



11 GENNAIO 2023

Strasburgo vista da Roma: il valore  
della giurisprudenza della Corte  
europea dei diritti dell'uomo  
nell'ordinamento italiano

di Pietro Masala

Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico  
Università degli Studi "Gabriele d'Annunzio"

# Strasburgo vista da Roma: il valore della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano\*

**di Pietro Masala**

Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico  
Università degli Studi "Gabriele d'Annunzio"

**Abstract [It]:** Il saggio analizza gli orientamenti della Corte costituzionale sul valore della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano, a partire dalla svolta segnata dalle sentenze nn. 348 e 349 del 2007. Si evidenzia come l'evoluzione di tali orientamenti sia stata influenzata dall'interazione fra le due Corti, caratterizzata dalla compresenza di cooperazione e conflittualità, e specialmente come la Corte costituzionale abbia inteso salvaguardare la propria autonomia di giudizio.

**Title:** Strasbourg seen from Rome: the value of the case law of the European Court of Human Rights in the Italian legal system

**Abstract [En]:** The essay examines the guidelines of the Constitutional Court on the role of the case law of the European Court of Human Rights in the Italian legal system, starting from the turning point of judgements no. 348 and 349/2007. It shows how the development and renewal of those guidelines have been influenced by the interaction between the two Courts, in which cooperation and conflict coexist, and especially by the Constitutional Court's concern to safeguard its autonomy of judgement.

**Parole chiave:** Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo, tutela dei diritti fondamentali, divergenze interpretative, cooperazione

**Keywords:** Constitutional Court, European Court of Human Rights, fundamental rights protection, interpretive divergences, cooperation

**Sommario:** 1. Premessa: il punto di vista e il cammino della Corte costituzionale. 2. Il riconoscimento della «funzione interpretativa eminente» spettante alla Corte EDU e le sue implicazioni secondo l'impostazione iniziale. 3. Specificazioni, «criteri di temperamento» e giustificazione delle divergenze: la saga delle «pensioni svizzere» come vicenda esemplare. 4. Chiusura difensiva e richiamo all'ordine: la teoria del «diritto consolidato» nella sentenza n. 49 del 2015. 5. Giustificazioni della svolta, sue implicazioni e profili critici. 6. Scricchiolii alla prova dei fatti: la saga De Tommaso come nuova vicenda esemplare. 7. Riassetamento: quiescenza dell'uso difensivo della teoria del diritto consolidato e rinvio alla discrezionalità legislativa (anche) per l'adeguamento al diritto convenzionale. 8. Bilancio. 9. Prospettive future.

## 1. Premessa: il punto di vista e il cammino della Corte costituzionale

L'obiettivo di questo contributo è ricostruire e considerare criticamente l'evoluzione degli orientamenti che la Corte costituzionale è venuta enunciando, con specifico riguardo al valore della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) nell'ordinamento interno, a partire dalle notissime sentenze nn. 348 e 349 del 2007. Con queste decisioni, che hanno rappresentato uno spartiacque per quanto riguarda in generale il modo di intendere il rapporto fra la Costituzione e la Convenzione europea

---

\* Articolo sottoposto a referaggio.

dei diritti dell'uomo (CEDU), ha infatti preso avvio anche un percorso di riflessione riguardante, più in particolare, il rilievo che le interpretazioni espresse nelle sentenze della Corte di Strasburgo assumono per il giudice nazionale<sup>1</sup>. Chi voglia cercare di comprendere in quale misura e a quali condizioni gli indirizzi desumibili dalla giurisprudenza della Corte europea debbano considerarsi vincolanti per i giudici comuni e per la stessa Corte costituzionale (e, per converso, fino a che punto e in quali ipotesi gli operatori giuridici interni possano discostarsene, per il fatto di preferire o di dover far prevalere diverse interpretazioni) non può pertanto fare a meno di ripercorrere le tappe fondamentali di un itinerario di elaborazione teorica sviluppatosi nel corso degli ultimi quindici anni.

Nonostante quello cui considerato sia un itinerario tutto interno alla giurisprudenza costituzionale, non deve trascurarsi che esso è stato inevitabilmente influenzato dalle concrete vicende dell'interazione della Consulta con la Corte EDU – nell'ambito del «dialogo a distanza»<sup>2</sup> instauratosi in virtù delle prospettive dischiuse dalle c.d. «sentenze gemelle» – e con i giudici comuni, tenuti – sempre in virtù degli orientamenti lì per la prima volta enunciati – a rapportarsi con la giurisprudenza di entrambe le Corti, in particolare quando esercitino la funzione di introduttori del giudizio di legittimità costituzionale. Sicché, per ricostruirlo e intenderne il significato, sarà indispensabile fare riferimento agli aspetti salienti di questa complessiva interazione.

Preliminarmente, può ancora osservarsi che non si tratta di un percorso del tutto univoco e lineare<sup>3</sup>: alle tesi inizialmente affermate, formulate in maniera tale per cui poteva concludersi che alle interpretazioni espresse dalla Corte EDU dovesse riconoscersi un'efficacia vincolante<sup>4</sup>, sono seguiti ripetuti aggiustamenti e puntualizzazioni, volti a ridimensionare e relativizzare tale efficacia, in maniera funzionale a recuperare una maggiore autonomia per i giudici comuni e soprattutto per la Consulta<sup>5</sup>. Come si evidenzierà, a determinare simili sviluppi sembra avere contribuito, principalmente o comunque in misura rilevante, il ripetuto manifestarsi di divergenze interpretative fra la Corte costituzionale e la Corte europea: divergenze la cui importanza non è certo trascurabile, poiché la decisione su quale fra due interpretazioni

---

<sup>1</sup> Su questo percorso si vedano, fra gli altri, R. ROMBOLI, *L'influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Consulta online*, n. 3, 2018, pp. 618-644; F. DONATI, *Il rilievo delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento interno: problemi e possibili soluzioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1, 2018, pp. 1-15; A. RUGGERI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale (tendenze e prospettive)*, in *Osservatorio AIC*, n. 1, 2018; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano, 2012; A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2017; F. SCIARABBA, *Il ruolo della CEDU. Tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte europea*, Key, Milano, 2019; E. MALFATTI, *I livelli di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Giappichelli, Torino, 2018 (spec. pp. 118-132); G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale, vol. I. Storia, principi, interpretazioni*, Il Mulino, Bologna, 2018, pp. 242-257; F. BILANCIA, *Profili evolutivi dei più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale con riferimento alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 143-162.

<sup>2</sup> E. MALFATTI, *I livelli di tutela...*, cit., p. 125.

<sup>3</sup> Non a caso, questo aspetto è variamente posto in risalto anche nei diversi contributi indicati *supra* alla nota n. 1.

<sup>4</sup> Cfr. *infra*, par. 2.

<sup>5</sup> Cfr. *infra*, parr. 3 ss.

o orientamenti alternativi debba in concreto prevalere può avere ripercussioni significative sull'esito del bilanciamento<sup>6</sup> fra un determinato diritto e altri diritti o interessi comunque ritenuti meritevoli di tutela nell'ordinamento costituzionale, e pertanto sull'estensione della protezione garantita a ciascuno di tali diritti e interessi.

Sebbene di norma si realizzi una spontanea convergenza fra gli orientamenti espressi dalle due Corti, favorita dal fatto che i cataloghi di diritti della Costituzione e della CEDU sono in larga parte omogenei, resta il fatto che l'interpretazione e l'applicazione dei diritti fondamentali alle fattispecie concrete non sono operazioni automatiche<sup>7</sup>. Divergenze sono sempre suscettibili di verificarsi, sia perché la sovrapposibilità fra i principi costituzionali e quelli enunciati nella CEDU e nei suoi protocolli addizionali non è completa<sup>8</sup> sia in conseguenza delle diverse modalità con cui le stesse Corti operano per assicurare la tutela dei diritti fondamentali, producendo materiali giuridici eterogenei<sup>9</sup> in contesti anch'essi diversi, anzitutto per dimensione: nazionale nel caso della Consulta; più ampio e comprendente un variegato insieme di ordinamenti statali nel caso della Corte di Strasburgo. Al cospetto di interpretazioni affermate da quest'ultima e non del tutto condivise, la Corte costituzionale ha dunque individuato una varietà di strategie e criteri di giudizio, di cui si è avvalsa, in alcuni casi, per giungere a un compromesso ritenuto accettabile, ma anche, in altri casi, per rifiutare ogni compromesso e giustificare la fermezza nelle proprie

---

<sup>6</sup> Sul tema v., per tutti, R. BIN, *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, e A. MORRONE, *Il bilanciamento nello Stato costituzionale: teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2014.

<sup>7</sup> Lo sottolinea F. DONATI, *Il rilievo delle sentenze...*, cit., p. 2.

<sup>8</sup> Per tutti, v. M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, vol. IX, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 391-476 (p. 460). Ne deriva la possibilità che l'apertura della Costituzione alla CEDU (e più in generale al diritto internazionale e sovranazionale, specialmente se assunto dal giudice nazionale nell'interpretazione datane dalle Corti istituite con il compito di vigilare sulla sua uniforme applicazione) incida sull'interpretazione della Costituzione medesima, con il rischio che «nel discorso giurisprudenziale si verifichino «torsioni interpretative» della Carta repubblicana, se non vere e proprie «forzature», viste con sfavore da chi non considera in discussione la «priorità» di quest'ultima: così, in particolare, l'a. da ultimo citato, il quale indica come caso paradigmatico quello delle norme costituzionali sui rapporti economici, che «la Corte costituzionale ha preso a leggere con occhiali diversi a fronte della giurisprudenza eurounitaria e convenzionale» (*Ibid.*, p. 452); e ancora nota che la CEDU e molte altre carte internazionali dei diritti «prevedono limiti sociali ben più rigidi e indeterminati di quelli costituzionali» (*Ibid.*, p. 458). Ma si pensi, ad es., anche alle esigenze di tutela della sicurezza, di tutela ambientale e salvaguardia dell'equilibrio finanziario che sono interessi costituzionalmente rilevanti, ma possono risultare soccombenti nel bilanciamento con altri diritti o interessi riconosciuti dalla CEDU o dai suoi protocolli come interpretati dalla Corte europea, come dimostrano alcuni dei casi che saranno menzionati *infra*, in questo contributo.

<sup>9</sup> Così G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale...*, cit., pp. 247 s., dove si sottolinea che «l'interpretazione della Corte di Strasburgo è casistica, riferendosi a singole violazioni dei diritti [...] mentre la Corte costituzionale tratta di norme legislative»; e che la prima si pronuncia su singole situazioni soggettive, isolatamente considerate, senza formulare «punti di diritto» che assumano valore di norma generale, mentre la seconda «si pronuncia su sistemi normativi comprendenti norme legate tra loro dal principio sistematico di coerenza». In termini simili, v., fra gli altri, F. BILANCIA, *Profili evolutivi...*, cit., pp. 154 s., il quale rileva le differenze che caratterizzano il ruolo delle due Corti (sotto molteplici aspetti: «fondamento giuridico-costituzionale, collocazione istituzionale, attribuzioni») e «si riflettono sugli esiti degli interventi giurisprudenziali di ciascuna e sugli effetti giuridici delle relative pronunce»; e ancora (pp. 150 s.), sottolinea il «forte debito nei confronti della cultura giuridica anglosassone del metodo giurisprudenziale casistico» impiegato dalle Corti europee e in particolare dalla Corte EDU.

posizioni. Le vicende o “saghe” giurisprudenziali che le hanno imposto di confrontarsi con l’assenza di una piena concordanza fra i propri orientamenti e quelli della Corte EDU possono dunque considerarsi alla stregua di punti di snodo del cammino che si intende ripercorrere. Pertanto, nella parte centrale di questo lavoro, se ne ricorderanno alcune, “esemplari” in quanto il loro esame è specialmente utile per comprendere l’evoluzione della giurisprudenza costituzionale relativa al vincolo interpretativo derivante dalle decisioni della Corte europea.

Quello che ci si appresta a ricostruire è inoltre un itinerario in cui risulta manifesta la difficoltà di pervenire a un definitivo assestamento, il quale non può ad oggi considerarsi raggiunto e verosimilmente non potrà, neanche in futuro, darsi per acquisito. Ciò sembra potersi affermare (e quella difficoltà sussiste) per almeno due ragioni.

In primo luogo, occorre considerare che le regole dell’interazione fra la Corte costituzionale e la Corte EDU non sono state codificate e che anzi, ad oggi, quest’interazione non si svolge in forma diretta, bensì, come si è già notato, assume la forma di un dialogo a distanza. Sicché può ritenersi che la Consulta cerchi anche di supplire a tale mancanza di regole precise e di raccordi più diretti, attraverso la propria elaborazione teorica: questa è funzionale a specificare criteri e norme di condotta a cui essa stessa e i giudici comuni devono attenersi nel rapportarsi con le sentenze della Corte di Strasburgo<sup>10</sup> e quindi nel valutare se e fino a che punto debbano recepirne gli orientamenti o comunque considerarli vincolanti.

In secondo luogo, sebbene una maggiore istituzionalizzazione del dialogo sia senz’altro auspicabile<sup>11</sup>, il mantenimento di un certo margine di indeterminatezza e quindi di elasticità nella definizione dei criteri e delle modalità su cui deve basarsi l’eventuale recepimento degli orientamenti espressi dalla Corte EDU (indeterminatezza ed elasticità che hanno reso possibili i ripetuti aggiustamenti a cui è stata già sottoposta la giurisprudenza costituzionale sulla materia qui considerata e che potranno, in futuro, permetterne di nuovi) sembra corrispondere a una necessità oggettiva, forse insuperabile. Si tratta, infatti, di una necessità connaturata a un sistema complesso, nel quale la tutela dei diritti fondamentali deve conformarsi ai principi delle costituzioni nazionali e contemporaneamente ai principi del diritto convenzionale; e nel quale, corrispondentemente, tribunali costituzionali nazionali (e giudici comuni, anch’essi nazionali) concorrono ad assicurarla insieme con la Corte di Strasburgo, le cui decisioni risolvono controversie originatesi in ordinamenti giuridici anche molto diversi fra loro.

Ci si riferisce all’esigenza di conciliare istanze generali, ben note e di contrapposta natura, che tanto la Corte europea quanto la Corte costituzionale devono tenere presenti nel perseguire, ciascuna con

---

<sup>10</sup> Cfr. E. MALFATTI, *I livelli di tutela*, *op. cit.*, pp. 124 s., per cui, dopo le sentenze gemelle, la Corte costituzionale ha «progressivamente affinato la concezione del ruolo da attribuire alla Corte di Strasburgo [...], ma in definitiva anche il proprio», in tal modo «codificando le coordinate» del «dialogo a distanza (ovviamente figurato) tra i giudici interni e la Corte europea».

<sup>11</sup> Sul punto si ritornerà *infra*, nel par. 9.

modalità peculiari, la finalità condivisa di proteggere i diritti fondamentali. Da un lato, rilevano quelle che possono definirsi come istanze di autonomia e differenziazione, le quali implicano la difesa e il rispetto delle specificità nazionali (o, in altri termini, dell'identità costituzionale nazionale<sup>12</sup>) e sono naturalmente tenute in speciale considerazione dalla Consulta. Dall'altro lato, rilevano le istanze di uniformità che sono altrettanto naturalmente connaturate alla missione, spettante alla Corte EDU, di vigilare sull'osservanza della CEDU da parte delle autorità dei diversi Stati che vi aderiscono: missione la cui realizzazione implica la garanzia di standard di tutela omogenei, specificati attraverso l'interpretazione del diritto convenzionale<sup>13</sup>.

Le une e le altre istanze devono in realtà essere tenute in considerazione e contemperate tanto dalla Corte costituzionale quanto dalla Corte EDU. Difatti, quelle che inducono al rispetto e alla salvaguardia delle specificità nazionali (espressione, in definitiva, della persistente rilevanza della sovranità statale) non possono essere ignorate dalla Corte europea, come dimostra il rilievo da questa attribuito alla nota dottrina del margine di apprezzamento nazionale<sup>14</sup>. Allo stesso modo – come attesta l'itinerario giurisprudenziale qui considerato – la Corte costituzionale è consapevole di non poter ignorare i vincoli derivanti dall'adesione dell'Italia alla CEDU e pertanto dell'esigenza che siano garantiti standard di tutela omogenei nel sistema convenzionale, che giustifica il ruolo di interprete qualificato spettante alla Corte EDU. La necessità di ricercare un equilibrio fra queste contrapposte istanze, per come esse si manifestano di volta in volta, in relazione a casi e discipline che giungono ad essere sottoposti all'esame delle due Corti, ha dunque condizionato l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale che ci si accinge a ricostruire; e prevedibilmente, anche in futuro, la stessa necessità indurrà la Consulta a compiere nuove precisazioni degli orientamenti già affermati.

---

<sup>12</sup> Il principio del rispetto dell'«identità nazionale» degli Stati membri, «insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale», è esplicitamente affermato nell'art. 4, par. 2, TUE, nell'ambito di un sistema nel quale similmente si pone il problema di assicurare la conciliazione fra contrapposte istanze di differenziazione (sottese a quel principio, introdotto dal Trattato di Maastricht, e, ancor prima, all'enunciazione della teoria dei c.d. “controlimiti” da parte della Corte costituzionale) e di uniformità (sottese al principio del primato del diritto europeo su quello nazionale). In proposito, v., fra gli altri, M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2016, pp. 1-20; P. FARAGUNA, *Alla ricerca dell'identità costituzionale tra conflitti giurisdizionali e negoziazione politica*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2016, pp. 197-254.

<sup>13</sup> Sulla necessità di contemperare le contrapposte ragioni dell'uniformità e della diversità nello spazio giuridico europeo, particolarmente sul piano dell'interazione fra le Corti, v. G. AMATO, *Corte costituzionale e Corti europee. Fra diversità nazionali e visione comune*, Il Mulino, Bologna, 2015 (spec. le considerazioni svolte alle pp. 105 ss.).

<sup>14</sup> Si vedano, fra gli altri, F. DONATI - P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. FALZEA – A. SPADARO – L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 65-117; J. GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del CEDH: integración y pluralismo europeos*, in L. MEZZETTI – A. MORRONE (a cura di), *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 87-110.

## 2. Il riconoscimento della «funzione interpretativa eminente» spettante alla Corte EDU e le sue implicazioni secondo l'impostazione iniziale

La ricostruzione del percorso di riflessione della Corte costituzionale sul valore della giurisprudenza della Corte EDU nell'ordinamento interno può farsi iniziare dalle tesi affermate nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, perché, come si è già rilevato, le due decisioni segnano uno spartiacque anche sotto questo profilo. Se in precedenza la Consulta tendeva a ignorare quella giurisprudenza<sup>15</sup>, con le sentenze gemelle essa ha superato la propria riluttanza e posto le basi su cui si è sviluppato il successivo confronto con le interpretazioni espresse a Strasburgo.

Non appare necessario, in questa sede, esaminare tutti i contenuti di due pronunce che, per il loro carattere fortemente innovativo, sono state oggetto di innumerevoli analisi e commenti<sup>16</sup>. Né occorre soffermarsi sulla giurisprudenza costituzionale anteriore, se non per ricordare che essa era caratterizzata da una «posizione formalistica», per cui la collocazione della CEDU nel sistema delle fonti non si distingueva da quella attribuita agli altri trattati internazionali (e pertanto coincideva con la collocazione della legge n. 848 del 1955, contenente il corrispondente ordine di esecuzione)<sup>17</sup>; e che vi si escludeva che le disposizioni della Convenzione potessero svolgere la funzione di parametri nel giudizio di legittimità costituzionale (sicché il loro rilievo nell'ambito di tale giudizio era limitato all'uso interpretativo che la Consulta poteva decidere di farne per precisare il significato delle disposizioni costituzionali)<sup>18</sup>.

Indispensabile, per poter avviare la nostra analisi, è invece ricordare che la principale motivazione pratica che ha indotto la Consulta a compiere la svolta fondamentale, vale a dire a riconoscere l'idoneità della CEDU a integrare come norma interposta il parametro dell'art. 117, co. 1, Cost., come riformato dalla legge costituzionale n. 3 del 2001, e conseguentemente anche a mostrare una maggiore considerazione per il ruolo della Corte di Strasburgo e per la sua giurisprudenza, è stata la preoccupazione di arginare la tendenza di una parte dei giudici comuni a disapplicare le norme interne ritenute (dagli stessi giudici)

---

<sup>15</sup> Limitandosi, al più, a effettuare riferimenti alla CEDU con la finalità di «rafforzare» la denuncia del parametro costituzionale o di integrazione dello stesso a fini interpretativi»: cfr. R. ROMBOLI, *L'influenza della Cedu...*, cit., p. 620.

<sup>16</sup> Fra i primi: C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle norme ad essa confliggenti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, pp. 3518-3525; M. CARTABIA, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, *ivi*, 2007, pp. 3564-3574; F. DONATI, *La CEDU nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1, 2008; M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corriere giuridico*, 2008, pp. 201-205; A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1, 2008, pp. 215-222; G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2009, pp. 195-229.

<sup>17</sup> Cfr. R. ROMBOLI, *L'influenza della Cedu*, op. cit., pp. 618-620, dove si ricorda come fosse rimasta isolata la precisazione contenuta in un *obiter dictum* della sentenza n. 10 del 1993 per cui le disposizioni della CEDU costituivano «norme derivanti da una fonte riconducibile a una competenza atipica», come tali non abrogabili da successive disposizioni di legge ordinaria.

<sup>18</sup> *Ibid.*

contrastanti con la CEDU per fare diretta applicazione di quest'ultima<sup>19</sup>. Le sentenze nn. 348 e 349 del 2007, valorizzando il riferimento ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali contenuto nel novellato art. 117, co. 1, Cost. in maniera funzionale a precludere tale possibilità e a dare una più compiuta sistemazione a un insieme di problemi in precedenza solo in parte affrontati (da quello della rilevanza della CEDU nel giudizio di legittimità costituzionale e del fondamento di tale rilevanza a quello, strettamente intrecciato, della posizione della CEDU nel sistema delle fonti), hanno quindi definito le premesse a partire dalle quali la Corte costituzionale ha progressivamente precisato i propri orientamenti sul rilievo delle decisioni della Corte europea. Sotto questo aspetto, l'elemento di precipuo interesse è rappresentato dalla circostanza che il riconoscimento dell'idoneità delle disposizioni della CEDU e dei Protocolli addizionali ratificati dall'Italia a integrare il parametro dell'art. 117, co. 1, Cost. è stato accompagnato dal contestuale riconoscimento della spettanza, in capo alla Corte EDU, di una «funzione interpretativa eminente»<sup>20</sup> del diritto convenzionale, inteso come il *corpus* di tali atti: con il corollario per cui a fungere da norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale sono in concreto le disposizioni convenzionali come interpretate dalla Corte europea<sup>21</sup> e per cui altresì, più in generale, la CEDU deve essere considerata nel significato ad essa attribuito dalla stessa Corte. In questo senso, dalle sentenze pronunciate a Strasburgo deriva un vincolo interpretativo, il cui rispetto si impone al giudice nazionale – vale a dire ai giudici comuni e alla stessa Corte costituzionale – sotto diversi aspetti.

Secondo il ragionamento svolto dalla Consulta, il fatto che la CEDU, all'art. 32, par. 1, abbia affidato il compito di interpretare le proprie norme a un unico giudice è una peculiarità che la distingue dagli altri trattati internazionali ed implica, come «naturale conseguenza», che «tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione»<sup>22</sup>. Questa valorizzazione del ruolo della Corte di Strasburgo e conseguentemente della sua giurisprudenza rispondeva, verosimilmente, al duplice scopo di evitare contrasti giurisprudenziali e di assicurare un'uniforme interpretazione delle disposizioni della CEDU nei diversi Stati che vi hanno aderito<sup>23</sup>. Ne derivavano, in ogni caso, precise implicazioni, riguardanti sia i giudici comuni sia la stessa Corte costituzionale.

<sup>19</sup> Cfr. G. SILVESTRI, *Considerazioni conclusive*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1, 2018, pp. 1-7 (spec. p. 6).

<sup>20</sup> Corte cost., sent. n. 348/2007, cons. n. 4.6.

<sup>21</sup> Cfr. E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corriere giuridico*, n. 7, 2010, pp. 955-965 (spec. pp. 957 ss.).

<sup>22</sup> Corte cost., sent. n. 348/2007, cons. n. 4.6.

<sup>23</sup> Cfr. R. ROMBOLI, *L'influenza della Cedu, op. cit.*, p. 623. Nella sent. n. 348/2007 si afferma (sempre al cons. n. 4.6), che gli Stati contraenti, riconoscendo il ruolo eminente della Corte europea, hanno contribuito «a precisare i loro obblighi internazionali nella specifica materia».

Per un verso, le sentenze “gemelle” limitavano i poteri dei giudici comuni, perché, come si è ricordato, precludevano loro la possibilità di disapplicare la normativa interna che essi avessero ritenuta contrastante con il diritto convenzionale, indicando come via alternativa e obbligata l’incidente di costituzionalità. Sotto altro aspetto, il ruolo dei giudici comuni poteva tuttavia ritenersi valorizzato<sup>24</sup>, perché, prima di giungere eventualmente a sollevare una questione di legittimità costituzionale per la presunta violazione dell’art. 117, co. 1, Cost., essi erano chiamati a operare una duplice interpretazione conforme, in relazione alla Costituzione e alla CEDU. Più precisamente, essi erano obbligati, anzitutto, a verificare la conformità della disposizione della CEDU alla Costituzione e solo in seguito, qualora tale verifica avesse avuto esito positivo, a ricercare un’interpretazione della norma di legge che permettesse di considerarla conforme alla CEDU<sup>25</sup>. In ogni caso, nel riferirsi a quest’ultima, essi avrebbero dovuto considerarla nel significato attribuitole dalla Corte europea.

Allo stesso modo, la Corte costituzionale avrebbe dovuto tenere conto della giurisprudenza della Corte EDU nel rapportarsi con il diritto convenzionale. Tuttavia ciò non significava che la Consulta attribuisse al vincolo derivante dalle sentenze pronunciate a Strasburgo una forza tale da imporle di fare proprie e condividere, sempre e comunque, le interpretazioni in esse contenute. Coerentemente con la premessa generale per cui la CEDU, pur riconosciuta idonea a integrare come norma interposta il parametro dell’art. 117, co. 1, Cost., continuava ad avere rango di fonte primaria, si precisava infatti che, in tutti quei casi in cui la CEDU, come interpretata dal “suo” giudice qualificato, fosse stata da assumersi come parametro del giudizio di legittimità costituzionale, essa sarebbe stata, altresì, oggetto dello stesso giudizio. La Consulta si riservava il potere di esercitare, preliminarmente rispetto al controllo sulla normativa interna sospettata di violare direttamente la CEDU e indirettamente l’art. 117, co. 1, Cost., un controllo circa la conformità della norma interposta di diritto convenzionale alla Costituzione, suscettibile di concludersi con la dichiarazione di illegittimità parziale della legge di adattamento, nella parte in cui quest’ultima avesse permesso l’ingresso nell’ordinamento interno di una norma convenzionale (risultato dell’interpretazione di una disposizione della CEDU da parte della Corte EDU) giudicata contrastante con una norma costituzionale e dunque inidonea a integrare il parametro dell’art. 117 Cost.<sup>26</sup> Al contempo, si chiariva che tale controllo avrebbe dovuto svolgersi con riferimento a tutte le disposizioni della Costituzione<sup>27</sup>: e quindi non soltanto con riferimento ai principi supremi dell’ordinamento

<sup>24</sup> Cfr. E. MALFATTI, *I livelli di tutela*, op. cit., p. 124.

<sup>25</sup> Sull’argomento, v., *ex multis*, A. GUAZZAROTTI, *L’interpretazione conforme alla CEDU: una mappatura a dieci anni dalle sentenze “gemelle” della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1, 2018, pp. 1-26; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme...*, cit. (spec. pp. 455-460), dove – a p. 457 – efficacemente si rileva che l’assunzione delle fonti pattizie come norme interposte «impone un andamento bifasico dell’interpretazione conforme a Costituzione».

<sup>26</sup> Corte cost. sent. n. 348/2007, cons. n. 4.7.

<sup>27</sup> *Ibid.* Cfr. E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze... cit.*, pp. 961 s., dove si sottolineava come la subordinazione delle norme della CEDU, così come vivono nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, all’intera Costituzione fosse un

costituzionale, unici in grado di prevalere come “controlimiti” sul diritto dell’Unione europea, efficace nell’ordinamento interno in base all’art. 11 Cost. (mentre le stesse sentenze “gemelle” esplicitamente escludevano che tale disposizione potesse costituire anche il fondamento dell’efficacia della CEDU e dei suoi protocolli<sup>28</sup>).

Può rilevarsi come il presupposto in base al quale la Corte costituzionale rivendicava per sé il potere di esercitare un controllo preliminare sulle norme convenzionali assunte come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale – l’affermazione della natura subcostituzionale della CEDU – non costituisse affatto una novità rispetto alla sua giurisprudenza anteriore. Viceversa, costituiva una novità di assoluto rilievo la riconosciuta idoneità della CEDU a integrare il parametro dell’art. 117, co. 1, Cost.; e del pari lo era il riconoscimento della «funzione interpretativa eminente» spettante alla Corte di Strasburgo, da cui derivavano l’affermazione del valore vincolante della sua giurisprudenza per il giudice nazionale e la specificazione per cui la CEDU, sia nella veste di parametro interposto sia in quella di oggetto del controllo di legittimità costituzionale, doveva essere considerata nell’interpretazione datane dalla Corte europea.

Per altro verso, è stato sottolineato come, utilizzando l’aggettivo «eminente» con riferimento alla funzione interpretativa spettante alla Corte EDU, la Consulta abbia evitato di ricorrere agli aggettivi “preminente” o “vincolante”, allo scopo (non esplicitato) di lasciare aperta la possibilità di una «contestualizzazione» delle sue interpretazioni da parte del giudice nazionale<sup>29</sup>. Per cui, tenendo conto di ciò, e altresì dell’evidenziata circostanza che la Corte costituzionale si riservava il potere di controllare le norme convenzionali assunte come parametri interposti, doveva concludersi che riconoscere il ruolo di interprete particolarmente qualificato e autorevole spettante alla Corte EDU non implicava un automatico e incondizionato allineamento ai suoi orientamenti<sup>30</sup>.

Ancora, è stato osservato che il riconoscimento del ruolo di interprete «eminente» spettante alla Corte EDU non significava che alle decisioni di quest’ultima fosse stata riconosciuta un’efficacia di fonte del diritto, equiparabile a quella delle sentenze interpretative del diritto dell’UE pronunciate dalla Corte di giustizia: piuttosto, poteva ritenersi che per la Consulta le decisioni della Corte di Strasburgo assumessero, più modestamente, un’efficacia di “diritto vivente”, analoga a quella riconosciuta alla giurisprudenza

---

«caposaldo» della giurisprudenza costituzionale sulla CEDU, al pari del riconosciuto vincolo interpretativo derivante dalle sentenze della Corte EDU.

<sup>28</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 348/2007, cons. n. 3.3. e sent. n. 349/2007, cons. n. 6.1.

<sup>29</sup> Cfr. G. SILVESTRI, *Considerazioni...*, cit., p. 5.

<sup>30</sup> Cfr. ancora Corte cost. sent. n. 348/2007, cons. n. 4.7, dove si precisava che «si deve peraltro escludere che le pronunce della Corte di Strasburgo siano incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali» e che «tale controllo deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall’art. 117, primo comma, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione».

consolidata della Corte di cassazione, dalla quale discende esclusivamente l'obbligo di considerare la norma oggetto del controllo di costituzionalità nel significato attribuitole dal suo interprete qualificato<sup>31</sup>. In ogni caso, il tenore delle affermazioni riferite al valore della giurisprudenza della Corte EDU rinvenibili nelle sentenze gemelle e soprattutto in alcune decisioni pronunciate negli anni immediatamente successivi poteva indurre a ritenere che il giudice nazionale – si fosse trattato dei giudici comuni o della Corte costituzionale, nel momento in cui avesse controllato la conformità di una norma di diritto interno alla CEDU o la conformità della CEDU ai principi costituzionali – non potesse sottrarsi alla necessità di considerare le disposizioni della CEDU nel significato ad esse attribuito dalla Corte di Strasburgo e che a quest'ultima fosse stato riconosciuto un «monopolio interpretativo»<sup>32</sup>.

La Consulta precisava infatti non soltanto che «le norme della CEDU vivono nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea»<sup>33</sup>, ma altresì che la loro «peculiarità», nell'ambito delle norme interposte, «consiste nella soggezione all'interpretazione della Corte di Strasburgo, alla quale gli Stati contraenti, salvo l'eventuale scrutinio di costituzionalità, sono vincolati ad uniformarsi»<sup>34</sup>; e ancora che agli organi interni «è preclusa la possibilità di sindacare l'interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo, cui tale funzione è stata attribuita dal nostro paese senza apporre riserve»<sup>35</sup>. Queste affermazioni potevano giustificare l'impressione che la Corte costituzionale attribuisse alla giurisprudenza della Corte EDU una «autorità di cosa interpretata», tale per cui il giudice nazionale non avrebbe potuto fare a meno di adeguarsi alle interpretazioni in essa enunciate, facendosene mero ripetitore<sup>36</sup>; o comunque inducevano a concludere che l'obbligo internazionale rilevante ai sensi dell'art. 117, co. 1, Cost. fosse attinente alla norma della CEDU così come interpretata dalla Corte EDU<sup>37</sup>. In esse – è stato osservato – si esprimeva una «impostazione rigida»<sup>38</sup>, sbilanciata a favore del magistero interpretativo riconosciuto alla Corte europea e a sfavore dell'autonomia dell'interprete nazionale; senza che peraltro una simile impostazione potesse farsi discendere come un necessità da quanto è stabilito nella CEDU<sup>39</sup>.

<sup>31</sup> In questi termini, R. ROMBOLI, *L'influenza della Cedu, op. cit.*, p. 623. V. anche F. BILANCIA, *Profili evolutivi, op. cit.*, p. 159, dove si osserva che «le sentenze della Corte europea non hanno, non possono avere effetti propriamente normativi nell'ordinamento italiano» o, in altri termini, «non ne modificano il diritto oggettivo con interventi sistematici».

<sup>32</sup> R. ROMBOLI, *L'influenza della Cedu, op. cit.*, pp. 626 s.

<sup>33</sup> Corte cost., sent. n. 348/2007, cons. n. 4.7.

<sup>34</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 39/2008, cons. n. 5.

<sup>35</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 311/2009, cons. n. 6.

<sup>36</sup> Cfr. T. GIOVANNETTI – P. PASSAGLIA, *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2008-2010)*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 313 ss.

<sup>37</sup> Cfr., ad es., G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne... cit.*, pp. 195 ss.

<sup>38</sup> Cfr. F. DONATI, *Il rilievo delle sentenze, op. cit.*, pp. 3 s., dove si rileva che l'art. 32 della Convenzione non prevede l'obbligatorietà *erga omnes* delle decisioni della Corte EDU, e che, in base all'art. 46, il vincolo di interpretazione conforme deve ritenersi circoscritto alle sole sentenze emesse nella medesima controversia.

<sup>39</sup> *Ibid.*

In definitiva, sembra che, per comprendere il significato del riconoscimento del ruolo di interprete «eminente» del diritto convenzionale spettante alla Corte EDU, compiuto in questa fase nei termini sopra evidenziati, occorra considerare come alla base di tale riconoscimento (e più in generale alla base della complessiva svolta rappresentata dalle sentenze “gemelle”) vi siano state più ragioni. Per un verso, la Corte costituzionale ha inteso mostrarsi consapevole che l’adesione dell’Italia alla CEDU comporta l’accettazione di standard minimi di protezione uniformi e conseguentemente anche di standard interpretativi validi per tutti gli Stati aderenti, necessariamente individuati a Strasburgo. Per altro verso (e per una parte non meno significativa), a spiegare i descritti orientamenti ha contribuito la più volte ricordata preoccupazione di precludere ai giudici comuni la possibilità di disapplicare le norme di diritto interno da essi ritenute contrastanti con la CEDU. In altri termini, la Consulta ha voluto attrarre nell’ambito del controllo accentrato di costituzionalità anche il controllo della conformità delle norme interne alla CEDU, in modo da evitare la confusione e l’incertezza (nonché la messa in discussione del ruolo centrale che la stessa Corte rivendicava per sé, valorizzando l’art. 117, co. 1, Cost.), che sarebbero potuti derivare dall’affermarsi di un controllo di convenzionalità diffuso. Può perciò ipotizzarsi che, in questa prima fase, il prevalere di tale preoccupazione<sup>40</sup> abbia indotto la Corte costituzionale a insistere sui vincoli gravanti sui giudici comuni (dall’obbligo della doppia interpretazione conforme a quello di aprire l’incidente di costituzionalità, fino al vincolo interpretativo derivante dalle pronunce della Corte EDU), per converso inducendola a una certa sottovalutazione dei problemi suscettibili di derivare dal verificarsi di divergenze interpretative fra se stessa e la Corte EDU, il cui ruolo «eminente» veniva valorizzato anche nell’ottica ora indicata<sup>41</sup>. Abbastanza presto, tuttavia, la Consulta avrebbe preso atto di tali problemi e sentito il bisogno di meglio precisare il quadro teorico inizialmente tratteggiato.

### **3. Specificazioni, criteri di temperamento e giustificazione delle divergenze: la saga delle “pensioni svizzere” come vicenda esemplare**

A determinare o quantomeno a favorire l’allontanamento della Corte costituzionale dalla rigidità (vera o solo apparente) dell’impostazione che caratterizzava, nella fase immediatamente successiva alla pronuncia delle sentenze gemelle, la sua concezione del vincolo interpretativo derivante dalle sentenze della Corte EDU è dunque stata, verosimilmente, la sopraggiunta constatazione del possibile verificarsi di divergenze fra i propri orientamenti e quelli della Corte europea, con la conseguente presa d’atto delle implicazioni che tale rigidità poteva avere in frangenti di questo tipo. Di fatto, essa ha progressivamente precisato le

---

<sup>40</sup> E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze*, op. cit., p. 957 indica nel corrispondente divieto il «primo caposaldo» del modello affermato nelle sentenze gemelle.

<sup>41</sup> Sebbene nemmeno in questa fase possa parlarsi di sottovalutazione piena, in considerazione di quanto si è già osservato riguardo all’affermato potere di controllo sulla stessa norma convenzionale interposta e riguardo al fatto che l’uso dell’aggettivo “eminente” non implica il riconoscimento di un ruolo “preminente” o “vincolante”.

proprie affermazioni su quel vincolo, in termini tali da escludere la possibilità di attribuirgli carattere assoluto.

La scelta di valorizzare il parametro dell'art. 117, co. 1, Cost. ha fatto sì che in seguito, sempre più spesso e anzi ordinariamente, la Consulta si sia dovuta confrontare con la giurisprudenza della Corte EDU, il cui ruolo autorevole essa aveva riconosciuto nei termini sopra ricordati. In generale, la Corte costituzionale non esita a fare proprie le interpretazioni espresse in quella giurisprudenza qualora, come di solito accade, tali interpretazioni non siano in contraddizione con orientamenti che essa stessa abbia già espresso e anzi le permettano di rafforzare la motivazione di una decisione di accoglimento che può di per sé fondarsi sull'accertata lesione di parametri diversi dall'art. 117, co. 1, Cost.<sup>42</sup> Né mancano casi nei quali l'accertato contrasto di una norma interna con una disposizione convenzionale, nel significato ad esso attribuito dalla Corte EDU, costituisce il motivo di illegittimità costituzionale unico e determinante<sup>43</sup>.

Qualora emergano differenze fra determinati orientamenti enunciati dalla Corte EDU e quelli precedentemente affermati dalla Corte costituzionale su una stessa materia, è invece molto improbabile che la seconda semplicemente adegui la propria giurisprudenza a quella di Strasburgo<sup>44</sup>. In alcuni casi, accade che la Consulta, restia a sposare interpretazioni o argomentazioni già spese dalla Corte EDU, implicanti, al di là della mera dichiarazione di incostituzionalità, un particolare bilanciamento fra i diritti e gli interessi in gioco, applichi una strategia di sostanziale aggiramento, giungendo a pronunciare una sentenza di accoglimento per altra via (ricorrendo, quindi, a una "via di fuga"): la decisione viene fondata su argomentazioni di tipo diverso (implicanti un diverso bilanciamento) e, accertata la violazione di una disposizione costituzionale diversa dall'art. 117, co. 1, Cost., viene dichiarata assorbita la questione riferita al presunto contrasto con norme convenzionali<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> Vari esempi saranno menzionati *infra*, nel seguito di questo lavoro.

<sup>43</sup> Cfr., ad es., Corte cost., sent. n. 187/2010, che ha dichiarato l'illegittimità parziale della disciplina dell'assegno sociale di invalidità perché contrastante con il principio di non discriminazione di cui all'art. 14 CEDU, avuto riguardo al modo in cui questo era stato interpretato dalla Corte di Strasburgo.

<sup>44</sup> Un'eccezione (assai peculiare) è data dalla sent. n. 25/2019, su cui v. *infra*, par. 6.

<sup>45</sup> La sent. n. 278/2013 ha dichiarato incostituzionale una previsione che riconosceva il diritto della madre naturale all'anonimato per una durata di cento anni senza prevedere eccezioni (art. 28, co. 7, l. n. 184/1983, come modif. dalla l. n. 196/2003: disciplina già "assolta" dalla sent. n. 425/2005), dopo che una decisione della Corte EDU (sentenza Godelli c. Italia, del 25 sett. 2012) aveva ritenuto che tale disciplina violasse i diritti della ricorrente figlia naturale data in adozione, perché, non contemplando alcuna forma di reversibilità dell'anonimato, non realizzava alcun bilanciamento fra il diritto assoluto e sostanzialmente perenne della madre e il diritto della figlia a conoscere la propria identità naturale. In questo caso, infatti, la dichiarazione di incostituzionalità è stata fondata sull'accertato contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost., determinato dall'eccessiva rigidità della disciplina impugnata, mentre è stato considerato assorbito il motivo relativo alla presunta violazione dell'art. 117, co. 1, Cost. con riferimento alla sentenza Godelli. La vicenda è portata come esempio in G. AMATO, *Corte costituzionale... cit.*, pp. 64 ss., per illustrare i problemi associati al possibile manifestarsi di divergenze interpretative, ma anche per rilevare come questi siano superabili in concreto: posto che, nonostante nella sent. n. 278/2013 possa leggersi un'implicita volontà della Consulta di non sottomettersi all'indirizzo affermato a Strasburgo, nondimeno l'esito finale (stante la dichiarazione di incostituzionalità) è una sostanziale convergenza. V. altresì E. FRONTONI, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU e Corte costituzionale. Nota a prima lettura sul mancato ricorso all'art. 117, primo comma, Cost., nella sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013*, in *Osservatorio AIC*, n. 1, 2013.

In altri casi, quando la Corte italiana si è trovata nella necessità di scegliere fra la coerenza con la propria giurisprudenza anteriore, nella quale si esprimeva un particolare bilanciamento fra contrapposti diritti e interessi (evidentemente considerato non negoziabile) e il recepimento delle interpretazioni espresse a Strasburgo, implicanti un diverso bilanciamento, è accaduto che essa abbia esplicitato il proprio dissenso. Tipicamente in questi casi essa ha fatto ricorso a una serie di «criteri di temperamento»<sup>46</sup> (o «addomesticamento»<sup>47</sup>), la cui applicazione in vario modo attenua la forza del vincolo interpretativo derivante dalla giurisprudenza della Corte EDU e le permette di giustificare interpretazioni ed esiti divergenti. È il caso poi di rimarcare, prima di passare a illustrare tali criteri, che essi sono stati utilizzati anche e specialmente in ipotesi in cui l'interpretazione espressa dalla Corte europea era contenuta in una sentenza riferita a una controversia originatasi in Italia e anzi riguardava la medesima normativa interna poi sottoposta all'esame della Consulta: sicché quest'ultima non avrebbe potuto invocare, per giustificare un proprio orientamento divergente, la circostanza che l'interpretazione non condivisa fosse stata enunciata per la soluzione di controversie riguardanti altri Stati, senza considerare le peculiarità dell'ordinamento italiano. In quelle stesse ipotesi, si sono dunque verificati i presupposti affinché si originassero alcune di quelle «saghe» che hanno visto contrapposte le due Corti in un dialogo manifestamente conflittuale.

L'introduzione dei menzionati criteri di temperamento, avvenuta a distanza di poco tempo dall'affermazione delle tesi con cui la Corte costituzionale aveva riconosciuto il ruolo della Corte EDU e valorizzato la sua giurisprudenza, non ha comportato la negazione o ritrattazione di quelle tesi, poiché essi sono piuttosto stati presentati (e possono considerarsi) come integrazioni del modello delineato in precedenza. Nondimeno, precisando le posizioni inizialmente espresse, la Consulta ne ha «ridimensionato»<sup>48</sup> la almeno apparente rigidità e ha recuperato più estesi margini di autonomia interpretativa<sup>49</sup> sia per se stessa sia, in certa misura, per i giudici comuni (fermo restando che a questi ultimi resta preclusa la via della diretta disapplicazione delle norme interne ritenute incompatibili con la CEDU). Attraverso l'insieme di quei criteri, essa «si è riservata la valutazione circa la misura in cui la CEDU, come interpretata dalla Corte di Strasburgo, si inserisca nell'ordinamento italiano»<sup>50</sup>: per cui può

---

<sup>46</sup> R. ROMBOLI, *L'influenza della Cedu*, op. cit., p. 627.

<sup>47</sup> Delle norme del diritto convenzionale e delle interpretazioni datane dalla Corte EDU, con l'effetto di «incorporarle» nel diritto costituzionale: cfr. G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, op. cit., p. 251.

<sup>48</sup> R. ROMBOLI, *L'influenza della Cedu*, op. et loc. ult. cit.

<sup>49</sup> O «autonomia di giudizio»: così E. MALFATTI, *I livelli di tutela*, op. cit., p. 128.

<sup>50</sup> R. ROMBOLI, *L'influenza della Cedu*, op. cit., p. 627, facendo propria la formula usata dalla stessa Corte nella sent. n. 264/2012, su cui v. *infra*, in questo stesso par.

ben sostenersi che ne siano derivati una «ricalibratura» delle relazioni fra le due Corti<sup>51</sup> e un riassetto del percorso di riflessione avviato con le sentenze gemelle.

Quanto ai singoli criteri, fra essi è compreso, in primo luogo, quello della «tutela più intensa», affermato già nella sentenza n. 317 del 2009<sup>52</sup>, per cui «il confronto fra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti». Ciò significa, più in particolare, che «il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutele rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento interno» e che pertanto la Consulta «non può consentire che si determini, per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost. una tutela inferiore a quella già esistente in base al diritto interno»; ma lo stesso principio corrispondentemente implica che «neppure può ammetter[si] che una tutela superiore, che sia possibile introdurre per la stessa via, rimanga sottratta ai titolari di un diritto fondamentale»<sup>53</sup>. Il criterio della tutela più intensa non conduce dunque necessariamente a chiudere le porte alla giurisprudenza di Strasburgo, poiché, se da un lato esso comporta che la CEDU, nell'interpretazione data dal suo giudice, non potrà comunque prevalere su una normativa interna più garantista, dall'altro lato esso impone di ritenere prevalente l'interpretazione espressa dalla Corte europea, qualora questa assicuri maggiori garanzie. Tuttavia, il possibile ingresso della giurisprudenza della Corte EDU nell'ordinamento interno è subordinato all'esito del controllo (basato sul confronto fra i livelli di tutela garantiti) che la Corte costituzionale riserva per sé: ed è questa circostanza a essere significativa nell'ottica di un recupero di autonomia di giudizio.

L'applicazione del criterio è però problematica, perché non sempre risulta semplice stabilire con esattezza quale tra i due sistemi (convenzionale e costituzionale) assicuri un livello di tutela più elevato: ciò dipende dalla circostanza – ampiamente sottolineata in dottrina – che i diritti, per loro natura, devono essere bilanciati con altri diritti e interessi, con la conseguenza che garantire una più intensa tutela di un particolare diritto di norma comporterà la diminuzione della tutela garantita a un altro<sup>54</sup>. Inoltre, se

---

<sup>51</sup> Cfr. E. MALFATTI, *I livelli di tutela*, op. cit., pp. 126 ss., con particolare riferimento agli orientamenti espressi nella sent. n. 236/2011, ovvero alla particolare lettura della nozione di «margine di apprezzamento e adeguamento» lì affermata, implicante la possibilità, per la Corte costituzionale, di «apprezzare la giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente» e quindi di «tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma è destinata a inserirsi» (cfr. cons. n. 9, con esplicito richiamo della sent. n. 311/2009).

<sup>52</sup> Su cui v., ad es., A. RANDAZZO, *Alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali attraverso il “dialogo” tra le Corti*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), oltre agli ampi riferimenti in F. BILANCIA, *Profili evolutivi*, op. cit., spec. pp. 145 ss.

<sup>53</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 317/2009, cons. n. 7.

<sup>54</sup> Cfr., fra gli altri, E. MALFATTI, *I livelli di tutela*, op. cit., p. 126; similmente, G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, op. cit., p. 250, nonché G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Einaudi, Torino, 2017, *passim*; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme*, op. cit., pp. 458 s., dove si osserva che «la proliferazione dei diritti [...] non è, di per sé, un dato positivo, né garantisce, da sola, una migliore tutela della persona umana», in definitiva perché «ogni [nuovo] diritto è un costo per un altro diritto».

L'inevitabile indeterminatezza della nozione di tutela più intensa implica «uno spazio per l'interprete nel concretizzare la stessa riguardo ai singoli casi»<sup>55</sup>, ciò comporta non solo un recupero di autonomia, ma anche un rischio di arbitrarietà<sup>56</sup>.

Ulteriori criteri di temperamento, fra loro sostanzialmente equivalenti, sono quelli della «valutazione sistemica» o del «bilanciamento», che in alcuni casi sono esplicitamente ricollegati al «margine di apprezzamento»<sup>57</sup> nazionale, di cui sarebbero espressione; e ancora quello della «integrazione delle tutele». Tutti sono strettamente connessi fra loro e a quello della tutela più intensa, in quanto si implicano a vicenda e in quanto complessivamente permettono alla Consulta di tenere conto di tutti gli interessi costituzionalmente rilevanti che possono giustificare interpretazioni divergenti da quelle espresse dalla Corte EDU, e quindi anche la “salvezza” di normative nazionali non del tutto compatibili con queste ultime.

Una vicenda o “saga” esemplare (del resto assai nota), il cui svolgimento illustra efficacemente l'applicazione dei criteri già menzionati e ne rende manifesta la funzione, è quella c.d. delle “pensioni svizzere”. Essa deve questa denominazione al fatto che le due Corti hanno espresso valutazioni divergenti riguardo a una norma interna<sup>58</sup>, autoqualificata di interpretazione autentica, che, con finalità di contenimento della spesa pubblica, precisava il significato della disciplina relativa alla determinazione del trattamento pensionistico spettante a quei cittadini italiani che, dopo aver prestato attività lavorativa e versato i corrispondenti contributi previdenziali in Svizzera, li avessero trasferiti in Italia. Più precisamente, l'interpretazione così imposta comportava, con effetto retroattivo, esteso ai giudizi non ancora conclusi, una riduzione delle retribuzioni erogate in favore degli stessi soggetti dal sistema previdenziale italiano.

L'antefatto della saga è da rinvenirsi nella sentenza n. 172 del 2008, con cui la Corte costituzionale aveva rigettato le questioni di legittimità costituzionale sollevate per il presunto contrasto fra la menzionata norma interpretativa e gli artt. 3, co. 1, Cost. (principio del legittimo affidamento dei beneficiari nella certezza del diritto e principio di uguaglianza), 35, co. 4, Cost. (principio della tutela del lavoro all'estero) e 38, co. 2, Cost. (diritto alle tutele previdenziali): la Consulta aveva infatti ritenuto che tale norma assegnasse alla disposizione interpretata un significato che sarebbe stato possibile desumerne già in

---

<sup>55</sup> Così R. ROMBOLI, *L'influenza della Cedu, op. cit.*, p. 627.

<sup>56</sup> Cfr. M. LUCIANI, *Interpretazione conforme, op. cit.*, il quale non solo ritiene che «nella pratica» sia «impossibile comprendere cosa si intenda per massimizzazione della tutela dei diritti» (p. 459), ma altresì, in generale, denuncia il rischio di un «assoluto arbitrio dell'interprete» associato alla lettura internazionalmente conforme della Costituzione (pp. 451 s.).

<sup>57</sup> Per tale criterio v. le già citate sentt. nn. 311 e 317/2009 (con la nota di F. BILANCIA, *Con l'obiettivo di assicurare l'effettività degli strumenti di garanzia la Corte costituzionale italiana funzionalizza il “margine di apprezzamento” statale, di cui alla giurisprudenza della CEDU, alla garanzia degli stessi diritti fondamentali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6, 2009, pp. 4772-4779) e 236/2011, nonché la sent. n. 303/2011.

<sup>58</sup> Art. 1, co. 777, l. n. 296/2006.

precedenza e che, in questo modo, assicurasse la complessiva razionalità del sistema previdenziale, evitando che gli interessati, per il fatto di aver versato in Svizzera una contribuzione «esigua», ottenessero benefici pari a quelli che chi aveva prestato attività lavorativa soltanto in Italia avrebbe potuto conseguire «solo grazie ad una contribuzione molto più gravosa»<sup>59</sup>.

Una divergenza si è quindi manifestata, in primo luogo, quando la Corte EDU, con la sentenza Maggio del 31 maggio 2011, pronunciata in risposta a un ricorso diretto, ha ritenuto che con la stessa norma di interpretazione autentica il legislatore fosse intervenuto in modo decisivo per impedire che l'esito del procedimento in cui i ricorrenti erano parti fosse loro favorevole: la decisione accertava pertanto una violazione dei diritti dei ricorrenti fondata sull'art. 6, par. 1, CEDU, in cui è enunciato il principio del giusto processo; mentre escludeva che la riduzione della pensione comportasse anche la violazione l'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla CEDU, che tutela la proprietà.

La divergenza è poi divenuta più evidente quando la Corte costituzionale, chiamata nuovamente a esprimersi sulla stessa disciplina, ha pronunciato la sentenza n. 264 del 2012: la decisione ha infatti rigettato la questione sollevata per la presunta violazione dell'art. 117, co. 1, Cost. in relazione all'art. 6 CEDU, come interpretato nella sentenza Maggio, perché, basandosi sull'applicazione dei criteri temperamento sopra menzionati, ha ritenuto che l'intervento legislativo a carattere retroattivo fosse giustificato da preminenti interessi generali di rilevanza costituzionale. La pronuncia è meritevole di speciale attenzione anche per la chiarezza con cui illustra il fondamento e la funzione di tali criteri, spiegando come essi risultino concatenati.

Nel dettaglio, dopo aver ribadito che «il confronto tra tutela prevista dalla Convenzione e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie», la Corte costituzionale precisa che in tale affermazione deve ritenersi compreso anche il concetto del «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»<sup>60</sup>. Ciò la conduce, subito dopo, a precisare che «il richiamo al “margine di apprezzamento” nazionale elaborato dalla stessa Corte di Strasburgo, e rilevante come temperamento alla rigidità dei principi formulati in sede europea, deve essere sempre presente nelle valutazioni di questa Corte, cui non sfugge che la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro»<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 172/2008, *cons.* n. 2.

<sup>60</sup> Una simile esigenza di «bilanciamento» era stata affermata già nella sent. n. 348/2007, come ricordato *supra*.

<sup>61</sup> Corte cost., sent. n. 264/2012, *cons.* n. 4.1

Quindi, dopo aver ribadito, in linea con quanto affermato nelle sentenze gemelle e in varie decisioni successive<sup>62</sup>, di non potere «sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella data in occasione della sua applicazione al caso di specie dalla Corte di Strasburgo, con ciò superando i confini delle proprie competenze in violazione di un preciso impegno assunto dallo Stato italiano con la sottoscrizione e la ratifica, senza l'apposizione di riserve, della Convenzione», nondimeno puntualizza di essere «tenut[a] a valutare come ed in quale misura l'applicazione della Convenzione da parte della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano»<sup>63</sup>. Ciò significa, in particolare, che, «la norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., come norma interposta, diviene oggetto di bilanciamento, secondo le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza»<sup>64</sup>.

La Consulta specifica ulteriormente che tali operazioni, per come essa le intende, sono «volte non già all'affermazione della primazia dell'ordinamento nazionale, ma alla integrazione delle tutele»<sup>65</sup>. Questo compito implica l'armonizzazione delle due giurisprudenze contrastanti, che la stessa Consulta evidentemente ritiene di poter realizzare meglio di qualsiasi altro interprete in considerazione della propria posizione e del proprio ruolo<sup>66</sup>; e l'applicazione dei principi illustrati, funzionale al suo assolvimento, conduce in concreto a ribadire (in linea con quanto già affermato dalla sent. n. 172 del 2008 e «anche in ossequio al vincolo derivante dell'art. 81, co. 4 Cost.»), la preminente rilevanza dell'interesse alla razionalità complessiva del sistema previdenziale, nel quale la corrispondenza tra risorse disponibili e prestazioni erogate, in quanto impedisce «alterazioni della disponibilità economica a svantaggio di alcuni contribuenti ed a vantaggio di altri», è funzionale a garantire il rispetto dei principi di uguaglianza e di solidarietà, dei quali si sottolinea il carattere «fondante» e la conseguente «posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali»<sup>67</sup>.

Se una parte della dottrina, dopo la pronuncia della sentenza n. 264 del 2012, riconobbe l'esistenza di un fondamento oggettivo per il ricorso al criterio della «valutazione sistemica» e per l'applicazione fattane, individuandolo nella diversità dei ruoli e delle funzioni delle due Corti, nonché nella diversità dei rispettivi tipi di decisione e dei loro effetti<sup>68</sup>, altri commentatori rilevarono come la Corte costituzionale, attraverso il paragone fra tale tipo di valutazione, per sé rivendicata, e la tutela «parcellizzata» della Corte EDU,

<sup>62</sup> Sono richiamate le sentt. nn. 39/2008, 239 e 311/2009, 93/2010, 1, 113 e 236/2011.

<sup>63</sup> Corte cost. sent. n. 264/2012, *cons.* n. 4.2.

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> *Ibid.*

<sup>66</sup> Cfr. R. ROMBOLI, *L'influenza della Cedu, op. cit.*, p. 633.

<sup>67</sup> *Cons.* n. 5.3.

<sup>68</sup> Cfr. F. BILANCIA, *Leggi retroattive ed interferenza nei processi in corso: la difficile sintesi di un confronto dialogico tra Corte costituzionale e Corte europea fondato sulla complessità del sistema dei reciproci rapporti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6, 2012, pp. 4235-4242.

configurasse «quasi un'*actio finium regundorum*», diretta a circoscrivere l'impatto della giurisprudenza di Strasburgo sull'ordinamento interno<sup>69</sup>; o comunque sottolinearono come la Consulta avesse mirato in concreto a giustificare il proprio dissenso rispetto a un orientamento non gradito<sup>70</sup> e di fatto, per non dover sottostare al vincolo derivante dalla sentenza Maggio, avesse applicato la teoria dei controlimiti, già formulata con riferimento al diritto comunitario<sup>71</sup>.

La saga è proseguita, perché una seconda decisione della Corte EDU (sentenza Stefanetti, del 15 aprile 2014) ha ritenuto che la norma interpretativa, oltre ad essere lesiva del principio dell'art. 6, par. 1 CEDU, non assicurasse un adeguato bilanciamento fra le pretese di natura patrimoniale dei ricorrenti e i contrapposti interessi, bensì comportasse un eccessivo onere a carico degli stessi soggetti, incidendo sul loro stile di vita e ostacolandone il godimento in modo sostanziale, con conseguente violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1.

Infine, con la sentenza n. 166 del 2017, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile una questione di legittimità costituzionale dell'art. 117, co. 1, Cost. in relazione a entrambe le disposizioni convenzionali, come interpretate dalla Corte EDU nella sentenza Stefanetti. In particolare, con riferimento all'unico nuovo motivo di censura, vale a dire l'accertato contrasto con l'art. 1 del Protocollo 1, la Consulta ha posto in risalto le peculiarità della situazione dei ricorrenti nel caso da ultimo esaminato a Strasburgo e ha quindi, in primo luogo, negato che la sentenza Stefanetti avesse in generale «contraddetto, o comunque superato, la valutazione di compatibilità» con quel parametro già espressa nella sentenza Maggio (come aveva sostenuto invece il giudice *a quo*)<sup>72</sup>. In secondo luogo, pur riconoscendo che per i soggetti in posizione analoga a quella dei ricorrenti nella sentenza Stefanetti (e per essi soltanto) la riduzione del trattamento pensionistico risultava in concreto sproporzionata e lesiva del parametro convenzionale (oltre che degli artt. 3 e 38 Cost.), e pur considerando necessaria la «indicazione di una soglia (fissa o proporzionale) e di un non superabile limite di riducibilità delle «pensioni svizzere»» per la «*reductio ad legitimitatem*» della disposizione impugnata, essa ha ritenuto che questa potesse compiersi solo attraverso

---

<sup>69</sup> Cfr. C. PINELLI, «Valutazione sistematica» versus «valutazione parcellizzata»: un paragone con la Corte di Strasburgo, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6, 2012, pp. 4228-4232, dove si notava altresì che la «rivendicazione di un proprio monopolio sul bilanciamento fra diritti» rivelava soprattutto l'intento di «marcare le distanze da Strasburgo» e di escludere la «portata costituzionale» della tutela apprestata dalla Corte EDU.

<sup>70</sup> Cfr. A. 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* («*prima lettura*» di Corte cost. n. 264 del 2012), in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it).

<sup>71</sup> B. CONFORTI, *La Corte costituzionale applica la teoria dei controlimiti*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 2, 2013, pp. 527-530.

<sup>72</sup> Corte cost., sent. n. 166/2017, cons. n. 4.2.

«la scelta tra una pluralità di soluzioni rimessa, come tale, alla discrezionalità del legislatore»<sup>73</sup>, che ha sollecitato a intervenire per porre rimedio al «al grave problema segnalato dalla Corte di Strasburgo»<sup>74</sup>.

#### **4. Chiusura difensiva e richiamo all'ordine: la teoria del “diritto consolidato” nella sentenza n. 49 del 2015**

Nell'ambito della giurisprudenza costituzionale successiva alle sentenze gemelle, il momento nel quale la rivendicazione di autonomia si manifesta in maniera più forte ed esplicita è identificabile nella sentenza n. 49 del 2015, dove sono enunciate tesi innovative, che ridimensionano significativamente il vincolo interpretativo derivante dalle pronunce della Corte di Strasburgo. Come si avrà modo di evidenziare, la Consulta indica, come principale motivazione della svolta, l'esigenza di rendere possibile un confronto costruttivo fra il giudice nazionale (i giudici comuni e la stessa Consulta) e la Corte EDU; ma le implicazioni che essa trae da questa premessa sembrano rivelare, nella sostanza, un atteggiamento di chiusura difensiva, più che di apertura al confronto.

La decisione si inserisce all'interno di un'altra saga, riguardante la disciplina italiana in materia di confisca di terreni e immobili in caso di lottizzazione abusiva<sup>75</sup>. Il profilo critico di tale disciplina, sotto l'aspetto della compatibilità con le norme convenzionali, è rappresentato dalla possibilità che questo particolare tipo di confisca sia disposto dal giudice penale non solo nel caso in cui il processo a cui sono sottoposti gli imputati del reato di lottizzazione abusiva si concluda con una sentenza di condanna, ma anche (per il rilievo attribuito dal legislatore italiano agli interessi relativi alla tutela dell'ambiente e del territorio), nel caso in cui, nonostante l'accertamento della loro responsabilità, sia pronunciata una sentenza di proscioglimento.

Iniziata con una decisione della Corte di Strasburgo, secondo cui la confisca per lottizzazione abusiva, se disposta in caso di assoluzione per errore di diritto scusabile, doveva ritenersi lesiva dell'art. 7 CEDU e dell'art. 1 del Protocollo 1, in base al presupposto per cui tale confisca avrebbe dovuto essere considerata una sanzione penale ai fini dell'applicazione delle garanzie previste da quelle disposizioni (sentenza 20 gennaio 2009, *Sud Fondi srl e altri contro Italia*), la saga era proseguita con una prima pronuncia della Corte costituzionale, che aveva dichiarato inammissibili alcune questioni sollevate nei confronti della medesima disciplina<sup>76</sup>, perché aveva ritenuto che il giudice *a quo* non le avesse adeguatamente motivate

---

<sup>73</sup> Cons. n. 7.

<sup>74</sup> Cons. n. 8. Sulla complessiva vicenda che si è appena illustrata, v. sintetici rilievi in G. MAMMONE, *Il dialogo tra le corti europee e le corti nazionali tra continuità ed evoluzione di sistema*, in G. PITRUZZELLA – O. POLLICINO – M. BASSINI (a cura di), *Corti europee e democrazia. Rule of law, indipendenza e accountability*, Bocconi Editore, Milano, 2019, pp. 55-76 (cfr. spec. pp. 68 ss.).

<sup>75</sup> Art. 44, co. 2. DPR n. 380/2001.

<sup>76</sup> Per la presunta violazione degli artt. 3, 25, co. 2 e 27, co. 1, Cost.: l'art. 117, co. 1, Cost. non era indicato come parametro nell'ordinanza di rimessione, ma il giudice *a quo* faceva riferimento alla decisione della Corte EDU del 30

sotto l'aspetto della rilevanza e nemmeno avesse dimostrato l'impossibilità di operare un'interpretazione conforme al diritto convenzionale (sentenza n. 239 del 2009).

La Corte europea aveva quindi pronunciato la sentenza 29 ottobre 2013, *Varvara* contro Italia, secondo cui le disposizioni convenzionali già indicate dovevano ritenersi violate anche nell'ipotesi in cui la confisca fosse stata disposta con sentenza di proscioglimento per prescrizione del reato. La Corte costituzionale, chiamata a esprimersi sulla compatibilità fra la disciplina in questione e l'art. 117, co. 1, Cost., in relazione all'interpretazione espressa nella sentenza *Varvara*, ha risposto con la sentenza n. 49 del 2015. La decisione ha dichiarato inammissibile la questione sollevata, perché la Consulta ha ritenuto che questa fosse basata su un'erronea interpretazione della sentenza della Corte EDU, la quale non avrebbe escluso la possibilità di dare una lettura sostanziale della nozione di condanna, tale per cui la confisca potrebbe essere comunque legittimamente disposta qualora vi sia stato un accertamento di responsabilità, pur in difetto di una pronuncia che l'ordinamento formalmente qualifichi come sentenza di condanna<sup>77</sup>.

La sentenza n. 49 del 2015 costituisce una tappa fondamentale del percorso di riflessione sull'efficacia della giurisprudenza della Corte EDU nell'ordinamento interno, perché, allo scopo di motivare le conclusioni ora descritte (o comunque con tale pretesto), vi si compiono nuove precisazioni di carattere generale, che implicano un salto qualitativo rispetto ai criteri di temperamento già collaudati. La Corte costituzionale sottopone a una complessiva rilettura gli orientamenti che aveva già enunciato a partire dalle sentenze gemelle, svolgendo argomentazioni che riaffermano con forza il primato della Costituzione rispetto alla CEDU e circoscrivono il vincolo interpretativo derivante dalle pronunce della Corte EDU, in maniera tale da riguadagnare più estesi margini di autonomia.

La svolta è determinata dall'enunciazione di nuova teoria, quella del «diritto consolidato», secondo cui i giudici comuni devono considerarsi vincolati dagli orientamenti espressi a Strasburgo esclusivamente in particolari ipotesi, indicate e tipizzate dalla stessa Consulta: in questo modo viene innalzato uno «steccato»<sup>78</sup> difensivo, che in generale rende più difficile la penetrazione di quegli orientamenti e in particolare, almeno al di fuori di quelle particolari ipotesi, dispensa la Corte costituzionale dalla necessità di ricorrere ai già indicati criteri di temperamento per giustificare la divergenza da orientamenti non condivisi.

Questa teoria non può pienamente comprendersi se non tenendo conto del primato della Costituzione rispetto alla CEDU, affermato già nelle sentenze gemelle, ma ribadito con enfasi nella sentenza n. 49 del 2015, che ne evidenzia le implicazioni per quel che riguarda specificamente i doveri dei giudici comuni e

---

agosto 2007 (decisione di ricevibilità sul ricorso n. 75909/01, dal quale sarebbe derivata la sentenza *Sud Fondi srl*), per sostenere che la confisca disciplinata dalla norma censurata avesse natura penale e non amministrativa e che pertanto tale norma fosse contrastante con i citati parametri costituzionali relativi alla responsabilità penale.

<sup>77</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 49/2015, *cons.* n. 7.1.

<sup>78</sup> L'espressione è ripresa da F. DONATI, *Il rilievo delle sentenze*, *op. cit.*, p. 13.

i limiti dell'efficacia della giurisprudenza della Corte EDU. A questo proposito, il caso esaminato offre l'occasione per precisare, anzitutto, che «il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU [...] è ovviamente, subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU». Sebbene la Consulta dichiara di ritenere che «il più delle volte, l'auspicabile convergenza degli operatori giuridici e delle Corti costituzionali e internazionali verso approcci condivisi, quanto alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, offrirà una soluzione del caso concreto capace di conciliare i principi desumibili da entrambe queste fonti», con evidenza le interessa soprattutto chiarire che, «nelle ipotesi estreme in cui tale via appaia sbarrata, è fuor di dubbio che il giudice debba obbedienza anzitutto alla Carta repubblicana»<sup>79</sup>.

Seguendo la medesima linea argomentativa, e richiamando un orientamento espresso già nella sentenza n. 236 del 2011, si sottolinea quindi che «i canoni dell'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata debbono [...] trovare applicazione anche nei confronti delle sentenze della Corte EDU, quando di esse [...] non si è in grado di cogliere con immediatezza l'effettivo principio di diritto che il giudice di Strasburgo ha inteso affermare per risolvere il caso concreto»<sup>80</sup>. Si specifica poi ulteriormente che, «in tali evenienze, non comuni ma pur sempre possibili, a fronte di una pluralità di significati potenzialmente compatibili con il significante, l'interprete è tenuto a collocare la singola pronuncia nel flusso continuo della giurisprudenza europea, per ricavarne un senso che possa conciliarsi con quest'ultima, e che, comunque, non sia di pregiudizio per la Costituzione»<sup>81</sup>.

Simili puntualizzazioni preludono all'enunciazione della teoria del «diritto consolidato»: se per quest'ultima sono indicate motivazioni più specifiche (di cui si dirà dopo averne sintetizzato i contenuti), è nondimeno evidente che essa risulta coerente con le premesse generali già evidenziate. La Corte ricollega altresì questa nuova teoria ad alcuni orientamenti enunciati in precedenti decisioni, secondo cui il giudice comune è tenuto a uniformarsi alla «giurisprudenza europea consolidata sulla norma conferente», «in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza»<sup>82</sup>, fermo il margine di apprezzamento che compete allo Stato membro<sup>83</sup>. Tuttavia, essa non si limita a ripetere quanto già affermato, ma ne trae la conclusione, più «rotonda» (equivalente, per così dire, a un'interpretazione «autentica» di quegli orientamenti) che «è, pertanto, solo un «diritto consolidato», generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun

---

<sup>79</sup> *Cons. n. 4.*

<sup>80</sup> *Cons. n. 6.1.*

<sup>81</sup> *Ibid.*

<sup>82</sup> Cfr. sentt. n. 311/2009 e nn. 236 e 303/2011.

<sup>83</sup> Cfr. sentt. n. 15/2012 e n. 317/2009.

obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo»<sup>84</sup>.

Più precisamente, Il vincolo interpretativo che, sulla base di quanto è stato affermato fin dalle sentenze gemelle, la giurisprudenza della Corte EDU comporta in generale per il giudice nazionale sussiste, per tutti i giudici diversi da quello della controversia che ha originato la decisione della Corte di Strasburgo (sempre tenuto a conformarsi alle interpretazioni fornite in quella decisione), soltanto in due ipotesi: nel caso in cui l'interpretazione fornita in una decisione della Corte EDU possa considerarsi, per l'appunto, espressione di un «diritto consolidato» – ciò che deve escludersi in presenza di particolari «indici» di discernimento o «indizi», di cui la sentenza n. 49/2015 fornisce un elenco ad uso degli stessi giudici comuni<sup>85</sup>; oppure nell'ipotesi, equiparata alla prima, in cui l'interpretazione sia contenuta in una c.d. «sentenza pilota»<sup>86</sup>. Il giudice interno sarà pertanto vincolato dalle interpretazioni espresse dalla Corte EDU esclusivamente nelle ipotesi ora indicate; mentre al di fuori di queste ipotesi, e in particolare quando la verifica basata sugli indici elencati dalla sentenza n. 49 del 2015 porti a concludere che un orientamento manifestato in una particolare pronuncia della Corte EDU non sia sufficientemente consolidato, questo orientamento (o, detto altrimenti, la pronuncia in questione) non sarà vincolante, né per i giudici comuni in generale né, ovviamente, per la Corte costituzionale<sup>87</sup>.

Oltre a ciò, la Consulta ritiene di dover specificare le regole di condotta a cui i giudici comuni dovranno attenersi nel confrontarsi con gli orientamenti espressi dalla Corte EDU, in maniera tale che risulti sempre assicurato, nell'ipotesi in cui possa ravvisarsi un contrasto fra tali orientamenti (siano essi consolidati o meno) e la Costituzione, il primato di quest'ultima.

Più in particolare, nelle stesse ipotesi tipizzate in cui il vincolo interpretativo sussiste, qualora il giudice ritenga che altresì sussista un contrasto fra una norma interna (di rango ordinario) e una norma convenzionale (vale a dire, un orientamento della Corte EDU che sia consolidato o espresso in una sentenza pilota), non superabile in via interpretativa, egli è tenuto a sollevare una questione di legittimità costituzionale per la presunta violazione dell'art. 117, co. 1, Cost.: di modo che la Consulta possa,

---

<sup>84</sup> Sent. n. 49/2015, *cons.* n. 7.

<sup>85</sup> Su tali indici, v. più dettagliatamente *infra*, nel testo.

<sup>86</sup> A questo tipo di sentenza la Corte EDU può ricorrere, ai sensi dell'art. 61 del suo Regolamento, «quando i fatti all'origine di un ricorso presentato innanzi ad essa, rivelano l'esistenza, nella Parte contraente interessata, di un problema strutturale o sistemico o di un'altra disfunzione simile che ha dato luogo o potrebbe dare luogo alla presentazione di altri ricorsi analoghi». Essa se ne serve per un duplice scopo: indicare allo Stato interessato le misure da adottare per risolvere problemi strutturali e gestire casi simili a quello preso in esame; garantire la rapida trattazione dei numerosi casi simili già pendenti o previsti come effetto del medesimo problema strutturale (che può essere di natura legislativa o derivare da prassi diffuse a livello nazionale, ma comunque genera violazioni ripetitive che producono numerosi ricorsi): cfr. V. ZAGREBELSKY – R. CHENAL – L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2019, pp. 472-475.

<sup>87</sup> Cfr. ancora il *cons.* n. 7 della sent. n. 49/2015.

nell'ambito del giudizio così instaurato, controllare in primo luogo la conformità alla Costituzione della norma interposta corrispondente al risultato stabilizzato della giurisprudenza della Corte europea e, nel caso in cui il controllo abbia esito negativo, dichiarare l'illegittimità della legge di adattamento nella parte in cui questa permette l'ingresso nell'ordinamento interno di tale norma interposta<sup>88</sup>.

Per contro, nel caso in cui lo stesso giudice comune nutra un dubbio circa la compatibilità con la Costituzione di una norma convenzionale che non costituisca «diritto consolidato» (vale a dire, di un particolare significato attribuito dalla Corte EDU a una disposizione della CEDU sulla base di un'interpretazione che non possa ritenersi «consolidata»), egli non dovrà ritenersi vincolato da tale norma, bensì dovrà preferirle un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione in questione: sicché non vi sarà nemmeno bisogno, in questo caso, di sollevare la questione di legittimità costituzionale<sup>89</sup>.

## 5. Giustificazioni della svolta, sue implicazioni e profili critici

Le ragioni addotte dalla Corte costituzionale per giustificare la nuova teoria enunciata nella sentenza n. 49 del 2015 sono essenzialmente di due ordini. Esse sono efficacemente sintetizzate nel passaggio della decisione in cui si osserva che il nucleo di quella teoria – l'asserzione per cui il vincolo interpretativo per il giudice nazionale sussiste solo in presenza di una giurisprudenza della Corte EDU che possa considerarsi «diritto consolidato» – per un verso, «si accorda con i principi costituzionali, aprendo la via al confronto costruttivo tra giudici nazionali e Corte EDU sul senso da attribuire ai diritti dell'uomo»; per altro verso, «si rivela confacente rispetto alle modalità organizzative del giudice di Strasburgo»<sup>90</sup>.

Rileva dunque, in primo luogo, l'esigenza di permettere che, fra la Corte EDU e le autorità giudiziarie nazionali, si svolga un «confronto costruttivo» per la precisazione del significato da attribuire alle disposizioni della CEDU. Occorre che i giudici comuni e la stessa Consulta possano contribuire al processo che porta al consolidamento delle interpretazioni della Corte europea, mediante le quali si specifica il livello minimo di tutela uniforme dei diritti riconosciuti dalla CEDU: la giurisprudenza «consolidata» e vincolante della Corte di Strasburgo è intesa come il prodotto del dialogo fra questa e gli interpreti nazionali.

Più precisamente, l'esigenza del confronto costruttivo (e con essa la teoria del diritto consolidato) viene fatta discendere dall'esigenza di contemperare due distinti interessi, entrambi di dignità costituzionale, considerati sottesi, rispettivamente, al riconoscimento dello speciale ruolo spettante alla Corte EDU e al principio costituzionale per cui il giudice, nell'esercizio delle sue funzioni, è soggetto soltanto alla legge.

---

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

<sup>89</sup> *Ibid.*

<sup>90</sup> *Ibid.*

La «primaria esigenza di diritto costituzionale che sia raggiunto uno stabile assetto interpretativo sui diritti fondamentali, cui è funzionale, quanto alla CEDU, il ruolo di ultima istanza riconosciuto alla Corte di Strasburgo», deve essere temperata con il principio dell'art. 101, co. 2, Cost., nel quale «si esprime l'esigenza che il giudice non riceva se non dalla legge l'indicazione delle regole da applicare nel giudizio, e che nessun'altra autorità possa quindi dare al giudice ordini o suggerimenti circa il modo di giudicare in concreto»<sup>91</sup>. Alla Consulta preme chiarire che «ciò vale anche per le norme della CEDU, che hanno ricevuto ingresso nell'ordinamento giuridico interno grazie a una legge ordinaria di adattamento»<sup>92</sup>.

Tutto ciò spiega perché, nonostante il ruolo eminente spettante alla Corte EDU, gli operatori giuridici nazionali non possano considerarsi meri esecutori, «passivi ricettori di un comando esecutivo impartito altrove nelle forme della pronuncia giurisdizionale, quali che siano le condizioni che lo hanno determinato». Più in particolare, spiega perché gli stessi soggetti non possano «ignorare l'interpretazione della Corte EDU, una volta che essa si sia consolidata in una certa direzione», bensì debbano porla a fondamento del proprio processo interpretativo; ma anche, per converso, perché «nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo»<sup>93</sup>.

Come ulteriore giustificazione, strettamente connessa alla prima, viene addotta la necessità di considerare le peculiari modalità con cui la Corte di Strasburgo è organizzata e opera. Poiché essa «si articola per sezioni, ammette l'opinione dissenziente, ingloba un meccanismo idoneo a risolvere un contrasto interno di giurisprudenza, attraverso la rimessione alla Grande Camera», deve desumersi che «è la stessa CEDU a postulare il carattere progressivo della formazione del diritto giurisprudenziale, incentivando il dialogo fino a quando la forza degli argomenti non abbia condotto definitivamente ad imboccare una strada, anziché un'altra»: un dialogo che – si sottolinea – non si esaurisce «nel rapporto dialettico tra i componenti della Corte di Strasburgo, venendo invece a coinvolgere idealmente tutti i giudici che devono applicare la CEDU, ivi compresa la Corte costituzionale»<sup>94</sup>. E' questo il passaggio della decisione in cui più apertamente la Consulta rivendica per sé un ruolo autonomo e certo non subordinato nel confronto diretto ad attribuire un significato alle disposizioni della CEDU e ad assicurare che queste siano interpretate in un modo che garantisca non la semplice uniformità, bensì un'uniformità basata su un approccio collaborativo.

Del peculiare modo in cui la Corte EDU è organizzata e assume le proprie decisioni si tiene conto anche nel distinto passaggio in cui sono elencati gli «indici idonei ad orientare il giudice nazionale nel suo

---

<sup>91</sup> Così secondo le sentt. nn. 40/1964 e 234/1976, citate sempre nel *cons.* n. 7 della sent. n. 49/2015.

<sup>92</sup> Cfr. ancora il *cons.* n. 7 della sent. n. 49/2015.

<sup>93</sup> *Ibid.*

<sup>94</sup> *Ibid.*

percorso di discernimento», da impiegarsi per stabilire «se una certa interpretazione delle disposizioni della CEDU abbia maturato a Strasburgo un adeguato consolidamento». Tali indici, considerati utili «specie a fronte di pronunce destinate a risolvere casi del tutto peculiari, e comunque formatesi con riguardo all’impatto prodotto dalla CEDU su ordinamenti giuridici differenti da quello italiano», sono infatti: «la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l’avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell’ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano». Si precisa che «quando tutti, o alcuni di questi indizi si manifestano, secondo un giudizio che non può prescindere dalle peculiarità di ogni singola vicenda», il giudice comune non può ritenersi obbligato «a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte EDU per decidere una peculiare controversia, sempre che non si tratti di una “sentenza pilota” in senso stretto»<sup>95</sup>.

Dopo avere illustrato le tesi in cui si sostanzia la teoria del diritto consolidato e i fondamenti giustificativi per essa indicati, occorre infine evidenziarne il significato complessivo. Per comprendere come l’enunciazione di quella teoria si collochi nel percorso di riflessione avviato con le sentenze gemelle e le sue implicazioni, sembra utile soprattutto osservare che essa equivale a una rilettura dei ruoli della Corte di Strasburgo, dei giudici comuni e della stessa Corte costituzionale, ovvero a una complessiva ridefinizione dei loro rapporti reciproci.

In generale, è inequivocabile il rifiuto di ogni concezione gerarchica del rapporto fra la Corte europea e le autorità giudiziarie nazionali, nonché, più in particolare, di ogni concezione che comporti una subordinazione della Corte costituzionale agli indirizzi interpretativi espressi dalla Corte EDU. Si afferma l’esigenza del «confronto costruttivo» all’interno della «comunità degli interpreti»<sup>96</sup>, il quale, come si è visto, è considerato necessario per contemperare le istanze di certezza del diritto e uniformità nella tutela dei diritti (alle quali è funzionale il ruolo della Corte di Strasburgo) con l’autonomia degli operatori giuridici nazionali. Viene quindi definitivamente chiarito che «funzione interpretativa eminente» non significa monopolio interpretativo, poiché l’individuazione dell’uniformità minima presuppone l’apporto dei giudici nazionali in concorso con la Corte EDU, secondo una logica di collaborazione.

---

<sup>95</sup> *Ibid.*

<sup>96</sup> *Ibid.*

Il ruolo della Corte di Strasburgo risulta ridimensionato da queste affermazioni di principio, ma ancor più dalle implicazioni che se ne fanno derivare: poiché, enunciando la teoria del diritto consolidato, si ottiene il risultato di relativizzare il vincolo interpretativo derivante dalle sue pronunce. Per contro, il ruolo degli operatori giuridici nazionali, nell'ambito dell'ideale confronto con la Corte EDU, viene complessivamente rafforzato, sebbene debba rilevarsi come, in realtà, si rafforzi principalmente il ruolo della Consulta.

Si può essere indotti a ritenere che il ruolo dei giudici comuni risulti valorizzato: quanto meno perché si chiarisce che, dinanzi alle pronunce della Corte di Strasburgo, essi non sono meri ripetitori di un comando, bensì sono chiamati a considerarle criticamente, per stabilire se rappresentino un approdo definitivo e siano pertanto effettivamente vincolanti. Tuttavia, questa valorizzazione del ruolo dei giudici comuni appare strumentale a conseguire l'obiettivo di ridimensionare il valore della giurisprudenza della Corte EDU, che la Consulta verosimilmente persegue anche e soprattutto per poter più facilmente neutralizzarne gli orientamenti "sgraditi". In questa prospettiva, gli stessi giudici comuni vedono le loro condotte fortemente indirizzate e irreggimentate dalla Corte costituzionale. Quest'ultima indica un preciso modo di procedere, al quale essi devono attenersi quando, nell'esercizio delle loro funzioni, si trovino a doversi rapportare con la giurisprudenza della Corte EDU: impone loro di seguire particolari regole di condotta, che variano a seconda che quella giurisprudenza costituisca o meno «diritto consolidato», ma che in ogni caso, se osservate, permettono di impedire che eventuali orientamenti non condivisi (siano questi consolidati o meno) producano effetti nell'ordinamento interno; e, in vista di questo fine ultimo, fornisce loro gli indici di «discernimento» di cui devono servirsi per stabilire se una determinata interpretazione sia sufficientemente consolidata e quindi per stabilire quale condotta debbano in concreto porre in essere.

Elencando quegli indici, la Corte costituzionale intende dunque assicurarsi che i giudici comuni si muovano all'interno di binari prestabiliti e anzitutto che essi non considerino vincolanti orientamenti della Corte di Strasburgo che non risultino sufficientemente consolidati. Li dissuade dal sollevare questioni di legittimità costituzionale che siano motivate con riferimento al supposto contrasto fra una norma interna e simili orientamenti, mettendo in chiaro che eventuali questioni così prospettate sarebbero destinate a non essere accolte. Al contempo, li obbliga ad aprire un incidente di costituzionalità, qualora ritengano che sussista un contrasto fra una norma interna e un orientamento consolidato della Corte EDU: in modo che la stessa Consulta possa verificare se si tratti effettivamente di un orientamento consolidato (e quindi dichiarare la questione inammissibile, se di diverso avviso), e in modo altresì che, in caso affermativo, essa possa comunque verificarne la compatibilità con la Costituzione e quindi con i propri orientamenti.

Risulta dunque evidente perché debba considerarsi rafforzato soprattutto il ruolo della Consulta. Essa rivendica anche e innanzitutto per se stessa il diritto a partecipare al confronto costruttivo finalizzato alla formazione della giurisprudenza consolidata della Corte di Strasburgo. Inoltre, in virtù della particolare posizione che le compete (e del ribadito predominio assiologico della Costituzione), ritiene di poter guidare l'operato dei giudici comuni e, senza negare il diritto della Corte EDU all'ultima parola per quel che riguarda l'interpretazione del diritto convenzionale, ribadisce il proprio diritto a pronunciare la vera ultima parola riguardo al valore della giurisprudenza della Corte europea e alla sua incidenza nell'ordinamento interno.

In definitiva, la teoria del diritto consolidato permette alla Corte costituzionale di relativizzare e circoscrivere l'efficacia della giurisprudenza della Corte EDU, perché, di fatto, induce i giudici comuni a ignorare le interpretazioni che non risultino sufficientemente consolidate alla stregua degli indici appositamente forniti, garantendo comunque alla stessa Corte costituzionale la possibilità di svolgere un controllo di tipo sussidiario circa la natura effettivamente consolidata e vincolante delle interpretazioni con riferimento alle quali venga aperto un incidente di costituzionalità<sup>97</sup>.

Su tutto quanto viene affermato nella sentenza n. 49 del 2015 si stagliano l'affermazione del «predominio assiologico della Costituzione» e la valorizzazione del principio costituzionale per cui il giudice è soggetto soltanto alla legge (tale non può considerarsi la giurisprudenza non consolidata della Corte EDU), che appaiono funzionali soprattutto a giustificare lo speciale ruolo che la Consulta rivendica per sé. Se il punto di partenza (nelle sentenze gemelle) era il riconoscimento della funzione interpretativa eminente spettante alla Corte di Strasburgo e del vincolo che la sua giurisprudenza comporta per i giudici nazionali, l'enunciazione della nuova teoria equivale dunque a “serrare i ranghi” per attenuare quel vincolo.

Più precisamente, sul versante interno, la nuova teoria implica un richiamo all'ordine per i giudici comuni, sollecitati, se non obbligati, a non attribuire rilevanza a interpretazioni della Corte di Strasburgo che non appaiano sufficientemente consolidate. Dall'altro lato, sul versante dei rapporti con Strasburgo – al di là dell'insistenza sull'esigenza di un approccio collaborativo per l'individuazione del significato da attribuire al diritto convenzionale – la Corte costituzionale rafforza il proprio ruolo di controllo e supervisione, che evidentemente trae la propria giustificazione dal ribadito primato della Costituzione<sup>98</sup>. Questo ruolo già in precedenza comportava la possibilità che, in presenza di insanabili divergenze interpretative con la

---

<sup>97</sup> Cfr. A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno. A prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 2, 2015, pp. 325-332, dove si osservava che se la Corte costituzionale responsabilizzava i giudici comuni, «chiamandoli ad un'opera di “filtraggio” della giurisprudenza convenzionale», riservava a se stessa «la funzione di primario rilievo di verifica ultima della correttezza delle [loro] operazioni» (p. 331).

<sup>98</sup> Cfr. *Ibid.*, p. 331, dove si notava come la Consulta, nel sottolineare «la centralità del proprio ruolo e, di conseguenza, il carattere inevitabilmente subalterno di quello della Corte EDU» rivelasse «l'aspirazione [...] a proporsi quale “Corte delle Corti”».

Corte europea, fosse la Consulta a pronunciare l'ultima parola, previa verifica della compatibilità con la Costituzione (come interpretata dalla stessa Consulta) di una norma di diritto convenzionale (frutto di un'interpretazione della Corte EDU) assunta come norma interposta nel giudizio di legittimità costituzionale, ed eventualmente previa applicazione di criteri come quelli del «bilanciamento» o della «valutazione sistemica», considerati idonei a negarne l'efficacia nell'ordinamento interno. Questa soluzione, dopo la sentenza n. 49 del 2015, appare come una *extrema ratio* a cui potrà ricorrersi di fronte a una giurisprudenza della Corte EDU, pur consolidata, che sia giudicata troppo sbilanciata e appiattita sulle esigenze dell'uniformità. La teoria più recentemente enunciata implica che la Corte costituzionale non debba nemmeno disturbarsi a pronunciare tale ultima parola, di fronte a una giurisprudenza della Corte EDU che non appaia sufficientemente consolidata, perché, almeno in linea di principio, i giudici comuni, aiutati a riconoscerla mediante gli indici appositamente forniti, non ne saranno vincolati e dovranno anzi sostanzialmente ignorarla (fermo restando che, qualora non la ignorassero, la Consulta, per la posizione che occupa, potrà comunque negarne l'efficacia).

Non sorprende, in conclusione, che la svolta rappresentata dalla sentenza n. 49 del 2015 abbia generato serie perplessità, almeno fra una parte dei commentatori, e in particolare fra quelli più favorevoli all'apertura dell'ordinamento interno e a un'interpretazione internazionalmente conforme nella prospettiva di una tutela integrata e – auspicatamente – massimizzata.

Se, da una parte, si è cercato di giustificare tale svolta, in particolare affermando che la Consulta avrebbe inteso soprattutto aiutare i giudici italiani ad acquisire familiarità con il modo di operare e decidere della Corte EDU, che presenta analogie con quello dei giudici dei sistemi di *common law* più che con quello dei sistemi di *civil law*, e quindi a interpretarne le sentenze non come dei testi legislativi, bensì come dei precedenti giudiziari, la cui efficacia deve essere valutata in base a criteri specifici<sup>99</sup>, altre voci l'hanno fortemente criticata, sia per la concezione dei rapporti fra i due sistemi di tutela dei diritti fondamentali – costituzionale e convenzionale – che in essa si esprime sia per le sue potenziali ricadute negative sull'effettiva espansione delle garanzie che dovrebbe derivare dall'integrazione fra i due sistemi, nonché, infine, per le possibili difficoltà a livello applicativo. Più in particolare, si è vista nella decisione la manifestazione di un atteggiamento di eccessiva chiusura e sostanziale tracotanza della Corte costituzionale<sup>100</sup>; si è evidenziato che il criterio formale per cui sono vincolanti solo le pronunce da

---

<sup>99</sup> Cfr. M. CARTABIA, *Corte costituzionale e Corte europea: alla ricerca di nuovi vettori giurisdizionali*, in C. PADULA (a cura di), *La Corte europea dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, pp. 229 ss. Sull'esigenza di tenere conto delle peculiarità della Corte EDU, sotto il profilo dell'organizzazione, del funzionamento e delle tecniche di giudizio aveva insistito anche, fra gli altri, come si è ricordato *supra*, F. BILANCIA, *Profili evolutivi*, *op. cit.*

<sup>100</sup> Fra i più critici, v. A. RUGGERI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali...*, *cit.*, e Id., *Fissati nuovi paletti...*, *cit.*, dove la nuova teoria è considerata «espressiva di un patriottismo costituzionale ingenuo ed infecondo», ovvero di un «nazionalismo costituzionale esasperato» (p. 330).

ritenersi consolidate sulla base degli indici forniti dalla Corte costituzionale, oltre a comportare, in generale, la svalutazione delle pronunce della Corte EDU non classificabili come «diritto consolidato»<sup>101</sup>, può in concreto condurre ad esiti contrastanti con il criterio sostanziale della «tutela più intensa»<sup>102</sup>; e si è rilevato come il concetto di giurisprudenza consolidata, funzionale a selezionare le interpretazioni vincolanti fra quelle espresse dalla Corte EDU, sia eccessivamente indeterminato, a dispetto degli indici forniti ai giudici comuni, tali da far prevedere difficoltà nella loro concreta applicazione<sup>103</sup>. La decisione ha invece, comprensibilmente, incontrato il favore di quella parte della dottrina che non ritiene possa essere messa in discussione la priorità della Costituzione rispetto alla CEDU e alle altre fonti internazionali e che, pur senza disconoscere l'esigenza di meccanismi di raccordo fra l'ordinamento costituzionale e il diritto internazionale (e sovranazionale) considera più criticamente le possibili ripercussioni dell'interpretazione internazionalmente conforme sulla tutela del complesso dei diritti e degli interessi costituzionalmente rilevanti<sup>104</sup>.

## 6. Scricchiolii alla prova dei fatti: la saga De Tommaso come nuova vicenda esemplare

A prescindere da ogni possibile valutazione circa la validità dei suoi fondamenti e circa le sue implicazioni, la teoria del diritto consolidato non ha tardato a mostrare la propria fragilità alla prova dei fatti. Limiti e «scricchiolii»<sup>105</sup> si sono infatti manifestati con evidenza quando si sono verificate particolari condizioni che hanno fatto emergere la difficoltà di applicare in concreto gli indici di discernimento forniti nella sentenza n. 49 del 2015.

La saga scaturita dalla sentenza 23 febbraio 2017, De Tommaso contro Italia, della Corte EDU costituisce sotto questo aspetto una nuova vicenda esemplare<sup>106</sup>. Essa ha riguardato la disciplina delle misure di prevenzione personali e patrimoniali e, più in particolare, anzitutto le due distinte fattispecie di pericolosità generica per cui l'applicazione di tali misure (variamente implicanti restrizioni della libertà personale e di circolazione o del diritto di proprietà dei destinatari, con finalità di tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza) poteva essere disposta dall'autorità competente (giudiziaria o amministrativa

---

<sup>101</sup> Criticata ad es. da G. SORRENTI, *Sul triplice rilievo di Corte cost., sent. 49/2015 che ridefinisce i rapporti fra ordinamento nazionale e Cedu e sulle prime reazioni di Strasburgo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 7 dic. 2015.

<sup>102</sup> In questo senso, v. ad es., oltre agli appena citati scritti di A. RUGGERI, anche F. DONATI, *Il rilievo delle sentenze*, *op. cit.*, pp. 14 s.

<sup>103</sup> *Ibid.*

<sup>104</sup> Per tutti, v. M. LUCIANI, *Interpretazione conforme*, *op. cit.*, p. 457.

<sup>105</sup> L'espressione è utilizzata in G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, *op. cit.*, pp. 249 s., dove tuttavia non è riferita specificamente alla teoria del diritto consolidato, bensì più in generale ai punti deboli – sotto il profilo della coerenza interna – evidenziati dall'evoluzione della giurisprudenza costituzionale relativa alla CEDU e al vincolo interpretativo derivante dalle pronunce della Corte di Strasburgo.

<sup>106</sup> Vicenda individuata come banco di prova della teoria affermata nella sent. n. 49/2015, già prima dell'epilogo rappresentato dalle sentt. nn. 24 e 25/2019, fra gli altri, da F. DONATI, *Il rilievo delle sentenze*, *op. cit.*, pp. 7 ss.; e da E. MALFATTI, *I livelli di tutela*, *op. cit.*, pp. 131 s.

a seconda della particolare misura), nei confronti di soggetti che, sulla base di elementi di fatto, la stessa autorità avesse ritenuto abitualmente dediti a traffici delittuosi, oppure, per la condotta e il tenore di vita, soliti vivere dei proventi di attività delittuose<sup>107</sup>. Del pari, è stata sottoposta all'esame sia della Corte EDU sia della Consulta la disposizione che sanzionava penalmente l'inosservanza delle prescrizioni di «vivere onestamente» e «rispettare le leggi»<sup>108</sup>, che il giudice deve sempre rivolgere ai sorvegliati speciali<sup>109</sup>.

L'antefatto è individuabile, in questo caso, nella sentenza n. 282 del 2010 della Corte costituzionale, la quale aveva escluso che l'ultima disposizione menzionata fosse incompatibile con il principio di tassatività e determinatezza delle norme incriminatrici sancito dall'art. 25, co. 2, Cost., perché, nonostante il carattere apparentemente generico delle prescrizioni la cui violazione era sanzionata come reato, aveva ritenuto di poter attribuire alle stesse un significato sufficientemente preciso<sup>110</sup>. Viceversa, la sentenza De Tommaso ha non solo ritenuto che le sopra ricordate fattispecie di pericolosità generica, in quanto fondamento della possibile applicazione (disposta dal giudice o dal questore a seconda dei casi) di misure di prevenzione personali e patrimoniali, non rispettassero gli standard di tutela imposti, rispettivamente, dall'art. 2 del Protocollo n. 4, che riconosce la libertà di circolazione, e dall'art. 1 del Protocollo n. 1 (che protegge la proprietà), e più in particolare il principio di legalità, posto che le condotte in esse descritte, implicanti restrizioni dei diritti tutelati da queste disposizioni, erano giudicate eccessivamente indeterminate e pertanto carenti sotto l'aspetto della loro prevedibilità; ma altresì ha ritenuto che fosse incompatibile con il principio di legalità convenzionale (art. 7 CEDU) la previsione che sanzionava penalmente l'inosservanza delle prescrizioni di vivere onestamente e rispettare le leggi, anch'esse considerate eccessivamente generiche e pertanto all'origine di un analogo difetto di prevedibilità delle condotte sanzionabili.

Venivano dunque fornite due divergenti interpretazioni con riguardo all'estensione delle garanzie da assicurarsi ai destinatari di misure di prevenzione, a fronte delle restrizioni subite dai loro diritti riconosciuti dalla Costituzione e dalla CEDU. Si trattava, in particolare, di due diverse interpretazioni del principio di legalità o della riserva di legge: una più garantista, espressa dalla Corte EDU in relazione ai menzionati parametri convenzionali; l'altra, sottesa alla normativa descritta e avvalorata dalla menzionata decisione della Consulta, meno garantista perché più attenta alle esigenze di tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza.

In questa situazione, accadeva che gli indici di discernimento forniti nella sentenza n. 49 del 2015 generassero un paradossale effetto di disorientamento fra i giudici comuni, che manifestavano opinioni

<sup>107</sup> Art. 1, lett. a) e b), d.lgs. n. 259/2011.

<sup>108</sup> Art. 75, co. 2, d.lgs. n. 259/2011.

<sup>109</sup> Art. 8, co. 4, d.lgs. n. 259/2011.

<sup>110</sup> Corte cost., sent. n. 282/2010, *cons.* n. 2.1.

diverse riguardo alla possibilità di riconoscere il carattere consolidato e vincolante degli orientamenti espressi nella sentenza De Tommaso. L'applicazione di quegli indici non permetteva infatti di giungere a una conclusione univoca nel caso concreto. Infatti, la sentenza De Tommaso era stata pronunciata dalla Grande Camera e riguardava una normativa italiana – e tali circostanze avrebbero dovuto indurre a riconoscerne la natura di «diritto consolidato». Tuttavia, essa aveva carattere innovativo (la Corte di Strasburgo non si era mai pronunciata in precedenza sulle misure di prevenzione fondate su fattispecie di pericolosità generica) e alcuni giudici della Corte europea avevano espresso opinioni dissenzienti da quelle della maggioranza: pertanto, vi erano anche indici che potevano all'opposto generare perplessità riguardo all'effettivo livello di consolidamento da riconoscersi alla decisione.

Dopo la pronuncia della sentenza De Tommaso, alcuni giudici comuni hanno dunque ritenuto che essa non potesse considerarsi diritto consolidato e hanno perciò continuato ad applicare le norme interne già considerate incompatibili con il diritto convenzionale dalla Corte di Strasburgo. Altri hanno fatto ricorso allo strumento dell'interpretazione conforme per giustificare la decisione di non applicare quelle stesse norme: così, in particolare, la Corte di Cassazione a Sezioni unite, nella sentenza 5 sett. 2017, n. 40076, ric. Paternò, la quale ha ritenuto che, per l'eccessiva genericità delle prescrizioni di «vivere onestamente» e «rispettare le leggi», censurata dalla Corte EDU, l'inosservanza di tali prescrizioni non potesse comportare una responsabilità penale. Altri ancora, riconoscendo il carattere consolidato delle interpretazioni espresse nella sentenza de Tommaso, hanno sollevato questioni di legittimità costituzionale delle medesime norme per la presunta violazione dell'art. 117, co. 1, Cost., in riferimento a tali interpretazioni<sup>111</sup>.

Il nodo è quindi giunto dinanzi alla Corte costituzionale, che, pronunciando le sentenze nn. 24 e 25 del 2019, ha di fatto adeguato i propri orientamenti a quelli enunciati dalla Corte EDU.

In particolare, la sentenza n. 24 del 2019 ha dichiarato illegittima la previsione che consentiva l'applicazione della misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale e delle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca ai soggetti ritenuti abitualmente dediti a traffici delittuosi, avendo ritenuto che questa fattispecie fosse affetta da radicale imprecisione e pertanto lesiva dei parametri convenzionali che tutelano rispettivamente la libertà di circolazione e la proprietà, sotto il profilo del difetto di prevedibilità (come ritenuto già dalla sentenza De Tommaso) e dell'art. 117, co. 1,

---

<sup>111</sup> Per maggiori dettagli sul caos giurisprudenziale seguito alla sentenza De Tommaso si rinvia a F. DONATI, *Il rilievo delle sentenze*, op. cit., pp. 9-13, il quale nota come con la sentenza Paternò si fosse realizzata la profezia di chi aveva previsto che la teoria del “diritto consolidato” avrebbe avuto l'effetto paradossale di incentivare i giudici comuni a risolvere autonomamente le eventuali antinomie tra diritto interno e diritto convenzionale, attraverso gli strumenti dell'interpretazione conforme e della diretta applicazione della CEDU (riferendosi a F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Rel. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 2, 2015, p. 342).

Cost. in riferimento agli stessi parametri, nonché, in maniera corrispondente, degli art. 13 e 42 Cost. Mentre, per quel che riguarda l'applicazione delle medesime misure di prevenzione ai soggetti indiziati di vivere abitualmente dei proventi di attività delittuose, ha ritenuto che l'interpretazione «tassativizzante» di questa fattispecie fornita nella più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione (che la Consulta ha individuato come oggetto del proprio scrutinio in quanto espressione del diritto vivente) ne avesse precisato i contorni in misura sufficiente a garantirne la compatibilità con i medesimi parametri costituzionali e convenzionali.

La sentenza n. 25 del 2019 ha invece dichiarato illegittima la disposizione che sanzionava penalmente l'inosservanza delle prescrizioni di vivere onestamente e rispettare le leggi da parte dei sorvegliati speciali (già considerata compatibile con l'art. 25, co. 2, Cost. dalla sentenza n. 282 del 2010), perché l'ha ritenuta contrastante con l'art. 117, co. 1, Cost., a causa della violazione del «canone di prevedibilità della condotta sanzionata con la limitazione della libertà personale, quale contenuto in generale nell'art. 7 CEDU e in particolare nell'art. 2 del Protocollo n. 4»<sup>112</sup>.

Meritano speciale attenzione le motivazioni delle due decisioni. Nella sentenza n. 24 del 2019, la Corte ha preliminarmente ricostruito l'evoluzione della complessiva disciplina delle misure di prevenzione e della propria giurisprudenza in questa materia, ponendo in risalto come, pur avendo sempre negato la natura punitiva di tali misure, fin dalla sentenza n. 2/1956 essa abbia considerato le misure di prevenzione personali e in particolare la sorveglianza speciale alla stregua di limitazioni della libertà personale tutelata dall'art. 13 Cost., conseguentemente garantendo un livello di tutela superiore a quello assicurato in sede europea<sup>113</sup>; mentre le misure di prevenzione patrimoniali, sempre in linea con la sua giurisprudenza pregressa, sono state ricondotte all'art. 42 Cost., con il riconoscimento delle più limitate garanzie previste a tutela della proprietà<sup>114</sup>. La Consulta ha quindi richiamato sinteticamente gli orientamenti enunciati nella sentenza De Tommaso, tuttavia evitando di affrontare esplicitamente il nodo relativo alla natura – consolidata o meno – degli orientamenti espressi in questa decisione: essa si è limitata a rilevare il contrasto di una delle due fattispecie con i parametri convenzionali, come interpretati dalla Corte EDU e, poiché ne ha fatto derivare una violazione dell'art. 117, co. 1, Cost., ha mostrato di ritenere implicitamente che quegli orientamenti fossero sufficientemente consolidati<sup>115</sup>.

Nella sentenza n. 25 del 2019, la natura di giurisprudenza consolidata delle interpretazioni fornite nella sentenza De Tommaso è stata riconosciuta esplicitamente. Tuttavia la Corte costituzionale non ha fondato tale riconoscimento su precisazioni riguardanti la corretta applicazione dei criteri indicati nella

<sup>112</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 25/2019, cons. n. 14.2.

<sup>113</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 24/2019, cons. n. 9.

<sup>114</sup> Cons. n. 10.

<sup>115</sup> Cfr. cons. nn. 11, 12 e 13.

sentenza n. 49 del 2015 (i quali, come si è visto, si riferiscono a caratteristiche proprie della stessa giurisprudenza della Corte di Strasburgo), bensì, abbastanza paradossalmente, l'ha fatto derivare dalla mera constatazione che la Corte di cassazione aveva già valutato la sentenza De Tommaso «come idonea a fondare l'interpretazione convenzionalmente orientata» proposta nella sentenza Paternò delle Sezioni unite; nonché dall'ulteriore constatazione che la stessa Corte costituzionale, con la sentenza n. 24 del 2019, aveva «tenuto conto proprio della sentenza della Corte EDU»<sup>116</sup>. Il ragionamento appare paradossale perché la teoria enunciata nella sentenza n. 49 del 2015 pretendeva di far discendere il carattere consolidato e vincolante delle interpretazioni fornite a Strasburgo da una verifica basata sugli indici appositamente forniti ai giudici comuni: con la conseguente possibilità, per la Corte costituzionale, di controllare che i giudici rimettenti avessero applicato correttamente quegli indici. Viceversa, nella sentenza n. 25 del 2019 (dopo aver rilevato l'iniziale manifestarsi di «orientamenti non concordanti tra i giudici di merito, in ragione soprattutto della circostanza che la sentenza della Corte EDU [...] si presentava come un nuovo approdo giurisprudenziale» e della presenza di plurime opinioni dissenzienti) di fatto si afferma che all'orientamento espresso nella sentenza De Tommaso deve riconoscersi carattere consolidato... in considerazione del rilievo che un giudice comune (per quanto più autorevole degli altri, per le funzioni che gli spettano) ha attribuito a quell'orientamento, oltre che in considerazione del riconoscimento implicitamente (e quasi “di soppiatto”) operato con la sentenza n. 24 del 2019. Si noti poi che le date di decisione e di deposito di quest'ultima coincidono con quelle della sentenza n. 25 del 2019.

Il ragionamento svolto nella sentenza n. 29/2015 equivale perciò a un'inversione logica e causale rispetto al modello indicato nella sent. n. 49/2015. Ne deriva l'impressione che, per uscire dall'impasse provocata dalla difficoltà di applicare nel caso concreto i criteri di discernimento forniti in precedenza, la Corte costituzionale si appoggi all'autorevolezza della Corte di cassazione (e alla propria autorità), così da salvare, insieme alle apparenze, una costruzione teorica che, per la sua eccessiva astrattezza, si era dimostrata incapace di guidare e vincolare i giudici comuni. La Consulta valorizza dunque il ruolo della Cassazione nell'ambito del «confronto costruttivo» a cui si riferiva la sentenza n. 49 del 2015, allo scopo di puntellare la teoria del «diritto consolidato», i cui limiti sono risultati evidenti.

Non meno degna di nota è la circostanza che, sempre nella sentenza n. 25 del 2019, la teoria del diritto consolidato sia per così dire “contestualizzata” e posta in relazione con il principio della tutela più ampia. Quello del carattere consolidato, insieme con i criteri del bilanciamento e della valutazione sistemica, viene infatti indicato come uno dei test ai quali la giurisprudenza della Corte di Strasburgo che riconosca un livello di tutela di determinati diritti più esteso rispetto a quello garantito dalla Costituzione deve essere

---

<sup>116</sup> Cfr. sent. n. 25/2019, *cons.* n. 14.1.

sottoposta nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale: test che essa deve superare affinché possano esserle riconosciuti effetti vincolanti nell'ordinamento interno e in particolare affinché la normativa primaria con essa contrastante possa essere dichiarata incostituzionale.

La Corte muove dalla premessa per cui «è ricorrente che gli stessi principi o analoghe previsioni si rinverano nella Costituzione e nella CEDU, così determinandosi una concorrenza di tutele, che però possono non essere perfettamente simmetriche e sovrapponibili», sicché «vi può essere uno scarto di tutele, rilevante soprattutto laddove la giurisprudenza della Corte EDU riconosca, in determinate fattispecie, una tutela più ampia»<sup>117</sup>. Essa ricorda quindi di aver già affermato, nella sentenza n. 317 del 2009, che, quando viene in rilievo un diritto fondamentale, «il rispetto degli obblighi internazionali [...] può e deve [...] costituire strumento efficace di ampliamento della tutela»; e ancora che ciò si è verificato nel caso esaminato dalla sentenza n. 120 del 2018, con riferimento al diritto di associazione sindacale, tutelato sia dall'art. 39 Cost. che dall'art. 11 CEDU<sup>118</sup>.

Tutto ciò premesso, si sottolinea che «non c'è però, nel progressivo adeguamento alla CEDU, alcun automatismo [...], stante, nell'ordinamento nazionale, il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU», il quale viene quindi ribadito, con un esplicito richiamo alla sentenza n. 49 del 2015. Segue l'indicazione delle due condizioni che devono essere soddisfatte affinché l'adeguamento alla CEDU possa effettivamente realizzarsi mediante la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma interna contrastante con pronunce della Corte europea. La prima condizione è che in tali pronunce sia identificabile un «diritto consolidato» o (secondo l'espressione usata nella sentenza n. 120 del 2018) un «approdo giurisprudenziale stabile». La seconda condizione è «che il bilanciamento, in una prospettiva generale, con altri principi presenti nella Costituzione non conduca a una valutazione di sistema diversa – o comunque non necessariamente convergente rispetto a quella sottesa all'accertamento, riferito al caso di specie, della violazione di un diritto fondamentale riconosciuto dalla CEDU»: ciò in considerazione dei principi già affermati nella sentenza n. 264 del 2012, esplicitamente richiamati<sup>119</sup>.

Viene quindi riconosciuto che entrambi i «presupposti» necessari «per completare, con riferimento alla norma oggetto delle questioni di costituzionalità, l'adeguamento alla CEDU» ricorrono nel caso di specie. Se del primo si è già detto, riguardo al secondo la Corte afferma che «la valutazione di sistema all'interno dei parametri della Costituzione non è affatto distonica, nella fattispecie, rispetto al pieno dispiegarsi dei parametri interposti», perché «l'esigenza di contrastare il rischio che siano commessi reati, che è al fondo della *ratio* delle misure di prevenzione e che si raccorda alla tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza, come valore costituzionale, è comunque soddisfatta dalle prescrizioni specifiche» che la legge «consente

---

<sup>117</sup> *Cons.* n. 13.

<sup>118</sup> *Ibid.*

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

al giudice di indicare e modulare come contenuto della misura di prevenzione della sorveglianza speciale»<sup>120</sup>.

Può pertanto osservarsi che la Consulta compie una riformulazione complessiva della propria teoria relativa all'efficacia della giurisprudenza della Corte di Strasburgo nell'ordinamento interno, sforzandosi di ridurre a sistema i diversi criteri enunciati nel tempo. Se, prima che le sentt. nn. 24 e 25 del 2019 fossero pronunciate, lo spettacolo del disorientamento dei giudici comuni seguito alla sentenza De Tommaso aveva indotto a sollecitare l'abbandono della dottrina del diritto consolidato in favore del criterio della massima espansione della tutela<sup>121</sup>, non può certo dirsi che, attraverso la descritta riformulazione, tale abbandono si sia compiuto, ma può soltanto constatarsi che una conciliazione fra i due principi è stata ritenuta possibile nel caso concreto (e può peraltro ritenersi che tale conciliazione sia stata propiziata anche dalla difficoltà di applicare, nello stesso caso, la teoria del diritto consolidato).

Se la vicenda scaturita dalla sentenza De Tommaso, considerata dal punto di vista esterno, del sistema di tutela imperniato sulla CEDU, può considerarsi una “storia di successo” (per il realizzato adeguamento agli standard di tutela di quel sistema), dal punto di vista dell'ordinamento interno essa ha invece reso tangibile, insieme con le difficoltà applicative già segnalate, precisamente l'ulteriore difficoltà di conciliare il criterio formale della giurisprudenza consolidata con quello sostanziale della massima tutela. La sistematizzazione compiuta nella sentenza n. 25 del 2019 conferma tale difficoltà e non garantisce affatto che la conciliazione fra i due criteri possa sempre realizzarsi, come avviene nel caso concreto (poiché anzi si afferma che, in caso di contrasto, debba comunque prevalere il primo); né tanto meno si garantisce che l'applicazione degli indici forniti nella sentenza n. 49 del 2015 dia sempre esiti certi e incontrovertibili.

Infine, ancora una volta prevale la preoccupazione di salvaguardare, almeno in linea di principio, l'autonomia della Corte costituzionale e il suo ruolo di supervisione per quel che riguarda l'adeguamento dell'ordinamento interno ai parametri convenzionali: un ruolo che viene esplicitamente fondato sul riaffermato predominio assiologico della Costituzione e che si esercita attraverso il possibile ricorso, prima ancora che al criterio della «giurisprudenza consolidata», al criterio del bilanciamento e della valutazione sistemica per giustificare la divergenza dei propri orientamenti da quelli della Corte EDU e il mancato adeguamento.

---

<sup>120</sup> Cons. n. 14.2.

<sup>121</sup> Cfr. F. DONATI, *Il rilievo delle sentenze*, op. cit., p. 15.

## 7. Riassetamento: quiescenza dell'uso difensivo della teoria del diritto consolidato e rinvio alla discrezionalità legislativa (anche) per l'adeguamento al diritto convenzionale

La sentenza n. 49 del 2015, in cui è compiutamente formulata la teoria del diritto consolidato, ne ha anche fatto applicazione, escludendo il carattere vincolante di un orientamento che la Corte EDU aveva già espresso con specifico riferimento alla legislazione italiana in materia di confisca per lottizzazione abusiva: in questo modo, si è evitato di adeguare l'ordinamento a un indirizzo giurisprudenziale che avrebbe potuto assicurare una più intensa tutela dei diritti dei soggetti interessati (coloro la cui responsabilità per il delitto di lottizzazione abusiva sia accertata pur in assenza di una condanna per tale reato) al costo di sacrificare contrapposti interessi di rango costituzionale (alla tutela dell'ambiente e del territorio) sottesi alla normativa impugnata, che la sentenza n. 282 del 2010 aveva già ritenuto compatibile con l'art. 25, co. 2, Cost.

Diversamente, nella sentenza n. 120 del 2018, l'aver riconosciuto che un orientamento della Corte EDU, anch'esso implicante una tutela più intensa (nel caso di specie, del diritto di associazione sindacale) rispetto a quella assicurata dall'ordinamento italiano, costituiva un «approdo giurisprudenziale stabile» (e quindi diritto consolidato) ha condotto a dichiarare l'incostituzionalità di una normativa interna con esso contrastante, coerentemente con il principio della massima espansione delle garanzie<sup>122</sup>. Si è inoltre già visto che la conciliazione fra i due criteri – del diritto consolidato e della massima tutela – è stata realizzata anche nella sentenza n. 25 del 2019 (sebbene quest'ultima abbia riaffermato la teoria del diritto consolidato usando termini che non ne escludono affatto il possibile utilizzo come steccato difensivo nei confronti di orientamenti della Corte EDU non condivisi dalla Corte costituzionale). Le ultime due decisioni dimostrano perciò la possibilità di un uso non difensivo, bensì di segno opposto e coerente con il principio della massima espansione delle garanzie, della teoria del diritto consolidato: un uso forse originariamente non previsto (diverso da quello che lasciava presagire la sentenza n. 49 del 2015), ma che la Consulta ha comunque compiuto<sup>123</sup>.

<sup>122</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 120/2018, spec. *cons.* nn. 8 e 9: l'accertamento del contrasto fra la normativa italiana che nega in radice il diritto dei militari di costituire associazioni professionali a carattere sindacale (art. 1475, co. 2, d.lgs. n. 66/2010, cod. ordinam. militare) e l'art. 11 CEDU come interpretato nelle sentenze della Corte EDU indicate nelle ordinanze di remissione conduce alla pronuncia di un dispositivo manipolativo che riconosce tale diritto «alle condizioni e con i limiti fissati dalla legge».

<sup>123</sup> Ancora diverso è il caso della sent. n. 43/2018, con cui è stata ordinata la restituzione agli atti al giudice che aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 cod. proc. pen. per presunta violazione dell'art. 117, co. 1, Cost. con riferimento a principio convenzionale del *ne bis in idem* (art. 4, Prot. n. 7 alla CEDU) come interpretato dalla giurisprudenza della Corte EDU. A motivare un simile dispositivo è stato il rilievo attribuito a una sopravvenuta sentenza della Corte europea (sent. 15 nov. 2016, A e B c. Norvegia), che introduceva una deroga agli orientamenti enunciati a Strasburgo prima che l'ordinanza di remissione fosse adottata (per i quali tale principio era inderogabile, con conseguente dubbia costituzionalità della normativa impugnata, e il cui carattere consolidato nel momento in cui l'ordinanza era stata adottata, veniva riconosciuto nella stessa sent. n. 43/2018). La Consulta ha infatti ritenuto che la nuova decisione, nonostante avesse carattere innovativo e fosse isolata, esprimesse il «diritto vivente europeo», in quanto pronunciata dalla Grande Camera, e l'ha pertanto considerata vincolante (si è visto che tale sarà considerata anche la sentenza De

Sarebbe inesatto affermare che, in seguito alla constatazione delle difficoltà applicative evidenziate dalla saga De Tommaso, la dottrina del diritto consolidato sia stata sconfessata o definitivamente accantonata. Tuttavia può osservarsi che, rispetto alle aspettative che potevano essere alimentate dal consistente impegno dedicato all'elaborazione di questa teoria, il suo impiego non è stato particolarmente frequente o significativo: essa non ha acquisito centralità, né una particolare rilevanza, nella giurisprudenza costituzionale più recente e appare anzi sostanzialmente recessiva o “dormiente”. In particolare, non è stata utilizzata polemicamente, per giustificare l'assoluta chiusura rispetto agli orientamenti espressi nella giurisprudenza della Corte EDU su una determinata materia.

Al più, è accaduto che, di fronte a una questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento a un'interpretazione espressa in una particolare decisione della Corte EDU, la Consulta, senza nemmeno richiamare come precedente la sentenza n. 49 del 2015, abbia rilevato come la decisione invocata dal giudice *a quo* fosse rimasta un caso isolato e successivamente fosse stata superata da una più autorevole sentenza della Grande Camera (ignorata dallo stesso giudice), nella quale era stato espresso un diverso orientamento, che riconosceva un più ampio margine di apprezzamento nazionale e pertanto risultava idoneo a dare copertura alla normativa sottoposta al controllo di costituzionalità<sup>124</sup>. Con riferimento a un caso di questo tipo, non può tuttavia parlarsi di chiusura difensiva o di scontro fra le due Corti, poiché accade anzi che, come nelle menzionate sentenze nn. 120 del 2018 e 25 del 2019, la Corte costituzionale faccia propri gli «sviluppi più recenti e compiuti» della giurisprudenza della Corte EDU (sebbene, diversamente da quanto era avvenuto in quei casi, non ne derivi un'estensione delle tutele, perché l'orientamento riconosciuto come vincolante è meno garantista di quello indicato dal giudice rimettente). Negli ultimi anni non si registra soltanto una sostanziale “quiescenza” della teoria del diritto consolidato o, per meglio dire, la quiescenza del suo utilizzo in un'ottica di chiusura e di difesa, ma altresì può notarsi, più in generale, come l'atteggiamento della Consulta nei confronti della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sia stato meno conflittuale di quanto vicende come quelle già ricordate (dalla saga sulle

---

Tommaso, avente le stesse caratteristiche): sicché ha concluso che il giudice *a quo* dovesse verificarne le implicazioni con riferimento alla questione già sollevata (cfr. spec. *cons.* n. 8). Per un commento, v. A. RANDAZZO, *In tema di vincolatività, per il giudice comune, delle sentenze della Corte EDU alla luce della svolta rappresentata dalla sentenza n. 43 del 2018*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, pp. 86-100.

<sup>124</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 35/2021, *cons.* n. 3.2.2, dove si rileva che l'orientamento espresso nella sent. 8 aprile 2010, Frodl c. Austria, per cui l'applicazione in concreto delle misure restrittive del diritto di elettorato passivo sarebbe dovuta avvenire attraverso un procedimento giurisdizionale individualizzato (orientamento invocato dal giudice rimettente per sostenere l'esistenza di un presunto contrasto fra la normativa impugnata, che nel disciplinare una misura restrittiva non prevedeva un simile procedimento, e l'art. 3 Prot. addiz. CEDU), è stato superato dalla sentenza 22 maggio 2012, Grande Camera, Scoppola c. Italia, n. 3, per cui gli Stati contraenti possono scegliere se affidare alla giurisdizione la valutazione del carattere proporzionale della misura restrittiva oppure «incorporare» tali apprezzamenti nel testo delle loro leggi, con la precisa definizione, direttamente in esse, delle circostanze in cui la misura stessa può essere applicata (come avviene nel caso di specie).

“pensioni svizzere” a quelle in materia di confisca per lottizzazione abusiva) avrebbero autorizzato a paventare, risultando piuttosto improntato all’apertura e alla collaborazione.

In alcuni casi, la dichiarazione di incostituzionalità di norme interne riguardanti materie di significativa rilevanza per la natura dei diritti e degli interessi in gioco è stata fatta derivare dall’accertamento del loro contrasto con disposizioni del diritto convenzionale, considerate nell’interpretazione datane dalla Corte EDU<sup>125</sup>; o, più spesso, dall’accertamento di un contrasto con le norme convenzionali e con i corrispondenti parametri interni<sup>126</sup>. Anche in un ambito tradizionalmente conflittuale come il sindacato sulle leggi retroattive, si sono registrate nuove convergenze, che la stessa Consulta ha voluto porre in risalto: in alcune decisioni, essa ha esplicitamente affermato di aver costruito nel tempo una «solida sinergia» fra i principi costituzionali interni e il parametro interposto dell’art. 6 CEDU, come interpretato dalla Corte EDU; ha sottolineato la loro piena corrispondenza o convergenza; quindi, in concreto, ha applicato criteri dichiaratamente mutuati dalla giurisprudenza di Strasburgo allo scopo di accertare se le previsioni censurate costituissero espressione di un uso distorto della funzione legislativa, esclusivamente finalizzato ad avvantaggiare lo Stato in specifiche controversie in corso; per dichiararne infine, coerentemente con l’esito di tale verifica, l’incostituzionalità<sup>127</sup>.

Non è semplice stabilire se la generale tendenza a una minore conflittualità e alla collaborazione sia indicativa di un atteggiamento di ripiegamento e maggiore umiltà (o almeno maggiore diplomazia) della Corte costituzionale e sia destinata a consolidarsi o se essa non sia piuttosto spiegabile con la mancanza di nuove occasioni di divergenza e scontro con la Corte europea, che potrebbero tuttavia sempre ripresentarsi<sup>128</sup>. Può comunque ipotizzarsi che, per quanto riguarda la scarsa rilevanza che la teoria del

---

<sup>125</sup> Si segnala la sent. n. 149/2022, che ha dichiarato illegittimo l’art. 649 cod. proc. pen. nella parte in cui non prevedeva che il giudice pronunciasse sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere nei confronti di un imputato per un delitto in materia di violazione del diritto d’autore che, per il medesimo fatto, fosse già stato sottoposto a procedimento, definitivamente conclusosi, per illecito amministrativo (di carattere punitivo), avendo ritenuto che tale ipotesi di “doppio binario” sanzionatorio, contrastasse con il diritto al *ne bis in idem* come riconosciuto dall’art. 4, Prot. 7 CEDU nell’interpretazione data dalla Corte EDU (questo era del resto l’unico parametro indicato nell’ordinanza di rimessione).

<sup>126</sup> Ad es., nell’ord. n. 132/2020 si dà ampio risalto alla giurisprudenza della Corte EDU in materia di limitazioni della libertà di stampa, per rilevare il contrasto di una particolare fattispecie aggravata del delitto di diffamazione con l’art. 10 CEDU, oltre che con l’art. 21 Cost.: da tale contrasto dipenderà la dichiarazione di incostituzionalità pronunciata con la sent. n. 150/2021 (in proposito, v. meglio *infra* in questo par.); nella sent. n. 18/2022 la norma che prevedeva la sottoposizione a visto di censura della corrispondenza dei detenuti e degli internati sottoposti a regime differenziato di cui all’art. 41 ord. pen. con i propri difensori è giudicata lesiva del diritto di difesa come tutelato dall’art. 24 Cost. e dall’art. 6, par. 3, CEDU; nella sent. n. 79/2022, in materia di adozione in casi particolari, si ravvisa una violazione degli artt. 3 e 1 Cost. nonché dell’art. 117, co. 1, Cost. in relazione all’art. 8 CEDU.

<sup>127</sup> Cfr. da ultimo, sent. n. 145 del 2022, in continuità con i precedenti delle sentt. n. 12/2018 (su cui v. la nota di A. PUGIOTTO, *Retroattività legislativa e materia civile: Corte costituzionale e Corte EDU parlano la stessa lingua?*, in *Osservatorio AIC*, n. 2, 2018, pp. 1-9), e n. 174/2019 (su cui v. A. SEVERINI, *Roma si avvicina a Strasburgo. Portata e rilevanza della sentenza n. 174 del 2019 sulla questione delle leggi interpretative che interferiscono su procedimenti in corso*, in *Osservatorio AIC*, n. 6, 2019, pp. 208-221).

<sup>128</sup> Negli stessi contributi citati alla nota precedente, dove pure si sottolinea che le sentt. n. 12/2018 e n. 174/2019 comportano un avvicinamento alla giurisprudenza della Corte EDU, sono stati espressi dubbi circa la loro reale portata e, più in particolare, circa il fatto che comportino anche un superamento delle posizioni espresse nella sent. n. 264 del

diritto consolidato ha mostrato di avere nella pratica e in particolare il declino del suo uso conflittuale, abbiano influito anche l'ascolto delle critiche che quella teoria aveva suscitato e la presa d'atto delle difficoltà applicative già emerse.

Può inoltre rilevarsi come, nonostante la giurisprudenza costituzionale più recente appaia caratterizzata da un atteggiamento di prevalente apertura, non sempre la collaborazione sia piena e immediata, nel senso che non sempre l'accertamento di un contrasto fra una norma interna e i parametri convenzionali conduce a una dichiarazione di incostituzionalità (pur quando i criteri del bilanciamento e della valutazione sistemica non ostino a tale soluzione). Abbastanza spesso accade infatti che, dinanzi a orientamenti della Corte EDU pur condivisi (e il cui carattere consolidato non viene posto in dubbio), dal cui recepimento dovrebbe derivare un dispositivo di accoglimento, la Consulta pronunci invece una decisione di inammissibilità, allegando come motivazione la natura discrezionale ed eminentemente politica della scelta che deve essere compiuta per garantire in concreto l'adeguamento dell'ordinamento interno, come tale rimessa al legislatore. A questa soluzione si è fatto ricorso non solo nella già ricordata sentenza n. 166 del 2017, rientrante nella saga delle “pensioni svizzere”, ma anche in decisioni più recenti. Alla base della tendenza a operare un rinvio alla discrezionalità legislativa deve verosimilmente riconoscersi non un'esitazione a recepire gli orientamenti espressi a Strasburgo (o un atteggiamento recalcitrante), bensì l'effettiva preoccupazione di non travalicare i limiti del proprio ruolo, di rispettare le prerogative del Parlamento e di rendere possibile un suo intervento che renda meno traumatico l'adeguamento ai parametri convenzionali. Si vogliono evitare prevedibili ripercussioni sul delicato equilibrio dei rapporti fra la Corte e il potere legislativo, nonché, in alcuni casi, i vuoti di disciplina e di tutela che sarebbero determinati da una dichiarazione di incostituzionalità immediata e (necessariamente) “secca”<sup>129</sup>.

---

2012: tali decisioni hanno infatti dichiarato incostituzionali previsioni che avevano uno scarso impatto sugli equilibri della finanza pubblica, senza escludere che misure aventi un impatto economico maggiore possano invece essere salvate per esigenze riconducibili all'art. 81 Cost. (tali dubbi permangono anche dopo la sent. n. 145/2022). Deve poi notarsi che, in altre recenti decisioni sulla stessa materia, il rigetto delle censure riferite al presunto contrasto con l'art. 6 CEDU si è basato su un'interpretazione estensiva dei «motivi imperativi di interesse generale» che per la Corte di Strasburgo giustificano deroghe al principio di irretroattività, sicché, anche sotto questo aspetto, sono lecite perplessità riguardo all'effettiva convergenza fra le due Corti: cfr. F.F. PAGANO, *Continua la differente percezione tra Roma e Strasburgo dei “motivi imperativi di interesse generale” che giustificano il ricorso alla retroattività legislativa*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2, 2021, pp. 589-599 (con riferimento alla sent. n. 46/2021; ma v., similmente, anche sent. n. 210/2021).

<sup>129</sup> Si veda, ad es., la sent. n. 32/2021, in cui la Corte, dopo aver riscontrato, con riferimento all'interesse del minore nato in seguito al ricorso a procreazione medicalmente assistita eterologa da parte di una coppia composta da due donne a vedere riconosciuto il legame di filiazione con la madre intenzionale, un vuoto di tutela incompatibile (anche) con gli orientamenti affermati dalla Corte EDU in relazione all'art. 8 CEDU, non vi rimedia con un proprio intervento diretto, che «rischierebbe di generare disarmonie nel sistema», e afferma la necessità di un intervento del legislatore in questa materia «eticamente sensibile». La sent. n. 33/2021, riscontrando un'inammissibile mancanza di tutela (contrastante con plurimi principi costituzionali e parametri convenzionali, questi ultimi come interpretati dalla Corte EDU) dell'interesse del minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata al riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore “d'intenzione” cittadino italiano, opera un rinvio alla discrezionalità legislativa per il bilanciamento di tale

Non sembra corretto, pertanto, vedere nel rinvio alla discrezionalità del legislatore uno schermo difensivo o, peggio, un pretesto a cui la Corte costituzionale ricorrerebbe per eludere modifiche dell'ordinamento in senso conforme agli orientamenti espressi dalla Corte EDU. Negli stessi casi in cui, per le motivazioni sopra indicate, la Consulta compie un passo indietro e pronuncia una decisione di inammissibilità per consentire al legislatore di intervenire, essa suole altresì osservare che una prolungata inerzia di quest'ultimo non sarebbe tollerabile, per il grave pregiudizio che ne deriverebbe per i diritti tutelati dai parametri convenzionali. Se è vero che un rilievo o monito di questo tipo non garantisce, di per sé, che il legislatore intervenga per adeguare l'ordinamento agli standard di tutela definiti a Strasburgo, è anche vero che lo si induce comunque a intervenire e si pongono le basi per successive decisioni di accoglimento, nel caso in cui egli non si attivi.

La stessa Corte costituzionale ha infatti mostrato di essere capace di compiere un passo ulteriore, quanto meno in presenza di violazioni dei parametri convenzionali ritenute particolarmente gravi, se costretta dal protrarsi dell'inerzia legislativa oltre un congruo termine di tempo successivo alla rilevazione di tali violazioni. Così è avvenuto, in particolare, quando, dopo l'ordinanza n. 132 del 2020, essa ha pronunciato la sentenza n. 150 del 2021. Nella prima decisione, avendo constatato l'irrimediabile contrasto fra la disciplina nazionale della diffamazione a mezzo stampa<sup>130</sup> e gli orientamenti della Corte di Strasburgo in materia di libertà d'espressione (quindi la sua incompatibilità con l'art. 117, co. 1, Cost., in relazione all'art. 10 CEDU, oltre che con l'art. 21 Cost.) e conseguentemente ravvisato la necessità di una «rimodulazione

---

interesse con quelli sottesi al divieto di maternità surrogata, nel rispetto del margine di apprezzamento riconosciuto dalla Corte di Strasburgo. V. ancora la citata sent. n. 149/2022, dove, alla dichiarazione di illegittimità della specifica ipotesi di “doppio binario” sanzionatorio esaminata, si aggiungono la constatazione delle persistenti disarmonie della disciplina in materia di violazione del diritto d'autore (particolarmente nell'ipotesi inversa, nella quale l'autore della violazione, già giudicato definitivamente per un delitto, sia sottoposto a procedimento per illecito amministrativo) e il conseguente invito al legislatore a rimodulare tale disciplina «in modo da assicurare un adeguato coordinamento, tra le sue previsioni procedurali e sanzionatorie, nel quadro di un'auspicabile rimediazione complessiva dei vigenti sistemi di doppio binario sanzionatorio alla luce dei principi enunciati dalla Corte EDU, dalla Corte di giustizia e da questa stessa Corte». Diverso è il caso della sent. n. 146/2021, riconducibile alla saga in materia di confisca per lottizzazione abusiva: di fronte alla richiesta di un intervento additivo che introduca una sanzione meno grave nei casi in cui tale confisca risulti sproporzionata alla luce delle indicazioni espresse dalla Grande Camera della Corte EDU nella sent. 28 giugno 2018, GIEM e altri c. Italia, la Corte costituzionale, dopo aver rilevato la complessità del trattamento sanzionatorio previsto dalla disciplina vigente, connotato dal concorso di strumenti amministrativi e giudiziari, ritiene che un simile intervento, «in disparte il problema della sua effettiva riconducibilità alle indicazioni contenute nella richiamata sentenza G.I.E.M., si riveli comunque estraneo all'ambito di intervento di questa Corte», perché comporterebbe l'immissione nell'ordinamento di una «novità di sistema», che richiede «soluzioni normative che mai potrebbero essere apprestate in questa sede» e in particolare una disciplina del raccordo tra autorità amministrativa e autorità giurisdizionale. L'intervento legislativo non viene tuttavia invocato, evidentemente anche in considerazione del fatto che la più recente giurisprudenza della Corte di cassazione si è già fatta carico, in via interpretativa, della necessità di adeguare le modalità applicative della confisca ai contenuti della sentenza GIEM (cfr. *cons.* n. 3.4.1).

<sup>130</sup> In particolare del trattamento sanzionatorio per la fattispecie aggravata prevista dall'art. 13, l. n. 47/1948, secondo cui, qualora la condotta di diffamazione realizzata col mezzo della stampa fosse consistita nell'attribuzione di un fatto determinato, la relativa condanna avrebbe comportato indefettibilmente, in assenza di circostanze attenuanti, l'applicazione di una sanzione detentiva, cumulativa rispetto a quella pecuniaria.

del bilanciamento» sotteso a tale disciplina, «in modo da coniugare le esigenze di garanzia della libertà giornalistica [...] con le altrettanto pressanti ragioni di tutela effettiva della reputazione individuale delle vittime di eventuali abusi di quella libertà», la Corte ha ritenuto che «un simile, delicato bilanciamento spetta[sse] in primo luogo al legislatore»: e pertanto ha considerato «opportuno, in uno spirito di leale collaborazione istituzionale e nel rispetto dei limiti delle proprie attribuzioni», rinviare la trattazione delle questioni a una successiva udienza, fissando per quest'ultima una data sufficientemente distante nel tempo da consentire al Parlamento «di approvare nel frattempo una nuova disciplina in linea con i principi costituzionali e convenzionali». In questo modo, la Consulta ha di fatto messo in mora il legislatore: la seconda decisione ha preso atto del suo mancato intervento entro il termine indicato e, pur riaffermando la necessità di una complessiva riforma della disciplina vigente, ha dichiarato illegittima la previsione sanzionatoria giudicata incompatibile con quei principi<sup>131</sup>. È stato così sostanzialmente ricalcato lo schema “in due tempi” inaugurato con l'ordinanza n. 207 del 2018 e la successiva sentenza n. 242 del 2019 in materia di suicidio assistito<sup>132</sup>.

In tutti i casi sopra menzionati (sia qualora si limiti a rivolgere un monito al legislatore sia qualora giunga a fissare un termine oltre il quale l'inerzia cessa di essere tollerata), la Consulta ritaglia per sé una funzione che non è di difesa, bensì di mediazione: dinanzi alla riscontrata necessità dell'adeguamento dell'ordinamento interno alla CEDU, fa ciò che è in suo potere per attutirne gli effetti potenzialmente traumatici, per far sì che tale adeguamento sia il più possibile condiviso e accettato dagli organi politici e che questi siano indotti a realizzarlo. In tal modo, fa mostra della stessa prudenza che la induce a contenersi quando, anche in assenza di un impulso esterno proveniente dalla Corte EDU, essa accerti il contrasto fra una normativa di rango primario e i (soli) principi costituzionali interni, ma ritenga che l'individuazione di un rimedio al vizio riscontrato (il «delicato bilanciamento» fra gli interessi in gioco)

---

<sup>131</sup> La Corte ha inoltre ritenuto che una distinta previsione sanzionatoria, relativa ad altra fattispecie aggravata del medesimo reato (art. 595, co. 3, cod. pen.) potesse essere salvata solo a condizione di darne un'interpretazione conforme alla pertinente giurisprudenza di Strasburgo.

<sup>132</sup> Vi è da notare, tuttavia, che la declaratoria di illegittimità parziale dell'art. 580 cod. pen. pronunciata con la sent. n. 242/2019 era stata fatta discendere esclusivamente dall'accertata violazione degli artt. 2, 13 e 32, co. 2, Cost., mentre era stata dichiarata assorbita l'ulteriore questione sollevata per la supposta violazione dell'art. 117, co. 1, Cost. in riferimento agli artt. 2 e 8 CEDU. Lo schema del rinvio alla discrezionalità legislativa con contestuale “messa in mora” per l'adeguamento (anche) a norme convenzionali è stato riproposto dall'ord. n. 97/2021, che, riconosciuta l'incompatibilità della disciplina del c.d. ergastolo ostativo con orientamenti già espressi dalla stessa Consulta e dalla Corte EDU (in particolare nella sent. 13 giugno 2019, Viola c. Italia), e pertanto (anche) con l'art. 117, co. 1, Cost. in relazione all'art. 3 CEDU, ha stabilito che spetta al Parlamento, in prima battuta, provvedere alla sua modifica e ha perciò rinviato la decisione all'udienza del 10 maggio 2022. Riunitasi in tale data, con l'ord. n. 122/2022 la Corte ha disposto, in accoglimento di un'istanza dell'Avvocatura dello Stato, un ulteriore rinvio della trattazione all'udienza dell'8 novembre 2022, in considerazione dell'avvenuta approvazione di un d.d.l. sulla materia da parte della Camera dei deputati e del successivo avvio dell'esame in Senato, «per consentire al Parlamento di completare i propri lavori». Infine, avendo constatato la diretta incidenza di alcune disposizioni del sopravvenuto d.l. n. 162/2022 sulle norme oggetto del giudizio, con l'ord. n. 227/2022 ha deciso la restituzione degli atti al giudice *a quo*, per la verifica degli effetti di tali disposizioni sulla rilevanza delle questioni sollevate e per una nuova valutazione della loro non manifesta infondatezza.

spetti in prima battuta al legislatore nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali; senza tuttavia esimersi, in caso di inerzia prolungata le cui conseguenze siano giudicate particolarmente gravi, dal pronunciare la procrastinata declaratoria di incostituzionalità (come nel caso riguardante la disciplina in materia di suicidio assistito, appena richiamato). Si tratta, in definitiva, di soluzioni a cui la Corte ricorre nell'ambito della normale dialettica con il potere legislativo, in considerazione dei riconosciuti «limiti delle proprie attribuzioni» e di una riconosciuta esigenza di «leale collaborazione istituzionale»: soluzioni le quali, quando rilevino parametri convenzionali, risultano altresì funzionali a consentire che il recepimento delle istanze di uniformità derivanti dall'adesione dell'Italia alla CEDU sia preferibilmente mediato dallo svolgersi del processo politico nazionale.

## **8. Bilancio**

La ricostruzione delle tappe fondamentali attraverso cui la Corte costituzionale ha gradualmente sviluppato la propria riflessione sul valore della giurisprudenza della Corte di Strasburgo nell'ordinamento interno, a partire dalle premesse poste con le sentenze nn. 348 e 349 del 2007, consente di tracciare un bilancio relativo al percorso finora compiuto, per poi passare a considerare le prospettive relative alla sua possibile continuazione.

Confermando quanto era stato affermato in premessa, l'analisi svolta ha posto in risalto come gli orientamenti della Consulta riguardanti la forza del vincolo interpretativo derivante dalle pronunce della Corte EDU si siano progressivamente allontanati dalla rigida impostazione iniziale e altresì come la loro ridefinizione sia stata influenzata dalle sollecitazioni provenienti dalla concreta interazione con i giudici comuni e con la Corte europea. Alla luce di quanto si è evidenziato, può ora osservarsi, con maggiore precisione, che l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in questa materia sembra essere stata determinata dall'emergere e dal prevalere, in fasi diverse, di distinte preoccupazioni relative ai possibili effetti di quell'interazione.

L'atteggiamento di apertura della prima fase – reso manifesto dal riconoscimento della funzione interpretativa eminente spettante alla Corte EDU e dall'affermazione dell'idoneità delle disposizioni della CEDU, come interpretate dal suo giudice qualificato, a integrare il parametro dell'art. 117, co. 1, Cost. – è stato motivato dalla preoccupazione di porre fine al fenomeno della disapplicazione diffusa delle norme interne contrastanti con il diritto convenzionale, non meno che dalla preoccupazione di garantire l'adeguamento dell'ordinamento italiano agli standard di tutela definiti a Strasburgo.

Nonostante le cautele che fin dall'inizio hanno accompagnato tali aperture<sup>133</sup>, dagli orientamenti enunciati nelle sentenze gemelle e in alcune decisioni di poco successive poteva legittimamente ricavarsi l'impressione che alla Corte europea fosse stato riconosciuto un vero e proprio monopolio quanto all'interpretazione del diritto convenzionale. Tuttavia, in seguito, la constatazione del possibile verificarsi di divergenze interpretative e la presa di coscienza delle loro implicazioni hanno fatto subentrare come prevalente una distinta preoccupazione: quella di rivendicare e preservare sufficienti margini di autonomia, in specie dinanzi a orientamenti della Corte EDU giudicati non condivisibili per le loro ripercussioni pregiudizievoli su diritti o altri interessi costituzionalmente protetti. L'utilizzo di vari criteri di temperamento, capaci di attenuare il vincolo interpretativo derivante dalla giurisprudenza di Strasburgo, ha quindi rappresentato una prima risposta a tale preoccupazione, consentendo alla Consulta di riservarsi il controllo sul modo in cui le disposizioni convenzionali, come interpretate dalla Corte europea, si inseriscono nell'ordinamento interno. Il dialogo fra le due Corti (svoltosi a distanza e in forma indiretta, stante l'assenza di strumenti e procedimenti codificati per un più immediato confronto), ha così conosciuto, accanto all'intensificarsi della collaborazione, anche momenti di acceso conflitto, esemplificati da "saghe" come quelle riguardanti le "pensioni svizzere" o la confisca per lottizzazione abusiva, qui ricordate.

Il ripetersi delle divergenze e le connesse vicende conflittuali hanno quindi indotto la Corte costituzionale ad assumere un atteggiamento di chiusura difensiva, manifestatosi con particolare evidenza nella sentenza n. 49 del 2015, dove è stato ribadito con enfasi il «predominio assiologico della Costituzione» ed è stata formulata la teoria del «diritto consolidato», che, motivata principalmente con l'asserita esigenza di un «confronto costruttivo» per la definizione degli standard di tutela uniforme, ha di fatto relativizzato il vincolo interpretativo derivante dalle pronunce della Corte EDU. Al contempo, allegando come ulteriore giustificazione le peculiarità del modo di decidere della Corte europea, più vicino a quello proprio dei giudici dei sistemi di *common law* che a quello diffuso nei sistemi continentali, la Consulta elencava una serie di «indici di discernimento», di cui i giudici comuni si sarebbero dovuti servire per stabilire se la giurisprudenza di Strasburgo potesse considerarsi sufficientemente consolidata e quindi vincolante.

Semplificando, potrebbe perciò dirsi che se, nel modello delineato dalle sentenze gemelle, la Corte costituzionale aveva valorizzato, insieme con l'art. 117, co. 1, Cost., anche il ruolo della Corte EDU per meglio irreggimentare i giudici comuni (in nome della garanzia dell'uniformità, ma anche per assicurarsi un ruolo di supervisione, quanto all'incidenza delle norme convenzionali sull'ordinamento interno), in seguito è divenuta centrale la preoccupazione di difendere la propria autonomia (la propria visione dei

---

<sup>133</sup> Come si visto, già in questa prima fase la Consulta si riservava il potere di controllare che le norme convenzionali assunte come parametri interposti fossero compatibili con l'intera Costituzione.

diritti fondamentali o, se si vuole, il proprio ruolo di custode dell'identità costituzionale nazionale) contro il rischio che le interpretazioni espresse a Strasburgo automaticamente prevalessero e, in caso di divergenze, fossero preferite dai giudici comuni o si imponessero alla stessa Consulta. Sicché – può dirsi ancora – dopo aver individuato e collaudato i criteri di temperamento funzionali a giustificare, ove necessario, il proprio dissenso, con la sentenza n. 49 del 2015 la Corte costituzionale ha compiuto un passo ulteriore: enunciando la teoria del diritto consolidato ed elencando i connessi indici di discernimento, essa ha “serrato i ranghi” e “richiamato all’ordine” (nella propria “squadra”) i giudici comuni, allo scopo di attenuare ulteriormente il vincolo derivante dalla giurisprudenza di Strasburgo e di rafforzare il proprio ruolo di controllo a difesa del riaffermato «predominio assiologico della Costituzione». In questo modo, si realizzava un almeno parziale “svuotamento” delle sentenze gemelle e delle aperture con esse introdotte, e ciò avveniva «nel segno della difesa della sovranità costituzionale nazionale»<sup>134</sup>.

La nuova costruzione teorica, criticata da taluni per l'eccessiva indeterminatezza della nozione da cui trae il nome e per l'atteggiamento di eccessiva chiusura che con essa si esprimeva, ha mostrato la propria fragilità alla prova dei fatti: questa è risultata evidente quando la sentenza De Tommaso della Corte EDU ha fatto emergere la difficoltà di applicare in concreto gli indici di discernimento forniti ai giudici comuni, così rivelando l'illusorietà, almeno in determinate circostanze, della pretesa di guidarne l'operato. Non solo ne è seguito un riallineamento agli orientamenti espressi nella sentenza De Tommaso, ma, più in generale, può osservarsi che la giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni appare caratterizzata da una sostanziale quiescenza dell'uso difensivo della teoria del diritto consolidato e da un atteggiamento meno conflittuale rispetto a quello osservato nella fase culminata con la sentenza n. 49 del 2015.

Si è infine notato che, in tale contesto apparentemente “riappacificato”, il riconoscimento dei vincoli derivanti dai parametri convenzionali è accompagnato, con una certa frequenza, dal rinvio alla discrezionalità del legislatore, per l'approvazione di riforme necessarie ad adeguare l'ordinamento interno. La Corte costituzionale suole motivare tale rinvio riferendosi ai limiti delle proprie attribuzioni e all'esigenza di evitare gli inconvenienti che un immediato intervento ablativo potrebbe causare. Invero, sarebbe ingeneroso vedere in questa soluzione un mero espediente finalizzato a eludere i vincoli esterni; mentre sembra corretto riconoscervi una manifestazione di prudenza, spiegabile con le ragioni allegate. Tanto più che laddove, una volta rilevata la necessità di un intervento riformatore, la Consulta constati l'irragionevole protrarsi dell'inerzia del legislatore (eventualmente “messo in mora” con la fissazione di un termine) e ritenga che le controindicazioni che inizialmente l'avevano indotta ad arrestarsi non siano

---

<sup>134</sup> Cfr., di nuovo, G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, *op. cit.*, p. 255. Ma per una lettura che sottolinea invece la continuità della giurisprudenza costituzionale più recente con le tesi affermate già nelle sentenze gemelle v. G. SILVESTRI, *Considerazioni...*, *op. cit.*

insuperabili, essa può sentirsi autorizzata a intervenire in seconda battuta, sebbene non giudichi ottimale tale soluzione.

Queste recenti tendenze non escludono peraltro che la teoria enunciata nella sentenza n. 49 del 2015 possa essere rivitalizzata in futuro anche a scopi difensivi o “polemici”, dinanzi a orientamenti non graditi della Corte EDU, per negarne il carattere vincolante e l’idoneità a motivare la dichiarazione d’incostituzionalità di norme interne con essi contrastanti. Tale teoria, non sconfessata, potrà in ogni caso continuare ad avere un’efficacia dissuasiva rispetto a possibili impugnazioni “avventate” (non fondate su un’attenta considerazione della complessiva giurisprudenza della Corte europea su una determinata materia) da parte dei giudici comuni (del resto, si può ipotizzare che, proprio perché questi sono stati efficacemente dissuasi, normalmente la Corte costituzionale non abbia necessità di farne diretta applicazione); e potrebbe del pari essere utilizzata per neutralizzare simili impugnazioni, qualora si presentassero. Niente autorizza ad escludere dunque che essa possa nuovamente essere applicata non solo per giustificare un’espansione delle garanzie (in linea con il precedente della sentenza n. 120 del 2018), ma anche a fini difensivi. Tuttavia, in presenza di orientamenti consolidati della Corte EDU che la Consulta ritenesse di non poter condividere, il vero argine difensivo a cui questa potrebbe ricorrere come *extrema ratio* sarebbe rappresentato dai criteri della valutazione sistemica, del bilanciamento e del margine di apprezzamento<sup>135</sup>. Né può escludersi che siano individuati ulteriori criteri e modalità per limitare l’efficacia vincolante della giurisprudenza di Strasburgo, in risposta a eventuali nuove sollecitazioni.

Verosimilmente, anche in futuro la riflessione della Corte costituzionale e il suo atteggiamento continueranno a essere influenzati dalle concrete vicende della sua interazione con la Corte europea. Se, nella prospettiva della massima tutela dei diritti fondamentali, tale interazione dovrebbe essere il più possibile improntata alla collaborazione, l’esperienza ha tuttavia dimostrato che essa può conoscere anche momenti di più o meno aperto e aspro conflitto, in specie qualora emergano divergenze interpretative, rivelatrici della difficoltà di concretizzare tale principio. Questa difficoltà risulta evidente anche qualora il campo di osservazione sia ristretto alla Costituzione, alla CEDU e all’interazione fra i loro interpreti qualificati, senza considerare gli elementi di ulteriore complessità derivanti dallo sviluppo dell’UE e del ruolo della Corte di giustizia dell’UE.

A giustificare lo sforzo di collaborazione di cui dovrebbero farsi carico le Corti poste ai vertici dei diversi sistemi di protezione dei diritti fondamentali coesistenti in Europa è soprattutto l’aspettativa che, attraverso la loro integrazione, le tutele possano essere complessivamente massimizzate, secondo gli

---

<sup>135</sup> La cui persistente validità è stata ribadita nella sent. n. 46/2021 (v. *cons.* n. 19).

auspici di una parte della dottrina<sup>136</sup> e secondo le affermazioni che pure, si è visto, ricorrono in varie decisioni della Corte costituzionale. Nondimeno, si deve concordare con chi sottolinea che tale aspettativa, pur in astratto auspicabile, non è sempre realizzabile, per la segnalata difficoltà di specificare il concetto della massima tutela (o della tutela più ampia) nei casi concreti: difficoltà che, in ultima analisi, è determinata dal fatto che ogni nuovo diritto o nuova interpretazione di un particolare diritto (in specie, fondati su norme convenzionali) implicano sempre un costo per altri diritti e interessi costituzionalmente rilevanti<sup>137</sup>. La presa d'atto delle obiezioni che possono avanzarsi verso la teoria della massima tutela e più in generale verso l'«ideologia» dei «diritti a espansione illimitata» (e con essa, l'acquisita consapevolezza del carattere «semplicitico» del modo di ragionare sotteso alla «teoria delle norme interposte nella versione che avrebbe reso rigido il rapporto tra due ordinamenti separati», anche alla luce delle divergenze più volte emerse) è, verosimilmente, la ragione fondamentale che ha fatto avvertire alla Corte costituzionale l'esigenza di una «armonizzazione», determinando, dapprima, la «sostituzione» di quella teoria «con la diversa ed elastica teoria dell'integrazione sistematica» (o «sistemica»)<sup>138</sup>, quindi la svolta sancita dalla sentenza n. 49 del 2015.

Per altro verso, pur qualora si ritengano condivisibili le critiche riferite all'atteggiamento che, al di là delle giustificazioni esplicitamente indicate, si esprime nella teoria del diritto consolidato (e senza ignorare le difficoltà applicative di cui si è detto), può riconoscersi che con quella teoria si è cercato di dare risposta alla reale esigenza, segnalata da una parte della dottrina già prima della sua formulazione, di distinguere fra situazioni oggettivamente dissimili.

Ci si riferisce, più precisamente, all'esigenza di riconoscere la differenza esistente fra le particolari ipotesi in cui una pronuncia della Corte EDU assuma effettivamente rilevanza al di là del singolo caso deciso (come avviene, in particolare, qualora «la giurisprudenza CEDU consolidi il proprio *case law* su ricorrenti fattispecie che rivelino una violazione sistematica della Convenzione da parte di uno Stato membro»: violazione che sarà pertanto da ritenersi indicativa di un «difetto strutturale dell'ordinamento statale al cospetto delle garanzie imposte dal sistema CEDU»); e le ipotesi, in cui, viceversa, una sentenza di condanna della Corte europea riveli null'altro che una «violazione occasionale»<sup>139</sup>. Se si muove da tale

---

<sup>136</sup> Cfr. G. AMATO, *Corti costituzionale e corti europee*, *op. cit.*, p. 105, dove si ragiona in termini di «massima espansione possibile della tutela dei diritti». La fiducia nella possibilità di conseguire tale obiettivo conduce alcuni autori (fra questi può ricordarsi A. RUGGERI, nei contributi già citati) ad auspicare l'apertura verso la giurisprudenza di Strasburgo e a criticare l'atteggiamento di chiusura emerso nel recente passato. Maggiore scetticismo è espresso da altri autori, quali ad es. G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, *op. cit.*, e, più marcatamente, M. LUCIANI, *Interpretazione conforme*, *op. cit.*, che esplicitamente rifiuta soluzioni «areniche» (v. *infra*, nel testo e in nota).

<sup>137</sup> In particolare, si rinvia ai già ricordati passi di M. LUCIANI, *Interpretazione conforme*, *op. cit.*, dove si insiste sulla priorità dell'interpretazione conforme alla Costituzione rispetto all'interpretazione conforme alla CEDU come intesa dalla Corte di Strasburgo, nel caso in cui tali interpretazioni divergano.

<sup>138</sup> Per i virgolettati, cfr. G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, *op. cit.*, pp. 250 ss.

<sup>139</sup> Cfr. F. BILANCIA, *Profili evolutivi*, *op. cit.*, spec. pp. 147 s. e 158 ss.

premessa, risulta logico ritenere che, in maniera corrispondente, debbano essere differenziate anche le modalità attraverso cui gli Stati devono ottemperare agli obblighi di esecuzione delle sentenze della Corte europea: per cui dovrà concludersi che solo nelle ipotesi del primo tipo «l'obbligo di adattamento dell'ordinamento interno al paradigma della CEDU dovrà assumere la forma non più della riparazione nei confronti del singolo ricorrente, ma di una vera e propria riforma dei meccanismi statali di garanzia»<sup>140</sup>. L'adeguamento alle norme convenzionali potrà poi essere attuato, di norma, dal legislatore nazionale (se del caso, previa mediazione di una decisione della Consulta che ne indichi la necessità, confermandola e ponendola in ulteriore risalto); ma anche, eventualmente (specialmente qualora si constati l'irragionevole protrarsi dell'inerzia legislativa), dalla Corte costituzionale, con un suo intervento correttivo. Anche in quest'ultima ipotesi, peraltro, esso non sarà mai automatico, ma sempre mediato dal controllo basato sui criteri a cui la Consulta suole ricorrere, sopra illustrati.

## 9. Prospettive future

Le pur valide giustificazioni che possono invocarsi a fondamento delle ricordate teorie difensive e dei criteri di temperamento progressivamente introdotti dalla Corte costituzionale non devono, tuttavia, condurre a ignorare completamente l'esistenza di ragioni di tipo diverso, ma non per questo meno valide, le quali inducono ad auspicare che la Consulta comunque assicuri un certo grado di apertura verso gli orientamenti enunciati dalla Corte EDU e di norma prediliga, laddove non ravvisi l'esistenza di ostacoli insuperabili (vale a dire, fatti salvi casi eccezionali in cui la divergenza da tali orientamenti sia giustificata dall'eccessiva sottovalutazione di esigenze di tutela di interessi costituzionalmente protetti), un atteggiamento cooperativo.

In primo luogo, la disponibilità a integrare, nella "valutazione sistemica" interna al giudizio di legittimità costituzionale, gli argomenti desumibili dalla giurisprudenza di Strasburgo, può giustificarsi in quanto risulta coerente con l'esigenza di assicurare il sostegno dello Stato italiano al perseguimento delle generali finalità del sistema convenzionale, inteso come strumento aggiuntivo (sussidiario e rafforzativo) di salvaguardia dei diritti fondamentali e della democrazia: esigenza di cui del resto la Consulta si è mostrata consapevole fin dalle sentenze gemelle. Non si deve poi dimenticare che l'interazione con quel sistema ha già, positivamente e in più casi, fornito un decisivo stimolo per l'approvazione di riforme coerenti con le esigenze di attuazione dei principi costituzionali, o comunque ha favorito la formazione di orientamenti giurisprudenziali anch'essi coerenti con tali esigenze<sup>141</sup>. Né si deve trascurare che un approccio che

---

<sup>140</sup> *Ibid.*

<sup>141</sup> Per un quadro d'insieme, comprensivo delle persistenti criticità, v. A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2016-2020)*, CEDAM, Padova, 2020.

valorizzi l'apertura e la cooperazione con la Corte EDU può risultare utile specialmente per controbilanciare e contrastare più efficacemente dinamiche involutive che possono interessare l'ordinamento interno: la mente va, ad esempio, alle politiche di ridimensionamento dello Stato sociale che hanno caratterizzato lo scorso decennio, anche per effetto dei condizionamenti derivanti dalla crisi finanziaria internazionale e dalla ridefinizione della *governance* economica europea<sup>142</sup>; o ancora, nel contesto più recente, al fenomeno del populismo e alle sue ricadute ordinamentali<sup>143</sup>.

Si può concordare con chi ha osservato che è stata la Corte costituzionale a «complicare» il proprio rapporto con la Corte di Strasburgo, nel momento in cui essa ha deciso di valorizzare l'art. 117, co. 1, Cost. e affermato che le disposizioni convenzionali, come interpretate dalla Corte EDU, possono fungere da parametri interposti nel giudizio di legittimità costituzionale, senza che ciò fosse realmente imposto dall'adesione alla CEDU: giacché quest'ultima si limita a prevedere un sistema di giustizia del caso concreto e a carattere sussidiario, volto a risolvere specifiche controversie, senza alcuna pretesa di sostituire il controllo convenzionale al modello di giustizia costituzionale prescelto da ciascuno degli Stati che vi hanno aderito<sup>144</sup>. Tuttavia, occorre ricordare che la Consulta è stata indotta a compiere un simile passo anche dalla preoccupazione di impedire la disapplicazione diretta, decisa caso per caso dai giudici comuni, delle norme interne contrastanti con la CEDU. Per cui, laddove si escluda l'opzione di riaprire la porta a una simile eventualità (ciò che appare improbabile, alla luce del cammino finora compiuto), il confronto e la dialettica fra le due Corti risultano inevitabili.

Era dunque inevitabile che, una volta compiuto quel passo, la Corte costituzionale si trovasse in una posizione che le impone di ricercare una mediazione fra la riconosciuta esigenza di adeguamento della legislazione agli standard definiti a Strasburgo e la difesa delle persistenti specificità dell'ordinamento

---

<sup>142</sup> Per un inquadramento del problema, si rinvia (anche per ulteriori indicazioni bibliografiche) a P. MASALA, *Crisi della democrazia parlamentare e regresso dello Stato sociale: note sul caso italiano nel contesto europeo*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2016, pp. 1-30; ancora a ID., *Qué perspectivas para el constitucionalismo social en Europa? (buscando, e intentando encender, luces en tiempos oscuros)*, in P. MASALA, (Ed.), *La Europa social: alcances, retrocesos y desafíos para la construcción de un espacio jurídico de solidaridad*, CEPC, Madrid, 2018, pp. 399-420; nonché a P. MASALA – F. VALDÉS DAL-RÉ, *The Future of Social Europe and of European Integration at a Crossroads: How Can We Recover and Enforce Solidarity as a Fundamental Principle of European Constitutional Law (or Die)?*, in *European Papers*, n. 2, 2019, pp. 257-268. Sulla giurisprudenza sociale della Corte EDU nel contesto della crisi economico-finanziaria, v., fra gli altri, A. GUAZZAROTTI, *Crisi economica e ruolo delle Corti: quali contrappesi alla governance europea e internazionale?*, in *Diritto pubblico*, n. 3, 2013, pp. 1011-1049; I. GARCÍA VITORIA, *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre los derechos sociales*, in P. MASALA (Ed.), *La Europa social...*, cit., pp. 115-141.

<sup>143</sup> Sull'argomento v., per tutti, C.A. CIARALLI, *Populismo. Movimenti anti-sistema e crisi della democrazia rappresentativa*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022 (con ricca bibliografia). L'utilità delle sinergie con le Corti europee per un più efficace contrasto, fra l'altro, di politiche xenofobe, è resa evidente da alcune decisioni della Corte costituzionale che, per averne accertato il contrasto (anche e in alcuni casi soltanto) con l'art. 117, co. 1 Cost., per il suo tramite, con norme convenzionali o del diritto eurounitario, hanno dichiarato illegittime previsioni che disciplinavano l'accesso a particolari prestazioni sociali con modalità discriminatorie nei confronti degli stranieri: v. più precisi riferimenti in P. MASALA, *L'inclusione sociale degli immigrati e i limiti alle politiche di esclusione: indicazioni dalla giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2022, pp. 12-41.

<sup>144</sup> In questi termini, F. DONATI, *Il rilievo delle sentenze*, op. cit., p. 2.

costituzionale<sup>145</sup>. Era altresì inevitabile che eventuali divergenze interpretative assumessero un rilievo che altrimenti non avrebbero avuto. Vi sono oggettive ragioni che spiegano il loro verificarsi e, del pari, contribuiscono a spiegare l'allontanamento della Consulta dalla tesi iniziale, per cui poteva sembrare che alle sentenze della Corte EDU dovesse riconoscersi autorità di *res interpretata*. Come si è già notato, rileva, essenzialmente, il possibile «scarto di tutele», derivante dalla non completa sovrapponibilità fra i sistemi di valori della CEDU e della Costituzione e dalle diversità fra i corrispondenti sistemi di giustizia. Queste ragioni complessivamente inducono la Corte costituzionale a vigilare con speciale attenzione sul potenziale impatto degli orientamenti della Corte EDU sull'ordinamento interno e in specie sulle esigenze di tutela di interessi di rango costituzionale che questa possa aver trascurato anche non colpevolmente, perché non necessariamente la decisione sui casi concreti che le sono sottoposti le impone di considerarle. Nondimeno, le altre ragioni che si sono elencate in questo paragrafo (alle quali può ancora aggiungersi l'impossibilità di ignorare la realtà dell'integrazione realizzata attraverso il sistema convenzionale e i progressi da questa compiuti) richiedono che essa ricerchi ordinariamente la collaborazione e le dia impulso.

In ogni caso, deve prendersi atto di oggettive esigenze di armonizzazione, le quali richiedono che l'impegno di entrambe le Corti sia diretto a evitare e prevenire eccessi polemici, o comunque a superarli, qualora si manifestino. Anche da parte di chi allega solidi argomenti a sostegno della tesi della priorità della Costituzione ed esplicitamente rifiuta «ireniche conciliazioni»<sup>146</sup>, è riconosciuta la necessità, «in regime di pluralità degli ordinamenti e di apertura dell'ordinamento statale al diritto di origine sovranazionale o internazionale», di «meccanismi di raccordo», sebbene «il loro funzionamento non va[da] esente da difetti e non assicur[i] infallibilmente una perfetta armonizzazione»<sup>147</sup>.

Ricollegandosi alle considerazioni svolte in premessa, può infine osservarsi che il rischio che la conflittualità si ripresenti sussisterà sempre, perché sempre sussisterà una inevitabile tensione, più o meno visibile a seconda delle circostanze, fra le contrapposte istanze di uniformità e differenziazione che coesistono nell'ambito del sistema complesso mediante il quale è oggi garantita la tutela dei diritti fondamentali in Europa. Vicende “esemplari” quali quelle sopra ricordate hanno reso percepibile tale tensione e la conflittualità emersa è indubbiamente meritevole di interesse, perché permette di meglio riconoscere i problemi di funzionamento del sistema, normalmente latenti.

Tuttavia, la stessa conflittualità non deve essere enfatizzata: non solo perché, nell'ambito di un'interazione che vede solitamente prevalere la convergenza, essa risulta tutto sommato circoscritta; ma altresì perché, fintantoché venga mantenuta entro limiti che non sembrano ad oggi essere stati superati, può considerarsi

---

<sup>145</sup> Sulle quali richiama l'attenzione M. LUCIANI, *Interpretazione conforme*, op. cit., p. 460.

<sup>146</sup> M. LUCIANI, *Interpretazione conforme*, op. cit., p. 452.

<sup>147</sup> *Ibid.*, p., 460.

fisiologica e necessaria a garantire un'adeguata rappresentazione delle differenti istanze di cui entrambe le Corti devono tenere conto, premessa per il loro temperamento mediante uno sforzo di comprensione e avvicinamento reciproci<sup>148</sup>. Sebbene ciascuna Corte sia, in ragione del proprio specifico ruolo, portata a privilegiare istanze di diverso tipo – quelle definibili genericamente come istanze di uniformità nel caso della Corte EDU; quelle pure genericamente definibili come istanze di autonomia e difesa dell'identità costituzionale nazionale nel caso della Consulta – è coerente con il ruolo di ciascuna l'impegno a ricercare una sintesi il più possibile condivisa, per la tenuta dello stesso sistema.

Affinché la conflittualità non si cronicizzi, ma possa essere superata, è richiesta un'effettiva disponibilità al «confronto costruttivo» e alla collaborazione. Da questo punto di vista, può valutarsi criticamente l'atteggiamento difensivo («nazionalista») mostrato dalla Corte costituzionale nelle fasi di più accesa conflittualità e in particolare nella sentenza n. 49 del 2015 (pur al netto delle possibili giustificazioni già evidenziate); mentre devono considerarsi più favorevolmente l'atteggiamento di maggiore apertura e la generale diminuzione della conflittualità che possono osservarsi più recentemente. Occorre, più in generale, che entrambe le Corti rinuncino a pretese di superiorità e autosufficienza, per propiziare, attraverso il reciproco ascolto, l'individuazione, ogni qual volta risulti necessario, di un punto di «equilibrio»<sup>149</sup>, corrispondente alle segnalate esigenze di armonizzazione. In quest'ottica, potrà risultare sicuramente utile una maggiore istituzionalizzazione del dialogo: da realizzarsi, se non attraverso il meccanismo del rinvio pregiudiziale (più conforme a un'impostazione verticistica, quale è quella su cui si basa la preminenza del diritto dell'UE rispetto ai diritti nazionali, fatta salva la nota dottrina dei controlimiti), con modalità più consone all'idea di «confronto costruttivo» propugnata nella stessa sentenza n. 49 del 2015.

Le attese sono da tempo riposte nel parere consultivo su «questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli», previsto dal Protocollo addizionale n. 16, per cui tale parere può essere richiesto alla Corte EDU dalle supreme autorità giudiziarie nazionali come indicate da ciascuna Parte contraente<sup>150</sup>. La ratifica di quest'atto da

---

<sup>148</sup> G. AMATO, *Corte costituzionale e Corti europee*, op. cit., p. 8, invita a non «scandalizz[arsi] se negli assetti policentrici in cui operano e nei mari procellosi che a volte vi incontrano», le Corti europee e nazionali «si prendono qualche libertà di manovra o commettono degli errori», perché tutte «sono accomunate dalla stessa bussola» – la tutela dei diritti; e ancora rileva (p. 89) che «fra tante variabili e diversità, è difficile pretendere dalle Corti risultati geometricamente simmetrici» e che, al di là dei «difetti della loro giurisprudenza», che possono dipendere «dalle suscettibilità dei giudici, dalle rivendicazioni di rispettiva autonomia, dalle piccole manovre, insomma, che sempre ci sono nella vita degli uomini e delle istituzioni», ciò che più conta è che, «con le loro interazioni ripetute e non sempre coerenti» esse «cercano di accorciare le distanze fra culture diverse e fra linguaggi diversi, verso la condivisione di quei principi costituzionali comuni, che nutrono le Carte dei diritti».

<sup>149</sup> *Ibid.*, p. 109.

<sup>150</sup> Su cui v., fra gli altri, A. RUGGERI, *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti fra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla CEDU e all'entrata in vigore del prot. 16)*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2014; E. LAMARQUE (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista*

parte dell'Italia è da considerarsi auspicabile, nella prospettiva sopra indicata, specialmente perché, attraverso lo strumento del parere consultivo, sarebbe possibile richiamare l'attenzione della Corte di Strasburgo sull'esigenza di tenere conto di interessi di rango costituzionale che essa potrebbe altrimenti ignorare: così da farle acquisire, nel tempo, l'abitudine a considerarli spontaneamente e ordinariamente<sup>151</sup>. Soltanto nel caso in cui ciò non avvenisse dovrebbe considerarsi giustificato il ricorso, da parte della Corte costituzionale, a criteri difensivi come quelli già collaudati: in quanto risulterebbe, per l'appunto, motivato da colpevole sordità della Corte di Strasburgo.

Parimenti sarebbe auspicabile che il legislatore italiano, nel momento in cui finalmente autorizzasse la ratifica, includesse la Corte costituzionale fra le giurisdizioni superiori abilitate a richiedere il parere<sup>152</sup>, in maniera tale da permettere lo sviluppo di un dialogo e di una collaborazione più diretti fra le due Corti: tanto più che la stessa Consulta ha da tempo riconosciuto l'utilità dello strumento<sup>153</sup> e che più recentemente essa ha mostrato attenzione per l'impiego che ne è già stato fatto, dopo che è divenuto utilizzabile dalle giurisdizioni superiori di altri Stati europei<sup>154</sup>.

---

della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Giappichelli, Torino, 2015; E. CRIVELLI, *Il protocollo n. 16 alla CEDU entra in vigore: luci ed ombre del nuovo rinvio interpretativo a Strasburgo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2018, pp. 719-722.

<sup>151</sup> In questo senso, v. E. CRIVELLI, *Il contrastato recepimento in Italia del Protocollo n. 16 alla Cedu: cronaca di un rinvio*, in *Osservatorio AIC*, n. 2, 2021, pp. 50-74.

<sup>152</sup> Il d.d.l. presentato dal primo Governo Conte il 10 agosto 2018 per la ratifica ed esecuzione dei Protocolli n. 15 e n. 16 (A.C. n. 1124) prevedeva che il parere potesse essere richiesto dalla Corte di Cassazione, dal Consiglio di Stato, dalla Corte dei Conti e dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana (art. 3, co. 1), mentre stabiliva che la Corte costituzionale potesse «provvedere con proprie disposizioni» all'applicazione del Protocollo n. 16, lasciando quindi alla stessa la possibilità di decidere autonomamente se avvalersi dello strumento (art. 3, co. 3). Il Parlamento ha successivamente modificato il titolo del d.d.l., espungendo, dal titolo stesso e dall'articolato, ogni riferimento al Prot. 16, per poi autorizzare, con l'approvazione della l. n. 11/2021, la ratifica del solo Prot. 15 (dove è previsto l'inserimento di riferimenti al principio di sussidiarietà e al margine di apprezzamento nel preambolo della CEDU). Cfr. il dibattito svoltosi con la partecipazione di illustri costituzionalisti e internazionalisti in *Giustizia insieme*, aperto dalla pubblicazione dell'editoriale *L'estremo saluto al Protocollo n. 16 annesso alla CEDU*, del 12 ott. 2020, consultabile sul sito della [rivista](#).

<sup>153</sup> Cfr. sent. n. 49/2015, cit., *cons.* n. 7, dove si osserva che l'approccio collaborativo lì propugnato «in prospettiva, potrà divenire ulteriormente fruttuoso alla luce del Protocollo addizionale n. 16 alla Convenzione stessa, ove il parere consultivo che la Corte EDU potrà rilasciare, se richiesta, alle giurisdizioni nazionali superiori è espressamente definito non vincolante (art. 5)»: per la Consulta «questo tratto conferma un'opzione di favore per l'iniziale confronto fondato sull'argomentare, in un'ottica di cooperazione e di dialogo tra le Corti, piuttosto che per l'imposizione verticistica di una linea interpretativa su questioni di principio che non hanno ancora trovato un assetto giurisprudenziale consolidato e sono perciò di dubbia risoluzione da parte dei giudici nazionali».

<sup>154</sup> Le ordinanze di rimessione da cui hanno avuto origine le citate sentt. nn. 32 e 33/2021 contenevano ripetuti riferimenti al parere consultivo reso dalla Corte EDU il 10 aprile 2019, relativo al riconoscimento nel diritto interno di un rapporto di filiazione tra un minore nato da una gestazione per altri effettuata all'estero e la madre intenzionale, richiesto dalla Corte di cassazione francese. La Corte costituzionale, pur non fondando le proprie argomentazioni direttamente su tale parere, ha attribuito rilevanza agli indirizzi espressi in alcune pronunce della Corte EDU (sent. 16 luglio 2020, D. c. Francia; decisione 19 nov. 2019, C. c. Francia ed E. c. Francia), nelle quali – come ha rilevato – esso «è confluito» ed è «stato richiamato»: cfr. sent. n. 32/2021, *cons.* n. 2.4.1.2, e sent. n. 33/2021, *cons.* n. 3.1.