

CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO
E RESISTENZE NAZIONALISTICHE:
CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA E CORTE DI STRASBURGO
TRA "GUERRA" E "DIALOGO" (*)

Qualche osservazione dall'angolo visuale di un penalista

di Francesco Viganò

Abstract. *Il contributo analizza criticamente le strategie 'difensive' utilizzate dalla Corte costituzionale a partire dal 2009 e culminate con la nota sentenza sulle 'pensioni svizzere' del 2012, successivamente sconfessata dalla Corte di Strasburgo con la sentenza Stefanetti (aprile 2014), nei confronti degli obblighi discendenti dalla CEDU e dai suoi protocolli; ed auspica che i nostri giudici delle leggi adottino in futuro un approccio maggiormente 'dialogico' nei confronti dei propri colleghi europei. Un simile approccio dovrà peraltro fondarsi, per risultare davvero fruttuoso, su alcune necessarie condizioni: a) il riconoscimento in linea di principio, anche da parte della Corte costituzionale, del ruolo della Corte EDU di 'giudice ultimo' dei diritti fondamentali nello spazio giuridico europeo, b) una lettura fortemente restrittiva dei c.d. 'controlimiti', nonché c) la presa d'atto che la CEDU è parte integrante del "diritto" che i giudici italiani (Corte costituzionale compresa!) sono chiamati ad interpretare ed applicare.*

SOMMARIO: 1. Lo sfondo dell'analisi: il crescente impatto del diritto di Strasburgo sui sistemi penali degli Stati parte del Consiglio d'Europa (e sul sistema penale italiano in particolare). – 2. Un grande dilemma. 3. L'entusiasmo dei giudici ordinari e le resistenze della Corte costituzionale di fronte al diritto di Strasburgo. – 4. Preannunzi di guerra: i 'controlimiti' nelle sentenze gemelle. – 5. Schermaglie tattiche: il ridimensionamento del ruolo della giurisprudenza di Strasburgo nelle pronunce della Corte costituzionale successive alle sentenze gemelle. – 6. Il primo scontro aperto: la sentenza n. 264/2012 sulle 'pensioni svizzere'. – 7. Tre cattivi argomenti della Corte costituzionale. – 8. Dal paradigma 'bellico' a quello 'dialogico': a) il riconoscimento, in linea di principio, del ruolo della Corte EDU di giudice ultimo dei diritti fondamentali nello spazio giuridico europeo. – 9. (Segue): b) la reale portata dei 'controlimiti' ai vincoli derivanti dal diritto di Strasburgo (e un piccolo test per stabilire quando l'obbligo proveniente da Strasburgo sia contrario alla Costituzione italiana). – 10. (Segue): c) i diritti 'convenzionali' come parte del diritto che la Corte costituzionale è chiamata ad applicare.

* Il presente contributo costituisce la relazione – ampliata, aggiornata e corredata di note – presentata dall'A. al convegno *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano: problematiche attuali e prospettive per il futuro*, svoltosi presso l'Università degli Studi di Modena-Reggio Emilia il 25 ottobre 2013, ed è destinata al volume che ne raccoglierà gli atti. Ringraziamo gli organizzatori del convegno e Giappichelli Editore per avere consentito ad anticiparne la pubblicazione sulla nostra *Rivista*.

1. Lo sfondo dell'analisi: il crescente impatto del diritto di Strasburgo sui sistemi penali degli Stati parte del Consiglio d'Europa (e sul sistema penale italiano in particolare).

Di giorno in giorno cresce l'impatto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, così come interpretata dal 'suo' giudice – la Corte di Strasburgo – negli ordinamenti degli Stati parte: anche sui rispettivi sistemi penali, oggetto privilegiato dell'attenzione di chi scrive.

L'osservazione non vale solo per il nostro paese. Negli ultimi anni è in effetti cresciuto l'interventismo della Corte EDU nei confronti delle scelte dei legislatori statali in materia penale, tradizionalmente considerata come una proiezione della sovranità statale, e anche per tale motivo particolarmente refrattaria al processo di armonizzazione su scala sovranazionale che ha interessato da tempo altri settori dell'ordinamento. Tra le recenti prese di posizione della Corte spicca in particolare – anche per la sua delicatezza politica, in un momento storico in cui crescono nel Regno Unito le prese di posizioni favorevoli a una denuncia della Convenzione europea – la sentenza *Vinter*, con la quale la Grande Camera, disattendendo le conclusioni cui erano giunte la Corte Suprema inglese nonché la stessa quarta sezione della Corte EDU in prima istanza¹, ha ritenuto incompatibile con l'art. 3 CEDU la pena dell'ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata, così come attualmente prevista e praticata nell'ordinamento britannico².

Parallelamente, le sentenze della Corte cominciano a produrre effetti importanti sugli ordinamenti penali nazionali, spesso costringendo le massime giurisdizioni statali ad adeguarsi – *mal gré bon gré* – alle indicazioni di Strasburgo. Così è accaduto, ad es., in Germania, dove la Corte EDU è intervenuta in plurime occasioni a partire dal 2009³, discostandosi dalla precedente valutazione del *Bundesverfassungsgericht* di Karlsruhe⁴, a dichiarare incompatibili con la Convenzione le modifiche alla disciplina della custodia di sicurezza decise dal legislatore tedesco alla fine degli anni novanta, che avevano in pratica trasformato la misura – con effetto retroattivo – in una sorta di carcere perpetuo per i condannati *a pena temporanea* per delitti di per sé non necessariamente gravi, per i quali tuttavia fosse ancora formulabile, una volta scontata l'intera pena, un giudizio di spiccata pericolosità sociale. In seguito a queste sentenze, la Corte costituzionale

¹ Corte EDU, *Vinter c. Regno Unito*, sent. 17 gennaio 2012 (ric. n. 66069/09, 130/10 e 3896/10), su cui si consenta il rinvio a [VIGANÒ, Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: \(poche\) luci e \(molte\) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo](#), in *Rivista AIC*, 4 luglio 2012.

² Corte EDU (Grande Camera), *Vinter c. Regno Unito*, sent. 9 luglio 2013 (ric. n. 66069/09, 130/10 e 3896/10).

³ Corte EDU, *M. c. Germania*, sent. 17 dicembre 2009 (ric. n. 19359/04). Nello stesso senso, *ex multis*, *Kallweit c. Germania*, 13 gennaio 2011 (ric. n. 17792/07); *Mautes c. Germania*, sent. 13 gennaio 2011 (ric. 20008/07); *Schummer c. Germania*, sent. 13 gennaio 2011 (ric. n. 27360/04 e 42225/07); *Haidn c. Germania*, 13 gennaio 2011 (ric. n. 6587/04); *Jendrowiak c. Germania*, sent. 14 aprile 2011 (ric. n. 30060/04).

⁴ BVerfG NJW 2004, 739.

tedesca è stata indotta nel 2011 a mutare la propria posizione, e a dichiarare questa volta l'illegittimità costituzionale della vigente disciplina⁵, costringendo così il legislatore tedesco a ridisciplinare la misura di sicurezza, sì da conformarsi agli standard fissati dai giudici di Strasburgo.

Non meno incisivi sono stati gli effetti della recentissima sentenza della Grande Camera *Del Rio Prada c. Spagna*, dell'ottobre 2013⁶. Anche in questo caso, la Corte EDU ha rovesciato il giudizio del *Tribunal Constitucional* spagnolo, e ha ritenuto che l'art. 7 CEDU ostasse all'applicazione retroattiva di un mutamento sfavorevole della giurisprudenza del *Tribunal Supremo* relativa all'interpretazione di due norme sull'esecuzione della pena, in conseguenza del quale numerosi condannati per gravi reati di terrorismo si erano visti inaspettatamente negare ogni possibilità di accedere alla liberazione anticipata prima del compimento di trent'anni di reclusione. Già il giorno successivo alla pubblicazione della sentenza della Grande Camera, i giudici nazionali competenti deliberavano l'immediata liberazione di tutti i condannati che avessero già maturato il diritto alla liberazione anticipata in base alla più favorevole interpretazione della normativa adottata dai tribunali spagnoli al momento della commissione del fatto – naturalmente, con grande scandalo presso la stampa nazionale per l'assurdo *diktat* proveniente da un pugno di giudici stranieri senza legittimazione democratica, responsabili di aver fatto rimettere in libertà pericolosi delinquenti responsabili di plurimi omicidi⁷.

Passando alle faccende nostrane, anche il sistema penale italiano ha sperimentato di recente profonde modificazioni in conseguenza delle bacchettate di Strasburgo; dalla modifica legislativa della disciplina della rimessione in termini per i condannati contumaci⁸ alla tanto sospirata introduzione, ad opera della sentenza n. 113/2011 della Corte costituzionale, di un rimedio *ad hoc* per consentire la revisione delle sentenze di condanna formatesi in esito a un processo giudicato non equo dalla Corte di Strasburgo; dalle evoluzioni della giurisprudenza ordinaria che hanno cercato di adeguare le regole processuali vigenti alle garanzie richieste a Strasburgo in materia di valutazione delle prove dichiarative non ripetute in dibattimento⁹ e di mutamento

⁵ BVerfG NJW 2011, 1981.

⁶ Corte EDU, *Del Rio Prada c. Spagna*, sent. 21 ottobre 2013 (ric. n. 42750/09).

⁷ Cfr. F. Mazzacupa, [La Grande Camera della Corte EDU su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli](#), in *Dir. pen. cont.*, 30 ottobre 2013, con puntuali citazioni delle decisioni nazionali rilevanti e delle reazioni nell'opinione pubblica spagnola.

⁸ Ad opera del d.l. 17/2005, conv. con modif. dalla legge n. 60/2005, che ha adeguato la disciplina di cui all'art. 175 c.p.p. agli standard richiesti dalla Corte europea in plurime sentenze di accertamento di violazioni dell'art. 6 CEDU pronunciate contro il nostro paese (cfr. l'ampio quadro retrospettivo fornito da Corte EDU, Grande Camera, *Sejdovic c. Italia*, sent. 1 marzo 2006, ric. n. 56581/00).

⁹ Cfr. in particolare Cass., sez. un. pen., 14 luglio 2010, n. 27918, che ha affermato a chiare lettere il principio secondo cui "le dichiarazioni predibattimentali rese in assenza di contraddittorio, ancorché legittimamente acquisite, non possono – conformemente ai principi affermati dalla giurisprudenza europea, in applicazione dell'art. 6 della Cedu – dondare in modo esclusivo o significativo l'affermazione della responsabilità penale".

ad opera del giudice della qualificazione giuridica del fatto contestato¹⁰, al riconoscimento – operato in sinergia dalla giurisprudenza ordinaria e costituzionale – della irretroattività di varie forme di confisca, qualificate come vere e proprie ‘pene’ sotto l’influsso decisivo della giurisprudenza di Strasburgo¹¹. Particolarmente significative sono poi state le conseguenze della sentenza della Grande Camera *Scoppola c. Italia* (n. 2) del 2009¹², che ha prodotto non solo la rideterminazione della pena in favore del singolo condannato in via definitiva che aveva proposto ricorso a Strasburgo¹³, ma anche – in seguito a una complessa vicenda nella quale sono dovute intervenire le Sezioni unite penali della Cassazione¹⁴ e la stessa Corte costituzionale, con la sentenza n. 210/2013¹⁵ – in favore di tutti coloro che si trovavano in una situazione identica.

E nuovi, importanti contraccolpi si preannunciano sul sistema penale e processuale penale italiano in seguito alla sempre più agguerrita giurisprudenza di Strasburgo sul versante della necessaria ripetizione delle prove testimoniali quale condizione di legittimità della riforma in appello della sentenza assolutoria di prima istanza¹⁶, del regime della confisca dei terreni abusivamente lottizzati oggetto della recentissima sentenza *Varvara c. Italia* dell’ottobre scorso¹⁷, nonché del divieto di un secondo giudizio (*ex art. 4 Prot. 7 CEDU*) allorché il fatto sia già stato sanzionato attraverso una sanzione formalmente qualificata nell’ordinamento italiano come

¹⁰ Cass., sez. I pen., 29 aprile 2011, n. 18590; sez. VI pen., 19 febbraio 2010, n. 20500; sez. V pen., 28 ottobre 2011, n. 6487. Sulla questione cfr. ampiamente QUATTROCOLO, [La vicenda Drassich si ripropone come crocevia di questioni irrisolte](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 4/2013, p. 161 ss.

¹¹ Cfr. in particolare C. cost., sent. n. 196/2010 (in materia di confisca dell’autoveicolo) e ord. n. 97/2009 (in materia di confisca per equivalente *ex art. 322-ter c.p.*), nonché – nella giurisprudenza ordinaria, ancora in materia di confisca dell’autoveicolo – Cass., sez. un. pen., sent. 25 febbraio 2010, n. 23428.

¹² Corte EDU (Grande Camera), *Scoppola c. Italia* (n. 2), sent. 17 settembre 2009 (ric. n. 10249/03).

¹³ Cass., Sez. V, 11 febbraio 2010, n. 16507, *Scoppola*.

¹⁴ Cass. pen., Sez. un., (ord.) 19 aprile 2012 (dep. 10 settembre 2012), n. 34472, Ercolano, in *Dir. pen. cont.*, 12 settembre 2012.

¹⁵ Su cui sia consentito il rinvio a VIGANÒ, LAMARQUE, *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, p. 393 ss. e in [Dir. pen. cont., 31 marzo 2014](#). Sulla complessa vicenda sfociata nella sent. 210/2013 della Corte costituzionale cfr., altresì, VIGANÒ, [Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all’ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia](#), in *Dir. pen. cont.*, 10 aprile 2012.

¹⁶ Cfr. sul punto, *ex multis*, Corte EDU, *Dan c. Moldavia*, sent. 5 luglio 2011 (ric. n. 8999/07).

¹⁷ Corte EDU, *Varvara c. Italia*, sent. 29 ottobre 2013 (ric. n. 17475/09), sulla quale cfr. F. MAZZACUVA, [La confisca disposta in assenza di condanna viola l’art. 7 Cedu](#), in *Dir. pen. cont.*, 5 novembre 2013. La sentenza ha peraltro suscitato, questa volta, un’aspra reazione da parte della sez. III della Cassazione, che ha sollevato una questione di legittimità costituzionale della norma nazionale così come interpretata alla luce della giurisprudenza di Strasburgo, sollecitando il nostro giudice delle leggi a dichiarare contraria a una serie di parametri costituzionali interni questa interpretazione (Cass., sez. III pen., ord. n. 20636, in *Dir. pen. cont.*, con nota di F. VIGANÒ, [Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo](#), 9 giugno 2014, e *ivi* per ult. rif.). Sulla questione, cfr. anche GALLUCCIO, [La confisca urbanistica ritorna alla Corte costituzionale](#), in *Dir. pen. cont.*, 8 giugno 2014.

amministrativa, ma di natura ‘penale’ sulla base dei noti criteri elaborati dalla Corte a partire dalla sentenza *Engel*¹⁸.

Il nostro sistema penale si sta, insomma, rapidamente trasformando sotto i colpi di una giurisprudenza europea sempre più interventista: parallelamente, del resto, a ciò che accade in molti altri settori dell’ordinamento italiano, anch’essi sempre più permeabili alle influenze del diritto di Strasburgo.

2. Un grande dilemma.

A fronte di una simile constatazione, è chiaro il dilemma che si spalanca un po’ per tutti i protagonisti del nostro sistema giuridico, penalisti e non: come *reagire* di fronte a questo processo? Favorirlo entusiasticamente, opporsi con decisione ad esso, ovvero ancora adottare una qualche posizione intermedia (come *l’adelante, con juicio* di manzoniana memoria)?

Stringendo l’obiettivo sul sistema penale – quello più familiare a chi scrive –, non stupiscono a ben guardare le resistenze contro questa ‘europeizzazione’ del diritto penale, delle quali la dottrina si fa spesso portavoce.

Non stupisce, in particolare, che possa essere fonte di preoccupazioni la scoperta che il sistema penale nel suo complesso – il settore dell’ordinamento in certo senso più delicato, per la sua capacità di ledere in sommo grado i diritti fondamentali della persona in vista della tutela di interessi individuali e collettivi che si assumono essere di eguale, o preminente rilievo – abbia cessato di appartenere esclusivamente alla consolidata dialettica interna tra legislatore democratico e Corte costituzionale nazionale, per aprirsi improvvisamente – e, si direbbe, in assenza di filtri – al prepotente impatto di una giurisprudenza europea, priva di legittimazione democratica ma al tempo stesso fortemente creativa, che si muove alla ricerca di comuni denominatori e comuni *standard* di garanzia che possano valere per 47 (!) diversi ordinamenti nazionali, caratterizzati da tradizioni culturali ed equilibri istituzionali assai diversi l’uno dall’altro.

Di queste preoccupazioni sembra sinora essersi fatta carico soprattutto la Corte costituzionale, che ha posto e continua a porre freni al processo di ‘europeizzazione’ del nostro ordinamento, portato avanti invece con entusiasmo – anche nel settore penale e processuale penale – dalla prevalente giurisprudenza ordinaria, con il contributo decisivo della Cassazione.

Questa affermazione potrebbe *prima facie* stupire, dal momento che – dopo tutto – parrebbe essere stata la Corte costituzionale, con le sentenze gemelle del 2007, a consentire l’ingresso nel nostro ordinamento del diritto di Strasburgo; e dal momento che proprio alla Corte costituzionale si devono alcune sentenze (per tutte, le n.

¹⁸ La questione è letteralmente esplosa in seguito a Corte EDU, sent. 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*, ric. n. 18640/10 e a.), su cui cfr. TRIPODI, [Uno più uno \(a Strasburgo\) fa due. L’Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato](#), in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2014.

317/2009, 113/2011 e 210/2013) che hanno contribuito in maniera decisiva al processo in atto di conformazione alla CEDU del nostro sistema penale.

In realtà, come cercherò di mostrare nel prossimo paragrafo, la Corte costituzionale ha giocato in questo processo – prima e dopo le sentenze gemelle – un ruolo in definitiva *frenante*, a difesa della sovranità nazionale e – assieme – del proprio stesso ruolo di custode *ultima* dei diritti fondamentali e della conformità della legge ordinaria alla Costituzione. E ciò attraverso l’elaborazione teorica e la messa in atto di una serie di *strategie difensive* contro l’invadenza del diritto di Strasburgo (e dunque della CEDU e dei Protocolli addizionati *così come interpretati* dalla Corte europea), pensate quali filtri per mantenere un rigido controllo sulla valvola di comunicazione tra i due sistemi dalla Corte stessa individuata (l’art. 117 co. 1 Cost.): una sorta di ponte levatoio, insomma, che la Corte vorrebbe riservarsi il potere di alzare ed abbassare a proprio piacimento, per poter opporre se del caso un energico *fin de non recevoir* alle ingerenze dei colleghi di Strasburgo.

Simili meccanismi spalancano, è inutile nasconderselo, la prospettiva di future *guerre* tra le due Corti: uno scenario invero ancora non attuale sul fronte del diritto e della procedura penale, ma già probabilmente concretizzatosi a proposito della questione delle ‘pensioni svizzere’, oggetto della sent. n. 264/2012 su cui converrà più innanzi soffermarsi, anche per il suo valore emblematico su ciò che potrebbe presto accadere sul fronte del sistema penale.

Scopo del presente contributo è, allora, quello di analizzare criticamente le strategie difensive sin qui elaborate dalla Corte, proponendo in loro luogo un possibile modello di relazioni tra ordinamento interno e diritto di Strasburgo radicalmente alternativo al paradigma *bellico*, e basato piuttosto sulla prospettiva di un *dialogo* tra le due Corti. L’idea non è certo originale¹⁹; ma l’elemento di (almeno parziale) novità di questa proposta rispetto allo stato attuale del dibattito mi pare risiedere nell’enunciazione di alcune *condizioni minime* perché tale dialogo tra Corte costituzionale e Corte EDU, tante volte invocato in dottrina negli ultimi dieci-quindici anni, possa risultare davvero produttivo: a) riconoscimento, in linea di principio, della ruolo della Corte EDU di *giudice ultimo dei diritti fondamentali nello spazio giuridico europeo* (*infra*, § 8); b) lettura *restrittiva* dei ‘controlimiti’ (*infra*, § 9); e soprattutto c) presa d’atto, da parte della Corte costituzionale, che la Convenzione europea è *parte integrante del diritto che la stessa Corte costituzionale è chiamata ad interpretare ed applicare* nei procedimenti in via incidentale e principale pendenti innanzi a sé (*infra*, § 10).

Le condizioni qui enunciate necessitano di essere a tempo debito sviluppate e argomentate, una volta che sia conclusa la *pars destruens* relativa alla critica dell’attuale approccio ‘bellico’ della Corte costituzionale. Sin d’ora conviene, però, giocare a carte scoperte, ed esplicitare al lettore la mia personale, convinta adesione al complessivo processo di progressiva conformazione dell’ordinamento italiano agli *standard* di

¹⁹ Con l’auspicio di un “dialogo” tra le Corti nazionali e internazionali dei diritti si chiude, ad es., il denso libro di V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, p. 171.

rispetto dei diritti umani elaborati dalla giurisprudenza di Strasburgo. Limitando lo sguardo – per ragioni di competenza professionale – al sistema penale, molte sono del resto le ragioni che mi pare debbano essere addotte a sostegno di questo approccio:

– *ragioni di principio*, legate alla persistente validità di una prospettiva ideale che – dalla fine del secondo conflitto mondiale in poi – affida alla *comunità internazionale* il compito di assicurare la tutela dei diritti umani, se necessario vincendo con le armi della giurisdizione (internazionale) e le pressioni politiche (internazionali) le resistenze dei singoli Stati, che non sono più concepiti quali depositari ultimi di tali diritti;

– *ragioni di politica del diritto* (e di *politica criminale* per ciò che più direttamente mi riguarda), che muovono dalla constatazione che l'impatto della giurisprudenza di Strasburgo nel nostro sistema penale ha sinora significato un generalizzato *innalzamento della tutela dell'individuo* di fronte a veri e propri abusi del potere punitivo statale (come era accaduto nel caso *Scoppola*), e comunque una rinnovata attenzione alle esigenze di tutela dei diritti fondamentali della persona di fronte allo *ius puniendi* (e basti pensare al salutare impatto del caso *Torreggiani*²⁰, che ha finalmente costretto politici e magistrati a guardare in faccia allo scandalo del sovraffollamento carcerario, e a cercare tra mille difficoltà qualche soluzione pratica per porvi almeno parzialmente rimedio); nonché

– *ragioni pratiche*, legate in particolare alla necessità di disporre di *standard* comuni di garanzia dei diritti umani quali condizione costitutiva di quella *fiducia reciproca* che sta alla base della cooperazione in materia giudiziaria e di polizia nell'ambito dell'Unione europea – *standard* che la giurisprudenza di Strasburgo sta contribuendo, appunto, in maniera decisiva ad elaborare.

Ovvi motivi di spazio mi impediscono qui di soffermarmi ulteriormente su queste ed altre ragioni, alle quali conviene però aggiungere – soltanto in via di fugace accenno – la considerazione, tutta pragmatica, dell'*ineluttabilità* del processo di 'europeizzazione' in corso – del sistema penale come di altri settori dell'ordinamento –, e della conseguente *inutilità* degli sforzi, da chiunque compiuti, per opporsi ad esso. Come ho già avuto in altro modo occasione di sottolineare²¹, il sistema *processuale* disegnato dalla CEDU conferisce alla Corte di Strasburgo il potere di dire *l'ultima parola* in materia di diritti umani, se del caso sconfessando le precedenti decisioni delle giurisdizioni nazionali (ivi comprese le corti costituzionali²²); e di farlo *con effetto*

²⁰ Corte EDU, *Torreggiani c. Italia*, sent. 8 gennaio 2013 (ric. n. 43517/09 e a.).

²¹ VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, in AA.VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, 2011, p. 1989 ss. e in [Dir. pen. cont.](#), 6 settembre 2011.

²² Come in effetti è puntualmente accaduto nei menzionati casi tedeschi sulla custodia di sicurezza (in cui, come si è visto poc'anzi, la Corte EDU ha disatteso la contraria opinione, già espressa dalla Corte costituzionale di Karlsruhe, relativa alla compatibilità della disciplina legislativa in questione con il principio di legalità in materia penale, costringendo alla fine lo stesso *Bundesverfassungsgericht* a ritornare sui propri passi e dichiarare illegittima tale disciplina), nonché nel caso *Del Rio Prada* parimenti ricordato nel paragrafo precedente (in cui la violazione dello stesso principio era stata parimenti esclusa dal *Tribunal constitucional* spagnolo, con una pronuncia poi puntualmente sconfessata a Strasburgo). Analogo destino ha del resto subito, per venire alle faccende nostrane, la Corte costituzionale italiana, che ha visto la

vincolante per gli Stati parte, giusta il disposto dell'art. 46 della Convenzione. La tormentata vicenda delle 'pensioni svizzere', su cui ci soffermeremo più distesamente tra qualche istante, ne fornisce del resto definitiva riprova: di fronte al – reiterato – rifiuto della Corte costituzionale di conformarsi agli imperativi di Strasburgo, la Corte europea – con la sentenza *Stefanetti*, dell'aprile di quest'anno – ha ancora una volta ribadito con fermezza la propria posizione, ribadendo l'illegittimità convenzionale della soluzione imposta dalla normativa italiana, che la Consulta aveva giudicato immune da vizi costituzionali; ed ha riservato, minacciosamente, a un successivo giudizio la liquidazione degli indennizzi ai ricorrenti²³. Indennizzi che verranno con ogni probabilità puntualmente corrisposti dal nostro governo, di fronte alle pressioni del Consiglio d'Europa: con buona pace delle resistenze della Corte costituzionale, e delle tasche di tutti i contribuenti italiani.

A fronte di tale (realistica) constatazione, una conclusione dovrebbe subito imporsi: *andare alla guerra non serve*, se non altro perché *l'avversario è più forte*. Meglio, allora, *discutere*: utilizzando gli strumenti pacifici dei *buoni argomenti*, per *persuadere* delle proprie ragioni il giudice di ultima istanza in materia di diritti fondamentali. Un'impresa peraltro non impossibile, come cercherò nella parte conclusiva di questo lavoro di dimostrare.

3. L'entusiasmo dei giudici ordinari e le resistenze della Corte costituzionale di fronte al diritto di Strasburgo.

Prima ancora di analizzare e discutere le attuali strategie difensive della Corte costituzionale, credo però che convenga insistere ancora per qualche istante – allo scopo di meglio comprendere il 'non detto' su cui tali strategie riposano – sul differente atteggiamento, nel nostro paese, della giurisprudenza ordinaria e di quella costituzionale di fronte al diritto di Strasburgo²⁴.

È mia ferma convinzione che – nonostante il passaggio decisivo rappresentato dalle storiche sentenze gemelle del 2007 della Corte costituzionale – l'apertura di porte e finestre al diritto di Strasburgo nell'ordinamento giuridico italiano sia essenzialmente merito (o colpa, secondo i punti di vista) dei *giudici ordinari*, e della Cassazione in particolare. Non è forse inutile rammentare che, dopo le pronunce delle Sezioni Unite

propria sentenza n. 311/2009 sconfessata, in due righe di motivazione, nella sentenza 7 giugno 2011, *Agrati c. Italia* (ric. n. 43549/08 e a.), § 62.

²³ Corte EDU, sent. 15 aprile 2014, *Stefanetti c. Italia*, ric. n. 21838/10 e a., ove i giudici di Strasburgo ribadiscono – dedicando, ancora una volta, non più che due righe alla confutazione degli argomenti della nostra Corte costituzionale – che “*contrary to the case-law of the Italian Constitutional Court, there existed no compelling general interest reasons justifying a retrospective application of the Law no. 296/2006, which was not an authentic interpretation of the original law and was therefore unforeseeable*” (§ 67)..

²⁴ Per un quadro sintetico ma prezioso degli orientamenti, rispettivamente, della giurisprudenza costituzionale e di quella ordinaria rispetto al ruolo della CEDU alla vigilia delle sentenze gemelle della Corte costituzionale del 2007, cfr. COLELLA, [Verso un diritto comune delle libertà in Europa. Riflessioni sul tema dell'integrazione della CEDU nell'ordinamento italiano](#), in [www.forumcostituzionale.it](#), 2007.

civili del 2004 a proposito di legge Pinto²⁵ – nelle quali si era affermato a chiare lettere il principio del vincolo della giurisdizione civile in questa materia agli orientamenti interpretativi della Corte di Strasburgo –, la prima sezione penale era giunta già con la sentenza *Dorigo* del 2006 a riconoscere alle sentenze di accertamento di violazione pronunciate dalla Corte EDU nei confronti dello Stato italiano la capacità di *paralizzare l'efficacia esecutiva del giudicato di condanna*: con conseguente immediata liberazione di persone condannate a pena ormai *definitiva*, ma – per l'appunto – *ineseguibile* in quanto formatasi in esito a un processo celebratosi in violazione dei loro diritti fondamentali e cristallizzatosi così in una sentenza di condanna anch'essa illegittima, tale da non potere giustificare la perdurante privazione di libertà del condannato²⁶.

La sentenza *Dorigo* non aveva chiarito espressamente quale fosse la precisa natura dell'operazione interpretativa compiuta: ma all'osservatore, oggi, non è difficile riconoscere qui una *diretta applicazione dell'art. 5 § 4 CEDU*, che attribuisce a chiunque sia sottoposto a una privazione di libertà (e dunque anche al condannato a pena detentiva, come nel caso di specie) il diritto di ricorrere a un giudice per verificare la legittimità della detenzione. Di più: la diretta applicazione della disposizione convenzionale aveva avuto come presupposto una non dichiarata *disapplicazione dell'art. 650 c.p.*, che attribuisce forza esecutiva alle sentenze di condanna non più soggette a impugnazioni ordinarie, in nome della confliggente necessità di rispettare gli obblighi derivanti dalla sentenza della Corte EDU, gravanti – ai sensi dell'art. 46 CEDU – su tutti gli organi dello Stato italiano, tra cui lo stesso potere giudiziario. Pur in assenza di alcun mezzo di impugnazione che consenta di rimuovere la condanna ingiusta e/o di riaprire il processo per emendarlo del vizio rilevato a Strasburgo, la Cassazione aveva in effetti paralizzato – in aperto contrasto con il dato letterale dell'art. 650 c.p.p. – l'efficacia esecutiva della sentenza di condanna, disponendo l'immediata liberazione del condannato.

È di fronte a questa ormai concreta e attuale prospettiva di una diretta applicazione della CEDU da parte dei giudici ordinari, con contestuale *disapplicazione* delle norme interne contrastanti²⁷ – secondo il medesimo modello che vale per le norme dell'Unione europea dotate di effetto diretto – che la Corte costituzionale fu *costretta*, nel 2007, a rompere gli indugi, e a 'sdoganare' finalmente l'art. 117 co. 1 Cost. nella versione novellata sin dal 2001, ravvisando in quella norma la chiave di volta per l'adeguamento dell'ordinamento italiano agli obblighi derivanti dall'adesione dell'Italia alla CEDU.

Ma ecco il punto: la Corte, che aveva sino a quel momento sempre recisamente negato il ruolo sovraordinato della Convenzione e dei suoi protocolli rispetto alla legislazione ordinaria, escludendo conseguentemente che le loro norme potessero costituire parametri di altrettante questioni di legittimità costituzionale delle norme di legge nazionali contrastanti, compì questo storico passo... con le spalle al muro. Forse

²⁵ Cass., Sez. Un. civ., 26 gennaio 2004, nn. 1338, 1339, 1340 e 1341, in *Giust. civ.*, 2004, p. 907 ss.

²⁶ Cass., sez. I pen., sent. 1 dicembre 2006, *Dorigo*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1441.

²⁷ Operazione, in effetti, sperimentata alla vigilia prima del 2007 da varie sentenze di merito: si veda ancora la puntuale analisi, in proposito, di COLELLA, *Verso un diritto comune*, cit., § 4.

non proprio *obtorto collo*; ma certo sotto la pressione determinata dall'esigenza di riaffermare, di fronte alla scalpitante giurisprudenza della Cassazione, il *proprio* ruolo di giudice della legittimità delle leggi interne, e la connessa tenuta di un sistema di controllo *accentrato* di costituzionalità, che il consolidarsi della disapplicazione delle norme interne contrastanti con la CEDU avrebbe irrimediabilmente frantumato in favore di un opposto modello di controllo diffuso, estraneo alla nostra tradizione giuridica e allo stesso disegno dei costituenti.

Dominati da questa preoccupazione, i giudici della Consulta scrivono nella sentenza n. 348/2007 che le norme della CEDU “sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma *non producono effetti diretti nell'ordinamento interno*, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto”: affermazione questa che compare in termini pressoché sovrapponibili anche nella sentenza n. 349/2007, e che pare addirittura gettar dubbi su un dato consolidato nella giurisprudenza a far data almeno dalla fine degli anni ottanta²⁸, e cioè l'idoneità delle norme della CEDU – in quanto *incorporate nell'ordinamento interno* con il rango, quanto meno, di leggi ordinarie per effetto della clausola di “piena e intera esecuzione” contenuta nella legge n. 848/1955 di autorizzazione alla ratifica – a essere *direttamente applicate* dal giudice italiano, quanto meno laddove una tale diretta applicazione non presupponga la contestuale *disapplicazione* della norma interna contrastante. Possibilità questa, peraltro, che – come in altra sede ho cercato di argomentare – continua certamente a essere possibile anche dopo le ‘sentenze gemelle’, laddove la norma della CEDU venga ad inserirsi in una *lacuna legis*, e cioè in uno *spazio giuridicamente non regolato* dalla normativa interna²⁹.

Ad ogni buon conto, la giurisprudenza ordinaria successiva alle sentenze gemelle si uniformò prontamente allo spirito delle medesime, imboccando la strada della proposizione di questioni di legittimità costituzionale *ex art. 117 co. 1 Cost.* di fronte al sospetto contrasto tra una norma interna e una norma della CEDU o dei suoi protocolli, così come interpretata dalla Corte di Strasburgo. E ciò senza mancare di utilizzare largamente lo strumento dell'*interpretazione conforme* della norma interna³⁰ – che consente, ed anzi impone, al giudice ordinario di *evitare* la proposizione della questione di costituzionalità ogniquale volta lo stesso giudice ordinario riesca a

²⁸ E cioè a partire dalla storica sentenza *Polo Castro*: Cass., Sez. un. pen., 23 novembre 1988, in *Cass. pen.*, 1989, p. 1418. Nello stesso senso, cfr. anche l'altrettanto celebre Cass., sez. I pen., 12 maggio 1993, n. 2194, in *Cass. pen.*, 1994, p. 439 (caso *Medrano*).

²⁹ VIGANÒ, [*L'adeguamento del sistema penale italiano al “diritto europeo” tra giurisdizione ordinaria e costituzionale*](#), in *Dir. pen. cont.*, 14 febbraio 2014, p. 5 ss. Su questa ed altre ipotesi in cui il giudice ordinario ben può, anche dopo le sentenze gemelle, dare diretta applicazione alle norme della CEDU e dei suoi protocolli, cfr. più ampiamente [RUGGERI, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento “intercostituzionale”*](#), in *Rivista AIC*, n. 2/2013, p. 4 s.

³⁰ Per un'ampia, ancorché ormai non più aggiornatissima, rassegna critica della giurisprudenza penale in tema di interpretazione conforme al diritto europeo, cfr. VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sopranazionali*, in P. Corso – E. Zanetti (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, La Tribuna, 2010, pp. 617 ss.

interpretare la norma in modo da evitare risultati in contrasto con la CEDU –, nonché della *diretta applicazione* della CEDU, in vari casi in cui si trattava di eseguire gli obblighi statuiti da una sentenza di Strasburgo nei confronti di un determinato ricorrente, nei quali i giudici ordinari – invocando l'art. 46 CEDU – procedettero *tout court* alla modifica del giudicato di condanna³¹, senza passare per lo speciale rimedio della revisione del processo introdotto dalla sentenza n. 113/2011 della Corte costituzionale. Con ciò riproponendo all'interprete il dubbio se una simile operazione comporti in realtà la *disapplicazione* della norma (questa volta l'art. 648 c.p.p.) che sancisce l'irrevocabilità della sentenza di condanna non più soggetta a impugnazioni diverse dalla revisione, salve le eccezioni *espressamente* indicate dalla legge.

Al di là di questi dubbi più o meno amletici, un dato è – comunque – certo: la giurisprudenza ordinaria ha proseguito con decisione, in questi ultimi anni, il cammino di progressiva apertura dell'ordinamento italiano al diritto convenzionale inaugurato nel 2004-2005. Un cammino che vede tuttora impegnato in prima linea il Supremo Collegio, i cui Primi presidenti Lupo³² e – ora – Santacroce hanno anzi sempre sottolineato, nelle proprie relazioni inaugurali dei più recenti anni giudiziari³³, la centralità del compito, incombente *in primis* sulla magistratura ordinaria, di innalzare l'ordinamento giuridico italiano – e il sistema penale in particolare – verso gli *standard* europei, ai quali occorrerebbe rivolgere lo sguardo per ridare efficienza, giustizia e credibilità a un sistema giudiziario di suo gravemente in affanno per effetto di scelte dissennate e colpevoli omissioni del legislatore nostrano³⁴.

Assai più cauta di fronte alle sollecitazioni provenienti da Strasburgo è invece apparsa la giurisprudenza della Corte costituzionale, dopo la svolta – innegabilmente storica – delle sentenze gemelle. Il suo atteggiamento è compendiabile nella logica del “sì, ma”: apertura in linea di principio agli obblighi convenzionali, così come declinati dalla Corte EDU, corredata però da una serie di cautele, di *caveat*, di riserve, e in effetti di vere e proprie resistenze, che mirano complessivamente a rafforzare il ruolo della stessa Corte costituzionale di *controllore di ultima istanza* della compatibilità delle norme di leggi interne con i diritti fondamentali (nella loro conformazioni interna e internazionale), dei quali i giudici della Consulta si riconoscono dunque come gli *autentici custodi* nell'ordinamento italiano.

³¹ Così è, infatti, avvenuto nel caso *Scoppola* (rideterminazione della pena dell'ergastolo originariamente inflitta in quella di trent'anni di reclusione: Cass., Sez. V, 11 febbraio 2010, cit.)

³² Cfr. per tutte la splendida relazione redatta qualche mese prima dal suo congedo dalla magistratura: LUPO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2012*, in [Dir. pen. cont.](#), 28 gennaio 2013, p. 12 ss.

³³ SANTACROCE, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2013*, in [Dir. pen. cont.](#), 27 gennaio 2014, p. 22 ss.

³⁴ Affatto distonica rispetto a questa linea di tendenza si presenta la recente e già menzionata ordinanza della sez. III della Cassazione in materia di confisca urbanistica, che è giunta a sollecitare la Corte costituzionale ad azionare i ‘controlimiti’ rispetto agli obblighi di adeguamento del diritto italiano alla Convenzione europea (cfr. *supra*, nota 17). Sarebbe tuttavia prematuro leggere questo provvedimento come espressivo di un brusco *revirement* rispetto alle coordinate di fondo, descritte nel testo, dell'atteggiamento della giurisprudenza di legittimità rispetto alla CEDU.

4. Preannunzi di guerra: i ‘controlimiti’ nelle sentenze gemelle.

Il primo “ma” della Corte costituzionale è, del resto, espresso chiaramente già nelle sentenze gemelle del 2007. Le norme della CEDU, così come qualsiasi altra norma internazionale che vincola il nostro Paese, limitano sì la discrezionalità del legislatore ordinario, potendo costituire quindi parametro interposto per la valutazione di legittimità costituzionale delle sue scelte normative; ma *non sono esse stesse immuni da un controllo di costituzionalità*, che – a differenza di quanto accade per il diritto dell’UE – non è da intendersi qui limitato alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali [...] o dei principi supremi [...], ma deve “estendersi a ogni profilo di contrasto tra le ‘norme interposte’ e quelle costituzionali” (sent. 348, § 4.7).

Come a dire: gli obblighi internazionali, liberamente assunti dal Parlamento (mediante la legge di autorizzazione alla ratifica), costituiscono per il Parlamento medesimo una sorta di *autolimitazione, pro futuro*, della propria potestà legislativa. Con effetti non soltanto rispetto agli altri Stati contraenti sul piano internazionale, ma anche – ed è questo il *novum* più significativo delle sentenze gemelle, dedotto del resto dal chiaro testo dell’art. 117 co. 1 Cost. – rispetto all’ordinamento interno. Il tradizionale insegnamento degli internazionalisti (e dei costituzionalisti) era infatti, sino alle sentenze gemelle, che lo Stato resta libero di violare i propri impegni internazionali, e in particolare di porre in essere norme contrastanti con gli obblighi da essi discendenti ma pur sempre *valide* dal punto di vista dell’ordinamento interno, *in primis* per i giudici chiamate ad applicarle, salva la responsabilità dello Stato sul piano – appunto – del diritto internazionale. La prospettiva, dopo il 2007, muta radicalmente: la violazione degli obblighi internazionali determina l’*invalidità* della legge interna con essi contrastante, da accertarsi e dichiararsi da parte della Corte costituzionale, investita in via principale (nei conflitti Stato-regioni) o incidentale (da parte del giudice ordinario) della questione.

Ma proprio perché la legge di autorizzazione alla ratifica – e cioè all’atto dal quale discende la vincolatività dell’obbligo internazionale, anche ai sensi dell’art. 117 co. Cost. – si muove pur sempre sul piano della normazione ordinaria, soggetta come tale al rispetto della Costituzione, al legislatore resterà precluso introdurre per questa via obblighi *in contrasto con le norme costituzionali*. Alla Corte costituzionale resterà dunque la possibilità di sindacare il contrasto dell’obbligo internazionale, pur ratificato dall’Italia sulla base di un’autorizzazione parlamentare, con *l’insieme delle norme costituzionali*, ovviamente sottratte al potere di disposizione del potere legislativo ordinario.

La posizione della Corte ripropone così la tematica del ‘controlimiti’, già enucleata a proposito del diritto dell’Unione europea, e declinati qui non già in riferimento alle “limitazioni di sovranità” di cui all’art. 11 Cost. – le sentenze ‘gemelle’ evitano infatti accuratamente ogni menzione a una limitazione di sovranità, con riferimento alla CEDU e in generale agli obblighi sovranazionali –, bensì in riferimento ai *limiti alla potestà legislativa statale e regionale* di cui parla l’art. 117 co. 1 Cost.,

estendendone il contenuto – come si è visto – all’insieme delle disposizioni costituzionali, nessuna esclusa.

Come debba però esercitarsi questo controllo, resta nelle sentenze gemelle non chiarito. In particolare, non è affatto chiaro se la Corte intenda riservarsi il potere di dichiarare l’illegittimità dello stesso obbligo internazionale assunto come parametro (sollevando innanzi a sé, d’ufficio, la relativa questione, nei giudizi di legittimità costituzionale aventi ad oggetto il contrasto tra una legge ordinaria e tale obbligo internazionale); oppure, più semplicemente, intenda riservarsi il potere di dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale della legge interna, ‘disapplicando’ – per così dire – in via incidentale l’obbligo internazionale in quanto in contrasto con la stessa Costituzione, e pertanto disconoscendogli l’effetto tipico di determinare l’illegittimità costituzionale delle norme di legge nazionali incompatibili³⁵. Come si vedrà tra qualche istante, questa seconda e assai meno traumatica opzione è stata quella adottata dalla Corte nell’unica sentenza (la n. 264/2012) in cui di questo meccanismo ha fatto in qualche modo applicazione.

5. Schermaglie tattiche: il ridimensionamento del ruolo della giurisprudenza di Strasburgo nelle pronunce della Corte costituzionale successive alle sentenze gemelle.

Le pronunce della Corte costituzionale successive alle sentenze gemelle non hanno però battuto la strada dei ‘controlimiti’, che non vengono espressamente evocati nemmeno nella sentenza n. 264/2012, ove pure la Consulta rifiuta senza mezzi termini di prestare obbedienza alla Corte europea. Cionondimeno, non è certo difficile rilevare la crescente insofferenza dei nostri giudici costituzionali di fronte al proliferare di questioni di legittimità costituzionale *ex art. 117 co. 1 Cost.*, nella quasi totalità aventi ad oggetto la contrarietà di norme di legge italiane agli obblighi discendenti dalla CEDU, così come interpretate dalla Corte europea.

Vero è che, tra il 2007 e oggi, si registrano varie pronunce di accoglimento di simili questioni, alcune anche assai significative³⁶; ma già in alcune di esse risulta evidente il tentativo della Corte di *ridimensionare l’importanza* – e dunque, in definitiva, di porre in dubbio la vincolatività per l’ordinamento italiano – delle indicazioni provenienti da Strasburgo.

a) Una prima tecnica di ‘distanziamento’, per la verità soltanto accennata nella giurisprudenza della Corte costituzionale, mira a porre in dubbio che i precedenti di Strasburgo abbiano una reale efficacia vincolante per *Stati diversi* da quello nei cui confronti ciascuna sentenza è stata pronunciata. Significativo, a questo proposito, il reiterato inciso “nei limiti in cui i principi interpretativi siano applicabili al nostro

³⁵ Sulla (delicatissima) questione, cfr. RUGGERI, *Salvaguardia dei diritti fondamentali*, cit., p. 3 (e *ivi ult. rif.*).

³⁶ Il riferimento è, in particolare, alle sentenze n. 317/2009, 113/2011 e 210/2013, già menzionate *supra*, al § 2.

ordinamento” che compare tra parentesi nella sentenza n. 230/2012 pressoché ogni volta venga citato un precedente della Corte europea non concernente l’Italia.

Il messaggio che perviene al lettore (e ai giudici ordinari, che sono i primi interlocutori della Corte costituzionale) è un invito alla cautela nel maneggiare la giurisprudenza della Corte europea, i cui bilanciamenti – questo il sottinteso – sono sempre condizionati non solo dalle specificità del caso concreto deciso³⁷, ma anche dalle peculiarità del singolo ordinamento, e dal suo complessivo sistema di pesi e contrappesi, sì da non poter essere semplicemente importati in ordinamenti caratterizzati da equilibri affatto diversi.

In verità, una tale cautela è solo in minima parte giustificata, dal momento che la Corte europea enuncia spesso principi con chiara valenza generale, rivolti a *tutti* gli Stati parte, indipendentemente dalle peculiarità dei rispettivi ordinamenti giuridici; principi, del resto, che la Corte europea richiama puntualmente nelle proprie sentenze attraverso la citazione dei relativi *leading cases*, di regola pronunciati nei confronti di Stati diversi da quello parte del singolo giudizio. La Corte europea concepisce le *proprie* sentenze come statuenti principi validi nell’*intero spazio giuridico europeo*, non soltanto rispetto al singolo Stato resistente; anche se, naturalmente, l’esito del singolo bilanciamento tra le ragioni di tutela di un determinato diritto e i legittimi controinteressi che entrano nel caso concreto in gioco deve per forza di cose tenere conto delle specificità del caso concreto, e dei pesi e contrappesi previsti in ogni singolo ordinamento.

b) Una seconda tecnica di distanziamento utilizzata dalle sentenze recenti della Corte costituzionale è quella di giustificare la decisione di accoglimento della questione di legittimità anche sulla base di percorsi argomentativi puramente ‘interni’: sulla base, cioè, di parametri diversi dall’art. 117 co. 1 Cost., con l’evidente obiettivo di mostrare come la soluzione affermata a Strasburgo in sede di interpretazione della CEDU corrisponda in effetti a quella cui conduce anche una retta applicazione delle norme costituzionali italiane³⁸.

Si pensi – nella materia penale – alla sentenza n. 210/2013 sui ‘fratelli minori’ di Scoppola, nella quale la Corte dichiara l’illegittimità costituzionale di una norma di natura apparentemente processuale che nella sostanza ripristinava retroattivamente la pena dell’ergastolo per imputati che avevano già chiesto di essere ammessi al rito abbreviato, confidando nella possibilità (garantita dalla legislazione *allora* vigente) di essere condannati a trent’anni di reclusione. La Corte dà qui conto della sentenza *Scoppola c. Italia* della Corte europea, che aveva ritenuto che l’applicazione della norma in questione avesse comportato la violazione degli artt. 6 e 7 CEDU nei confronti dei condannati; ma aggiunge subito che alla valutazione dell’illegittimità costituzionale

³⁷ Per questo *caveat* (invero scontato, dal momento che lo si potrebbe ripetere tal quale anche per le sentenze delle Sezioni Unite della Cassazione alle quali sia rimessa la risoluzione di una questione controversa di diritto), cfr. in particolare C. cost. n. 236/2011, “considerato in diritto” n. 12.

³⁸ Per un’analisi di questa tecnica, e per i necessari riferimenti, cfr. VIGANÒ, LAMARQUE, *Sulle ricadute interne*, cit., p. 407 s.

della norma si sarebbe comunque dovuti pervenire anche in base a un parametro puramente interno, come il principio di irretroattività delle norme che inaspriscono il trattamento sanzionatorio (in concreto, peraltro, neppure invocato dal giudice remittente).

Questa tecnica, che nel complesso tende a svalutare l'importanza dei precedenti di Strasburgo nell'*iter* motivazionale, è recentemente culminata nella sentenza n. 278/2013, nella quale la Corte costituzionale – richiesta dal giudice *a quo* di modificare la propria precedente giurisprudenza sulla base di una sentenza della Corte europea pronunciata proprio contro l'Italia – decide effettivamente di compiere un *overruling* e di dichiarare fondata la questione di costituzionalità prospettata, sulla base però esclusivamente di una nuova e diversa lettura dei parametri puramente interni evocati – *ad abundantiam!* – dal giudice remittente, dichiarando poi *assorbiti* i motivi di censura fondati sull'art. 117 co. 1 Cost. e, mediamente, sulla sentenza della Corte di Strasburgo. Come dire: abbiamo cambiato idea, ma perché *noi* ne siamo convinti; non perché ce l'hanno detto *loro*.

Così facendo, la Corte si riserva di fatto il potere di *sindacare nel merito* il principio enunciato a Strasburgo, sulla base dei parametri nazionali che possono venire in considerazione, ed eventualmente anche di giungere a una soluzione difforme da quella cui è pervenuta la Corte di Strasburgo. Eventualità, questa, in effetti concretatasi nel caso delle 'pensioni svizzere', cui converrà ora rivolgere la nostra attenzione.

6. Il primo scontro aperto: la sentenza n. 264/2012 sulle 'pensioni svizzere'.

Il conflitto esplode, in effetti, con la sentenza n. 264/2012. Oggetto del contendere era qui una legge di interpretazione autentica che mirava a correggere, in senso meno favorevole per gli interessati, un orientamento giurisprudenziale relativo alla normativa in materia di determinazione del trattamento pensionistico dei lavoratori che avevano versato i relativi contributi all'estero. Investita una prima volta della legittimità costituzionale della disposizione, la Corte costituzionale aveva dichiarato non fondata la questione, con la sentenza n. 172/2008, in relazione ai parametri 'interni' allora invocati (gli artt. 3, 35 e 38 Cost.).

Nel 2011 la Corte europea aveva tuttavia ritenuto, con la sentenza *Maggio c. Italia*, che l'applicazione retroattiva della norma ai processi ancora in corso avesse rappresentato una violazione dei principi dell'equo processo di cui all'art. 6 CEDU³⁹; e ciò sulla base di una giurisprudenza consolidata in sede europea, che non considera in assoluto precluso al legislatore disciplinare, mediante nuove disposizioni retroattive, diritti derivanti da leggi in vigore, ma sottolinea come i principi dello Stato di diritto e la nozione di equo processo di cui all'articolo 6 CEDU impediscano, *tranne che per impellenti motivi di interesse generale*, l'interferenza del legislatore nell'amministrazione della giustizia allo scopo di influenzare la determinazione giudiziaria di una

³⁹ Corte EDU, *Maggio c. Italia*, sent. 31 maggio 2011 (ric. n. 46286/09 e a.).

controversia. Nel caso di specie, la Corte di Strasburgo aveva per l'appunto escluso che i motivi allegati dal governo italiano (e in particolare l'esigenza di ristabilire un equilibrio nel sistema pensionistico, eliminando qualsiasi vantaggio goduto dalle persone che avevano lavorato in Svizzera e versato contributi inferiori) costituissero impellenti motivi di interessi generali, considerati i pericoli insiti nell'uso di una legislazione retroattiva, che ha l'effetto di influenzare la determinazione giudiziaria di una controversia pendente in cui lo Stato era parte.

L'indicazione proveniente da Strasburgo è dunque, nel caso di specie, chiara e univoca: la legge di interpretazione autentica, interferendo retroattivamente sui processi in contro e pregiudicando la posizione giuridica del ricorrente, è contraria agli obblighi gravanti sullo Stato italiano in forza dell'art. 6 CEDU. Scontata, dunque, la nuova questione di legittimità costituzionale, formulata – questa volta – sulla base dell'art. 117 co. 1 Cost.

Ed è a questo punto che si consuma la rottura: la Corte costituzionale, pur prendendo atto dell'interpretazione fornita dalla Corte europea dell'art. 6 CEDU, e dunque dell'esistenza di un obbligo a carico dello Stato italiano di conformarsi a tale interpretazione, dichiara anche questa volta *non fondata* la questione, rifiutando così di prestare obbedienza alla sentenza di Strasburgo. E ciò sulla base di un *diverso apprezzamento* relativo ai preminenti interessi generali (e alla loro significatività costituzionale) che nel caso concreto, nell'ottica della Corte nostrana, *legittimano* l'utilizzazione della tecnica della legge di interpretazione autentica da parte del legislatore, e dunque anche gli effetti retroattivi sui processi in corso denunciati a Strasburgo. Il legislatore italiano mirava infatti – osserva la Consulta – alla “corrispondenza tra le risorse disponibili e le prestazioni erogate, anche in ossequio al vincolo imposto dall'articolo 81, quarto comma, della Costituzione”, in modo da assicurare “la razionalità complessiva del sistema stesso (sent. n. 172 del 2008), impedendo alterazioni della disponibilità economica a svantaggio di alcuni contribuenti ed a vantaggio di altri, e così garantendo il rispetto dei principi di uguaglianza e di solidarietà, che, per il loro carattere fondante, occupano una posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali”.

In buona sostanza, la Corte *rifiuta il bilanciamento già compiuto a Strasburgo* tra il diritto fondamentale in gioco (l'equo processo, che preclude di regola al potere politico di determinare l'esito di processi in corso mediante norme di interpretazione autentica) e i controinteressi suscettibili di limitare legittimamente tale diritto, pervenendo a un esito *diametralmente opposto* rispetto a quello cui erano pervenuti i giudici europei⁴⁰.

7. Tre cattivi argomenti della Corte costituzionale.

⁴⁰ Esito peraltro che – come già rammentato (cfr. *supra*, nota 22 e testo corrispondente) – è stato nel frattempo nuovamente sconfessato dalla Corte europea nella sentenza *Stefanetti c. Italia*.

A tale risultato la Corte costituzionale giunge utilizzando una serie di argomenti enunciati nella propria giurisprudenza in materia di art. 117 co. 1 Cost. a partire dalle sent. 311 e 317/2009. Argomenti che tuttavia – conviene enunciare *in limine* questa conclusione – non risultano affatto persuasivi⁴¹.

a) Primo argomento. “Il rispetto degli obblighi internazionali – afferma la Corte – non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall’ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa”, come del resto la stessa Convenzione all’art. 53 riconosce, laddove stabilisce che l’interpretazione delle disposizioni CEDU non può implicare livelli di tutela inferiori a quelli assicurati dalle fonti nazionali. Di conseguenza, prosegue la Corte, “il confronto tra tutela prevista dalla Convenzione e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla *massima espansione delle garanzie*”.

Sin qui, chi mai potrebbe non essere d’accordo? Con l’espressione “massima espansione delle garanzie”, che compare per la prima volta nella sent. 317/2009⁴², la Corte allude evidentemente al principio del *maximum standard*, che è iscritto nel DNA di tutte le carte internazionali dei diritti umani, secondo il quale ogni Stato è vincolato ad assicurare nel proprio ordinamento lo *standard* minimo di tutela di ciascun diritto garantito a livello internazionale, ma resta libero di assicurare un *livello di tutela superiore* a quello stesso diritto. Con l’importante corollario, ben evidenziato dalla nostra Corte, che la previsione di un dato *standard* di tutela a livello internazionale non deve mai essere causa di un *abbassamento* dello *standard* già previsto a livello nazionale.

Il problema sta però nell’inciso immediatamente successivo, che già compariva nella sentenza 317/2009 e che qui vale la pena di riportare letteralmente nella versione che compare nella sentenza sulle ‘pensioni svizzere’: nel concetto di “massima espansione delle garanzie” deve essere “compreso, come già chiarito nelle sentenze n. 348 e 349 del 2007, il *necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti*, cioè *con altre norme costituzionali*, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall’espansione di una singola tutela”. L’idea del *maximum standard* è qui declinata, dunque, non già con riferimento al *singolo* diritto fondamentale che entra di volta in considerazione (nel caso delle ‘pensioni svizzere’, il

⁴¹ Per una penetrante critica alla sentenza n. 264/2012, delle quale peraltro alcune delle osservazioni che seguono nel testo sono debitorie, cfr. [RUGGERI, La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale \(a “prima lettura” di Corte cost. n. 264 del 2012\)](#), in *Diritti comparati*, 14 dicembre 2012. In senso adesivo rispetto alla sentenza, cfr. invece SCODITTI, *Se un diritto umano diventa diritto fondamentale: la Cedu come parametro interposto di costituzionalità*, in *Foro it.*, 2013, III, c. 788 ss. Più in generale, per un giudizio complessivamente favorevole sulle tecniche di distanziamento utilizzate dalla Corte costituzionale criticate invece nel presente contributo, cfr. nella letteratura penalistica VALENTINI, *Case-law convenzionale, cultura dei controlimiti e giustizia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 285 ss.

⁴² Ma che era già stata utilizzata in sede dottrinale dall’estensore della sentenza n. 317/2009 in un noto saggio: SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 2006, p. 15.

diritto all'equo processo previsto dall'art. 6 CEDU e dalla corrispondente norma costituzionale, l'art. 111 Cost.); bensì con riferimento ad un *saldo complessivo*, che mira alla *massima tutela non solo dei diritti fondamentali, ma anche di tutti i principi e gli interessi – di natura pubblica e privata – riconosciuti dalla Costituzione italiana* (come, nel caso di specie, la parità di trattamento tra i titolari di trattamenti pensionistici – non è giusto che chi ha pagato meno contributi riceva la stessa pensione di chi ha pagato di più –, e addirittura i vicoli di bilancio imposti dall'art. 81 Cost.⁴³).

La conseguenza di questo approccio irenico, benthanicamente testo alla massimizzazione della felicità collettiva *sub specie* di ricerca del maggior livello possibile di tutela di *tutti* gli interessi dotati di una qualche rilevanza costituzionale (il cui elenco è potenzialmente infinito), conduce la Corte – nel caso concreto – a *non riconoscere al diritto fondamentale al processo equo (sub specie di diritto individuale delle singole parti processuali a non vedersi scompigliate le carte in tavola da un indebito intervento del potere legislativo che intervenga a determinare l'esito della controversia, sotto il manto dell'interpretazione autentica) nemmeno il livello minimo di tutela che lo Stato italiano si è obbligato sul piano internazionale ad assicurare*, vincolandosi (*ex art. 32 CEDU*) all'interpretazione della Corte di Strasburgo quanto alla determinazione della estensione di tale diritto, e vincolandosi altresì (*ex art. 46 CEDU*) a dare esecuzione alle decisioni della Corte medesima.

Il risultato è insomma, rispetto al *singolo* diritto fondamentale in gioco, un *livello di tutela inferiore* a quello determinato in sede europea, *in patente violazione degli articoli 6, 32 e 46 della Convenzione*; e ciò in nome della tutela di controinteressi che la Corte di Strasburgo aveva già valutato come inidonei a legittimare l'interferenza con il medesimo diritto fondamentale. Con buona pace del principio del *maximum standard*, enunciato a parole ma letteralmente stravolto nel suo significato⁴⁴.

⁴³ Controinteresse, quest'ultimo, non più evocato nella successiva sentenza n. 170/2013, dove invece la Corte – espressamente invocando la giurisprudenza europea – dichiara l'illegittimità di una legge italiana di interpretazione autentica con effetto retroattivo sui processi in corso, chiarendo che il mero interesse economico dello Stato non può costituire uno di quei motivi imperativi di interesse generale di rilevanza costituzionale in grado di legittimare simili leggi.

⁴⁴ *Contra*, per una convinta difesa del criterio della “massima espansione delle garanzie” così come enunciato nella sent. 317/2009 e nella giurisprudenza successiva della Corte, cfr. LAMARQUE, *Le relazioni tra l'ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti*, in corso di pubblicazione in *Dir. pubbl.*, n. 3/2013, § 4 lett. b), che legge nel criterio la concreta declinazione dei ‘controlimiti’ enunciati nelle sentenze gemelle del 2007, quanto meno con riferimento all'ingresso nell'ordinamento italiano dei *diritti* enunciati dalla CEDU; criterio che l'A. vorrebbe anzi esportare ai diritti dedotti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE (§ 4 lett. c). La tesi muove dalla considerazione, in sé ineccepibile, che “è del tutto improbabile che una norma internazionale di tutela di un diritto umano si ponga in contrasto frontale con una previsione della Costituzione”; piuttosto, prosegue l'A., “ogni diritto proclamato da una carta internazionale [...], entrando nell'ordinamento interno è potenzialmente in grado di produrre conseguenze sull'assetto delle garanzie costituzionali paragonabili agli sciami di un terremoto: ramificate ed estese nel tempo e nello spazio, e soprattutto impossibili da prevedere prima che si siano verificate [...]”. Inoltre, se anche non arriva a creare doveri a carico di altri soggetti, un nuovo diritto proveniente dall'esterno può comprimere o trasformare la consistenza di altri diritti o interessi costituzionalmente rilevanti in un modo e in una misura non individuabili *a priori* e in astratto, ma solo dopo che gli effetti si sono prodotti”. Ogni diritto esterno che entri nell'ordinamento produce insomma, conclude Lamarque, dei

b) Il secondo argomento è costituito dal “richiamo al «*margin* di apprezzamento» nazionale [...], elaborato dalla stessa Corte di Strasburgo, e rilevante come temperamento alla rigidità dei principi formulati in sede europea”⁴⁵, dei quali dovrà essere rispettata (soltanto) la “sostanza”⁴⁶.

Anche qui, colpisce come la Corte utilizzi il concetto di “margin di apprezzamento” in una accezione ben diversa da quella dei giudici europei, e dello stesso Protocollo n. XV, aperto recentemente alla firma degli Stati parte della Convenzione, il cui preambolo menziona espressamente tale criterio.

La Corte europea riconosce infatti, in linea di principio, un ‘margin di apprezzamento’ agli Stati nel bilanciare le istanze di tutela di ciascun diritto fondamentale con i legittimi controinteressi previsti da ciascuna disposizione convenzionale, imponendo così a se stessa un *self-restraint* nell’accertamento delle violazioni, sulla base dell’idea di fondo secondo cui le autorità nazionali si trovano nella posizione migliore per poter individuare punti di equilibrio sostenibili tra tali diritti e controinteressi.

Ma quando la Corte europea *accerta una violazione*, ciò significa che secondo il suo sovrano apprezzamento *il margin di apprezzamento riservato allo Stato è stato in concreto superato*, e che il punto di equilibrio individuato dallo Stato tra il diritto fondamentale e i controinteressi in gioco è *incompatibile con la Convenzione*. L’accertamento della violazione *presuppone*, in altre parole, la valutazione della Corte di *non riconoscere più alcun margin di apprezzamento da parte dello Stato*: il quale ha, per così dire, abusato agli occhi della Corte della propria discrezionalità, ponendo in essere un

“costi, che devono essere attentamente valutati”; e l’attore istituzionale deputato a effettuare queste valutazioni – questi *bilanciamenti* tra il ‘nuovo’ diritto e l’insieme degli altri diritti, valori e interessi costituzionalmente rilevanti potenzialmente confliggenti – dovrebbe essere individuato *unicamente*, nel nostro ordinamento, dalla Corte costituzionale.

Lo svolgimento successivo dell’argomentazione nel testo evidenzierà, spero, le ragioni del mio dissenso nei confronti di questa impostazione, il cui esito pratico è quello di consentire alla Corte costituzionale di discostarsi *ad libitum* dagli orientamenti interpretativi della Corte di Strasburgo, sulla base di un *nuovo bilanciamento* degli *stessi interessi* già bilanciati a Strasburgo (cfr. in particolare quanto si dirà più innanzi nel testo, *sub c*): e dunque, in definitiva, di *violare l’obbligo convenzionale* di “rispettare” i diritti della Convenzione (art. 1 CEDU), nell’estensione loro attribuita dalla Corte di Strasburgo, alla quale pure gli Stati contraenti hanno riconosciuto il potere di “interpretare ed applicare” la Convenzione (art. 32). Cfr. più ampiamente sul punto *infra*, § 8.

⁴⁵ L’affermazione, contenuta nella sent. n. 264/2012, compare già in termini pressoché sovrapponibili nella sent. n. 236/2011 (su cui cfr., volendo, VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale*, cit.), § 9 dei considerati in diritto, nonché nell’ord. n. 150/2012 e nella sent. n. 230/2012.

⁴⁶ Il richiamo alla necessità del rispetto della mera “sostanza” degli orientamenti di Strasburgo compare in verità già nella sent. n. 311/2009 (la prima delle c.d. seconde sentenze gemelle, accanto alla n. 317/2009 rammentata poc’anzi nel testo). Giustamente critica rispetto alla genericità di tale affermazione, che maschera una “finzione di ossequio alla giurisprudenza europea” consentendo alla Corte costituzionale di disattendere le indicazioni di Strasburgo senza sviluppare alcun argomentato dissenso è qui anche LAMARQUE, *Le relazioni*, cit., § 3 lett. b). Cfr. anche sul punto gli acuti rilievi critici di RUGGERI, *La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU*, cit., p. 551.

atto (anche di natura legislativa) che indebitamente viola il diritto fondamentale in questione.

Tutto ciò significa che, una volta che sia stata accertata una violazione, lo Stato soccombente *non ha più alcun margine di apprezzamento da far valere agli occhi della Corte*, se non forse sulle concrete modalità con le quali *eseguire* la sentenza medesima, ed in particolare le misure individuali e/o generali che la Corte abbia *espressamente* imposto allo Stato, o che si debbano *implicitamente* dedurre dalla sentenza di accertamento della violazione secondo l'apprezzamento del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, competente alla supervisione delle sentenze della Corte in forza dell'art. 46 CEDU.

Di talché, se appare condivisibile l'affermazione della nostra Corte costituzionale secondo cui spetta di regola allo Stato italiano (e se del caso alla stessa Corte) "valutare come ed in quale misura l'applicazione della Convenzione da parte della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano" (sent. 264/2013), nella misura in cui tale affermazione si riferisca alla determinazione delle concrete *modalità* con cui l'ordinamento italiano *deve adeguarsi* alle sentenze di Strasburgo; francamente meraviglia, invece, come la Corte costituzionale possa invocare il *margine di apprezzamento* addirittura per *rifiutare di conformarsi* a sentenze di accertamento della violazione pronunciate nei confronti del nostro Paese, vincolanti sul piano internazionale *ex art. 46 CEDU*⁴⁷.

c) A non minori perplessità si espone il terzo e ultimo argomento speso dai giudici della Consulta, secondo cui "la tutela dei diritti fondamentali deve essere *sistemica* e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro": compito che solo la Corte costituzionale sarebbe in grado di svolgere, in chiave non già di "affermazione della primazia dell'ordinamento nazionale, ma [di] integrazione delle tutele"; mentre la Corte europea avrebbe un approccio per così dire "atomistico", incentrato sulle sole ragioni di tutela del *singolo* diritto invocato dal ricorrente.

L'affermazione davvero non rende giustizia allo specifico *modus operandi* della Corte di Strasburgo, che pressoché *in ogni giudizio* nel quale si discute della violazione di un diritto fondamentale lamentata dal ricorrente si fa carico di *bilanciare* le ragioni di tutela di tutela di tale diritto con l'insieme dei controinteressi invocati in sede processuale dallo Stato resistente, onde verificare se la necessità di tutela di tali interessi *giustifichi* la limitazione del diritto del ricorrente, secondo quanto previsto dalla quasi totalità delle disposizioni convenzionali che riconoscono i singoli diritti. Proprio nessun approccio 'atomistico', dunque.

Tra l'altro lo Stato ha, nei procedimenti avanti alla Corte, tutti gli strumenti per far valere le esigenze di tutela dei *diritti fondamentali di altri individui eventualmente confliggenti* (i quali non partecipano al giudizio avanti alla Corte europea, così come

⁴⁷ Per questa conclusione, cfr. anche SONELLI, *The Dialogue between National Courts and the European Court of Human Rights: Comparative Perspectives*, University of Leicester School of Law Research Paper No. 14-12, pag. 17 (nota 92).

non partecipano al giudizio avanti alla Corte costituzionale, ma sono anch'essi rappresentati processualmente dal governo italiano); così come ha tutti gli strumenti per far valere altri *interessi pubblicistici* (della natura più diversa, e non necessariamente dotati di copertura costituzionale: l'ordine pubblico, l'interesse alla prevenzione dei reati, la morale, etc.) che si contrappongono rispetto alle esigenze di tutela del diritto fondamentale invocato dal ricorrente. E il penalista – purtroppo – sa bene quanto la Corte europea sia sensibile al 'peso' di tali controinteressi, quando ad es. si discute della legittimità di misure finalizzate alla lotta contro la criminalità organizzata: dal 41-bis alla confisca di prevenzione.

Il problema – e giungiamo così al punto davvero cruciale in tutta questa discussione – è però *chi*, tra la Corte costituzionale e la Corte di Strasburgo, possa legittimamente pretendere di avere l'*ultima parola* sul *risultato di tale bilanciamento* tra diritti fondamentali e controinteressi di volta in volta in gioco. Su *questo* profilo si gioca, in definitiva, la tenuta del modello prefigurato dalle sentenze 'gemelle' e dalle successive evoluzioni, di cui ho cercato di dare conto sino a questo momento.

8. Dal paradigma 'bellico' a quello 'dialogico': a) il riconoscimento, in linea di principio, del ruolo della Corte EDU di giudice ultimo dei diritti fondamentali nello spazio giuridico europeo.

La risposta in linea di principio al quesito appena posto deve muovere dalla considerazione che, dalla fine della seconda guerra mondiale in poi, l'intera comunità internazionale ha assunto tra i proprio compiti la finalità di tutela dei diritti fondamentali, nella consapevolezza – maturata di fronte agli scempi di Auschwitz – che i diritti fondamentali sono una cosa troppo seria per essere affidati agli Stati nazionali e alla loro sovranità. E gli Stati hanno accettato questo principio, vincolandosi reciprocamente a rispettare questi diritti nei rispettivi ordinamenti, istituendo anche – nel continente europeo, poi in quello americano e di recente in quello africano – tribunali competenti ad accertare le violazioni dei diritti fondamentali da essi commessi, attribuendo altresì a tali tribunali il compito di definire in via interpretativa l'estensione dei diritti fondamentali.

Che ci piaccia o no, allora, *nello spazio giuridico europeo* la Convenzione europea – liberamente ratificata anche dall'Italia – indica nella *Corte di Strasburgo* il *giudice ultimo dei diritti fondamentali*.

Naturalmente, i diritti fondamentali sono oggetto anche della *protezione concorrente delle costituzioni nazionali*, e certamente della Costituzione italiana, che individua nella Corte costituzionale il giudice competente a decidere della loro estensione, almeno nei confronti degli atti del potere legislativo. Il che spalanca la possibilità, appunto, di *conflitti* nella valutazione relativa all'estensione di tali diritti da parte della Corte europea e della Corte costituzionale, così come del resto tra le valutazioni di queste corti e quelle della Corte di giustizia dell'Unione europea, competente a determinare in via interpretativa il contenuto dei diritti riconosciuti dalla

Carta. Dopo tutto, ciascuna Corte è in linea di principio, nel proprio ordinamento, un'istanza *superiorem non recognoscens*.

Rispetto, tuttavia, alla tutela di *ogni singolo diritto fondamentale* il conflitto tra le corti non ha ragion d'essere. Dall'art. 53 CEDU (così come, del resto, dal parallelo art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE) si evince chiaramente che le norme della Convenzione non ostano a che i singoli Stati possano riconoscere ai diritti fondamentali un'estensione maggiore; e il medesimo principio è ripetuto dalla Carta (all'art. 52 § 3) per ciò che riguarda i rapporti con la Convenzione, che fissa uno *standard* minimo di tutela, derogabile tuttavia verso l'alto nell'ordinamento dell'Unione europea. Nulla vieta, dunque, alla Corte costituzionale italiana di riconoscere a un diritto fondamentale – se e in quanto lo ritenga opportuno – un *livello di tutela più elevato* di quello riconosciuto in sede europea (dalla Convenzione o dalla Carta)⁴⁸, ovvero di riconoscere *diritti fondamentali ulteriori* rispetto a quelli europei. In materia penale, ad esempio, il principio di legalità nell'estensione stabilita dall'art. 25 co. 2 Cost. include una garanzia di *riserva di legge* del tutto sconosciuta in sede europea; dall'art. 27 co. 1 Cost., così come interpretato dalla Corte costituzionale, discende il principio secondo cui la pena presuppone la sussistenza di dolo o colpa in capo all'imputato, con conseguente messa al bando della responsabilità oggettiva, che è invece considerata compatibile con la Convenzione europea⁴⁹; ed ancora, l'art. 27 co. 3 Cost. statuisce che la pena deve essere orientata alla rieducazione del condannato. Tutte queste garanzie, prive di corrispondenza nella Convenzione o nella Carta, pacificamente non comportano alcun contrasto con il diritto europeo, ciascuno Stato restando appunto libero di fissare *standard* più elevati di tutela dei diritti umani rispetto a quanto preteso in sede europea.

Sotto questo profilo, ben si coglie il senso dell'affermazione contenuta nella sentenza n. 317/2009, secondo cui l'impatto del diritto europeo (e segnatamente della Convenzione) non può mai essere causa, nell'ordinamento italiano, di un affievolimento delle garanzie, sibbene sempre e soltanto di un *innalzamento degli standard di tutela dei diritti fondamentali*. Se il livello di tutela fissato in sede europea è più basso di quello già riconosciuto a livello costituzionale, sarà naturalmente quest'ultimo – all'interno dell'ordinamento italiano – a prevalere; mentre nell'ipotesi inversa sarà l'ordinamento italiano ad elevare il proprio previgente livello di tutela agli standard europei.

I problemi possono sorgere, piuttosto, quando l'innalzamento del livello di tutela di un diritto (in ipotesi preteso in sede europea) possa avvenire soltanto *a scapito di un altro diritto pure tutelato a livello costituzionale*. Situazione questa assai meno frequente di quanto comunemente non si affermi presso la dottrina costituzionalistica

⁴⁸ Salvo forse il caso in cui – così facendo – dovesse compromettere l'effetto utile di un atto normativo europeo, giudicato dalla Corte di giustizia UE compatibile con i diritti della Carta (CGUE, sent. 26 febbraio 2013, *Melloni*, causa C-399/11): problema, questo delicatissimo, che non è comunque necessario affrontare in questa sede, trattandosi di questione afferente ai rapporti tra la Costituzione e la Carta, nel solo ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea.

⁴⁹ Cfr. sul punto le inequivocche affermazioni di Corte EDU, *Varvara c. Italia*, cit., § 70.

(che tende, a mio sommosso avviso, a enfatizzare il problema), ma che può esemplificarsi anche su un terreno familiare ai penalisti, pensando alla giurisprudenza di Strasburgo che, in materia di reati commessi a mezzo della stampa, impone un innalzamento dello *standard* di tutela della libertà di espressione a discapito della tutela dell'onore individuale, rispetto ai punti di equilibrio tradizionalmente cristallizzati dalla giurisprudenza italiana⁵⁰. Estendere la tutela della *libertà di espressione* (e del diritto di cronaca e critica quali suoi corollari) in capo al giornalista significa, inevitabilmente, ridurre i margini di tutela del contrapposto *diritto all'onore*, dotato nel nostro ordinamento di copertura costituzionale *ex artt. 2 e 3*, in capo alle vittime di addebiti diffamatori realizzati a mezzo della stampa.

Assai più frequentemente, l'innalzamento in sede europea del livello di tutela di un diritto, o addirittura il riconoscimento di un 'nuovo diritto' avrà un costo in termini di termini di *minore tutela assicurata a 'principi' o 'interessi'* – non riducibili al paradigma dei 'diritti' fondamentali' – *dotati essi pure di copertura costituzionale*, esplicita o implicita. Gli esempi qui potrebbero moltiplicarsi: senza voler indugiare in tematiche estranee alla prospettiva del penalista, basti pensare ai costi di molte declinazioni del diritto a un processo equo importati dalla giurisprudenza di Strasburgo: ad es., l'impossibilità di fondare una sentenza di condanna soltanto su dichiarazioni non passate al vaglio del contraddittorio, il divieto di riformare una sentenza in appello sulla base di una mera rivalutazione 'cartacea' delle prove raccolte in primo grado, o ancora – per giungere a una questione oggi di scottante attualità – il divieto di applicare la confisca di un terreno oggetto di lottizzazione abusiva con una sentenza dichiarativa della prescrizione. Implicazioni queste che si ripercuotono immediatamente, in chiave limitativa, rispetto ad interessi ai quali la Corte costituzionale riconosce indubitabilmente un rango costituzionale, come l'interesse all'accertamento dei reati, alla non dispersione della prova, alla intangibilità del giudicato (in quanto espressivo, quest'ultimo, del valore della certezza giuridica), o ancora – per ciò che concerne il *punctum dolens* della confisca urbanistica – alla tutela del paesaggio, del territorio e dell'ambiente.

Qui si situa però un autentico nodo gordiano per la nostra Corte costituzionale, che richiede di essere sciolto con la determinazione e il coraggio di Alessandro Magno. Anche, se necessario, assumendosi la (non facile) responsabilità di fare un passo indietro.

Riflettiamo. *Tutti i diritti hanno un costo*, in termini di minore tutela assicurata a qualche altro principio o interesse; d'altra parte, *pressoché a qualsiasi principio o interesse non è difficile trovare una qualche copertura costituzionale*, se non altro sotto l'accogliente ombrello dell'art. 3 Cost. (come è accaduto, in effetti, nel caso delle 'pensioni svizzere' poc'anzi menzionato, in cui peraltro la Corte è andata a scomodare addirittura l'art. 81 a copertura dell'interesse finanziario dello Stato). Ed allora, il quesito cruciale è se la Corte costituzionale possa rivendicare il potere di *rifare ogni volta il bilanciamento* già

⁵⁰ Si veda, sul punto, la recente e perspicua analisi di questa giurisprudenza in GULLO, *Diffamazione e legittimazione dell'intervento penale. Contributo a una riforma dei delitti contro l'onore*, 2013, p. 57 ss.

effettuato in sede europea tra il singolo diritto e gli interessi di rango costituzionale di volta in volta confliggenti; oppure se debba *in linea di principio accettare il risultato del bilanciamento compiuto in sede europea*, e tollerare così il ‘costo’ del diritto riconosciuto in sede europea in termini di minore tutela dei controinteressi in gioco.

Ora, la prima strada – imbracciata con *nonchalance* dalla recente giurisprudenza della Corte costituzionale, sotto il nobile manto della “massima espansione delle tutele”⁵¹ – mi pare francamente sbagliata, giacché attribuirebbe di fatto alla Corte costituzionale il potere di *disattendere gli obblighi derivanti in capo all’Italia dalla sua partecipazione alla Convenzione europea*, ogniqualvolta essa ritenga sussistere una qualche buona ragione per discostarsi dal bilanciamento effettuato in sede europea.

Non dimentichiamolo: la Convenzione obbliga gli Stati parte – Italia compresa – a *rispettare* i diritti e le libertà sancite nella sua parte prima (art. 1), *nell’estensione loro attribuita dalla Corte di Strasburgo*, che è competente *in ultima istanza* per ogni questione concernente l’interpretazione e l’applicazione della Convenzione medesima (art. 32); e tale obbligo si individualizza e concretizza ulteriormente allorché lo Stato sia rimasto soccombente in una controversia decisa dalla Corte, la cui decisione finale è *vincolante* per lo Stato (art. 46). Se ogni Stato si arrogasse – in nome della tutela di altri e confliggenti interessi dotati di una qualche rilevanza nel quadro del proprio ordinamento costituzionale – il potere di disattendere le indicazioni di tutela dei diritti fondamentali scaturenti dalla Convenzione così come interpretati dalla Corte di Strasburgo, e addirittura di *violare* gli obblighi contenuti in una sentenza che chiude un procedimento in cui lo Stato era parte, l’intero sistema di tutela dei diritti convenzionali finirebbe per perdere ogni connotato di cogenza giuridica per gli Stati parti.

Se invece si riconosce che le norme della Convenzione e dei suoi protocolli, liberamente sottoscritti e ratificati dallo Stato italiano, hanno una reale efficace obbligatoria per lo Stato italiano (*id est*, per tutti i poteri dello Stato italiano, compresa la Corte costituzionale), allora la conclusione sarà obbligata: tutti i poteri dello Stato, compresa la Corte costituzionale, dovranno in linea di principio inchinarsi alle statuizioni del giudice di Strasburgo, nelle materie attribuite alla loro competenza: e cioè nella determinazione dell’*estensione dei diritti convenzionali*, anche in rapporto ai controinteressi che di volta in volta vengono in gioco.

9. (Segue): b) la reale portata dei ‘controlimiti’ ai vincoli derivanti dal diritto di Strasburgo (e un piccolo test per stabilire quando l’obbligo proveniente da Strasburgo sia contrario alla Costituzione italiana).

Tutto non significa che non possano essere immaginate situazioni e circostanze in cui sia plausibile opporre uno sbarramento ai vincoli europei, in nome di esigenze di salvaguardia di controinteressi interni tanto importanti per l’ordinamento nazionale da

⁵¹ Cfr. *supra*, § 6, sub a).

giustificare la violazione degli obblighi sovranazionali di tutela dei diritti umani. Ma l'eventualità di simili situazioni dovrebbe essere circoscritta a casi *rari ed eccezionali*, tali da non gettare alcun dubbio sulla ferma volontà dell'ordinamento italiano di adempiere, *nel loro complesso*, agli obblighi derivanti dal comune impegno al rispetto dei diritti umani, assunto solennemente in sede europea. Obbligo che vale anche, e direi soprattutto, allorché tali obblighi 'costino': in termini di sacrificio di altri controinteressi, o anche solo in termini puramente economici (come nel caso delle pensioni svizzere).

Ma come identificare questi casi rari ed eccezionali?

La Corte l'ha indicato chiaramente nelle sentenze gemelle del 2007: quando la norma che assurge a parametro interposto in una questione *ex art. 117 co. 1 Cost.* risulti *essa stessa in contrasto con altre norme costituzionali*. È dunque la *norma europea*, contrastante con la norma di legge impugnata, che dovrà essere preliminarmente *vagliata dalla Corte sotto il profilo della sua compatibilità con la Costituzione italiana*, e che dovrà essere quindi *disapplicata nel giudizio di costituzionalità*, laddove effettivamente risulti in contrasto con la Costituzione.

Ora, per valutare se la norma europea, assunta quale parametro interposto, sia essa stessa contraria alla Costituzione, mi pare ci sia un test infallibile, e al tempo stesso di assai agevole esperimento. I giudici costituzionali dovrebbero cioè domandarsi: *se il legislatore italiano avesse trasfuso in una legge la soluzione imposta dalla norma europea, dovremmo dichiarare incostituzionale tale norma?*

In caso di risposta affermativa, la Corte dovrebbe negare ingresso alla norma europea nel giudizio di costituzionalità in ragione del suo contrasto con la Costituzione italiana, e per l'effetto dichiarare la *non fondatezza della questione* proposta; salvando, così, la norma di legge interna impugnata, nonostante il suo contrasto con la norma europea. Nel caso opposto, la Corte dovrebbe invece rilevare il contrasto tra la legge interna e la norma europea, e per l'effetto dichiarare l'*illegittimità costituzionale* della prima in applicazione dell'*art. 117 co. 1 Cost.*

Proviamo a saggiare il test qui proposto con l'esempio, poc'anzi proposto, della disciplina sanzionatoria del delitto di diffamazione. Immaginiamo una questione di legittimità costituzionale *ex art. 117 co. 1 Cost.* avente ad oggetto l'*art. 13 della legge n. 48/1947*, che commina congiuntamente la pena pecuniaria e quella della reclusione da uno a sei anni per la diffamazione commessa a mezzo della stampa consistente nell'attribuzione di un fatto determinato, in ragione del contrasto di tale disciplina con l'*art. 10 CEDU*, così come interpretato da una ormai costante giurisprudenza della Corte EDU⁵² ribadita anche nei confronti del nostro paese⁵³, che ritiene incompatibile con le esigenze di tutela della libertà di espressione l'inflizione di pene detentive a

⁵² SI veda il lavoro di GULLO citato *supra*, alla nota 49.

⁵³ In particolare in Corte EDU, *Belpietro c. Italia*, sent. 24 settembre 2013 (ric. n. 42612/10), su cui cfr. [GIUDICI, Il caso Belpietro c. Italia: la pena detentiva per la diffamazione è contraria all'art. 10 CEDU](#), in *Dir. pen. cont.*, 26 settembre 2013 e VIGANÒ, *Belpietro c. Italia: una pronuncia della Corte di Strasburgo in tema di (s)proporzione della sanzione detentiva inflitta ad un giornalista*, in *Quad. cost.*, n. 1/2014, p. 177 ss.

carico di giornalisti, ancorché essi abbiano abusato di tale libertà offendendo ingiustamente la reputazione altrui.

Per dichiarare la non fondatezza della questione, non basterebbe alla Corte costituzionale affermare ad es. che l'art. 13 della legge n 48/1947 – imponendo la pena detentiva per lo meno nelle ipotesi in cui l'imputato non possa beneficiare delle attenuanti generiche (ad es. in ragione di plurime precedenti condanne per il medesimo reato) – attua un *ragionevole bilanciamento* tra la tutela della libertà di espressione e dell'onore individuale, bene esso pure di rilievo costituzionale *ex art. 2 Cost.* In applicazione del test qui proposto, la Corte dovrebbe essere piuttosto pronta a sostenere l'illegittimità costituzionale di una eventuale legge nazionale che, recependo le indicazioni della Corte europea, *rinunciasse integralmente alla pena detentiva nei casi di diffamazione a mezzo stampa*, in ragione dell'indebito sacrificio che una legge siffatta imporrebbe alle ragioni di tutela dell'onore individuale (ad es. in tutte le situazioni in cui è verosimile ipotizzare che pene alternative a quella detentiva non producano effetto deterrente nei confronti del giornalista).

Per poter salvare l'art. 13 della legge sulla stampa nella formulazione attuale, la Corte dovrebbe cioè avere il coraggio di affermare a chiare lettere che la soluzione della *rinuncia alla pena detentiva per la diffamazione* (imposta dal diritto di Strasburgo) sarebbe *essa stessa incostituzionale per contrasto con l'art. 2 Cost.*, e come tale *preclusa allo stesso legislatore italiano*: un'affermazione peraltro che, ancorché mirante a difendere la sovranità nazionale e la discrezionalità del legislatore italiano su *an*, *species* e *quantum* della pena, avrebbe come (paradossale?) effetto collaterale quello di limitare drasticamente la stessa libertà del legislatore italiano di modificare la disciplina vigente e di uniformarsi spontaneamente alle indicazioni della Corte europea.

Laddove invece la Corte non se la sentisse di affermare che la rinuncia alla pena detentiva sia contraria alla Costituzione italiana (e che, specularmente, la sua comminatoria costituisca un vero e proprio *dovere costituzionale*⁵⁴), il parametro interposto (l'art. 10 CEDU, così come interpretato dal 'suo' giudice) non potrebbe essere ritenuto contrario alla Costituzione, e dovrebbe pertanto spiegare effetto nel giudizio di costituzionalità, secondo le coordinate tracciate dalle sentenze n. 348 e 349/2007. *Ergo*, la conseguenza dovrebbe essere obbligata: l'art. 13 della legge n. 47/1948, che commina una pena ritenuta dalla Corte europea lesiva della libertà di espressione del giornalista, dovrebbe essere ritenuto costituzionalmente illegittimo, in quanto contrastante con l'art. 117 co. 1 Cost.

Lo stringente test qui proposto – che altro non rappresenta se non la traduzione, in termini immediatamente fruibili per la prassi costituzionale, della riserva originariamente apposta dalle sentenze gemelle del 2007 al generale obbligo di adeguamento dell'ordinamento italiano agli obblighi convenzionali – consentirebbe di fatto alla Corte costituzionale di trasformarsi nel più potente strumento di questo

⁵⁴ Affermazione, questa, estremamente problematica: sul problema della configurabilità di *obblighi costituzionali e/o convenzionali di incriminazione*, sia qui semplicemente consentito il rinvio, anche per ogni riferimento, a VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, 2011, pp. 2645 ss.

adeguamento, senza perdere al tempo stesso la sua funzione di ‘custode’ dei principi costituzionali, assunti quali prevalenti rispetto agli stessi obblighi di tutela dei diritti convenzionali. Con la chiara consapevolezza, però, che la Convenzione – alla quale il nostro paese ha liberamente aderito – affida proprio alla Corte di Strasburgo il compito di definire i confini dei diritti medesimi, con decisioni vincolanti anche per la Corte costituzionale. Di talché se – ad es. – il giudice ultimo dei diritti fondamentali nello spazio giuridico europeo afferma che i giornalisti responsabili di articoli diffamatori non devono essere condannati a pene detentive, *l’ordinamento italiano* – qualunque sia in proposito l’opinione del legislatore – *dovrà in linea di principio conformarsi*, cancellando quindi ogni norma che, come l’art. 13 della legge citata, consenta o addirittura imponga l’applicazione di simili pene; *a meno che*, così facendo, l’ordinamento contravvenga inequivocabilmente ad altri doveri di tutela confliggenti sul piano costituzionale, tali da rendere illegittima la soluzione imposta a livello europeo, al punto da non poter essere adottata a giudizio della Corte – *nemmeno dal legislatore nazionale*. Un’affermazione quest’ultima che – proprio per il suo carattere estremamente impegnativo, tale da vincolare la futura attività legislativa – dovrebbe essere riservata dalla Corte a situazioni realmente eccezionali, in cui la stessa discrezionalità del legislatore nazionale appaia drasticamente limitata dai vincoli costituzionali.

10. (Segue): c) i diritti ‘convenzionali’ come parte del diritto che la Corte costituzionale è chiamata ad applicare.

Un simile approccio non implica affatto rinunciare al dialogo con la Corte europea, in atteggiamento di supina obbedienza. È, semmai, la Corte costituzionale – dopo avere porte e finestre al diritto di Strasburgo con le sentenze gemelle del 2007 – a sfuggire oggi al dialogo, trincerandosi in un atteggiamento difensivo mirante in effetti a moltiplicare le barriere alla penetrazione del diritto europeo, in un’ottica di difesa ‘autarchica’ della Costituzione italiana.

Ma proprio qui sta, a ben guardare, il principale ostacolo al tanto auspicato dialogo tra le due corti: l’idea, cioè, che Corte costituzionale e Corte europea siano chiamate a interpretare ed applicare *corpora* normativi differenti – rispettivamente, la Costituzione e la Convenzione –, e concepiti come indipendenti e reciprocamente impermeabili.

La prospettiva muterebbe completamente laddove la nostra Corte costituzionale riconoscesse la funzione *concorrente* dei due *corpora* normativi, e delle istituzioni chiamate a interpretarli e ad applicarli, rispetto ad alla tutela dei *medesimi* diritti fondamentali della persona: una tutela che deve essere concepita come *integrata*, e *coerente* sul piano interno così come su quello europeo.

Dal punto di vista del diritto di Strasburgo, del resto, è pacifico che gli obblighi discendenti dalla Convenzione – nella declinazione fornitane dalla giurisprudenza della Corte europea – vincolino gli Stati parte in tutte le loro articolazioni e poteri, compreso quello giudiziario: che è chiamato *in prima battuta* ad assicurare effettività ai

diritti riconosciuti dalla Convenzione, *applicando* (e così necessariamente *interpretando*) i diritti medesimi nelle controversie pendenti avanti alle diverse giurisdizioni interne. Il giudice nazionale, si è detto e ripetuto molte volte, è e deve essere (giusta il disposto dell'art. 13 CEDU) *il primo giudice della CEDU*, in omaggio a quel principio di *sussidiarietà* della tutela dei diritti da parte della Corte di Strasburgo che sarà ora espressamente menzionato dal preambolo della Convenzione, allorché entreranno in vigore le modifiche introdotte dal Protocollo XV.

Ciò vale certamente – almeno dal punto di vista di Strasburgo – anche per le *corti costituzionali* nazionali, alle quali spetta un ruolo cruciale (seppur diversamente declinato tra ordinamento e ordinamento, in relazione soprattutto alla presenza o assenza di un rimedio giurisdizionale *diretto* di natura costituzionale per la tutela dei diritti fondamentali) nell'assicurare effettività ai diritti convenzionali all'interno dello Stato parte: ruolo rispetto al quale la Corte europea si riserva soltanto una funzione di *giudice di ultima istanza*, chiamato a intervenire ove per qualsiasi ragione l'ordinamento nazionale non sia stato in grado di assicurare un'adeguata tutela al diritto fondamentale di volta in volta in questione.

Dal punto di vista della Corte costituzionale italiana, la prospettiva non è, in fondo, molto diversa. Vero è che, sulla base della normativa interna che disciplina i giudizi innanzi alla Corte costituzionale, quest'ultima è chiamata a interpretare e applicare unicamente la Costituzione italiana, e dunque i diritti fondamentali *così come riconosciuti dalla nostra Carta suprema*. Ma la Convenzione ha molte vie per permeare di sé lo stesso diritto costituzionale italiano.

Non solo, infatti, la Convenzione penetra nell'ordinamento italiano attraverso la clausola dell'art. 117 co. 1 Cost., integrando così i possibili parametri di legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge; ma, soprattutto, la Convenzione da un lato *concorre a integrare il catalogo dei diritti fondamentali* attraverso la clausola aperta dell'art. 2 Cost.⁵⁵, che consente il riconoscimento – con pieno rango costituzionale – di diritti convenzionali *non espressamente menzionati dalla nostra legge fondamentale*⁵⁶ (a partire niente meno che dal diritto alla vita!); e, dall'altro, secondo

⁵⁵ La tesi del carattere aperto dell'art. 2 Cost., pur autorevolmente avversata (cfr. per tutti PACE, *Problematica delle libertà fondamentali. Parte generale*, III ed., 2003, p. 20 ss.; CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, III ed., 2011 p. 173 ss.), è ormai dominante presso la dottrina costituzionalistica e – ciò che ancor più conta nella nostra prospettiva – ed è sostanzialmente presso la giurisprudenza ordinaria (che proprio su questa base ha sviluppato il concetto di danno alla salute o 'biologico' e, più di recente, la nozione di danno alla persona per lesione di diritti fondamentali) e presso la stessa giurisprudenza della Corte costituzionale, a partire almeno dalla sentenza n. 561/1987. Sul punto, cfr. LAMARQUE, *Le relazioni*, cit., § 1.

⁵⁶ Cfr. persuasivamente, in questa prospettiva, G. SORRENTI, *Le Carte internazionali sui diritti umani*, in *Pol. dir.*, n. 3/1997, p. 349 ss., cui si rinvia anche per tutti i rif. bibl. e giurispr. relativi a una tesi – quella dell'ingresso delle tutele convenzionali attraverso la via maestra dell'art. 2 Cost. – ben consolidata in dottrina anteriormente alle sentenze gemelle. Sul ruolo di clausola di apertura al diritto internazionale dei diritti umani svolto dall'art. 2 cfr., altresì, CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Università e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, 2007, p. 62 ss.

quanto riconosciuto dalla Consulta in epoca ben precedente alle sentenze gemelle⁵⁷, *concorre a disegnare la fisionomia dei diritti fondamentali riconosciuti dalla nostra Costituzione*⁵⁸, quanto meno nel senso di definirne il *contenuto minimo* che tutti gli organi e poteri dello Stato italiano (ivi compresa la Corte costituzionale!) sono *tenuti ad attribuirvi per effetto degli obblighi discendenti dalla Convenzione* – a partire dal suo art. 1, che obbliga lo Stato membro al “rispetto” dei diritti convenzionali all’interno della propria giurisdizione, e dal suo art. 13, che impone di garantire un “ricorso effettivo” nell’ordinamento nazionale contro le violazioni degli stessi diritti, nell’estensione loro attribuita dalla Corte europea in quanto *interprete ultima* della Convenzione (art. 32).

I diritti riconosciuti dalla CEDU, nell’estensione loro gradatamente attribuita dalla giurisprudenza di Strasburgo, non sono dunque soltanto *parametri interposti* nei giudizi di costituzionalità delle norme di legge statali o regionali in forza dell’art. 117 co. 1 Cost.; ma formano altresì *parte integrante del ‘bloc de constitutionalité’* che la Corte è chiamata ad applicare nelle controversie pendenti avanti a sé – si tratti di questioni incidentali di legittimità costituzionale ovvero di giudizi in via principale, nei quali comunque si discuta di tutela di diritti fondamentali. E ciò per effetto della clausola aperta dell’art. 2 Cost., nonché della progressiva integrazione in via interpretativa del contenuto dei singoli diritti enumerati dalla Costituzione (integrazione naturalmente aperta, anch’essa, agli arricchimenti provenienti dalla giurisprudenza della Corte europea sui corrispondenti diritti convenzionali): strumenti, l’uno e l’altro, in grado – come si è detto efficacemente – di creare “*correnti d’aria* capaci di far circolare più velocemente all’interno del nostro ordinamento i diritti provenienti dall’esterno”⁵⁹.

⁵⁷ Cfr. in particolare C. cost., sent. 388/1999: “indipendentemente dal valore da attribuire alle norme pattizie [...], è da rilevare che i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall’Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione (cfr. sentenza n. 399 del 1998): non solo per il valore da attribuire al generale riconoscimento dei diritti inviolabili dell’uomo fatto dall’art. 2 della Costituzione, sempre più avvertiti dalla coscienza contemporanea come coesenziali alla dignità della persona (cfr. sentenza n. 167 del 1999), ma anche perché, al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, *le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione*”.

⁵⁸ Cfr. sul punto TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, 2012, p. 81, nonché ancora LAMARQUE, *Le relazioni*, cit., § 1, la quale sottolinea altresì – in piena consonanza con quanto sostenuto nel testo – che la strada dell’integrazione tra ordinamento nazionale e CEDU attraverso l’art. 2 e attraverso l’interpretazione dei singoli diritti ‘nominati’ non è affatto venuta meno – come da parte di autorevole dottrina si era prospettato (CARTABIA, *Le sentenze ‘gemelle’: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3569) – dopo le sent. n. 348 e 349/2007, e la conseguente individuazione nell’art. 117 co. 1 Cost. di un importante (ma non necessariamente esclusivo!) canale di comunicazione tra i due sistemi. In senso in larga misura coincidente cfr. anche, recentemente, RUOTOLO, [L’incidenza della Cedu sull’interpretazione costituzionale. Il caso dell’art. 27, comma 3, Cost.](#), in *Rivista AIC*, n. 2/2013, 19 aprile 2012, p. 7 s., a parere del quale il ruolo degli obblighi sovranazionali in materia di tutela dei diritti fondamentali dovrebbe essere, anzitutto, quello di contribuire – in chiave, beninteso, di *minumum standard* sotto il quale non è possibile andare! – alla definizione dell’estensione dei diritti già riconosciuti dalla Costituzione, dovendo assegnarsi all’art. 117 co. 1 Cost. un ruolo soltanto residuale, per le (marginali) ipotesi in cui la nostra Costituzione non preveda alcun diritto corrispondente a quello riconosciuto, appunto, in sede interazionale.

⁵⁹ LAMARQUE, LAMARQUE, *Le relazioni*, cit., § 1.

Tutto ciò spalanca straordinarie opportunità perché anche la nostra Corte costituzionale possa assumersi a pieno titolo, a livello nazionale, il ruolo di *giudice* (e di giudice particolarmente autorevole!) *dei diritti riconosciuti dalla Convenzione europea*, concepiti quale *parte integrante del diritto* che la Corte è chiamata a *interpretare e applicare*, nei procedimenti incidentali e principali pendenti avanti a sé. Nello svolgere questo ruolo, la Corte costituzionale sarà, in linea di principio, vincolata all'interpretazione che di quei diritti abbia fornito il loro giudice 'ultimo', così come imposto dall'art. 32 CEDU, salva beninteso la possibilità di azionare – nei ristretti limiti di cui si è discusso nel paragrafo precedente – i 'controlimiti' a tutela di controinteressi prevalenti di rango costituzionale; ma, al tempo stesso, la Corte potrà, e dovrà, *contribuire all'interpretazione dei diritti convenzionali*, fornendo essa stessa soluzioni a questioni problematiche ancora non risolte (o non risolte definitivamente) dalla Corte di Strasburgo, e se del caso sollecitando (sempre possibili) *overrulings* da parte della medesima Corte europea allorché una data interpretazione non appaia convincente⁶⁰. Il tutto attraverso itinerari argomentativi potenzialmente *persuasivi* per gli interlocutori europei, che non si risolvano nell'asestare un nero pugno sul tavolo in nome della tutela della sovranità nazionale: strategia, quest'ultima, in partenza fallimentare, non foss'altro perché, in materia di tutela di diritti fondamentali, i giudici di Strasburgo avranno *processualmente* l'ultima parola, potendo sempre condannare lo Stato – a mezzo di una pronuncia vincolante *ex art. 46 CEDU* – semplicemente ignorando l'opinione contraria della Corte costituzionale⁶¹.

Che quello tracciato – il confronto sul terreno dell'interpretazione della Convenzione, assunta anche dalla Corte costituzionale nazionale quale *corpus* normativo vincolante ed immediatamente applicabile nelle controversie avanti ad essa pendenti – sia il percorso più produttivo ai fini di un autentico e proficuo dialogo, è dimostrato chiaramente dalla recente esperienza inglese⁶². Nonostante tutte le (notorie) resistenze a livello politico contro l'invadenza dei giudici di Strasburgo, il Regno Unito si è dimostrato sinora lo Stato che – almeno a livello giudiziario – ha dimostrato di *aver preso più sul serio* i propri vincoli alla Convenzione, e all'interpretazione fornirne dalla Corte europea. La stessa *Supreme Court* britannica, con tutta la sua antica e nobile tradizione, riconosce oggi di essere *in linea di principio vincolata* all'interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo ai diritti convenzionali, divenuti al tempo stesso parte integrante del diritto applicabile dai giudici inglesi in forza dello *Human Rights Act* del 1998; riservandosi soltanto il diritto di discostarsi, in "*rare occasions*", da tale

⁶⁰ Cfr., in questo stesso senso, le preziose osservazioni di CANNIZZARO, *The effect of the ECHR on the Italian Legal Order: Direct Effect and Supremacy* in (2009) XIX Italian Yearbook of International Law 173, p. 182 s. Per una conclusione analoga a quella cui si perviene nel testo cfr. anche SONELLI, *The Dialogue*, cit., p. 19: "*a constructive relationship between national courts and the European court requires not an elusive but a proactive approach to Strasburg jurisprudence in order to contribute to the development of human rights protection*".

⁶¹ Cfr. *supra*, note 21 e 22.

⁶² Per un'acuta e documentata analisi delle tecniche (autenticamente) dialogiche utilizzate dalla *House of Lords*, e poi dalla *Supreme Court* inglese nei confronti della Corte di Strasburgo, cfr. ancora SONELLI, *The Dialogue*, cit., p. 3 ss.

interpretazione non tanto perché essa risulti incompatibile con principi interni di rango superiore, quanto perché i principi desumibili dalla giurisprudenza di Strasburgo – sviluppati in casi *diversi* da quello in esame – non tengono a volte nel dovuto conto le peculiarità del diritto britannico⁶³. I giudici inglesi (i *supremi* giudici inglesi!) sollecitano, in questi casi, la Corte di Strasburgo a *riconsiderare* la propria precedente giurisprudenza, sulla base di articolati e dotti percorsi argomentativi, intessuti tra l'altro di citazioni dei precedenti europei, il cui obiettivo è evidentemente quello di *persuadere* i colleghi di Strasburgo – ai quali spetta, dopotutto, l'ultima parola sull'estensione dei diritti convenzionali – della solidità delle obiezioni formulate oltremania; allo scopo ultimo, naturalmente, di sollecitare *distinguishings* rispetto ai precedenti, o veri e propri *overrulings*⁶⁴.

Sulla base di un simile approccio *autenticamente* dialogico – che presuppone, si noti, un atteggiamento di *accettazione* del ruolo dei giudici europei quali interpreti ultimi dei diritti convenzionali⁶⁵, recepiti nel diritto inglese con lo *Human Rights Act* – la *Supreme Court* inglese e le stesse giurisdizioni inferiori britanniche (a cominciare dalla *Court of Appeal*) si sono convertite, in questi ultimi anni, *nei principali interlocutori della*

⁶³ Così, in particolare, il criterio enunciato da Lord Philipps nella propria *leading opinion* in *R. v. Horncastle* [2009 UKSC 14]. In questa sentenza una Corte Suprema unanime, confermando il precedente giudizio della *Court of Appeal*, discute a fondo la giurisprudenza della Corte europea in materia di divieto di fondare una sentenza di condanna sulla prova “unica o decisiva” rappresentata da dichiarazioni di una persona informata sui fatti non ripetute in giudizio, e non passate attraverso il vaglio del contraddittorio, concludendo che la rigidità di una simile regola – desunta dai giudici di Strasburgo dall'art. 6 co. 3 CEDU – non tenga in debito conto né, in linea generale, le peculiarità dei sistemi processuale di *common law* (nei quali, in assenza di motivazione del verdetto di colpevolezza, non è possibile stabilire *ex post* se la prova in questione abbia o non giocato un ruolo decisivo), né, soprattutto, i meccanismi di salvaguardia dell'equità complessiva del processo previsti dalla legge e dalla giurisprudenza nel caso di ammissione, da parte del *trial judge*, della prova medesima.

⁶⁴ Scopo, per inciso, spesso raggiunto: cfr., sul problema sollevato dalla sentenza *Horncastle* citata alla nota precedente, la sentenza della Grande Camera *Al-Khawaja e a. c. Regno Unito*, 15 dicembre 2011 (ric. n. 26766/05 e a.), nella quale la Corte europea – rovesciando la precedente pronuncia della Camera in prima istanza – esclude a maggioranza la violazione dell'art. 6 co. 3 CEDU con riguardo almeno alla posizione di uno dei ricorrenti, in esito a un approfondito confronto con le obiezioni e gli argomenti espressi nel frattempo dalla *Supreme Court* in *Horncastle*. I giudici europei giungono così, se non ad abbandonare, quanto meno a *flessibilizzare* la regola consolidata nella propria giurisprudenza precedente con riferimento alla situazione degli ordinamenti di *common law* (si vedano, sul punto, anche i rilievi critici dei giudici dissenzienti). Analogo esito si riscontra, al di fuori della materia penale, in un altro importante caso deciso nel 2013 dalla Grande Camera, *Animal Defender International c. Regno Unito*, sent. 22 aprile 2013 (ric. n. 48876/08), dove – recependo integralmente gli argomenti utilizzati dalla *Court of Appeal* e poi dalla *Supreme Court* nel procedimento nazionale – i nove giudici di maggioranza a Strasburgo sposano una soluzione, in materia di tutela della libertà di espressione, diametralmente opposta a quella adottata in casi precedenti pressoché sovrapponibili, senza nemmeno riconoscere espressamente la natura di *overruling* dell'operazione interpretativa così effettuata (sul punto cfr., in particolare, l'opinione dissenziente dei giudici Ziemele, Sajó, Kalaydjieva, Vučinić e De Gaetano, § 9).

⁶⁵ Accettazione che deve essere costata non poco a consessi giudiziari di antichissima tradizione, di fronte a una Corte europea ancora comparativamente giovane, che annovera tra i propri componenti giudici provenienti da ordinamento soltanto da pochi anni convertitisi alla democrazia e ai principi della *rule of law*.

Corte di Strasburgo nell'interpretazione del diritto convenzionale. Mentre le decisioni della Corte costituzionale italiana vengono in genere liquidate in pochissime righe nelle sentenze della Corte europea (complici, verosimilmente, anche gli ostacoli di natura linguistica derivanti dalla loro mancata traduzione in inglese o in francese), le *opinions* dei giudici britannici – pronunciate nei gradi di giudizio interno della specifica controversia all'esame, ma anche in casi differenti nei quali si discuteva delle medesime questioni di diritto – vengono sempre più spesso letteralmente citate (anche per lunghissimi estratti) e approfonditamente discusse dai giudici di Strasburgo; e i loro argomenti – proprio perché relativi all'interpretazione delle *medesime norme convenzionali*, applicate tanto nei giudizi nazionali quanto nel procedimento pendente a Strasburgo – vengono presi assai sul serio dai giudici europei: sia quando questi ultimi decidano, motivatamente, di discostarsene, sia quando – a maggior ragione – ritengano invece di modificare e/o precisare la propria precedente giurisprudenza, recependo così i rilievi critici espressi dai giudici britannici.

Un simile modello virtuoso di dialogo presuppone però – ripeto – che giudici nazionali (anche quelli supremi all'interno del rispettivo ordinamento) e giudici europei abbiano la consapevolezza di *condividere i medesimi obiettivi di tutela dei diritti fondamentali*, ed anzi di *condividere le medesime norme* da interpretare e da applicare in vista della loro tutela. La Corte costituzionale potrà divenire un interlocutore prezioso della Corte europea soltanto quando acquisirà piena e matura consapevolezza di essere *essa stessa giudice della Convenzione europea* nell'ordinamento italiano: una Convenzione che, lungi dal giustapporsi alla Costituzione italiana come *corpus* normativo autonomo e indipendente, *integra la stessa Costituzione italiana*, dando ingresso nel nostro ordinamento italiano a *nuovi* diritti fondamentali, e *innalzando il livello di tutela* di quelli espressamente riconosciuti⁶⁶.

Il che presuppone, in definitiva, la presa d'atto che anche la nostra Costituzione – la più bella del mondo, come tante volte non senza enfasi si è scritto – è, come tutte le costituzioni, *incompleta e perfettibile*, anche grazie all'apporto della nuova linfa di un diritto in rapida e tumultuosa evoluzione, come il diritto internazionale dei diritti umani. Ammetterlo costerà, certo, un po' di fatica ai custodi supremi della nostra Costituzione; ma sarebbe un peccato per la nostra Corte arroccarsi ai margini di questa evoluzione, soltanto per la preoccupazione che il nuovo proveniente da Strasburgo possa incrinare qualche equilibrio interno faticosamente costruito in quasi sessant'anni di giurisprudenza costituzionale, o possa comportare qualche piccola rinuncia in termini di sovranità nazionale. La posta in gioco – una tutela sempre più efficace dei diritti fondamentali della persona, in uno spazio giuridico che va, ben oltre i confini geografici del continente europeo, dall'Atlantico all'Asia minore e alle ex repubbliche sovietiche – mi pare davvero meriti qualche piccolo sacrificio per il nostro orgoglio nazionalistico, e magari anche per l'amor proprio di una Corte che, pure, si è sempre sinora concepita come istanza *superiorem non recognoscens*.

⁶⁶ Si vedano, sul punto, le penetranti osservazioni di [RUGGERI, "Dialogo" tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali](#), in [federalismi.it](#), n. 24/2013, p. 27.