI, *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. General Assessments*, in G. REPETTO (ed.), *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, Cambridge, Antwerp, Portland, 2013, 239ss.

<sup>27</sup> Corte EDU, II Sez., sentenze del 4 febbraio 2014 (*Staibano c. Italia* e *Mottola c. Italia*), §§ 29-31.

<sup>28</sup> *Varvara c. Italia*, 29 ottobre 2013.

<sup>29</sup> *Sud Fondi s.r.l. c. Italia*, del 20 gennaio 2009.

tale interpretazione conforme.<sup>30</sup> E bene ha fatto, a tal proposito, la nostra Corte costituzionale a precisare che il l'argomento secondo cui, con la sentenza *Varvara*, ai giudici comuni sarebbe stato imposto di adeguare al *dictum* di Strasburgo la loro interpretazione della disposizione sulla confisca dei fondi abusivamente lottizzati, è un argomento errato, in quanto fondato sul presupposto «che compete alla Corte di Strasburgo determinare il significato della legge nazionale, quando, al contrario, il giudice europeo si trova a valutare se essa, come definita e applicata dalle autorità nazionali, abbia, nel caso sottoposto a giudizio, generato violazioni delle superiori previsioni della CEDU». È, infatti, la Convenzione, «e non la legge della Repubblica, a vivere nella dimensione ermeneutica che la Corte EDU adotta in modo costante e consolidato».<sup>31</sup>

Vero è che, recentemente, la Corte EDU (nella sua composizione plenaria) è sembrata operare una sorta di generalizzazione della “dottrina” *Scordino* sulla legge *Pinto*: nel noto caso *Parrillo*,<sup>32</sup> la Corte EDU era chiamata a stabilire l'ammissibilità di un ricorso “*omisso medio*” (ossia, senza il previo esperimento dei rimedi giudiziari interni), in presenza di una disposizione legislativa la cui lettera era ritenuta dal ricorrente non armonizzabile con il diritto CEDU da esso invocato. Per risolvere tale dubbio, Strasburgo ha, dapprima, osservato che la Corte costituzionale, nella sentenza n. 49/2015, ha ristretto la vincolatività dei precedenti CEDU per i giudici comuni ai soli “orientamenti consolidati” di Strasburgo o alle “sentenze pilota”, per poi rilevare che l'obbligo d'interpretazione conforme alla CEDU della legge nazionale formulato nelle sentenze gemelle non può valere a far ritenere i ricorsi giudiziari in-

<sup>30</sup> *Varvara c. Italia*, cit., § 48.

<sup>31</sup> Sent. n. 49/2015, punto 4, il quale così prosegue: «Naturalmente, non è in discussione che, acquisita una simile dimensione, compete al giudice di assegnare alla disposizione interna un significato quanto più aderente ad essa (sentenza n. 239 del 2009), a condizione che non si riveli del tutto eccentrico rispetto alla lettera della legge (sentenze n. 1 del 2013 e n. 219 del 2008). Tuttavia, e in secondo luogo, sfugge al rimettente che il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU, appena ribadito, è, ovviamente, subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU (sentenze n. 349 e n. 348 del 2007)». Sarebbe stato forse più prudente che la Corte costituzionale stessa non avesse indotto nei giudici comuni tale falsa prospettiva, nel precedente riferito al caso *Sud fondi s.r.l.*, sent. n. 239/2009, punto 3, infine («Spetta (...) agli organi giurisdizionali comuni l'eventuale opera interpretativa dell'art. 44, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001 che sia resa effettivamente necessaria dalle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo»). Sulla sent. 49/2015, cit., cfr., con diversi accenti, M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 2/2015; G. REPETTO, *Vincolo al rispetto del diritto CEDU “consolidato”: una proposta di adeguamento interpretativo*, in *Rivista AIC*, n. 3/2015; D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in *Quad. cost.* 2015/2, 400ss.; A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, in *Diritto penale contemporaneo*.

<sup>32</sup> *Parrillo c. Italia*, 27 agosto 2015.

terni dei rimedi *effettivi*, ai sensi dell'art. 35 CEDU. Sebbene la Corte EDU non espliciti il nesso di causa effetto tra le due statuizioni, è l'opinione concordata di cinque suoi giudici (compreso il giudice italiano Raimondi) a compiere tale passo. Secondo tale opinione, nei limiti in cui possa parlarsi di un "orientamento consolidato" o di una "sentenza pilota" di Strasburgo, sarebbe possibile considerare il protocollo delle sentenze gemelle (l'alternativa interpretazione conforme o incidente di costituzionalità) come capace di attribuire al ricorrente un rimedio effettivo interno contro le lamentate violazioni della CEDU anche quando è la legge interna direttamente all'origine della violazione lamentata dal ricorrente. Non vi sarebbe bisogno, in altre parole, né del potere giudiziale diffuso di disapplicare le leggi contrastanti con la CEDU, né del ricorso individuale diretto alla Corte costituzionale (sempre che, ovviamente, il protocollo delle sentenze gemelle rimanga inalterato e pur nei limiti dell'attenuazione di quest'ultimo impressa dalla sent. n. 49/2015 della Consulta).<sup>33</sup>

Appare abbastanza chiaro che un simile compromesso offerto dalla (minoranza dei giudici della) Corte EDU alla Corte costituzionale non potrebbe che fondarsi sul presupposto che il diritto vivente CEDU sia tenuto nella debita considerazione da parte dei giudici comuni e di quelli costituzionali italiani. Il che, però, non implica anche l'ulteriore obbligo indiscriminato di interpretare le leggi nazionali aderendo all'interpretazione conforme alla Convenzione direttamente o (più spesso) indirettamente suggerita da Strasburgo in un suo precedente. Insomma, sembra ancora azzardato leggere un simile, ancora incerto, protocollo "negoziale" di Strasburgo come una rivendicazione della Corte EDU di imporre ai giudici nazionali la "sua" lettura convenzionalmente orientata delle disposizioni legislative nazionali all'origine di una puntuale violazione della CEDU, quale misura generale di riparazione di una violazione accertata, ai sensi dell'art. 46.1 CEDU. Chiaro, però, che se simile compromesso venisse fatto proprio dalla Grande Camera in una futura decisione relativa all'Italia, ne emergerebbe un implicito "dovere di leale cooperazione" tra giudici comuni nazionali e Corte EDU quanto al dovere di ricorrere all'interpretazione conforme in ossequio alle pronunce pertinenti di Strasburgo.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> Cfr. l'opinione concordante comune dei giudici Casadevall, Raimondi, Berro, Nicolaou e Devov, nel caso *Parrillo c. Italia*, cit.

<sup>34</sup> Con il che si ridurrebbero le differenze con la Corte di giustizia e la sua dottrina sul dovere d'interpretazione conforme fondata sul dovere di leale collaborazione (art. 4.3 TUE): cfr. R. BARRATA, *Il telos dell'interpretazione conforme all'acquis dell'Unione*, in S. BERNARDI (cur.), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli 2015, 36ss.

Esistono però ragioni strutturali per ritenere non auspicabile tale evoluzione nei rapporti tra Corti: a differenza della Corte costituzionale, la Corte EDU non ha il potere di emettere decisioni interpretative di rigetto (ma neppure di accoglimento). Un'interpretativa di rigetto (o d'accoglimento) è una sentenza che contiene anche l'interpretazione costituzionalmente suggerita (per alcuni imposta) ai giudici comuni per superare l'ipotizzata incostituzionalità della disposizione impugnata; come tale, essa non presuppone solo il potere formale (estraneo a Strasburgo) di giudicare direttamente della legittimità delle leggi, bensì anche quello di valutare l'armonico inserimento nella Costituzione nazionale della nuova interpretazione della legge impugnata. Quando la Corte EDU accerta una violazione della CEDU riconducibile a una tra le possibili interpretazioni date dai giudici nazionali a una o più disposizioni di legge, non è scontato che il mero mutamento d'interpretazione possa condurre all'armonizzazione dei plurimi conflitti normativi. Si potrebbe ottenere, infatti, un risultato conforme a CEDU ma contrario a Costituzione (come paventato dalla Cassazione nel caso *Varvara*). Ma è solo forzando un poco le motivazioni della Corte EDU nei singoli casi che può giungersi alla conclusione che Strasburgo mira proprio a imporre la propria interpretazione della legge nazionale per evitare future violazioni della CEDU. Ciò che è strutturalmente interdetto a Strasburgo, infatti, è la valutazione circa le modalità di ricomposizione dell'ordinamento nazionale, a seguito di un'interpretazione del diritto nazionale conforme alla CEDU, non potendo Strasburgo valutare le conseguenze negative che potrebbero scaturirne rispetto a beni costituzionali nazionali non contemplati dalla stessa CEDU. L'esito dell'accertamento di qualsiasi violazione della Convenzione, salvo rari casi, lascia nelle mani dell'ordinamento nazionale e del riparto interno tra poteri politici o giudiziari (corti costituzionali nazionali incluse) la scelta dei mezzi con cui porre riparo in termini generali alla violazione. Insomma, nella CEDU non dovrebbe darsi la possibilità di un altro caso *Taricco*,<sup>35</sup> come avutosi dei rapporti col diritto dell'UE.

### 3. L'evoluzione

Proprio la rigidità insita nell'obbligo di osservare (tutta) la giurisprudenza di Strasburgo, ha ispirato le principali linee evolutive o di assestamento del pro-

<sup>35</sup> Cfr. C. cost., ord. n. 24/2017, cui ha fatto seguito la Corte di giustizia, con sentenza del 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M.A.S., M.B. Cfr.*, tra i tanti, R. BIN, *Taricco Tango. Quale sarà il prossimo passo?*, <http://www.robertobin.it/ARTICOLI/TariccoTango.pdf>; V. MARCENÒ, *La sentenza Taricco-bis. Conseguenze di una sovranità non decisa* (12 gennaio 2018), in *Forum di Quaderni costituzionali*; G. REPETTO, *Quello che Lussemburgo (non) dice. Note minime su Taricco II* (21 dicembre 2017), in *Diritti comparati*; C. CUPELLI, *Ecce Taricco II. Fra dialogo e diplomazia, l'attesa sentenza della Corte di giustizia*, in *Diritto penale comparato*, 12/2017.

to collo originario fissato nel 2007 dalla Corte costituzionale. La Consulta, infatti, ha prima ritenuto di precisare che è soltanto “la sostanza” della giurisprudenza di Strasburgo a dover essere tenuta in conto da parte di se stessa (e dei giudici comuni), quando si tratta di costruire il parametro interposto CEDU ai fini del giudizio di costituzionalità delle leggi<sup>36</sup> (ma, evidentemente, ciò dovrebbe valere anche ai fini dell’interpretazione conforme, come poi chiarito nella sent. n. 49/2015<sup>37</sup>). La Consulta ha poi specificato o arricchito tale tecnica di trattamento del “diritto vivente” di Strasburgo, coniando il riparto di compiti per cui alla Corte EDU spetta l’interpretazione (per così dire, “autentica”) degli articoli della Convenzione mentre a se stessa è riservato il bilanciamento dei beni coinvolti nell’eventuale contrasto tra diritto vivente CEDU e legge nazionale.<sup>38</sup> Accanto al pregio della chiarezza quasi cartesiana di un simile riparto, da questa dottrina della Consulta sorge la controindicazione per cui l’attività della Corte EDU viene ridotta a una giurisdizione (specializzata) non adusa a (o peggio strutturalmente incapace di) realizzare bilanciamenti nei casi da essa risolti. La Corte EDU, invero, compie bilanciamenti non solo tra beni di rilievo direttamente convenzionale (l’eventuale conflitto tra diritto di cronaca, incluso nella tutela della manifestazione del pensiero ex art. 10, e il diritto alla privacy ex art. 8 CEDU), ma anche tra diritti della Convenzione e beni (interessi o valori) presenti solo nelle costituzioni nazionali.<sup>39</sup> È chiaro che, in questo secondo caso, potrebbe sospettarsi che la sua sensibilità per quei “contro-interessi” di rilievo esclusivamente nazionale (sia pure costituzionalmente rilevanti nello Stato convenuto) possa non essere adeguata e non equilibrata rispetto all’impegno profuso per tutela-

<sup>36</sup> Sentt. nn. 311 e 317/2009. Sul legame tra questo orientamento della Corte e la dottrina del margine d’apprezzamento della Corte EDU, cfr. A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano 2012, 160ss.

<sup>37</sup> C. cost. n. 49/2015, punto 4: «il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU, (...) è, ovviamente, subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU (sentenze n. 349 e n. 348 del 2007)».

<sup>38</sup> Secondo la Consulta, mentre la Corte EDU sarebbe «tenuta a tutelare in modo parcellizzato, con riferimento a singoli diritti, i diversi valori in giuoco», la Corte costituzionale, diversamente, «opera una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, ed è, quindi, tenuta a quel bilanciamento, solo ad essa spettante, che, nella specie, dà appunto luogo alla soluzione indicata» (sent. 264/2012; in termini analoghi, sent. 317/2009). Il che sembrerebbe indurre il dubbio che la Corte EDU non sia istituzionalmente chiamata a (o in grado di) compiere bilanciamenti tra beni ‘costituzionali’ contrapposti. In termini concilianti si è espressa recentemente M. CARTABIA, *I diritti in Europa: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2015/1, 45, secondo cui a fare la differenza sarebbe la «diversa prospettiva di valutazione: caso per caso, per la Corte europea, sistemica o integrata per la Corte italiana».

<sup>39</sup> Con riguardo alla giurisprudenza CEDU sul diritto di proprietà, cfr. A. GUAZZAROTTI, *Interpretazione conforme alla Cedu e proporzionalità e adeguatezza: il diritto di proprietà*, in M. D’AMICO, B. RANDAZZO (cur.), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino, 2009, 161-200.

re i beni convenzionali (i soli che esprimono un autentico “consenso europeo” sulla tutela dei diritti inviolabili della persona). Tuttavia, è anche chiaro che quel riparto cartesiano formulato dalla Corte costituzionale non può non insidiare la legittimazione della Corte EDU, ridimensionandone di molto il suo ruolo “pan-costituzionale” europeo.<sup>40</sup> Con riguardo allo specifico profilo dell’interpretazione conforme, un tale modo di ragionare dovrebbe portare a riservare alla Corte costituzionale *anche* il previo onere di interpretazione della legge conforme alla CEDU. Ciò perché, evidentemente, anche mutare un’interpretazione consolidata della legge può comportare nuovi bilanciamenti tra beni e interessi costituzionali coinvolti (come il caso *Varvara* ben evidenzia). Il rischio è che, per seguire l’interpretazione “eminente”, se non proprio “vincolante” di Strasburgo, i giudici comuni compiano da sé quel tipo di bilanciamenti, salvo i casi in cui essi ritengano necessario coinvolgere la Corte costituzionale (ossia, il caso in cui il bilanciamento dia esito negativo e sia, di conseguenza, necessario rifiutare il vincolo normativo-interpretativo promanante da Strasburgo). Ma probabilmente è un rischio che vale la pena correre, in assenza di alternative plausibili.

Ulteriori novità emerse, sotto lo specifico profilo dell’interpretazione conforme, sono legate a quei casi che hanno fatto sorgere dubbi critici sulla tenuta del modello gerarchico delle sentenze “gemelle”: in qualche caso, infatti, si è ritenuto che a subire l’interpretazione conforme non sia tanto la legge (e in particolare il codice di procedura penale), bensì la stessa Costituzione (e il suo art. 111, in particolare).<sup>41</sup> Che l’interpretazione conforme possa avere e, anzi, storicamente abbia avuto un andamento circolare, è cosa nota alla prassi costituzionale non solo italiana. Tuttavia, il fenomeno dell’interpretazione “legislativamente” conforme della Costituzione può in qualche modo spiegarsi, se non addirittura legittimarsi, con il fatto che l’attuazione costituzionale di una “costituzione programma” è rimessa, in primo luogo, agli organi politico-democratici di uno stato, i cui eventuali eccessi o abusi possono essere corretti dall’organo investito della funzione “contromaggioritaria” del sindacato di costituzionalità delle leggi. L’interpretazione della Costituzione italiana conforme agli orientamenti di un organo giurisdizionale esterno, come la Corte EDU, non sembra possa essere tollerata con la stessa facilità: diversamente a

<sup>40</sup> Con una sua ricacciata nell’*individual justice* da parte della Corte costituzionale italiana.

<sup>41</sup> Cfr., in merito al caso *Drassich c. Italia*, 11 dicembre 2007, Cass. sez. U, 14 luglio 2011, n. 27918, D.F., rv 250197, sull’utilizzabilità dichiarazioni probatorie non raccolte in contraddittorio e il vincolo derivante dalla giurisprudenza CEDU sul “contraddittorio differito”: per la Cassazione, dall’art. 6 della CEDU, «per come costantemente e *vincolativamente* interpretato dalla Corte di Strasburgo, discende una norma specifica e dettagliata, una vera e propria regola di diritto», il che per alcuni costituirebbe un’interpretazione contro la lettera dell’art. 526, co. 1-bis c.p.p. e dell’art. 111 Cost.: P. GAETA, *Dell’interpretazione conforme alla C.E.D.U.*, cit., 17ss.; M. NISTICÒ, *L’interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello stato*, cit., 178ss.

quanto avviene nell'ordinamento UE, nel Consiglio d'Europa manca un organo politico democraticamente legittimato e incaricato di normare determinati ambiti, con l'evidente fine di integrare, almeno settorialmente, gli ordinamenti nazionali. Le letture evolutive della Corte EDU (legittimate dal c.d. *consensus standard* o dall'evoluzione del diritto internazionale generale o da riforme della stessa CEDU) non può costituire un equivalente funzionale dell'integrazione sovranazionale *politica*. Il che non esclude, però, che non si siano verificati e non si stiano verificando moti evolutivi della tutela costituzionale dei diritti guidati dalla giurisprudenza di Strasburgo implicanti un'interpretazione della Costituzione alla luce della CEDU. Ma di ciò si dirà oltre.

Altro dato che arricchisce la mappa "storica" della giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU dopo il 2007 è l'intreccio tra i due corni dell'alternativa: interpretazione conforme o annullamento della legge da parte della Consulta. In almeno due casi molto noti di sentenze d'accoglimento di questioni insorte sul parametro interposto CEDU, l'intervento ortopedico della Corte costituzionale è stato del tipo "additivo di principio", finalizzato cioè a introdurre una norma di principio, o comunque incompleta, la cui effettività dipende dall'ulteriore opera di specificazione svolta dai giudici comuni in supplenza del legislatore.<sup>42</sup> Diversamente dai casi di additive di principio degli anni novanta, qui il giudice comune è anche onerato dell'obbligo di operare tale necessaria integrazione alla luce degli orientamenti (vincolanti?) forniti da Strasburgo. Si tratta, in altre parole, di un'interpretazione conforme a CEDU "a valle" anziché "a monte" della

<sup>42</sup> La sent. n. 348/2007, al punto 5.7, a in qualche modo demandato al legislatore il compito di distinguere la disciplina degli indennizzi espropriativi a seconda della destinazione dei fondi da espropriare (onde evitare che indennizzi troppo elevati compromettano la realizzazione di diritti costituzionali insita nella realizzazione di un ospedale, una scuola, ecc.): con una disposizione della legge finanziaria per il 2008, il legislatore introduceva una disposizione "simbolica" e di difficile attuazione per cui, nei casi di espropriazione finalizzata ad attuare interventi di riforma economico-sociale, l'indennizzo andrebbe ridotto del 25% (l. 244/2007, art. 2, co. 89), compiendo una sorta di delega di bilanciamento in concreto tra diritto di proprietà e diritti sociali in favore della p.a. (e in seconda battuta del giudice), il tutto sulla base del presupposto che la stessa Corte EDU non equipara gli "espropri isolati" a quelli compiuti a seguito di riforme ispirate alla giustizia sociale. Nella notissima sent. n. 113/2011, punto 8, sulla riapertura dei processi penali la cui ingiustizia (per violazione dei diritti dell'imputato) sia stata accertata a Strasburgo, la Corte ha onerato i giudici del "seguito" di una decisione di Strasburgo del compito di tener conto, ai fini della riapertura, delle indicazioni contenute nella sentenza di Strasburgo della cui esecuzione si tratta; vagliare la compatibilità delle singole disposizioni relative al giudizio di revisione, ritenendo inapplicabili le disposizioni logicamente inconciliabili con l'obiettivo perseguito dal nuovo istituto (*in primis*, quelle che riflettono la preordinazione del giudizio di revisione al solo proscioglimento); valutare come le cause della non equità del processo rilevate dalla Corte EDU debbano tradursi in vizi processuali alla stregua del diritto interno, adottando i provvedimenti richiesti al fine di sanare quei vizi. Cfr. M. GIALAUZ, *Una sentenza "additiva di istituto": la Corte costituzionale crea la "revisione europea"*, in *Cass. pen.* n. 10/2011, 3308ss.; in termini critici, P. GAETA, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.*, cit., 21.

questione di legittimità costituzionale. L'interpretazione conforme a CEDU assume così l'ulteriore valenza di strumento utilizzabile non solo per prevenire una dichiarazione d'incostituzionalità (ex art. 117, co. 1, Cost.), ma anche per rendere effettiva una dichiarazione d'incostituzionalità. Del resto, con speciale riguardo al caso della riapertura dei processi penali giudicati, sotto qualche profilo, "iniqui" a Strasburgo, siamo anche qui in presenza di un istituto *geneticamente* convenzionale (in maniera non troppo diversa dai meccanismi indennitari della legge *Pinto* sull'irragionevole durata dei processi), ossia di una sorta "internalizzazione" dei rimedi di Strasburgo, di talché risulta assai più lineare che altrove il vincolo del giudice nazionale all'interpretazione conforme al diritto vivente di Strasburgo. In questa e altre simili vicende, il ruolo della Corte costituzionale è quello di intervenire sul diritto legislativo nazionale (con interventi meramente demolitori ma più spesso manipolativi), onde mettere in comunicazione i due mondi, in teoria separati, dell'applicazione giudiziale nazionale del diritto e di quella convenzionale che avviene con le peculiari forme dei giudizi (su ricorso individuale) dinanzi alla Corte EDU.

Un esempio particolarmente calzante del fenomeno qui esaminato è dato dal caso della pubblicità delle udienze per l'applicazione delle misure di prevenzione (sent. n. 93/2010). In questa vicenda, la Corte costituzionale ha accolto la questione (ex art. 117, co. 1, Cost.) in riferimento alla violazione dell'art. 6.1 CEDU, ritenendo che quest'ultimo conferisse direttamente al giudice comune il potere di bilanciare, nei singoli casi, il diritto della parte privata a un'udienza pubblica con gli interessi (costituzionalmente rilevanti) alla *tutela della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale, ovvero quando lo esigano gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti o quando eccezionalmente siano messi a rischio gli stessi interessi della giustizia*. In precedenza (prima delle sentenze gemelle e della novella dell'art. 117, co. 1, Cost.) la Consulta aveva sempre escluso una violazione della Convenzione, grazie a una lettura dell'art. 6.1 CEDU "costituzionalmente orientata": quest'ultima disposizione avrebbe delegato il legislatore nazionale a compiere, una volta per tutte e in maniera generale e astratta, quei bilanciamenti (potendosi, ad es., escludere la pubblicità dei processi in *tutti* i casi in cui si tratta di responsabilità disciplinare dei magistrati, a tutela degli interessi della giustizia: C. cost. 12/1971). Nella sentenza n. 93/2010, a seguito di una serie di condanne dell'Italia da parte di Strasburgo, la Consulta muta registro e riconosce che quella norma della CEDU impone una sorta di "delega di bilanciamento in concreto"<sup>43</sup> che riservi al giudice volta per volta la decisione se

<sup>43</sup> R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 91; 127ss.

accogliere o meno l'istanza di parte affinché il processo di svolga pubblicamente. Nel caso, però, in cui il giudice opti per la non pubblicità, esso dovrà farlo «(i)n conformità alle indicazioni della Corte EDU».<sup>44</sup> Se prima era il legislatore democratico a guidare, una volta per tutti e in maniera indiscriminata, le scelte dei giudici se celebrare o meno il processo a porte chiuse, ora quella guida è attribuita al diritto giurisprudenziale della CEDU, con un'inversione dell'approccio alla tutela costituzionale dei diritti non da poco. Si tratta della logica della maggior aderenza o adeguatezza al caso concreto che, coronando tendenze teoriche e spinte sociali affacciate da tempo,<sup>45</sup> implica una centralità della discrezionalità del giudice e un ridimensionamento di quella del legislatore democratico nella tutela dei diritti. A mitigare il rischio che quella discrezionalità conduca, in ordinamento privo dello *stare decisis*, all'arbitrio giudiziario e a ingiustificate disparità di trattamento, sta proprio l'opera uniformante della Corte EDU, cui la Consulta rinvia espressamente.<sup>46</sup>

Qualcosa di non troppo dissimile sta avvenendo nella saga delle pensioni svizzere: le spinte all'individualizzazione dei giudizi che provengono da Strasburgo a partire dalla causa *Stefanetti*<sup>47</sup> stanno a indicare che la legittimità dell'interesse perseguito dallo Stato attraverso l'interpretazione autentica della precedente disciplina (l'equità e sostenibilità del sistema previdenziale pubblico) non può apprezzarsi in astratto una volta per tutte, bensì va testata alla luce dell'entità del sacrificio che essa impone ai singoli pensionati nel diritto al godimento dei propri beni (art. 1, Prot. I). Il che implica l'introduzione di una clausola di flessibilizzazione della disciplina (retroattiva) sul (ri)calcolo delle pensioni svizzere alla luce di una costellazione di criteri emergenti dalla casistica di Strasburgo. Che ciò venga compiuto dal legislatore o da un intervento manipolativo della Consulta, già da questa minacciato, poco importa.<sup>48</sup> L'approdo di tale spinta sul sistema costituzionale italiano di sindacato delle leggi e di tutela dei diritti è, evidentemente, abilitare i giudici nazionali a compiere quel che oggi fa Strasburgo, adeguandosi ai suoi precedenti. Un approdo inevitabile, una volta che la stessa Consulta giudica *sproporzionato* lo strumento della legge "generale e astratta", cieca agli esiti spe-

<sup>44</sup> C. cost. n. 93/2010, punto 10.

<sup>45</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite, Legge diritti giustizia*, Torino 1992.

<sup>46</sup> A. GUAZZAROTTI, *Bilanciamenti e fraintendimenti: ancora su Corte costituzionale e CEDU*, in *Quad. cost.* n. 3/2010, 592ss.

<sup>47</sup> *Stefanetti e a. c. Italia*, 15 aprile 2014. Cfr. C. MASCIOTTA, *Leggi interpretative e rigidità degli strumenti decisionali della Corte costituzionale: quali prospettive nella vicenda delle "pensioni svizzere"?*, in questa *Rivista*, n. 3/2017.

<sup>48</sup> C. cost. 166/2017, punto 8, in cui si conclude per l'inammissibilità, «allo stato», con la precisazione che «non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al grave problema segnalato dalla Corte di Strasburgo».

requati della sua applicazione. Si tratterebbe di “internalizzare” la logica equitativa propria dei giudizi di Strasburgo (ex art. 41 CEDU): una logica equitativa che la Corte costituzionale ritiene, in prima battuta, estranea alle proprie attribuzioni (e infatti rinvia alla discrezionalità legislativa la fissazione di un rimedio, «congruo e sostenibile, atto a salvaguardare il nucleo essenziale del diritto leso»,<sup>49</sup> ma che ben potrebbe realizzarsi mettendo in comunicazione i giudici comuni con la casistica di Strasburgo.

#### **4. L'interpretazione conforme non è (solo) una tecnica di risoluzione delle antinomie**

Parlando di interpretazione conforme al diritto dell'UE, Enzo Cannizzaro ha accostato l'interpretazione conforme a quella evolutiva, in cui una norma viene interpretata alla luce del mutamento sociale, come rispecchiato dalla produzione normativa successiva, anche se di rango inferiore alla norma da interpretare. «Risponde essenzialmente a tecniche di interpretazione evolutiva il fenomeno dell'interpretazione del sistema costituzionale alla luce dei mutamenti occorsi nell'ambito della legislazione ordinaria. Il noto esempio della normativa costituzionale in tema di rapporti economici, oggi costantemente interpretata alla luce delle esigenze di libertà di concorrenza, formalmente tutelate solo a livello legislativo, chiarisce come tale fenomeno sia riconducibile proprio alla circostanza che la legislazione rispecchia, in misura certo maggiore della normativa costituzionale, l'evoluzione della coscienza giuridica della comunità nazionale».<sup>50</sup> La verità è che, per aversi quel tipo di evoluzione nella legislazione ordinaria, è stato necessario agganciarsi a un “vincolo esterno”, ossia al diritto dell'UE, secondo un progetto trasformativo consapevolmente perseguito da alcune élite politiche ed economiche (non solo in Italia).<sup>51</sup> Quel che è accaduto, in pratica, è stato che, per tutto ciò che riguarda i rapporti economici, la Costituzione è stata interpretata *alla luce* del diritto dell'UE.<sup>52</sup> Per cui possiamo senz'altro affermare che un insieme di norme formalmente inferiori (il diritto dell'UE, compreso quello derivato) ha esercitato una notevole forza trasformativa sull'ordinamento costituzionale italiano, ossia su un insieme di norme formalmente superiori. Il che, del resto, trova perfetto riscontro nella dottrina della Corte costituzionale dei controlimiti: a fare da baluardo a tale processo trasformativo restano i rassicuranti paletti dei diritti in-

<sup>49</sup> C. cost. 166/2017, punto 7.

<sup>50</sup> E. CANNIZZARO, *Interpretazione conforme fra tecniche ermeneutiche ed effetti normativi*, in S. BERNARDI (cur.), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, cit., 6.

<sup>51</sup> C. J. BICKERTON, *European Integration. From Nation-States to Member States*, Oxford 2012.

<sup>52</sup> Per una lettura critica, cfr. O. CHESSA, *La costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Napoli 2016, 223ss.; M. BENVENUTI, *Democrazia e potere economico. Relazione per il XXXII Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, Modena, 10 e 11 novembre 2017.

violabili e dei principi costituzionali supremi, i quali non potrebbero, del resto, essere oltrepassati neppure dal potere di revisione costituzionale. Ma si tratta, appunto, di un processo trasformativo che ha implicato ed implica un'interpretazione del testo costituzionale "evolutiva", nel senso di guidata dal diritto (successivo) prodotto dall'ordinamento UE.

A differenza di quanto avvenuto per il diritto dell'UE e come già accennato, alla CEDU non si è voluto né si vuole attribuire un potere trasformativo dall'esterno del nostro ordinamento costituzionale, probabilmente per l'ovvio motivo che, mentre nell'ordinamento UE il processo propulsivo risiede non solo del diritto giurisprudenziale della Corte di giustizia bensì anche in quello politico delle istituzioni "democratiche" dell'Unione, nel sistema della CEDU la propulsione è quasi esclusivamente giurisprudenziale. Altro elemento di differenziazione che rende complicato parlare, almeno scopertamente, di interpretazione della Costituzione alla luce della CEDU è dato dal moto federalizzatore che, almeno in Italia, si è sempre voluto vedere nel processo d'integrazione europea. L'esito di una federazione degli Stati uniti d'Europa è stato sempre propagandato da una parte, almeno, delle élite politiche italiane, seguite da una parte forse ancora più ampia delle élite professionali (giuristi e costituzionalisti inclusi). Il che è, tutto sommato, facile da spiegare, posto che dopo la moneta unica, la federalizzazione rappresentava un traguardo irrinunciabile per ovviare ai tanti limiti strutturali e ai veri e propri costi che un'unione monetaria priva di solidarietà federale produce in ordinamenti come il nostro.<sup>53</sup> Se già per l'Unione europea erano presenti i limiti geopolitici che rendevano e rendono un simile esito federativo improbabile, per il Consiglio d'Europa quei limiti erano e sono impossibili da non vedere, tanto da giustificarsi il diverso trattamento del diritto dell'UE da quello della CEDU, così come il protocollo formale adottato nelle sentenze gemelle del 2007 per cui alla CEDU si applicano non solo i controlimiti dei principi costituzionali supremi, bensì ogni specifica norma costituzionale.

Quando si parla di interpretazione convenzionalmente conforme come *tecnica* di risoluzione delle antinomie, si vuole probabilmente eludere tale dimensione "esistenziale" dei rapporti tra ordinamento costituzionale e sistema CEDU. Tecnicizzare equivale, in tale contesto, a neutralizzare la portata "politica" della scelta operata negli anni novanta del secolo scorso da parte degli Stati del Consiglio d'Europa di rendere pienamente giurisdizionale il sistema della CEDU. Nella nostra storia costituzionale, almeno a partire dal famoso congresso di Gardone dell'Associazione nazionale dei magistrati, risultava chiara la natura "trasformativa" dell'interpretazione conforme a Co-

<sup>53</sup> A. GUAZZAROTTI, *Crisi dell'Euro e conflitto sociale. L'illusione della giustizia attraverso il mercato*, Milano 2016.

stituzione, quale impegno per tutti gli organi, quelli giudiziari in testa, a produrre evoluzioni normative ispirate ai nuovi valori e principi costituzionali senza attendere l'intervento legislativo (specie alla luce del c.d. "ostruzionismo di maggioranza").<sup>54</sup> Un simile approccio alla CEDU non potrebbe predicarsi, almeno non troppo scopertamente, se non al prezzo di riconoscere la necessità di un "vincolo esterno" di natura internazionalistica e quasi "tecnocratica" non solo per ciò che riguarda l'evoluzione del settore dell'economia e del welfare italiani, bensì anche per ciò che riguarda gli stessi diritti fondamentali (civili e, in maniera minore, politici).<sup>55</sup> Se questo è, in sostanza, ciò che si è predicato per le giovani e gracili democrazie uscite in Europa centro-orientale dalla fine della guerra fredda, esso non può facilmente predicarsi per un ordinamento costituzionale come il nostro.<sup>56</sup>

Resta da capire quanto le prassi che si sono tratteggiate sopra (di una peculiare forma di interpretazione della Costituzione alla luce della CEDU) siano in grado di indurre un tipo di evoluzione nella "non-materia" dei diritti civili (e politici)<sup>57</sup> paragonabile a quella avutasi nell'ambito economico-sociale con il diritto dell'UE.<sup>58</sup> Quella tendenza alla giustizia adeguata al caso concreto è sicuramente in grado di servi-

<sup>54</sup> V. ONIDA, *L'attuazione della Costituzione fra Magistratura e Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano 1977, 503ss.

<sup>55</sup> Ma cfr. la legge delega al nuovo codice di procedura penale, L. n. 81/1987, al cui art. 2, co. 1, si legge: «Il codice di procedura penale deve attuare i principi della Costituzione e adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale».

<sup>56</sup> Cfr. A. MORAVCSIK, *The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe*, in *International Organization* 54, 2000/2, 233ss.; O. POLLICINO, *Allargamento dell'Europa a Est e rapporti tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Milano 2010. Per un'analisi comparata dello status della CEDU in alcuni ordinamenti, cfr. N. KRISCH, *The Open Architecture of European Human Rights Law*, in *The Modern Law Review* 2008, 193ss.; G. MARTINICO, O. POLLICINO, *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, Groningen 2010; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano 2012, 139ss.; A. DI MARTINO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella giurisprudenza costituzionale tedesca. Per una prospettiva comparata sull'esperienza italiana*, in *Federalismi.it*, n. 11/2012.

<sup>57</sup> Anche se la giurisprudenza della CEDU sul diritto a libere elezioni (art. 3, Prot. I) è assai deficiente.

<sup>58</sup> Ci si potrebbe porre la domanda se, come il diritto dell'UE è servito a isolare l'economico dal sociale e il potere dei capitali dalla presa delle istituzioni democratiche, la CEDU non rischi di fare lo stesso rispetto al "diritto del bios". Ossia, con particolare riguardo a tutto il proliferare della casistica su bioetica e biodiritto, la CEDU non possa assolvere alla funzione di dare mordente alle "pretese sovraniste" del bios sull'autentica sovranità popolare (A. MORRONE, *Sovranità*, in *Rivista AIC*, 3/2017). Si tratta, assai probabilmente, di un fenomeno parallelo a quello avutosi con la perdita della sovranità monetaria, teso a edificare l'idea dell'individualizzazione della sovranità, come sostituto compensativo della perdita di presa collettiva sulle evoluzioni sociali indotte da globalizzazione economico-finanziaria ed evoluzione delle tecno-scienze: cfr. A. SOMEK, *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford 2014, 201.

re al meglio gli interessi delle parti private e di integrare il nostro sistema di tutela costituzionale dei diritti (la Corte costituzionale italiana, non essendo un giudice del caso come la Corte suprema statunitense, difficilmente può fornire test di proporzionalità<sup>59</sup>). Questo ha però dei costi in termini di certezza del diritto, specie nell'ambito del diritto processuale penale.<sup>60</sup> Dal punto di vista del diritto costituzionale, invece, mi pare che uno dei rischi che più ci sta facendo correre la giurisprudenza di Strasburgo è la destabilizzazione dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni. Non si tratta solo della già cennata tendenza di questi ultimi a strumentalizzare l'interpretazione conforme a CEDU per compiere operazioni ultra-creative, sostanzialmente disapplicative della legge. Si tratta della spinta che viene da casi come *Costa Pavan*, o *Parrillo*,<sup>61</sup> a una riforma della giustizia costituzionale italiana che giunga a introdurre, come già accaduto, ad es., in Turchia, lo strumento del ricorso individuale diretto alla Corte costituzionale. Se questa ipotesi di riforma avrebbe il merito di evitare che la causa sia decisa immediatamente a Strasburgo, tagliando fuori il previo giudizio di costituzionalità interno sulla legge limitativa dei diritti individuali, essa presenta, tuttavia, dei rischi tutt'altro che trascurabili per l'equilibrio dei rapporti tra giurisdizioni nazionali comuni e giudice di costituzionalità, come la crisi dell'amparo spagnolo ha ampiamente dimostrato.<sup>62</sup> Che la Corte EDU spinga gli ordinamenti nazionali verso l'uniformazione di un modello di giustizia costituzionale peculiare sembra, sotto tale profilo, alquanto problematico, per usare un eufemismo.

### 5. Le linee di faglia aperte

Uno degli elementi di crisi emerso dall'evoluzione dei rapporti con la CEDU, dopo la razionalizzazione avutasi con le sentenze gemelle, è quello del c.d. "doppio binario". Nel noto e già citato caso *Scoppola* sull'illegittimità (tanto convenzionale che costituzionale) di una legge retroattiva tesa a restringere la

<sup>59</sup> R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 126 s.

<sup>60</sup> P. GAETA, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.*, cit., *passim*; O. MAZZA, *Legge e potere: l'irruzione delle Corti sovranazionali* (6 giugno 2017), in *Diritto penale contemporaneo*; V. MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale* (9 luglio 2012), *ibidem*.

<sup>61</sup> *Costa e Pavan c. Italia*, 28 agosto 2012; *Parrillo c. Italia*, 27 agosto 2015.

<sup>62</sup> R. ROMBOLI, *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, in questa *Rivista*, n. 1/2015, 4s., 25.

portata della norma diretta a sostituire la condanna all'ergastolo con la pena alla reclusione massima di trent'anni, la Cassazione aveva fatto ricorso a una dissimulata forma di disapplicazione della disposizione legislativa contestata, mascherata sotto la più innocente etichetta di "interpretazione conforme" (a CEDU).<sup>63</sup> Trattandosi di un giudizio operato sullo stesso caso che aveva ottenuto la vittoria a Strasburgo, tale soluzione interpretativa veniva giudicata dalla Corte costituzionale una modalità di ottemperanza, *ex art. 46 CEDU*, alla condanna di Strasburgo. In tutti gli altri casi, tuttavia, la Corte costituzionale ha ritenuto che sia necessario il sollevamento della questione di costituzionalità *ex art. 117, co. 1, Cost.*<sup>64</sup> Il modulo ha avuto almeno un'altra applicazione famosa (il seguito del caso *Costa Pavan*, sfociato nella decisione del Tribunale di Roma *ex art. 700 c.p.c.*).<sup>65</sup> Si tratta di una chiara novità, che arricchisce problematicamente lo schema delle sentenze gemelle e che può essere tradotto nei termini di un potere di disapplicazione della legge da parte del giudice comune, quando quest'ultimo si trovi a gestire la fase "terminale" di un processo deciso a Strasburgo. Il noto caso *Dorigo* era stato un'avvisaglia di simile modulo.<sup>66</sup> Il problema principale è quello relativo al grado di vincolatività che può esercitare sul giudice nazionale che funge da "terminale" di Strasburgo il rapporto gerarchico tra Costituzione e CEDU: è possibile, in tali casi, per il giudice nazionale obiettare al ricorrente vittorioso a Strasburgo che la soddisfazione della sua pretesa (supportata dall'obbligo di ottemperare con la c.d. *restitutio in integrum* a una sentenza di condanna CEDU) non può trovare accoglimento, in quanto ciò equivarrebbe a una violazione di una o più norme costituzionali?<sup>67</sup> Nel caso *Scoppola*, la Corte costituzionale sembra aver autorizzato il giudice comune "a fare da sé" e dunque a omettere l'incidente di costituzionalità per potersi liberare dei vincoli di legge che impediscono il pieno soddisfacimento del ricorrente vittorioso a Strasburgo. In casi come quelli *Costa Pavan*, fra l'altro, una simile ipotesi avrebbe molto probabilmente vanificato per sempre la pretesa dei ricorrenti, visti i tempi del giudizio incidentale di costituzionalità e la natura della pretesa.<sup>68</sup> Resta, però,

<sup>63</sup> Cfr. *supra*, nt. 22.

<sup>64</sup> C. cost. n. 210/2013.

<sup>65</sup> Cfr. *supra*, nt. 20.

<sup>66</sup> Cfr. Cass., Sez. I pen., 1° dicembre 2006, n. 2800, dep. 25 gennaio 2007 (cfr. A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, cit., 132ss.; V. SCIARABBA, *Il giudicato e la Cedu. Profili di diritto costituzionale, internazionale e comparato*, Padova 2012).

<sup>67</sup> Questo lo schema seguito da Corte costituzionale e legislatore in Russia per sottrarsi all'esecuzione della (onerosissima) sentenza *Yukos v. Russia*, 24 giugno 2014: cfr. A. GUAZZAROTTI, *La Russia, la CEDU e i controllimiti*, (10 aprile 2016), in *Forum costituzionale*.

<sup>68</sup> Si trattava, infatti, di una coppia non più giovane che, dopo una serie di tentativi di gravidanze della donna sfociate nel concepimento di feti gravemente affetti da una malattia genetica, cercava di selezionare le cellule fecondate sane attraverso la diagnosi preimpianto (vietata dalla legge n. 40/2004 sulla fecondazione assistita).

da chiarire quali siano gli spazi di manovra del giudice “terminale” del caso di Strasburgo, appunto con riguardo agli eventuali profili di incostituzionalità che potrebbero insorgere proprio dalla decisione di disapplicare la disposizione interna all’origine della violazione accertata da Strasburgo.

Quale ruolo gioca in tutto questo il dispositivo dell’interpretazione adeguatrice o conforme? Se si accetta che, nei fatti, il caso *Scoppola* deciso dalla Cassazione (poi preso ad esempio dal Tribunale di Roma nel caso *Costa Pavan*) rappresenta una vera e propria disapplicazione, l’interpretazione conforme ha giocato qui il ruolo di mascheratura, o di travestimento, che ha reso meno dirompente l’innovazione, mascherandola appunto da semplice uso di poteri interpretativi. L’interpretazione conforme, in altre parole, vale a fluidificare, mascherandoli, dei moti di transizione verso moduli di integrazione tra ordinamento nazionale e CEDU assai più avanzati di quanto si è disposti ad accettare apertamente, specie da parte della Corte costituzionale. Finché si tratta di casi isolati e *borderline*, si può anche fingere di essere ancora nel rassicurante quadro tracciato dalle sentenze “gemelle” del 2007: l’interpretazione conforme a CEDU è ciò che rende tale finzione possibile, ossia ciò che rende fluido il confine tra sistema costituzionale e convenzionale di tutela dei diritti fondamentali, eludendo i più dirompenti casi di confronto diretto tra i poteri giurisdizionali (ma anche politici) coinvolti.

Si lega al problema appena accennato la novità, di portata ancora incerta, rappresentata dalla sentenza n. 269/2017.<sup>69</sup> Sebbene essa riguardi il solo versante del diritto dell’Unione, con particolare riguardo all’uso giudiziario della Carta dei diritti fondamentali dell’UE, non è detto che essa non sia in grado di influenzare anche i rapporti con la CEDU e la sua Corte.<sup>70</sup> Non si tratta

<sup>69</sup> Ivi la Corte ha stabilito che, qualora il contrasto si ponga, contemporaneamente, tra un diritto garantito dalla Carta dei diritti fondamentali dell’UE e un omologo diritto garantito dalla Costituzione italiana, la questione di costituzionalità deve precedere quella di conformità al diritto europeo: «le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento *erga omnes* [della Corte costituzionale], anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell’architettura costituzionale (art. 134 Cost.). La Corte giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (ex artt. 11 e 117 Cost.), secondo l’ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali, pure richiamate dall’art. 6 del Trattato sull’UE e dall’art. 52, co. 4, della CDFUE come fonti rilevanti in tale ambito»; «laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’UE in ambito di rilevanza comunitaria, de[ve] essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell’Unione, ai sensi dell’art. 267 del TFUE» (sent. n. 269/2017, punto 5.2, corsivi aggiunti).

<sup>70</sup> L’esigenza di superare la marginalizzazione della Corte costituzionale rispetto alle relazioni tra Corte di giustizia e giudici comuni nell’ambito della tutela dei diritti fondamentali era stata avanzata a più riprese in dottrina: M. CARTABIA, *L’ora dei diritti fondamentali nell’Unione europea*, in *I diritti in azione*, Bologna 2007, 57ss.; L. CAPPUCCIO, E. LAMARQUE (cur.), *Dove va il sistema italiano ac-*

tanto di imporre ai giudici comuni la priorità della questione di costituzionalità su quella di convenzionalità (come avvenuto nell'ordinamento francese, ove però i giudici comuni potevano e possono ricorrere alla disapplicazione per risolvere i contrasti con la CEDU<sup>71</sup>), bensì di riportare al centro dell'attenzione il parametro costituzionale, affrontando nei singoli casi sottoposti alla Consulta per prima la questione della violazione di parametri costituzionali diversi dall'art. 117, co. 1, Cost., quasi a testimoniare l'autosufficienza del sistema costituzionale a tutelare i diritti fondamentali.<sup>72</sup> Sotto il profilo dell'interpretazione conforme, il fenomeno sembra potersi decostruire come il tentativo da parte della nostra Corte costituzionale di rendere indipendente (se non proprio autosufficiente) il percorso costituzionale che conduce alla tutela di un diritto fondamentale contro la sua violazione determinata dalla legge rispetto a quello, parallelo, operato alla stregua della CEDU, ossia di tenere quanto più possibile le due "Carte dei diritti" separate tra loro, quasi a voler negare l'esistenza quei fenomeni, già visti sopra, di interpretazione costituzionale "conforme" alla Convenzione.

Una novità dalla portata ancora incerta è rappresentata dall'entrata in vigore, non ancora avutasi per insufficienza di ratifiche, del Protocollo XVI: in esso si prevede, come noto, la possibilità per le supreme corti degli Stati parte di sollevare, nel corso di un processo, un incidente processuale volto a ottenere da Strasburgo un parere sull'interpretazione di una o più disposizioni della CEDU rilevanti nel caso *a quo*. A differenza della pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia (art. 267 TFUE), il parere reso dalla Corte EDU non è vincolante ma, quel che più conta, non è neppure obbligatoria la sua richiesta. Il che implica che una corte di ultima istanza (ma anche costituzionale)

*centrato di controllo di costituzionalità*, Napoli 2013; P. CARETTI, *Globalizzazione e diritti fondamentali*, cit., 10-14; A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia* (6 novembre 2017), in *Rivista AIC*, n. 4/2017.

<sup>71</sup> Cfr. la legge cost. n. 2008-724 del 23 luglio 2008, su cui, tra i molti, H. LABAYLE, *Question prioritaire de constitutionnalité et question préjudicielle : ordonner le dialogue des juges?*, in *RFDA* 2010/4, 661, 665s. Se la prima decisione adottata dopo la riforma dal *Conseil Constitutionnel* ha mirato a sdrammatizzare la possibile concorrenza tra strumenti di tutela (lasciando libero il giudice *a quo* di valutare le eventuali questioni di "convenzionalità" dopo che – e a prescindere dal fatto che – la legge sia stata giudicata conforme a Costituzione: Dec 2010-605 DC, del 10 maggio 2010, 16° considerando), resta il problema di come risolvere i casi in cui il previo giudizio di costituzionalità lasci intendere che la legge operi un bilanciamento *migliore* di quello scaturente dal diritto vivente della CEDU.

<sup>72</sup> Cfr., ad es., C. cost. N. 96/2015, sul divieto di diagnosi preimpianto stabilito dalla l. n. 40/2004, ove, pur citandosi fuggacemente il precedente di Strasburgo (*Costa Pavan*, cit.), si accoglie la questione soltanto in relazione agli artt. 32 e 3 Cost., ritenendo implicitamente assorbito il pur invocato art. 117, co. 1, Cost. In dottrina, cfr. M. Ruotolo, *L'incidenza della Cedu sull'interpretazione costituzionale. Il "caso" dell'art. 27, comma 3, Cost.*, in *Rivista AIC*, 2013, 2, 7; G. P. Dolso, *Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Napoli 2013 (che cita C. cost., sentt. nn. 4 e 133/2013).

nazionale potrebbe, sì, dubitare dell'interpretazione da dare a una disposizione CEDU applicabile nel processo in corso, ma essere libera di dare al dubbio interpretativo la soluzione che essa più ritiene opportuna, senza alcun coinvolgimento della Corte EDU. Il che sembra indebolire alquanto il modello che sottende le sentenze gemelle e tutta la giurisprudenza costituzionale successiva sulla spettanza alla Corte EDU dell'interpretazione della Convenzione. È anche vero che quello strumento di comunicazione tra corti è in grado di introdurre nell'ambiente CEDU il protocollo *Taricco*, per cui il giudice costituzionale (o altra corte apicale) nazionale, formulando il suo dubbio interpretativo, è in grado di far capire a Strasburgo quali sono i margini entro cui la sua interpretazione della Convenzione potrà dirsi rispettosa della costituzione nazionale.

Ultimo spunto di novità in questa mappatura dei rapporti tra Corte costituzionale e CEDU a dieci anni dalle sentenze gemelle è offerto dal caso della (impossibile) riapertura dei giudizi amministrativi al fine di conformare un giudicato che fosse risultato contrario alla CEDU in una sentenza di Strasburgo. Si tratta della sentenza n. 123/2017 che ha fatto seguito ai già citati casi *Staibano* e *Mottola* (in cui era risultato violato il diritto all'accesso a un tribunale, art. 6.1 CEDU, e alla tutela dei propri beni, art. 1, Prot. I, CEDU, per effetto di un'interpretazione del Consiglio di Stato che precludeva la reintroduzione del ricorso dinanzi all'autorità dotata di giurisdizione, diversamente da quanto invalso in alcuni precedenti). Riaprire i processi interni sarebbe risultato, in astratto, il modo migliore per riparare alla violazione accertata da Strasburgo. Tuttavia la Consulta ha ritenuto che introdurre un nuovo e ulteriore caso di revoca del giudicato amministrativo comporterebbe delicati profili di tutela dei diritti dei controinteressati, che non hanno avuto accesso al processo di Strasburgo, in ciò distinguendosi il processo amministrativo (e civile) da quello penale.<sup>73</sup> La Corte costituzionale, tuttavia, aggiunge un interessante monito, stavolta non al legislatore nazionale bensì alla stessa Corte EDU: sarebbe più facile per il legislatore nazionale venire incontro alle esigenze di Strasburgo se vi fosse «una sistematica apertura del processo convenzionale ai terzi – per mutamento delle fonti convenzionali o *in forza di una loro interpretazione adeguatrice da parte della Corte EDU*».<sup>74</sup> Siamo forse in presenza di un'inedita applicazione della dottrina *Solange* ai rapporti con la Corte EDU?<sup>75</sup> *Fintanto che quest'ultima non si aprirà alle esigenze di tutela*

<sup>73</sup> Art. 36.2, CEDU, in cui viene rimesso alla discrezionalità del Presidente della Corte ammettere ogni interessato diverso dal ricorrente a presentare osservazioni scritte o partecipare alle udienze.

<sup>74</sup> C. cost. 123/17, punto 17, corsivi aggiunti.

<sup>75</sup> Sulla dottrina del Bundesverfassungsgericht tedesco in relazione alla tutela dei diritti fondamentali da parte della Corte di giustizia, cfr., tra i molti, M. KUMM, *The jurisprudence of constitutional conflict, constitutional supremacy in Europe before and after the constitutional Treaty*, in *Eur. Law*

processuale di tutti i soggetti coinvolti dalle sue decisioni, l'ordinamento nazionale (inclusa la stessa Corte costituzionale) non potranno adeguatamente piegarsi alle ragioni della tutela ripristinatoria dei diritti la cui violazione è stata accertata a Strasburgo. Non si tratta, in fondo, di una proposta di interpretazione della CEDU conforme ai principi costituzionali nazionali comuni agli Stati del Consiglio d'Europa?.

*Journ.*, 2005, 294ss.; G. MARTINICO-F. FONTANELLI, *The Hidden Dialogue: When Judicial Competitors Collaborate*, in *Global Jurist*, 2008/3.