

Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*

di Elisabetta Lamarque
Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico
nell'Università degli Studi di Milano-Bicocca

1. Premessa. 2. Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali. Il “decalogo” per il giudice comune progressivamente formulato dalla giurisprudenza costituzionale. 3. Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali diversi dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nella giurisprudenza comune. a) L'interpretazione conforme agli obblighi internazionali. b) Il criterio di specialità. c) L'abrogazione della norma interna incompatibile. d) Le norme di origine pattizia come oggetto di dubbi di costituzionalità. e) Gli “obblighi internazionali” nell'art. 117, primo comma, Cost. 4. Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dalla Convenzione europea nella giurisprudenza comune. a) La posizione della Convenzione europea nel sistema delle fonti. b) Il divieto di disapplicazione, o di non applicazione, della legge difforme dalla Convenzione europea. c) La giurisprudenza della Corte di Strasburgo presso i giudici comuni. d) Le difficoltà applicative che discendono dal monopolio interpretativo della Convenzione europea assegnato alla Corte di Strasburgo. e) L'insofferenza nei confronti del monopolio interpretativo della Convenzione europea assegnato alla Corte di Strasburgo. 5. Riflessioni conclusive generali. 6. Attenuare il vincolo interpretativo alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo?

1. Premessa.

Sono trascorsi due anni esatti dal giorno in cui la Corte costituzionale ha preso posizione per la prima volta sul vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali previsto dall'art. 117, primo comma, Cost.. Un vincolo che, come è noto, era stato introdotto senza particolare ponderazione dal legislatore costituzionale del 2001¹ ed era rimasto completamente quiescente per alcuni anni²,

* Relazione presentata al Seminario dal titolo “Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici”, Roma, Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009.

¹ A. D'ATENA, *La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l'Unione Europea*, in *Rass. parl.*, 2002, 915 e 923, ricorda come l'introduzione di questa “statuizione di dirompente novità” sia avvenuta “in modo inopinato”, nella disattenzione generale, successivamente all'elaborazione del testo unificato da parte della prima commissione della Camera dei Deputati. Il primo a segnalarne la presenza nel testo della legge di revisione costituzionale del Titolo V della Parte II della Costituzione e le possibili implicazioni è stato M. LUCIANI, *Camicia di forza federale*, in *La Stampa* del 3 marzo 2001; ID., *Le nuove competenze legislative delle Regioni a statuto ordinario. Prime osservazioni sui principali nodi problematici della l. cost. n. 3 del 2001*, relazione al convegno su *Il nuovo Titolo V della Costituzione. Lo Stato delle autonomie*, tenutosi a Roma il 19 dicembre 2001, in www.associazionedeicostituzionalisti.it. V. in seguito, fra i contributi dei costituzionalisti, oltre a quello di D'Atena sopra richiamato, S. PANUNZIO, *Audizione del Presidente dell'A.I.C.*, in *Indagine conoscitiva sugli effetti nell'ordinamento delle revisioni del Titolo v della Parte II della Costituzione*, XIV legislatura, I Commissione

fino appunto alle storiche sentenze costituzionali n. 348 e n. 349 del 2007, che gli hanno dato forma e lo hanno reso concretamente operativo.

E' giunto quindi ora il tempo di provare a fare un primo provvisorio bilancio dell'impatto di questa giurisprudenza costituzionale sul nostro ordinamento.

Numerose sono le domande di cui sarebbe interessante conoscere la risposta³. Quali sono le indicazioni del giudice delle leggi che non hanno trovato resistenza nelle aule giudiziarie e che quindi possono dirsi ormai acquisite da parte dei giudici comuni? Quali sono, invece, le incertezze e le difficoltà operative incontrate dagli interpreti in questi due anni? Quali, ancora, i nodi sui quali la Corte costituzionale non ha ancora avuto modo di pronunciarsi, e che invece la giurisprudenza comune si è trovata a dovere affrontare e risolvere? Quali, di conseguenza, i possibili sviluppi e gli eventuali aggiustamenti dell'iniziale orientamento della Corte costituzionale necessari o opportuni per venire incontro alle istanze emergenti nella pratica giudiziaria e per adattarsi a una realtà più complessa e sfaccettata di quella raffigurata nelle prime, seppure molto significative, questioni di costituzionalità pervenute alla Corte? Quali, infine, le conseguenze ordinamentali di questa giurisprudenza costituzionale?

Il bilancio che intendo tracciare in queste pagine prende le mosse da un preciso presupposto e si pone al termine di un'indagine condotta attraverso una ben determinata prospettiva, che qui di seguito enuncio.

permanente, seduta di martedì 20 novembre 2001, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; C. PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *Foro it.*, 2001, V, 195; L. ELIA, *Introduzione*, in *La Repubblica delle autonomie*, a cura di T. Groppi e M. Olivetti, Torino, 2001, 9-11; A. ANZON, *I poteri delle Regioni dopo la riforma costituzionale*, Torino, 2002, 223 ss.; B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V*, Torino, 2002, 115 ss.; F.G. FERRARI, *Il primo comma dell'art. 117 della Costituzione e la tutela internazionale dei diritti*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, 2002, 1849 ss.; F. PIZZETTI, *I nuovi elementi unificanti del sistema costituzionale italiano*, in *Ist. fed.*, 2002, 240 ss.; F. SORRENTINO, *Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, 2002, 1355 ss.; G. GEMMA, *Rispetto dei trattati internazionali: un nuovo obbligo del legislatore statale*, in *Quad. cost.*, 2002, 605 ss.; A. MANGIA, *Ancora sugli obblighi internazionali nel Titolo V*, *ivi*, 806 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà fondamentali. Parte generale*, Padova, 2003, 28 ss.; P. CARETTI, *Il limite degli obblighi internazionali e comunitari per la legge dello Stato e delle Regioni*, in *Stato, Regioni ed Enti locali*, Torino, 2003, 57 ss.; G.F. FERRARI – G. PARODI, *Stato e Regioni di fronte al diritto comunitario e internazionale*, in *La revisione costituzionale del Titolo V tra nuovo regionalismo e federalismo. Problemi applicativi e linee evolutive*, a cura degli stessi Autori, Padova, 2003, 429 ss.; A. GUAZZAROTTI, *Niente di nuovo sul fronte comunitario? La Cassazione in esplorazione del nuovo art. 117, comma 1, Cost.*, in *Giur. cost.*, 2003, 475 ss.. Fra i primi contributi degli internazionalisti si vedano invece gli atti di un convegno tenuto a ridosso dell'entrata in vigore della riforma costituzionale dal titolo *Attuazione dei trattati internazionali e Costituzione italiana. Una riforma prioritaria dell'era della comunità globale*, a cura di G. Ziccardi Capaldo, Napoli, 2003; E. CANNIZZARO, *La riforma "federalista" della Costituzione e gli obblighi internazionali*, in *Riv. dir. internaz.*, 2001, 921 ss. e L.S. ROSSI, *Gli obblighi internazionali e comunitari nella riforma del titolo V della Costituzione*, in www.forumcostituzionale.it.

² E non solo. Come ricorda F. SORRENTINO, *Apologia delle "sentenze gemelle" (breve note a margine delle sentenze nn. 348 e 349/2007 della Corte costituzionale)*, in *Dir. soc.*, 2009, 215, la nuova disposizione costituzionale è stata sottoposta anche a un tentativo di abrogazione, poi fallito, da parte della riforma costituzionale respinta dal referendum popolare del giugno 2006.

³ Molte di queste risposte, peraltro, si leggono già nel fondamentale contributo di I. CARLOTTO, *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale: un'analisi sul seguito giurisprudenziale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, al quale ho fatto costante riferimento per le ricerche giurisprudenziali.

Il presupposto da cui muovono queste mie riflessioni è che le sentenze n. 348 e n. 349 non sono altro che decisioni sulle specifiche questioni di costituzionalità sulle quali la Corte costituzionale era in quel preciso momento storico chiamata a pronunciarsi.

E' vero che tali sentenze sono rivestite della forma solenne tipica delle pronunce giudiziali ben meditate con cui si affronta un tema importante e controverso, in relazione al quale si intende inaugurare un orientamento innovativo che aspira a catturare il massimo del seguito e dell'ascolto da parte di tutti gli operatori del diritto e a porsi come punto di riferimento stabile per la futura giurisprudenza. Tuttavia, concordo senz'altro con le osservazioni già formulate da autorevole dottrina in sede di primo commento a quelle due sentenze. A mio parere, infatti, le indicazioni in esse contenute sono per definizione non complete⁴, nel senso che aspirano a risolvere non già tutti i numerosi problemi interpretativi posti dall'art. 117, primo comma, Cost., ma soltanto quelli sollevati dalle singole questioni di costituzionalità effettivamente decise. E sono anche indicazioni provvisorie o di transizione⁵, un punto di partenza e non un punto di arrivo⁶, in quanto destinate a essere precisate e a subire eventuali correzioni di rotta in dipendenza della infinita varietà dei temi e dei problemi, naturalmente del tutto imprevedibili *a priori*, che il semplice decorso del tempo fa sempre emergere nella pratica applicativa.

Dato questo presupposto, gli itinerari di ricerca che mi è sembrato più interessante percorrere sono due.

Da un lato, ho cercato di verificare la compatibilità degli orientamenti seguiti in questo biennio dalla giurisprudenza comune con le strade percorse dalla Corte costituzionale e di comprendere le ragioni di alcune posizioni non perfettamente coincidenti. Dall'altro lato, ho provato a evidenziare i profili affrontati dai giudici comuni su cui per vari motivi non si è ancora avuto un intervento esplicito della Corte costituzionale. E' proprio sulle divergenze fra giurisprudenza comune e giurisprudenza costituzionale e sugli aspetti non ancora del tutto 'coperti' dalle affermazioni della Corte costituzionale, infatti, che il sistema di controllo di costituzionalità in relazione al tutto sommato ancora recente parametro costituito dall'art. 117, primo comma, Cost. attende ancora di essere messo a punto.

Chiariti il presupposto e l'angolo di visuale da cui procedo, suddividerò le mie riflessioni in quattro passaggi.

In una prima parte ricorderò brevemente quali sono i chiarimenti interpretativi sulla portata e sul modo di operare dei vincoli internazionali fino ad ora offerti dalla giurisprudenza costituzionale, indicando anche il contesto all'interno del quale sono stati resi (par. 2). In una seconda parte illustrerò e commenterò gli orientamenti della giurisprudenza comune relativi ai vincoli internazionali diversi dalla Convenzione

⁴ G. GAJA, *Il limite costituzionale del rispetto degli "obblighi internazionali": un parametro definito solo parzialmente*, in *Riv. dir. internaz.*, 2008, 136.

⁵ A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, 215; ID., *Ancora in tema di rapporti tra CEDU e Costituzione: profili teorici e questioni pratiche*, in *Pol. dir.*, 2008, 443.

⁶ U. LEANZA, *Intervento*, in *Il rango interno della Convenzione europea dei diritti dell'uomo secondo la più recente giurisprudenza costituzionale*, a cura di E. Sciso, Roma, 2008, 53; F. ANGELINI, *L'incidenza della CEDU nell'ordinamento italiano alla luce di due recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, 489.

europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 (par. 3). In una terza parte mi occuperò invece degli orientamenti giurisprudenziali relativi alla Convenzione europea (par. 4). In una quarta e ultima parte svolgerò alcune riflessioni conclusive generali, cercando di illustrare quali sono i meccanismi nei rapporti tra giudici messi in moto dalle pronunce costituzionali della fine del 2007, e quali le ricadute sul ruolo complessivo della Corte costituzionale nel sistema (parr. 5 e 6).

2. Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali. Il "decalogo" per il giudice comune progressivamente formulato dalla giurisprudenza costituzionale.

Un quadro completo e coerente della giurisprudenza costituzionale in merito al vincolo degli obblighi internazionali posto alle leggi statali e regionali dall'art. 117, primo comma, Cost. è agevole da ricostruire, a patto di non dare peso eccessivo alle differenze sul piano dell'impostazione teorica che parte della dottrina ha rilevato già nel confronto fra le due sentenze, figlie di due diversi giudici redattori, che hanno inaugurato il nuovo orientamento.

Se si presta attenzione alle sole indicazioni pratiche relative al modo di operare di tale vincolo fornite dalla Corte costituzionale sia in quelle due prime sentenze, sia in alcune altre pronunce successive, infatti, non si rileva alcuna particolare contraddizione o incoerenza.

Prima di sintetizzare le posizioni assunte dalla Corte mi sembra tuttavia necessario sottolineare una duplice circostanza fondamentale, sulla quale certamente tornerò più volte nel corso della trattazione: *a)* tutte le decisioni costituzionali in materia di vincoli derivanti dagli obblighi internazionali finora intervenute vedevano direttamente coinvolta la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e non gli altri impegni internazionali assunti dall'Italia; *b)* le affermazioni più significative svolte fino a oggi dalla Corte costituzionale sono state rese in relazione a questioni di legittimità costituzionale in cui era presente un orientamento della Corte europea per i diritti dell'uomo sfavorevole all'Italia, con una o plurime condanne del nostro paese per violazione di diritti previsti dalla Convenzione.

La breve sintesi delle affermazioni del giudice delle leggi sul modo di operare dei vincoli internazionali che ora formulerò deve quindi essere letta tenendo ben presente che solo una di queste, l'ultima, è riferita senz'altro ed espressamente alla sola Convenzione europea, mentre tutte le altre, pur formulate in termini generali, e quindi astrattamente riferibili a qualunque vincolo internazionale, sono state in realtà effettivamente rese, come si è detto, in pronunce nelle quali veniva in rilievo soltanto quella Convenzione e nelle quali la legge italiana era sospettata di violare un diritto convenzionale a causa di pregresse condanne dell'Italia da parte della Corte di Strasburgo. E' quindi perlomeno dubbio che le stesse affermazioni generali siano tutte automaticamente trasponibili in blocco al di fuori dell'ambito peculiare nel quale sono state pronunciate.

Ed ecco qui di seguito esposto il vero e proprio “decalogo” per il giudice comune, articolato in dieci comandamenti, che la Corte costituzionale ha ricavato in via interpretativa dal nuovo testo dell’art. 117, primo comma, Cost.:

- 1) il meccanismo di adattamento automatico dell’ordinamento giuridico italiano al diritto internazionale previsto dall’art. 10, primo comma, Cost., vale solo per le norme internazionali consuetudinarie e non può essere invocato per le norme internazionali pattizie, e quindi neppure per la Convenzione europea, che appartiene a tale ultima categoria (sentt. n. 348 e n. 349 del 2007);
- 2) in relazione alle norme della Convenzione europea non è invocabile neppure il parametro dell’art. 11 Cost., poiché esso riguarda soltanto il diritto comunitario. Di conseguenza, non è possibile attribuire alle norme convenzionali “l’effetto diretto, nel senso e con le implicazioni proprie delle norme comunitarie provviste di tale effetto, in particolare la possibilità per il giudice nazionale di applicarle direttamente in luogo delle norme interne con esse confliggenti” (così la sent. n. 349 del 2007, ma sul divieto di disapplicazione, o di non applicazione, della norma interna in contrasto con la Convenzione europea insiste con fermezza anche la sent. n. 348 del 2007);
- 3) il parametro costituzionale di riferimento per le norme internazionali pattizie, Convenzione europea compresa, è invece l’art. 117, primo comma, Cost., il quale certamente conferisce alle norme pattizie una forza di resistenza maggiore rispetto alle leggi interne successive (sent. n. 348 del 2007), senza peraltro attribuire loro il rango costituzionale (sentt. n. 348 e n. 349 del 2007);
- 4) l’art. 117, primo comma, Cost., agisce realizzando “un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi al parametro, tanto da essere comunemente qualificata “norma interposta”” (sent. n. 349 del 2007); di conseguenza, gli eventuali contrasti fra una norma convenzionale e una *legge interna successiva* “non generano problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale” aventi come oggetto la legge interna e come parametro interposto la norma convenzionale (sent. n. 348 del 2007);
- 5) anche il contrasto tra norma convenzionale e *legge interna anteriore*, peraltro, si configura come questione di legittimità costituzionale di competenza della Corte costituzionale (così, ma solo implicitamente, la sent. n. 39 del 2008);
- 6) “al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme” (sent. n. 349 del 2007);
- 7) il giudice comune può percorrere la via del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale solo qualora l’interpretazione conforme al vincolo internazionale non sia possibile, e cioè quando il rilevato contrasto tra norma interna e disposizione internazionale è “insanabile in via interpretativa” da parte del giudice comune (sent. n. 349 del 2007), oppure quando l’interpretazione conforme al vincolo internazionale è rifiutata dal diritto vivente (sent. n. 239 del 2009);
- 8) stante il dovere del giudice comune di procedere all’interpretazione della legge in senso conforme al vincolo internazionale ogniqualevolta tale interpretazione sia

testualmente possibile e non esista un diritto vivente contrario, il mancato esperimento di un tentativo in tal senso rende inammissibile la questione di legittimità costituzionale eventualmente sollevata (così pare dire la sent. n. 239 del 2009);

- 9) quando la Corte costituzionale entra nel merito di una questione di costituzionalità relativa a un preteso contrasto tra norma interna e norma internazionale interposta, ad essa spetta il compito di “verificare congiuntamente la conformità a Costituzione di entrambe e precisamente la compatibilità della norma interposta con la Costituzione e la legittimità della norme censurata rispetto alla norma interposta” e, “nell’ipotesi di una norma interposta che risulti in contrasto con una norma costituzionale”, la Corte “ha il dovere di dichiarare l’inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, ad espungerla dall’ordinamento giuridico italiano” (sent. n. 348 del 2007 e, analogamente, sent. n. 349 del 2007);
- 10) infine, con riferimento alle sole norme convenzionali, la Corte costituzionale precisa che esse vivono nell’interpretazione che viene data loro dalla Corte europea (così la sent. n. 348 del 2009, ma similmente anche la sent. n. 349 del 2007), nel senso che la loro “peculiarità”, nell’ambito della categoria delle norme internazionali pattizie che fungono da 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” (così da ultima la sent. n. 39 del 2008). Quando viene in rilievo la Convenzione europea, in definitiva, su tutti gli organi giurisdizionali nazionali, Corte costituzionale compresa, ciascuno nell’esercizio delle proprie competenze, grava un vincolo interpretativo assoluto e incondizionato alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo per la determinazione dell’esatto contenuto del vincolo internazionale.

3. Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali diversi dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali nella giurisprudenza comune.

Come si è detto, nove di questi dieci comandamenti, pur formulati in decisioni nelle quali veniva in rilievo la Convenzione europea, si presentano come applicabili, nelle intenzioni della Corte costituzionale, a tutti gli obblighi internazionali pattizi sul presupposto, più volte ripetuto, che la Convenzione appartenga a tale categoria, pur presentando innegabili peculiarità. Ed è proprio riferendosi alla più evidente peculiarità della Convenzione europea – la presenza di un giudice appositamente istituito per vigilare sul rispetto di tale convenzione da parte degli Stati membri – che la Corte costituzionale espressamente sottrae alla disciplina generale valevole per tutti i trattati l’ultimo comandamento del decalogo, il vincolo interpretativo alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, per riferirlo alla sola Convenzione europea⁷.

⁷ O ai soli trattati che, come la Cedu, prevedono l’esistenza di un giudice chiamato a vigilare sulla loro osservanza. In questo senso nota S. CASSESE, *I tribunali di Babele*, Roma, 2009, 69, che “dal testo delle due sentenze non si ricava alcun elemento che escluda un’applicazione del meccanismo ivi sancito [quello dell’interposizione delle norme di

Tutti i commentatori concordano su una simile lettura della giurisprudenza costituzionale⁸. Con felice sintesi, anzi, c'è anche chi ha osservato che la scelta precisa della Corte costituzionale sia stata quella di trattare la Convenzione europea alla stregua di un qualsiasi trattato internazionale dal punto di vista del sistema delle fonti, mentre, guardando alla Convenzione europea dalla diversa prospettiva dei rapporti tra giudici, la Corte ha al contrario inteso differenziarla nettamente dagli altri impegni internazionali assunti dal nostro paese⁹.

Aggiungerei una sola osservazione, che svilupperò più avanti nella trattazione. Con ogni probabilità anche il secondo comandamento, consistente nel divieto per i giudici comuni di disapplicare, o meglio di non applicare, la legge interna confliggente con il vincolo internazionale, è stato formulato pensando esclusivamente alla Convenzione europea, allo scopo di sgombrare il campo da ogni equivoco, e chiarire una volta per tutte che il diritto convenzionale non è diritto comunitario, e in particolare non ha gli stessi effetti diretti del diritto comunitario. Solo con riguardo alla Convenzione europea, e non certo ad altri trattati internazionali, infatti, negli anni precedenti l'intervento della Corte costituzionale la giurisprudenza comune aveva proceduto in ordine sparso, a volte negando e a volte riconoscendo alle norme convenzionali la capacità di essere applicate nei casi concreti a scapito di qualunque altra norma interna anche posteriore alla data di recepimento della Convenzione europea nell'ordinamento italiano¹⁰, con la conseguenza che non era più procrastinabile un intervento chiarificatore della Corte su questo punto¹¹. E, oltretutto, solo con riguardo alla Convenzione europea, e non ad altri obblighi internazionali, la possibilità da parte dei giudici comuni di dare diretta applicazione alla norma di origine pattizia a scapito di qualsiasi altra norma interna avrebbe potuto condurre a una progressiva e incontrollata sovrapposizione di un diverso sistema costituzionale dei diritti, il sistema europeo delineato dalla Convenzione europea e dalla Corte di Strasburgo, su quello stabilito nella nostra Costituzione, e presidiato dal controllo accentrato della Corte costituzionale¹².

origine pattizia] a tutti i vincoli derivanti da trattati internazionali, con una sola differenza. Alcuni trattati prevedono un apposito organismo giudicante: le loro norme saranno valutate sulla base dell'interpretazione data da tale organismo. Altri trattati non prevedono un organismo giudicante: le loro norme potranno essere interpretate liberamente dai giudici nazionali”.

⁸ Salvo, ma in modo poco convincente, S. PENASA, *Tanto rumore per nulla o meglio tardi che mai? Ancora sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale, tra dubbi ermeneutici e possibili applicazioni future*, in www.forumcostituzionale.it, il quale ritiene che l'interpretazione dell'art. 117, primo comma, Cost. offerta dalla Corte costituzionale si estenda in via analogica ai soli trattati internazionali che, analogamente alla Cedu, introducano un sistema di tutela uniforme dei diritti fondamentali.

⁹ L. MONTANARI, *Il sistema integrato delle fonti: analisi e prospettive in relazione all'ordinamento italiano dopo l'intervento della Corte costituzionale con le sentenze 348 e 349 del 2007*, relazione all'incontro di studi sul tema “Il sistema integrato delle fonti e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo”, Roma, 23-25 settembre 2009, testo gentilmente fornito dall'Autrice.

¹⁰ Si rinvia, sul punto, a B. RANDAZZO, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 1303 ss. (e poi anche in *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, a cura di P. Falzea – A. Spadaro – L. Ventura, Torino, 2003, 217 ss.).

¹¹ M. CARTABIA, *La Cedu e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in *All'incrocio tra Costituzione e Cedu. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, a cura di R. Bin – G. Brunelli – A. Pugiotto – P. Veronesi, Torino, 2007, 18.

¹² Per questa notazione v. P. RIDOLA, *Intervento*, in *Il rango interno della Convenzione europea dei diritti dell'uomo secondo la più recente giurisprudenza costituzionale*, cit., 38.

Ciò nonostante, il divieto di disapplicazione, o di non applicazione, delle norme interne contrastanti con le norme internazionali pattizie presenta certamente portata generale, benché in relazione a trattati diversi dalla Convenzione europea la sua insistita enunciazione possa suonare alle orecchie dell'autorità giudiziaria, che non lo ha mai messo in discussione, in qualche modo scontata e quindi superflua.

Le indagini sulla giurisprudenza comune relativa ai vincoli discendenti da obblighi internazionali diversi dalla Convenzione europea sono non agevoli e poco fruttuose, ma mi pare che sul punto della riferibilità dei comandamenti dettati dalla Corte costituzionale anche a questi obblighi diano indicazioni del tutto univoche.

Il meccanismo fondamentale che la Corte costituzionale ha ricavato dall'art. 117, primo comma, Cost. – secondo cui il giudice comune si trova di fronte all'alternativa tra interpretazione della legge interna conforme al vincolo internazionale e proposizione della questione di legittimità costituzionale avente quel medesimo vincolo internazionale come parametro interposto – è stato inteso dalla giurisprudenza comune come senz'altro applicabile anche ai trattati internazionali diversi dalla Convenzione europea.

Emblematica, in questo senso, è la nota ordinanza con cui lo scorso anno una sezione semplice della Corte di Cassazione ha invocato l'intervento delle sezioni unite in materia di attribuzione al figlio del doppio cognome paterno e materno¹³. Alle sezioni unite è stato chiesto appunto di prendere posizione su quell'alternativa: di valutare cioè se delle attuali disposizioni del codice civile e del regolamento sull'ordinamento dello stato civile potesse essere data una interpretazione “costituzionalmente orientata”, e cioè conforme ad alcune disposizioni contenute in convenzioni internazionali sui diritti umani a cui l'Italia ha dato esecuzione con legge, oltre che ad alcune norme della Convenzione europea, ovvero se, qualora tale soluzione fosse ritenuta “esorbitante dai limiti dell'attività interpretativa”, la questione dovesse essere rimessa alla Corte costituzionale.

Tuttavia, da un esame complessivo degli orientamenti giurisprudenziali dell'ultimo biennio si ricava l'impressione che, in relazione ai vincoli internazionali diversi dalla Convenzione europea, l'*aut aut* fra interpretazione conforme al vincolo internazionale e proposizione della questione di costituzionalità tenda a operare, nella pratica, in modo diverso, e meno rigido, di quanto non possa desumersi dalla lettura del decalogo stilato dalla giurisprudenza costituzionale per i vincoli derivanti dalla Convenzione europea.

In particolare, i giudici, pur senza contravvenire formalmente ad alcuno dei comandamenti formulati dal giudice delle leggi, *di fatto* si ritagliano, in modo più o meno ortodosso, gli spazi di discrezionalità interpretativa che consentono loro di far prevalere la disciplina internazionale senza passare attraverso il giudizio di costituzionalità.

La giurisprudenza comune sembra così offrire una risposta concreta alle perplessità manifestate in modo particolarmente incisivo dalla migliore dottrina internazionalistica, che già in sede di commento alle sentenze n. 348 e n. 349 del

¹³ Cass., sez. I civ., ord. 22 settembre 2008, n. 23934. La questione non verrà tuttavia decisa dalle Sezioni Unite perché è intervenuta rinuncia al ricorso.

2007 aveva ritenuto assurdo e contrario al buon senso riservare a qualunque impegno internazionale bilaterale o multilaterale il medesimo trattamento, sul piano delle fonti, delineato dalla Corte costituzionale a proposito della Convenzione europea¹⁴.

Possibile, ci si è chiesti, che qualunque impegno preso dall'Italia in sede internazionale, anche recante “normuzze spicchiole di corto respiro”, debba essere catapultato nell'ordinamento italiano “al sommo della piramide”, appena sotto le norme costituzionali, insieme a trattati internazionali come la Convenzione europea o ad altri simili impegni relativi alla tutela dei diritti umani, che consacrano valori essenziali di civiltà e contribuiscono a mantenere e promuovere il sistema democratico? Ancora, è “seriamente concepibile che l'intera congerie degli obblighi internazionali debba provocare l'entrata in gioco dell'art. 117, con le imponenti conseguenze indicate dalla Corte”, prima fra tutte la necessità di attivare il giudizio di costituzionalità?¹⁵ O non sarebbe piuttosto meglio che, nel caso di obblighi internazionali diversi dalla Convenzione europea e dagli altri di calibro analogo inerenti alla ‘materia costituzionale’ della tutela dei diritti, fossero i giudici comuni, e non la Corte costituzionale, a combattere in prima linea con le armi dell'interpretazione, prima fra tutte quella dell'interpretazione conforme al vincolo internazionale, allo scopo di evitare l'insorgere della responsabilità dello Stato per violazione dell'obbligo internazionale?

Sono in effetti molti e di vario tipo gli strumenti presenti nell'armamentario dei giudici comuni capaci di garantire il rispetto degli obblighi internazionali nella soluzione delle concrete controversie, alcuni già ampiamente sperimentati prima della riforma costituzionale, altri addirittura suggeriti dal nuovo testo dell'art. 117, primo comma, Cost..

Proverò qui di seguito a elencarli, cercando per ognuno di essi di verificarne la rispondenza, o almeno la compatibilità, con il decalogo stilato dalla Corte.

a) *L'interpretazione conforme agli obblighi internazionali.* In primo luogo, si deve ricordare che il canone dell'interpretazione conforme alle norme dei trattati, su cui insiste la sentenza n. 349 del 2007, non rappresenta una novità per l'autorità giudiziaria. I giudici, infatti, da sempre riescono ad assicurare prevalenza ai vincoli internazionali pattizi (precedenti) sulle leggi interne (successive) invocando – fra gli altri criteri ermeneutici – la presunzione di conformità di queste ultime rispetto ai primi, e cioè la presunzione che lo Stato italiano, tramite il suo legislatore, non abbia inteso sottrarsi all'obbligo internazionale che si era in precedenza assunto, non volendo incorrere nella conseguente responsabilità per inadempimento nei rapporti con gli altri Stati¹⁶.

¹⁴ L. CONDORELLI, *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, 2008, 305-306.

¹⁵ L. CONDORELLI, *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*, cit., 305-309.

¹⁶ In questo senso già la risalente Cass., sez. un. civ., 20 ottobre 1976, n. 3610, in *Dir. com. e degli scambi internaz.*, 1977, 137 ss., in cui si afferma addirittura che si deve presumere che lo Stato abbia inteso rispettare, piuttosto che violare, gli impegni internazionali, in mancanza di ostacoli testuali, anche quando i lavori preparatori della legge deporrebbero in senso contrario.

Il criterio dell'interpretazione conforme suggerito dalla Corte costituzionale è di più ampio respiro, operando anche quando l'obbligo internazionale è successivo alla disciplina legislativa interna e, al contrario della preesistente presunzione di conformità, ha fondamento positivo nel testo costituzionale¹⁷, ma implica un'attività ermeneutica da parte del giudice del tutto analoga.

L'impressione che si ricava da un esame d'insieme della giurisprudenza comune di questi due anni in relazione agli obblighi internazionali diversi dalla Convenzione europea, che pure non presenta casi particolarmente eclatanti di interpretazione conforme a tali obblighi¹⁸, è che i giudici continuino a percorrere senza alcuno sforzo la strada 'vecchia' dell'interpretazione conforme¹⁹, ignorando completamente la strada 'nuova', inaugurata dalle sentenze costituzionali del 2007, della proposizione della questione di costituzionalità, come dimostra la stessa mancanza di questioni di legittimità aventi come unico parametro interposto un trattato internazionale diverso dalla Convenzione europea.

In proposito, poi, bisogna anche tenere presente che di fronte a un trattato qualsiasi il giudice ha molto più agio nel pervenire a un'interpretazione della legge interna conforme al testo del trattato di quanto non abbia di fronte a una norma convenzionale. In questo caso, infatti, allo scopo di sanare in via interpretativa l'antinomia normativa che in un primo momento sembrava presente, egli può giocare sull'interpretazione di entrambe le disposizioni a confronto – la legge interna e il trattato –, mettendo in tensione il testo ora dell'una ora dell'altro fino a far convergere il loro significato²⁰. Al contrario, quando è di fronte alla norma

¹⁷ L'art. 117, primo comma, Cost. infatti, come incisivamente nota L. MONTANARI, *Giudici comuni e Corti sovranazionali: rapporti tra sistemi*, in *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, cit., 127, può anche essere letto come "una formalizzazione dell'obbligo di interpretazione conforme". In questo senso F. SALERNO, *Diritto internazionale. Principi e norme*, Padova, 2008, 357, sostiene che la presunzione di conformità del diritto interno agli obblighi internazionali, che ha origine dottrinarialmente risalente ed è canone consolidato in giurisprudenza, ha assunto carattere vincolante per l'operatore giuridico solo nel momento in cui ha trovato fondamento nel testo della Costituzione e conseguente avallo da parte della Corte costituzionale. Analogamente, secondo F. SORRENTINO, *Il diritto europeo nella giurisprudenza della Corte costituzionale: problemi e prospettive*, in *Quad. reg.*, 2006, 636, l'esigenza di fedeltà agli obblighi internazionalmente assunti posta da questa nuova disposizione costituzionale "crea e rafforza un dovere di interpretazione conforme in capo a tutti gli operatori giuridici interni" e, secondo G. CATALDI, *Convenzione europea dei diritti umani e ordinamento italiano. Una storia infinita?*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, 2008, 330-331, il criterio dell'interpretazione conforme, già presente nell'ordinamento italiano, "alla luce della formulazione dell'art. 117 si impone certo con maggior vigore di quanto non avvenga in assenza di una disposizione costituzionale espressa".

¹⁸ Anche se costituiscono certamente esempi importanti d'interpretazione conforme a norme convenzionali (e in particolare all'art. 12 della Convenzione sui diritti del fanciullo di New York del 1991) le pronunce giurisdizionali nelle quali si dà ingresso alla regola dell'audizione del minore, salvo che l'ascolto possa arrecargli danno, in tutte le procedure giudiziarie che lo riguardano, anche se la legge nazionale non impone come obbligatoria tale audizione. Si veda, da ultima, Cass., sez. un. civ., 21 ottobre 2009, n. 22238 e le numerose pronunce del giudice di legittimità ivi richiamate.

¹⁹ Per una motivazione tutta imperniata sulle previsioni delle convenzioni internazionali cui l'Italia aderisce, richiamate peraltro congiuntamente alle norme costituzionali e alle sentenze della Corte costituzionale che già vi avevano fatto ricorso per una corretta lettura della legislazione interna, v., ad esempio, Cass., sez. un. civ., 9 dicembre 2008, n. 28875, in materia di competenza per territorio del Tribunale per i minorenni nei provvedimenti relativi all'affidamento dei minori.

²⁰ Anche se, si deve notare, la giurisprudenza di legittimità è ben consapevole che il metodo interpretativo da adottare per l'esatta ricostruzione del contenuto delle norme discendenti da convenzioni internazionali deve ispirarsi alle direttive contenute nella convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, "che stabilisce criteri ermeneutici non sovrapponibili a quelli utilizzati per l'interpretazione delle disposizioni dell'ordinamento interno" (così Cass., sez. un. pen., 10 luglio – 23 settembre 2008, n. 36527). Sul dovere del giudice interno di seguire nell'interpretazione dei trattati i

convenzionale, seguendo l'impostazione della Corte costituzionale il giudice è vincolato a dare all'obbligo internazionale il significato a esso attribuito dalla Corte di Strasburgo, e si trova quindi a poter operare non più su due fronti, ma soltanto a senso unico, e cioè solo sulla norma interna, che deve cercare di adeguare a un parametro interposto il cui significato è rigidamente predeterminato.

Ed è proprio la possibilità per ogni giudice di determinare autonomamente il contenuto dell'obbligo internazionale che offre una seconda spiegazione della mancanza di questioni di legittimità costituzionale aventi come unico parametro interposto un trattato diverso dalla Convenzione europea.

Accade infatti che il giudice riesca ad avvicinare il significato del vincolo internazionale – nella maggior parte delle ipotesi una convenzione in materia di tutela dei diritti umani diversa dalla Convenzione europea – a quello della nostra Costituzione, fino a identificarlo con esso, in modo da potere poi escludere che la legge interna contrasti contemporaneamente con entrambi.

In tal senso mi sembra molto significativa la lunga serie di pronunce in materia di criteri di calcolo del compenso per lavoro straordinario in cui la Cassazione variamente respinge come manifestamente infondate, con motivazioni telegrafiche, le questioni di costituzionalità della normativa interna eccepite in relazione ai parametri interposti costituiti dalla Carta sociale europea e dalla Convenzione OIL. Dopo avere accertato che la disciplina italiana è conforme al dettato dell'art. 36 Cost., infatti, il giudice di legittimità si libera facilmente dei dubbi relativi ai parametri interposti attribuendo al generico testo dell'impegno internazionale il semplice valore di conferma della norma costituzionale²¹. In altre occasioni, poi, la declaratoria di manifesta infondatezza dell'eccezione di costituzionalità della legge interna sollevata dalle parti in relazione a una norma convenzionale interposta è facilitata dalla presenza di pronunce della Corte costituzionale che avevano già richiamato la norma convenzionale accanto alla Costituzione, ritenendole portatrici di analoghi principi²².

b) Il criterio di specialità. In secondo luogo, la ricerca giurisprudenziale testimonia che i giudici comuni non hanno affatto abbandonato, dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, l'altro criterio interpretativo – ulteriore rispetto quello della presunzione di

criteri interpretativi emergenti nell'ordinamento internazionale v., in dottrina, R. MONACO, *Interpretazione. II) Interpretazione delle norme internazionali*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1989, 2; R. MONACO – C. CULTI GIALDINO, *Manuale di diritto internazionale pubblico. Parte generale*, III ed., Torino, 2009, 211.

²¹ Argomentando ad esempio che la Carta sociale europea “prevede la maggiorazione per lavoro straordinario, nel caso non negata ai lavoratori” (Cass., sez. lav., 17 aprile 2009, n. 9238), o “conferma il principio del diritto a tale maggiorazione, ma nulla stabilisce sull'entità della stessa” (Cass., sez. lav., 15 gennaio 2008, n. 649), oppure ancora affermando che “a questo riguardo rileva la distinzione tra straordinario legale e contrattuale, e che i vincoli derivanti dalla Carta riguardano soltanto quello legale” (Cass., sez. lav., 22 luglio 2009, n. 17036). Analogamente, con varie argomentazioni, si vedano anche, fra le altre, Cass., sez. lav., 15 gennaio 2008, n. 650; 18 gennaio 2008, n. 1080; 21 gennaio 2008, n. 1199; 22 gennaio 2008, n. 1332 e n. 1333; 24 gennaio 2008, n. 1571 e n. 1572; 26 marzo 2008, n. 7880; 8 aprile 2008, n. 9132; 28 luglio 2008, n. 20519; 8 settembre 2008, n. 22608; 9 settembre 2008, n. 23120, n. 23121 e n. 23122; 15 dicembre 2008, n. 29297; 17 aprile 2009, n. 9239.

²² E' questo il caso, ad esempio, della questione di legittimità costituzionale avente a oggetto la norma che esclude l'applicazione retroattiva di termini più brevi di prescrizione del reato nei processi che pendano in appello o in Cassazione, eccepita dalla parte in relazione all'art. 27 Cost. e all'art. 15 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, e dichiarata manifestamente infondata dalla Corte di Cassazione sulla base del facile richiamo a due precedenti costituzionali, uno dei quali a quel Patto faceva già riferimento (Cass., sez. II civ., 8 aprile 2008, n. 19649).

conformità della legge interna all'obbligo internazionale, sopra richiamato – a cui attingevano già in epoca anteriore alla riforma costituzionale per assicurare prevalenza agli obblighi internazionali nella risoluzione delle concrete controversie. Mi riferisco al criterio di specialità, secondo cui la legge speciale deroga alla legge generale, e la legge posteriore generale non deroga alla legge anteriore speciale, a meno che con la legge posteriore generale il legislatore non abbia manifestato la volontà di abrogare le leggi speciali previgenti²³.

La dottrina internazionalistica, come è noto, ha proposto almeno due diverse possibili versioni del criterio di specialità.

Secondo una prima versione, tutte le norme pattizie eseguite con legge si sottrarrebbero *in quanto tali* al normale meccanismo dell'abrogazione per incompatibilità da parte di leggi successive grazie a una specialità *sui generis*, determinata dal fatto che la norma internazionale deve considerarsi sorretta dalla volontà del legislatore che gli obblighi internazionali siano rispettati. Accogliendo questa accezione del criterio, ogni accordo internazionale, una volta introdotto nell'ordinamento, dovrebbe prevalere sulla normativa interna fino a che non si dimostrasse la contraria volontà del legislatore di venire meno all'obbligo internazionale precedentemente assunto²⁴. Secondo una seconda opinione, invece, anche per le norme interne di origine internazionale varrebbe invece il consueto criterio della specialità *ratione personae* o *ratione materiae*, di cui il giudice dovrebbe valutare l'applicabilità caso per caso.

La giurisprudenza non accede in linea di massima alla prima tesi²⁵, ma da molti anni fa comunque largo ricorso al principio di specialità nella seconda accezione, quella comune, fondata sulla specialità dei destinatari e/o degli oggetti disciplinati dalle norme di origine pattizia che di volta in volta vengono in considerazione, allo scopo di risolvere in via interpretativa a favore degli obblighi internazionali il numero maggiore di contrasti con la normativa interna successiva.

²³ Sul criterio di specialità come criterio di origine giurisprudenziale a disposizione dell'interprete per la risoluzione delle antinomie normative, accanto ai criteri gerarchico, cronologico e della competenza, si vedano da ultimi M. LUCIANI, *Fonti del diritto*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, diretta da S. Patti, vol. 6, Milano, 2007, 477 e R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto pubblico*, VII ed., Torino, 2009, 265-266. In generale sulle norme speciali F. MODUGNO, *Norme singolari, speciali, eccezionali*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 506 ss. e C. COLALUCA, *Norme speciali e criterio di specialità*, in *Dir. soc.*, 1998, 1 ss.. Sul criterio di specialità come criterio interpretativo fondamentale per i casi di rilevata incompatibilità tra norme interne e norme internazionali, G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. I. Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1992, 122-123, il quale osserva (peraltro in relazione alla diversa ipotesi delle norme internazionali consuetudinarie ex art. 10, primo comma, Cost.) che “di regola le norme internazionali regolano fattispecie particolari, per quel che riguarda i soggetti, le situazioni e gli interessi in gioco”, e che quindi “in questi casi, la norma speciale che sia solo diversa, ma non contraria, rispetto a quella interna, può dar luogo a una deroga secondo le regole ordinarie, senza che si possa parlare propriamente di violazione”.

²⁴ Si tratta della notissima tesi da ultimo enunciata in B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, VII ed., Napoli, 2006, 294-295. In una precedente versione della tesi, peraltro, tale specialità si sarebbe fondata sul procedimento, e avrebbe quindi operato solo per i trattati introdotti in Italia con ordine di esecuzione, e non per quelli per i quali si fosse utilizzato il procedimento ordinario di adattamento (B. CONFORTI, *Diritto comunitario e diritto degli Stati membri*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 1966, 17 ss.; ID., *La “specialità” dei trattati internazionali eseguiti nell'ordinamento interno*, in *Studi in memoria di Giorgio Ballardore Pallieri*, II, Milano, 1978, 187 ss., ora in *Scritti di diritto internazionale*, II, Napoli, 2003, 343 ss.).

²⁵ Qualche eco di questa tesi estrema si ritrova tuttavia a tratti nella stessa giurisprudenza di legittimità (si vedano, ad esempio, alcuni passaggi della motivazione della notissima sentenza Cass., sez. I civ., 21 luglio 1995, n. 7950, Di Lazzaro).

Questa attitudine della giurisprudenza comune non sembra in alcun modo essersi modificata dopo le sentenze costituzionali del 2007.

Possono essere considerate a questo proposito alcune decisioni nelle quali il giudice di legittimità risolve le antinomie normative tra leggi interne di esecuzione di convenzioni bilaterali per evitare le doppie imposizioni e il testo unico delle imposte sui redditi, a esse successivo nel tempo, a favore delle prime invocando espressamente il criterio di specialità. In tre occasioni, nelle quali veniva in rilievo la convenzione con la Svizzera, ciò accade in applicazione del criterio comune di specialità per la risoluzione delle antinomie normative, con argomentazioni che hanno riguardo all'estensione soggettiva e oggettiva degli atti normativi a confronto²⁶; in un'altra occasione, invece, riguardante la convenzione con l'Irlanda, la Cassazione invoca il criterio di specialità *sui generis*, quello cioè che sarebbe applicabile a tutte le norme di origine pattizia e che comporterebbe sempre la loro prevalenza sulle corrispondenti norme nazionali, "dovendo la potestà legislativa essere esercitata nei vincoli derivanti, tra l'altro, dagli obblighi internazionali (art. 117 Cost., comma 1, nel testo di cui alla L. Cost. 18 ottobre 2001, n. 3, art. 3)"²⁷.

Come si pongono questi orientamenti giurisprudenziali nei confronti dei comandamenti della Corte costituzionale? Vi contravvengono oppure occupano gli spazi non toccati dal decalogo, andandolo così a integrare con ulteriori indicazioni?

La risposta a queste domande è a mio parere articolata.

La più avvertita dottrina internazionalistica, all'indomani delle sentenze costituzionali del 2007, aveva già notato come la Corte costituzionale non avesse voluto valorizzare tutti gli strumenti interpretativi già presenti nel patrimonio dei giudici comuni che avrebbero consentito di risolvere molte delle possibili antinomie tra norme interne e norme di origine pattizia senza ricorrere alla Corte costituzionale²⁸. In particolare, gli studiosi hanno messo in rilievo che solo nella sentenza n. 349, e non nella n. 348, la Corte invita i giudici a ricorrere ancora allo sperimentato strumento della presunzione di conformità della norma interna alla norma di origine internazionale, mentre in nessuna delle due pronunce – e io aggiungo, neppure in alcuna delle successive decisioni – la Corte fa mai cenno alla perdurante possibilità per i giudici di ricorrere al criterio di specialità allo scopo di far prevalere l'obbligo internazionale senza passare attraverso il giudizio di costituzionalità²⁹.

²⁶ Cass., sez. trib., 16 gennaio 2009, n. 941; 13 febbraio 2009, n. 3556 e n. 3557; 22 luglio 2009, n. 17076.

²⁷ Cass., sez. trib., 19 gennaio 2009, n. 1138.

²⁸ M.L. PADELLETTI, *L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani tra obblighi internazionali e rispetto delle norme costituzionali*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, 2008, 357 e 365.

²⁹ V., fra gli altri, E. CANNIZZARO, *Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano in due recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. internaz.*, 2008, 140, e a L. GAROFALO, *Obblighi internazionali e funzione legislativa*, Torino, 2009, 117 e 144. L. CONDORELLI, *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*, cit., 304-305, osserva in modo del tutto condivisibile che, venendo in considerazione nelle questioni esaminate nelle sentenze n. 348 e 349 del 2007 solo la Cedu, sarebbe stato fuori luogo invocare la categoria logica e giuridica della specialità in quanto essa, comunque la si intenda, è "assolutamente inadeguata" per le norme della Cedu, "la cui vocazione ed il cui ruolo sono di contribuire ad identificare i valori supremi cui l'ordinamento giuridico dello Stato parte deve ispirarsi e conformarsi nella sua interessezza".

Il silenzio della Corte costituzionale sul punto è stato inteso dalla stessa dottrina in vari modi. Come divieto per il giudice comune di fare ancora ricorso al criterio di specialità³⁰; come possibilità di farvi ricorso solo al di fuori dei casi considerati dalla Corte, e cioè solo nei casi di accordi in forma semplificata diversi da quelli dell'art. 80 Cost. ai quali non sia stata data esecuzione con legge dello Stato, in relazione a norme interne posteriori di pari rango³¹; come possibilità di utilizzare tale criterio, al contrario, solo allorché una norma convenzionale sia stata resa esecutiva nell'ordinamento interno con atto legislativo e possieda caratteri tali da poter essere applicata direttamente nei giudizi interni³²; come invito, ancora, a farvi ricorso in larga misura, data la necessità di assicurare la prevalenza del trattato sulle leggi interne "anzitutto sul piano interpretativo" e di limitare l'instaurazione del giudizio di costituzionalità a casi del tutto eccezionali³³.

Alla luce dei casi giurisprudenziali esaminati, mi sentirei di dire che il principio di specialità può continuare a essere applicato nei rapporti tra norme interne e norme di origine pattizia, purché queste ultime siano state oggetto di un procedimento di adattamento, per ordine di esecuzione o ordinario non importa, attuato con fonte di grado legislativo e possano dirsi speciali per il loro contenuto e i loro destinatari.

Il criterio di specialità *sui generis*, al contrario, poiché prevede che le norme di origine pattizia prevalgano sempre su ogni altra norma interna con esse incompatibile, non si concilia in alcun modo con il meccanismo delineato dalla Corte costituzionale, secondo cui la Corte deve poter essere adita almeno in qualche occasione, e cioè ogni volta in cui il contrasto tra norma interna e norma di origine internazionale non possa essere risolto dal giudice utilizzando i consueti criteri interpretativi a sua disposizione³⁴. Anzi, mi pare che il criterio di specialità *sui generis* si proponga come metodo alternativo a quello disegnato dalla Corte costituzionale per assicurare il rispetto dell'art. 117, primo comma, Cost. e somigli molto, nei suoi effetti, alla disapplicazione, o non applicazione, da parte del giudice di ogni legge interna a favore di ogni norma di origine internazionale incompatibile, e quindi contravvenga frontalmente al secondo comandamento del decalogo.

Invece, il ricorso da parte del giudice comune al criterio di specialità inteso nella sua accezione comune, e cioè come criterio di risoluzione delle antinomie normative tra una legge generale e una legge che si rivolge a categorie speciali di persone o di oggetti, non solo non contravviene a nessun comandamento del decalogo stilato dalla

³⁰ Così, anche se dubitativamente, C. FOCARELLI, *Lezioni di diritto internazionale. I. Il sistema degli Stati e i valori comuni dell'umanità*, Padova, 2008, 239.

³¹ In questo senso sembra orientarsi U. LEANZA, *Intervento*, cit., 53-55; U. LEANZA – I. CARACCILOLO, *Il diritto internazionale: diritto per gli Stati e diritto per gli individui. Parte generale*, Torino, 2008, 280-283.

³² E. CANNIZZARO, *Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano in due recenti decisioni della Corte costituzionale*, cit., 140.

³³ B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., 292-293. Sembra aderire a questa posizione anche A. CASSESE, *Diritto internazionale*, a cura di P. Gaeta, Bologna, 2006, 306, il quale tuttavia osserva in nota quanto segue: "a dire il vero, il senso di questa precisazione non è del tutto chiaro. Delle due l'una: o l'art. 117, 1° comma, Cost. sancisce la prevalenza di tutti i trattati internazionali sulla legge ordinaria incompatibile, e dunque consente il controllo di legittimità della Corte cost., che annulla con efficacia *ex tunc* la legge in questione; oppure si fa leva sul principio di specialità e si lascia all'interprete il compito di disapplicare la legge non conforme al trattato, legge che però continuerà ad esistere nell'ordinamento".

³⁴ Lo nota anche A. CASSESE, *op. loc. cit.*, nel brano riprodotto nella nota precedente.

Corte, ma appare anzi doveroso per l'autorità giudiziaria, secondo la stessa impostazione della Corte, che richiede ai giudici di dare fondo a tutti gli strumenti interpretativi a loro disposizione per sanare il contrasto fra legge interna e obbligo internazionale *prima* di sollevare la questione di costituzionalità della legge interna. L'unica differenza con il ricorso all'interpretazione conforme all'obbligo internazionale avente a oggetto una specifica disposizione di legge interna è che in questo caso il giudice procede a una sorta di interpretazione conforme al vincolo internazionale 'di sistema', al termine della quale riscontra che la eventuale questione di legittimità costituzionale della norma interna difforme dall'obbligo internazionale risulta *non rilevante*, invece che manifestamente infondata³⁵.

La controprova di quanto si è appena detto si può avere immaginando di ritenere necessario l'incidente di costituzionalità invece del ricorso al criterio di specialità nei casi risolti dalla Cassazione sopra esaminati e in altri analoghi, nei quali la norma di origine pattizia si rivolge a specifiche categorie di soggetti e di rapporti giuridici. Come avrebbe potuto la Corte costituzionale risolvere simili dubbi di costituzionalità? Dichiarando (assurdamente) incostituzionale per (plurime) violazioni di (plurimi) obblighi internazionali il testo unico delle imposte sui redditi nella parte in cui pretenderebbe di applicarsi anche ai casi disciplinati da ogni singola convenzione bilaterale tra l'Italia e un altro Stato per evitare le doppie imposizioni? Come si vede, la soluzione in via interpretativa da parte del giudice che eviti l'instaurazione del giudizio di costituzionalità in casi simili è davvero la più ragionevole, e direi la sola seriamente percorribile.

Anche valutazioni di mera opportunità, tra l'altro, depongono in questo senso. Non è opportuno che la Corte costituzionale sia investita di un numero indefinito di questioni di tono costituzionale inesistente, da risolvere per di più con la declaratoria di incostituzionalità, che è lo strumento più potente ed incisivo a sua disposizione. Equivarrebbe a chiederle, come si usa dire, di prendere il cannone per sparare ai passeri.

L'unica critica che si può quindi rivolgere alla Cassazione è allora quella di avere invocato a sproposito, peraltro in una soltanto delle sentenze richiamate, il criterio di specialità *sui generis*, invece che il comune criterio di specialità, correttamente invocato in tutte le altre decisioni.

c) *L'abrogazione della norma interna incompatibile*. L'ulteriore questione che mi sembra utile affrontare in questa sede, nella quale si discute del modo in cui i comandamenti della Corte costituzionale agiscono quando vengono in rilievo obblighi internazionali diversi dalla Convenzione europea, è quella della perdurante possibilità per i giudici comuni di ricorrere all'istituto dell'abrogazione, e in

³⁵ Così ancora E. CANNIZZARO, *Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano in due recenti decisioni della Corte costituzionale*, cit., 140. Accosta le due operazioni interpretative, ritenendole entrambe doverose per il giudice comune, che non potrebbe adire la Corte costituzionale senza averle sperimentate, anche D. SCHEFOLD, *L'osservanza dei diritti dell'uomo garantiti nei trattati internazionali da parte del giudice italiano*, in www.forumcostituzionale.it.

particolare all'abrogazione tacita per incompatibilità della norma interna anteriore da parte della norma di origine pattizia posteriore.

Se questa via fosse percorribile, l'autorità giudiziaria verrebbe a disporre di un terzo, potente, strumento – dopo quelli dell'interpretazione conforme al vincolo internazionale e del criterio di specialità – per assegnare prevalenza all'obbligo internazionale sulla normativa interna con esso contrastante senza transitare attraverso il giudizio della Corte costituzionale. Una volta verificata l'avvenuta abrogazione della norma interna, infatti, l'eventuale questione di legittimità costituzionale avente a oggetto tale norma dovrebbe essere dichiarata ancora una volta *non rilevante* da parte del giudice comune.

Si tratta di un tema altamente problematico che merita di essere affrontato e approfondito per le sue possibili notevoli ricadute applicative, anche se dall'esame della giurisprudenza comune di questi ultimi due anni non ho trovato ancora traccia di tentativi di soluzione del problema, in un senso o nell'altro.

Il problema è il seguente. Quando la Corte costituzionale, formulando il quarto e il quinto comandamento del decalogo, ha stabilito, in relazione alla sola Convenzione europea, che il contrasto insolubile in via interpretativa tra norma interna e norma convenzionale, anteriore o posteriore che essa sia (sentenze n. 348 del 2007 e 39 del 2008), dà luogo a una questione di costituzionalità di competenza della Corte costituzionale, ha voluto anche implicitamente vietare ai giudici di trarre, dalla constatazione della puntuale incompatibilità tra una norma di legge interna e una norma pattizia diversa dalla Convenzione europea a essa successiva, la conclusione dell'avvenuta abrogazione della norma interna?

Secondo me la risposta a questo quesito è negativa per vari motivi.

In primo luogo, il giudice che si serve del comune criterio cronologico per constatare l'abrogazione della legge interna a seguito dell'entrata in vigore di una legge di origine pattizia puntualmente incompatibile non contravviene ad alcuno dei comandamenti del decalogo, e in particolare non viola il divieto di disapplicazione, o non applicazione, della legge interna. Infatti l'abrogazione e la disapplicazione, o non applicazione, *nel senso del diritto comunitario* sono due istituti ben diversi tra loro, che agiscono sulla base di presupposti e in modi molto differenti³⁶. Non si può certo sostenere che, vietando espressamente l'utilizzo del secondo istituto, la Corte costituzionale intendesse implicitamente impedire anche l'utilizzo del primo.

In secondo luogo, quando la Corte costituzionale ha affermato, nella sentenza n. 348 del 2007, che gli eventuali contrasti fra una norma convenzionale e una legge interna “non generano problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale” aventi come oggetto la legge interna e come parametro interposto la norma convenzionale, aggiungendo che il giudice delle leggi ha “competenza esclusiva” per la decisione di tali questioni, intendeva prendere una chiara posizione in merito ai problemi sollevati dalla specifica questione di costituzionalità davanti a sé pendente.

³⁶ La constatazione è ovvia e da tutti condivisa, e non ha bisogno qui di essere dimostrata. Sul punto si veda, per tutti, C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Milano, 2008, 21 ss..

E quindi, da una parte, la Corte costituzionale intendeva riferire il divieto di ricorrere alle comuni regole della successione delle leggi nel tempo al caso di norma pattizia anteriore e di norma interna posteriore, e non al caso inverso di cui ora discutiamo, che non veniva in rilievo in quella circostanza. Ciò è confermato dal fatto che nel medesimo passaggio della motivazione della stessa sentenza si afferma che l'art. 117, primo comma, Cost. attribuisce alla norma pattizia anteriore una forza di resistenza all'abrogazione da parte di leggi interne successive.

Dall'altra parte, l'affermazione della "esclusività" della competenza della Corte costituzionale a decidere ogni ipotesi di incompatibilità tra norma interna e norma di origine pattizia era in quell'occasione espressamente volta a rafforzare e sottolineare il divieto, per il giudice comune, di trattare le norme convenzionali alla stregua delle norme comunitarie, e conseguentemente serviva soltanto a chiarire con fermezza che nel nostro ordinamento il cd. controllo di convenzionalità della legge, e cioè di conformità della legge alla Convenzione europea, *non* si configura come un controllo di tipo *diffuso*, esercitabile da tutti i giudici³⁷, ma è invece un controllo di tipo *accentrato*, spettante "in esclusiva" appunto al giudice delle leggi.

Sotto questo profilo è facile sostenere che l'attività di verifica da parte dell'autorità giudiziaria della vigenza o al contrario della intervenuta abrogazione di una norma da parte di una norma successiva di origine pattizia non è certo usurpazione di un'attività di controllo spettante al giudice delle leggi, ma bensì semplice e ordinaria attività ermeneutica rientrante nella competenza del giudice.

In terzo luogo, non è determinante neppure la circostanza che la sentenza n. 39 del 2008, con grande scandalo della dottrina internazionalistica, abbia affrontato come una questione di costituzionalità di competenza della Corte costituzionale, invece che come un problema di abrogazione di competenza del giudice comune, l'incompatibilità tra norma interna precedente e norma convenzionale successiva che in quella specifica occasione veniva in rilievo.

In quella sentenza, infatti, la Corte costituzionale non ha affatto negato – diversamente da quanto qualche commentatore ha ritenuto, svolgendo per questo motivo una serrata critica alla sentenza³⁸ – che le norme pattizie, se dotate di determinate caratteristiche di contenuto, possano attribuire, una volta immesse nell'ordinamento interno mediante ordine di esecuzione, diritti e obblighi in capo ai

³⁷ Prima delle sentenze costituzionali n. 348 e n. 349 del 2007 erano numerose le voci, in dottrina, che denunciavano come nell'ordinamento italiano stesse progressivamente affermandosi appunto una sorta di controllo diffuso di convenzionalità, un fenomeno che sarebbe stato da contrastare in quanto avrebbe portato con sé un progressivo aggiramento della Corte costituzionale (cfr., per tutti, A. BARBERA, *Corte costituzionale e giudici di fronte ai "vincoli comunitari": una ridefinizione dei confini?*, in *Quad. cost.*, 2007, 337). Il primo autore ad avere rilevato, in relazione agli effetti espliciti dalla Cedu in molti ordinamenti nazionali europei, compresi quelli nei quali la tradizione nega ai giudici un generale potere di controllo della legittimità costituzionale delle leggi, la nascita di "una forma ulteriore di controllo giudiziario diffuso di validità delle leggi", e cioè di "un controllo diffuso di legittimità convenzionale delle leggi", peraltro accompagnato da una sorta di controllo accentrato, derivante dalla possibilità di ricorso diretto (allora alla Commissione Strasburgo e oggi) alla Corte di Strasburgo, è stato, con straordinaria preveggenza, M. CAPPELLETTI, *Giustizia costituzionale soprannazionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 28 ss..

³⁸ B. CONFORTI, *Atteggiamenti preoccupanti della giurisprudenza italiana sui rapporti fra diritto interno e trattati internazionali*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, 2008, 581 ss.; R. MASTROIANNI, *Anche le leggi precedenti la Convenzione europea dei diritti dell'uomo devono essere rimosse dalla Corte costituzionale?*, in *Riv. dir. internaz.*, 2008, 456 ss..

soggetti dell'ordinamento, né ha negato che tali norme di origine pattizia abbiano la capacità di abrogare o modificare leggi precedenti nel tempo. Una simile affermazione sarebbe stata in contrasto non solo con il consolidato orientamento giurisprudenziale sul carattere immediatamente precettivo delle norme internazionali di tipo *self executing*, e cioè recanti una disciplina completa e autosufficiente³⁹, introdotte con ordine di esecuzione, ma soprattutto con il chiaro dettato dell'art. 80 Cost., che dà per scontata l'esistenza di trattati internazionali che "importano ... modificazioni di leggi".

Mi sembra piuttosto che la Corte costituzionale abbia semplicemente ritenuto che, una volta che il dubbio circa la compatibilità di una legge interna con una norma convenzionale posteriore sia stato rimesso da un giudice al suo giudizio, la soluzione di quel dubbio sia senz'altro di sua competenza. Nulla dice al contrario la Corte circa l'ammissibilità dell'ipotesi di cui ora ci occupiamo, di un giudice cioè che ritenga la norma interna abrogata, e di conseguenza giudichi la relativa questione di costituzionalità non rilevante.

A me pare che nulla si opponga alla contemporanea praticabilità delle due ipotesi da parte della giurisprudenza: prevalenza della norma pattizia posteriore per abrogazione della norma interna anteriore incompatibile, da una parte, e prevalenza della norma pattizia posteriore a seguito di dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma interna anteriore incompatibile, dall'altra⁴⁰. L'una possibile solo in caso di puntuale ed evidente contrasto, l'altra in ogni caso di difformità. L'una accertabile con effetto *inter partes*, l'altra con effetto *erga omnes*. L'una di competenza del giudice comune, l'altra della Corte costituzionale, se adita in via incidentale in ipotesi da quell'unico giudice che non fosse convinto della possibilità di dichiarare l'avvenuta abrogazione.

Si tratta, come si vede, di un'alternativa – accertamento dell'avvenuta abrogazione da parte dell'autorità giudiziaria o dichiarazione di illegittimità costituzionale da parte della Corte costituzionale – del tutto analoga a quella sulla quale prese posizione la prima sentenza costituzionale, la n. 1 del 1956, in riferimento alle leggi anteriori alla Costituzione repubblicana ritenute incompatibili con una norma costituzionale sopravvenuta⁴¹.

³⁹ Su quali siano le caratteristiche che devono possedere le norme internazionali convenzionali introdotte con ordine di esecuzione per essere immediatamente applicabili, e cioè per produrre effetti giuridici su soggetti interni, v. F. RASPADORI, *I trattati internazionali sui diritti umani e il giudice italiano*, Milano, 2000, 15 ss. e, quanto alla posizione del giudice costituzionale sul tema, S. AMADEO, *I trattati internazionali dinanzi alla Corte costituzionale*, Milano, 1999, 91. Per i riferimenti di giurisprudenza essenziali si veda, per tutti, P. IVALDI, *L'adattamento al diritto internazionale*, in *Istituzioni di diritto internazionale*, a cura di S.M. Carbone – R. Luzzatto – A.M. Santamaria, Torino, 2008, 136 e 140.

⁴⁰ Lo afferma anche A. RUGGERI, *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 9-10 del paper.

⁴¹ Suggestisce il parallelismo, se non l'identità, dei due problemi, propendendo per la possibilità di ritenere ancora percorribile la strada dell'abrogazione V. SCIARABBA, *Il problema dei rapporti tra (leggi di esecuzione di) vincoli internazionali e leggi precedenti nel quadro della recente giurisprudenza costituzionale (a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 39 del 2008)*, in www.forumcostituzionale.it (ma pare abbracciare l'opposta conclusione in ID., *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali*, in *Giur. cost.*, 2007, 3589 e ID., *Tra fonti e Corti*, Padova, 2008, 326-327). Analogamente anche L. MONTANARI, *Il sistema integrato delle fonti: analisi e prospettive in relazione all'ordinamento italiano dopo l'intervento della Corte costituzionale con le sentenze 348 e 349 del 2007*, cit., ricorda la vicenda delle leggi anteriori alla Costituzione per sostenere che la

Anche in quella storica occasione la Corte costituzionale affermò innanzitutto la propria “competenza esclusiva” – l’espressione in effetti è identica a quella utilizzata dalla sentenza n. 348 del 2007 – a giudicare della legittimità costituzionale sia delle leggi anteriori che delle leggi posteriori all’entrata in vigore della Costituzione repubblicana. Ma, si noti bene, nel far ciò essa non volle escludere che per le leggi anteriori i giudici comuni potessero continuare a praticare, in alternativa alla strada dell’incidente di costituzionalità e qualora ne ricorressero i presupposti, anche la strada della dichiarazione di intervenuta abrogazione da parte della sopravvenuta Costituzione.

Può essere utile richiamare testualmente il passaggio che interessa: “è innanzi tutto da considerare fuori di discussione la competenza esclusiva della Corte costituzionale a giudicare sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge, come è stabilito nell’art. 134 della Costituzione. La dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge non può essere fatta che dalla Corte costituzionale in conformità dell’art. 136 della stessa Costituzione. [...]. Non occorre poi fermarsi ad esaminare se e in quali casi, per le leggi anteriori, il contrasto con norme della Costituzione sopravvenuta possa configurare un problema di abrogazione da risolvere alla stregua dei principi generali fermati nell’art. 15 delle Disp. prel. al Cod. civ. I due istituti giuridici dell’abrogazione e della illegittimità costituzionale delle leggi non sono identici fra loro, si muovono su piani diversi, con effetti diversi e con competenze diverse. Il campo dell’abrogazione inoltre è più ristretto, in confronto di quello della illegittimità costituzionale, e i requisiti richiesti perché si abbia abrogazione per incompatibilità secondo i principi generali sono assai più limitati di quelli che possano consentire la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge”. A queste parole, il Presidente della Corte costituzionale, in occasione della seduta inaugurale del secondo anno di attività della Corte, ne aggiunse di sue⁴², facendo capire che la scelta del collegio era stata quella di affermare la competenza della Corte sulle questioni relative alle leggi prerepubblicane allo scopo di evitare che per queste fosse “operante *soltanto* l’istituto ordinario dell’abrogazione” (corsivo mio): come se il sindacato accentrato di costituzionalità andasse ad aggiungersi, e non già a sostituirsi, al comune criterio cronologico di risoluzione delle antinomie normative a disposizione dei giudici.

Sull’interpretazione di queste affermazioni la dottrina dell’epoca, come è noto, si divise⁴³, e nella giurisprudenza comune la scelta della strada dell’abrogazione fu di fatto poco praticata, con la conseguenza che quasi tutte le controversie relative alla conformità alla Costituzione delle leggi anteriori, dessero esse vita ad antinomie reali o solo apparenti, vennero alla fine risolte dall’organo di giustizia costituzionale⁴⁴. Ciò

sentenza n. 39 del 2008 non produca di per sé come conseguenza quella di escludere l’applicazione del criterio temporale da parte del giudice comune nel caso di leggi interne anteriori a norme convenzionali.

⁴² G. AZZARITI, *Discorso*, pronunciato l’8 maggio 1957 nella seduta inaugurale del secondo anno di attività della Corte costituzionale, in www.cortecostituzionale.it.

⁴³ Ricostruiscono da diverse prospettive il serrato dibattito dottrinario dell’epoca, aggiungendovi ricche indicazioni bibliografiche, V. ONIDA, *L’attuazione della Costituzione fra Magistratura e Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano, 1977, 513 ss., e S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, 121 ss..

⁴⁴ L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 87.

nonostante, nessuno studioso ha più dubitato, perlomeno, che “l’evidenza del contrasto” tra norma prerepubblicana e Costituzione possa legittimamente indurre qualche giudice a risolvere l’antinomia in chiave di abrogazione⁴⁵. Dal canto suo, poi, la Corte costituzionale è arrivata a sciogliere ogni ambiguità quando si è rifiutata di dichiarare inammissibili questioni di legittimità costituzionali aventi a oggetto una legge anteriore alla Costituzione già in precedenza giudicata abrogata “in modo costante dalle varie autorità giurisdizionali” per il sopravvenire di una disposizione costituzionale, affermando che non possa mai escludersi, “in linea astratta, che, nonostante sia stata dichiarata l’abrogazione di una norma, permangano nel campo giuridico situazioni tali, la cui rilevanza, sul piano costituzionale, giustifichi la proponibilità del giudizio dinanzi a questa Corte”, soprattutto in considerazione del fatto che l’ambito abbracciato dal giudizio di costituzionalità è “indubbiamente più ampio rispetto all’istituto dell’abrogazione”⁴⁶.

A mio parere, quindi, rientra ancora nel potere dei giudici comuni, anche dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 e la sentenza n. 39 del 2008, ritenere che una disposizione della Convenzione europea abbia determinato l’abrogazione di legge antecedenti al suo ordine di esecuzione con essa puntualmente (e platealmente) incompatibili, o che un tale effetto possa discendere anche da un suo protocollo nei confronti delle leggi precedenti il recepimento del protocollo stesso da parte dell’Italia. Solo che, qualora anche un solo giudice non fosse convinto della avvenuta abrogazione, e sollevasse così questione di legittimità costituzionale, la Corte costituzionale non dovrebbe declinare la propria competenza, come mai l’ha declinata nel caso delle leggi anteriori alla Costituzione.

Dirò di più. Mi sembra probabile che, quando l’obbligo internazionale sopravvenuto è un comune trattato internazionale diverso dalla Convenzione europea, i giudici comuni finiranno per ricorrere con maggiore facilità al meccanismo dell’abrogazione. Nel caso della Convenzione europea, infatti, il giudice, per dichiarare l’avvenuta l’abrogazione, deve compiere un doppio salto mortale: quello di fare discendere il carattere *self executing* e il conseguente effetto abrogativo delle norme interne non già dalle disposizioni della Convenzione europea, di per sé considerate, che presentano un ampio e generico contenuto, se possibile ancora meno specifico di quello delle disposizioni della prima parte della nostra Costituzione, bensì dalle successive decisioni della Corte di Strasburgo che le specificano. In ogni caso, nella giurisprudenza comune degli ultimi due anni non ho trovato alcuna pronuncia in questo senso, e già nel passato ritengo che ce ne siano state pochissime⁴⁷.

⁴⁵ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, II, 1, L’ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, VI ed. agg., Padova, 1993, 227.

⁴⁶ Corte cost., sent. n. 4 del 1959. Ma v. anche Corte cost., sentt. n. 40 del 1958, n. 1 del 1959 e, più recentemente n. 193 del 1985, dove si afferma che, poiché “il riconoscimento dell’avvenuta abrogazione di una norma rientra nella competenza del giudice ordinario”, “evidentemente” nel caso di specie il giudice *a quo* aveva inteso “non riconoscere l’intercorsa abrogazione della norma”, nonostante le contrarie indicazioni della dottrina e della giurisprudenza di merito, e sollevare quindi la questione di costituzionalità. Su quest’ultima pronuncia v. L. CARLASSARE, *L’influenza della Corte costituzionale, come giudice delle leggi, sull’ordinamento italiano*, in *Quaderno dell’Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, n. 11 del 2000, 83.

⁴⁷ In epoca anteriore alla riforma costituzionale la dottrina segnala soltanto un caso sicuro di questo tipo. Si tratta di Cass., sez. un. pen, 10 luglio 1991, n. 7662, in *Giust. civ.*, 1992, I, 742 ss., in cui le sezioni unite dichiarano

Al contrario, in relazione agli altri trattati internazionali, che per la maggior parte presentano già un tenore testuale dettagliato e preciso, all'interprete potrebbe venire molto più naturale procedere con il consueto criterio cronologico di risoluzione delle antinomie e ritenere che il loro ordine di esecuzione abbia determinato l'abrogazione delle norme interne preesistenti puntualmente incompatibili.

A maggior ragione mi sembra del tutto fisiologico che le leggi con cui l'ordinamento italiano ha proceduto all'adattamento a un obbligo internazionale con il procedimento ordinario, se contrastanti con altre leggi precedenti, ne provochino l'abrogazione o tacita, da verificarsi da parte del giudice comune, o espressa, se dotate di una clausola in tale senso, invece di determinarne assurdamente sempre e soltanto l'incostituzionalità, con la conseguente necessità per i giudici di invocare e attendere un intervento demolitorio della Corte costituzionale per dar loro applicazione nelle concrete controversie.

d) Le norme di origine pattizia come oggetto di dubbi di costituzionalità. Prima di chiudere con questa prima parte, vorrei segnalare che l'introduzione nel testo costituzionale dell'art. 117, primo comma, Cost. potrebbe avere offerto all'autorità giudiziaria un argomento, in precedenza inesistente, per giustificare la mancata sottoposizione al giudizio della Corte costituzionale di questioni di legittimità costituzionale aventi a oggetto una legge di esecuzione di un obbligo internazionale.

Si tratta di comportamento non considerato né quindi vietato dal decalogo ma, come dirò, di dubbia compatibilità con lo spirito di questo e comunque piuttosto rischioso, potendo tradursi in una strozzatura dell'accesso al giudizio di costituzionalità in via incidentale per tutte le norme pattizie introdotte con legge nell'ordinamento italiano, e dunque in un grave ostacolo all'esercizio del controllo di costituzionalità su norme che oggi rappresentano il parametro interposto cui ogni altra legge deve conformarsi.

Il caso è quello di una norma di esecuzione di un trattato internazionale di cui una delle parti del giudizio ha eccepito l'incostituzionalità per violazione di una norma costituzionale sostanziale. Nella specie, il dubbio di costituzionalità, relativo alla violazione della libertà di manifestazione del pensiero, riguarda una norma della legge Reale, che in esecuzione della convenzione di New York sulla eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, ha introdotto alcuni reati di opinione, e ha in particolare punito come delitto, fra gli altri, la diffusione di idee fondate sull'odio razziale. La Cassazione giudica la questione manifestamente infondata⁴⁸ ritenendo, con motivazione sintetica e criticabile, che un simile limite alla manifestazione del

l'intervenuta abrogazione della disposizione della legge sull'ordinamento giudiziario del 1941, che escludeva la pubblicità delle udienze nel giudizio disciplinare a carico dei magistrati, da parte dell'art. 6 della Cedu, peraltro utilizzato senza alcun riferimento alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Che il carattere immediatamente precettivo della norma convenzionale *self executing* si espliciti anche nell'effetto di abrogare o modificare tacitamente le leggi anteriori incompatibili secondo i consueti principi relativi alla successione delle leggi nel tempo è sostenuto dalla dottrina anche dopo le sentenze costituzionali n. 348 e n. 349 del 2007: in questo senso, ad esempio, U. VILLANI, *Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, 9 (poi in *Studi in onore di Umberto Lanza*, II, 1427) e, salvo errore, F. VIGANO', *Il diritto penale sostanziale davanti ai giudici della Cedu*, in *Giur. merito*, 2008, 100.

⁴⁸ Cass., sez. III pen., 7 maggio 2008, n. 37581.

pensiero trovi giustificazione nel principio costituzionale di eguaglianza⁴⁹. Per motivare il rifiuto di adire la Corte costituzionale, inoltre, la Cassazione aggiunge, come ulteriore e pregnante argomento, il richiamo alla norma costituzionale che esige che la potestà legislativa ordinaria sia esercitata nel rispetto dell'obbligo internazionale: obbligo che, nella specie, richiederebbe agli Stati contraenti di punire penalmente simili comportamenti.

Cosa sottintende questo modo di ragionare? Che le leggi con le quali il legislatore dà esecuzione a un vincolo internazionale, pur essendo in linea di principio sottoponibili al giudizio della Corte per qualunque vizio di legittimità costituzionale, godono tuttavia di una presunzione di conformità a Costituzione maggiore delle altre leggi per il solo fatto di adempiere all'impegno assunto dallo Stato sulla scena internazionale? Che, ai fini della valutazione della non manifesta infondatezza dell'eccepito dubbio di costituzionalità, l'art. 117, primo comma, Cost. entra in bilanciamento con le altre norme costituzionali, e che quindi il giudice comune può sempre ritenere che il rispetto da parte del legislatore del vincolo internazionale compensi, o addirittura giustifichi, il sacrificio dei diritti costituzionali della persona? Mi sembra che tutto ciò sia incompatibile, come già anticipavo, con la posizione assunta dalla Corte costituzionale in relazione al modo di operare dell'art. 117, primo comma, Cost. In particolare, il nono comandamento del decalogo suggerisce, mi sembra, l'idea che il controllo della Corte costituzionale sulla norma internazionale recepita nell'ordinamento italiano con legge di esecuzione o con procedimento ordinario di adattamento deve restare pieno in relazione a tutti i parametri costituzionali, come già lo era in passato⁵⁰ e, anzi, non deve subire alcun tipo di limitazione o condizionamento a maggior ragione oggi che gli obblighi internazionali sono chiamati a fungere da parametri interposti di costituzionalità delle altre leggi e a condizionarne quindi la validità.

e) Gli “obblighi internazionali” nell’art. 117, primo comma, Cost. Per amore di completezza, anche se questo paragrafo risulta forse eccentrico rispetto agli altri punti finora trattati, mi preme infine rilevare che in quest'ultimo biennio la giurisprudenza comune non ha preso posizione su nessuno dei due temi che più erano stati al centro delle prime riflessioni della dottrina sulla portata dell'art. 117, primo comma, Cost. in relazione agli obblighi internazionali diversi dalla Convenzione europea.

Le due domande che ancora restano senza una risposta da parte dei pratici sono le seguenti: 1) se gli obblighi internazionali capaci di vincolare il legislatore nazionale siano soltanto quelli recepiti con apposito atto di adattamento, oppure se debba prestarsi fede alla lettera dell'art. 117, primo comma, della Cost., che pare riferirsi a

⁴⁹ L'argomento del principio di eguaglianza come valore di rango costituzionale capace di costituire un limite implicito alla libertà di manifestazione del pensiero, e giustificare così la permanenza nell'ordinamento di alcuni reati di opinione, presta il fianco a serissime obiezioni di cui la Cassazione non sembra essere neanche consapevole (sul punto sia consentito il rinvio a E. LAMARQUE, *I reati di opinione*, in M. Cuniberti – E. Lamarque – B. Tonoletti – G. Vigevani – P. Viviani Schlein, *Percorsi di diritto dell'informazione*, II ed., Torino, 2006, 147).

⁵⁰ Sul punto si veda G. BARILE, *La rilevazione del parametro di legittimità costituzionale delle norme di attuazione di un trattato emanate con legge ordinaria*, in *Riv. dir. internaz.*, 1988, 94 ss. e più ampiamente E. CANNIZZARO, *Trattati internazionali e giudizio di costituzionalità*, Milano, 1991.

ogni impegno assunto dall'Italia perfezionato sul piano internazionale, anche se non recepito, o non ancora recepito, nell'ordinamento interno; 2) quali concretamente siano questi "obblighi internazionali". Solo i "trattati", come afferma la legge La Loggia, e non altri tipi di accordi? Solo i trattati internazionali eseguiti a seguito di legge di autorizzazione oppure anche gli accordi in forma semplificata conclusi dal Governo senza alcuna autorizzazione parlamentare? E, infine, solo gli obblighi internazionali a cui si è data attuazione nell'ordinamento interno con atto di rango legislativo, oppure anche quelli eseguiti con atto normativo subordinato alla legge o in via amministrativa?

Su questi interrogativi, come è noto, le opinioni degli studiosi, su cui qui non è opportuno soffermarsi, sono le più varie⁵¹, e neppure il legislatore ordinario, nella legge di attuazione della riforma costituzionale, ha assunto una posizione netta, che valesse a sgombrare il campo almeno da qualcuna delle ipotesi dottrinarie formulate sul testo dell'art. 117, primo comma, Cost.⁵².

Quanto all'atteggiamento della giurisprudenza comune, data la scarsità dei dati a disposizione, posso dire soltanto quanto segue. In primo luogo, l'autorità giudiziaria continua a ritenere costituzionalmente ammissibili gli accordi in forma semplificati purché non insistano negli ambiti previsti dall'art. 80 Cost., e in particolare non siano volti alla modifica di preesistenti norme legislative⁵³. In secondo luogo, nell'unica pronuncia (nota) in argomento di un giudice di merito posteriore alla riforma costituzionale, ma anteriore alle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, si afferma che il vincolo alla potestà legislativa e amministrativa previsto dall'art. 117, primo comma, Cost. "potrebbe sorgere soltanto rispetto ai trattati che abbiano avuto ingresso nell'ordinamento secondo i non modificati artt. 80 e 87 della Costituzione, giammai

⁵¹ Si vedano innanzitutto le opinioni degli autori riportati alla nota 1, a cui si devono aggiungere, almeno, R. DICKMANN, *Corte costituzionale e diritto internazionale nel sindacato delle leggi per contrasto con l'art. 117, primo comma, della Costituzione*, in www.federalismi.it; S.M. CICONETTI, *Creazione indiretta del diritto e norme interposte*, in *Giur. cost.*, 2008, in particolare 573, nota 17; T.F. GIUPPONI, *Corte costituzionale, obblighi internazionali e "controlimiti allargati": che tutto cambi perché tutto rimanga uguale?*, in www.forumcostituzionale.it; B. CONFORTI, *Intervento*, in *Il rango interno della Convenzione europea dei diritti dell'uomo secondo la più recente giurisprudenza costituzionale*, cit., 25-26; C. FOCARELLI, *Lezioni di diritto internazionale. I. Il sistema degli Stati e i valori comuni dell'umanità*, cit., 238; G. BIANCHI, *L'efficacia dei trattati internazionali alla luce dell'art. 117, comma 1 della Costituzione*, in www.altalex.com; A. BONOMI, *Il 'limite' degli obblighi internazionali nel sistema delle fonti*, Torino, 2008, 185 ss.; M. SAVINO, *Il cammino internazionale della Corte costituzionale dopo le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 767 ss.; R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, 2009, 100-101.

⁵² L'art. 1, comma 1, della legge 5 giugno 2003, n. 131, c.d. Legge La Loggia, così dispone: "Costituiscono vincoli alla potestà legislativa dello Stato e delle Regioni, ai sensi dell'articolo 117, primo comma, della Costituzione, quelli derivanti [...] dai trattati internazionali". Per un'analisi di questa disposizione sotto l'aspetto che qui interessa si vedano A. ANZON, *I poteri delle Regioni nella transizione dal modello originario al nuovo assetto costituzionale*, Torino, 2003, 272-273; L. BARTOLOMEI, *La garanzia costituzionale dei trattati alla luce della legge 5 giugno 2003, n. 131 contenente disposizioni per l'adeguamento alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2003, 853 ss.; P. CAVALERI, *Articolo 1*, in P. Cavaleri – E. Lamarque, *L'attuazione del nuovo Titolo V, Parte seconda, della Costituzione. Commento alla legge "La Loggia" (l. 5 giugno 2003, n. 131)*, Torino, 2004, 5-7; C. PINELLI, *Art. 1, comma 1*, in AA.VV., *Legge "La Loggia". Commento alla legge 5 giugno 2003, n. 131 di attuazione del Titolo V della Costituzione*, Rimini, 2003, 19 ss.; F.G. PIZZETTI, *Commento all'art. 1, comma 1*, in AA.VV., *Il nuovo ordinamento della Repubblica. Commento alla legge 5 giugno 2003, n. 131 ("La Loggia")*, Milano, 2003, 17 ss.; L. VIOLINI, *Il potere estero delle Regioni e delle Province autonome*, in *Stato, Regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, a cura di G. Falcon, Bologna, 2003, 118 ss.

⁵³ Cons. St., 23 giugno 2008, n. 3154. Implicitamente anche Cass., sez. II pen., 19 dicembre 2008, n. 3172.

invece rispetto ai trattati stipulati in forma semplificata, la cui forza normativa dovrebbe essere quella pur sempre amministrativa che è propria dell'atto con cui il trattato viene recepito (la sottoscrizione del trattato dall'autorità amministrativa)⁵⁴. In terzo luogo, in un'importantissima e controversa pronuncia, anch'essa di poco anteriore alle due sentenze costituzionali, la Cassazione, occupandosi di un trattato per cui era intervenuta la legge di autorizzazione alla ratifica, ma non la ratifica stessa, gli ha attribuito una "funzione ausiliaria sul piano interpretativo", affermando che "può e deve essere utilizzato nell'interpretazione di norme interne al fine di dare a queste una lettura il più possibile ad esso conforme"⁵⁵; ma ha anche chiarito, contemporaneamente, che un tale trattato deve "cedere di fronte a norme interne contrarie", e quindi, è lecito concludere, non è in grado di condizionarne la legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost..

E' ragionevole prevedere che le future prese di posizione della giurisprudenza comune non si discosteranno da quelle ora richiamate.

Come abbiamo visto trattando tutti i punti precedenti, infatti, l'orientamento prevalente nella giurisprudenza comune in relazione agli obblighi internazionali diversi dalla Convenzione europea è tendenzialmente *conservatore*. I giudici tentano cioè fin dove possono di non abbandonare i canoni interpretativi consolidati, e accettano di modificarli nella sola misura in cui la correzione serva ad allinearsi con l'orientamento della Corte costituzionale sul nuovo vincolo costituzionale agli obblighi internazionali, oppure sia funzionale a un ampliamento della discrezionalità giudiziale.

Così stando le cose, è difficile immaginare che i giudici arrivino a ritenere che un obbligo internazionale non eseguito con legge, e quindi privo secondo l'impostazione tradizionale della forza di modificare la legislazione precedente, possa vincolare l'attività del futuro legislatore, o addirittura condizionare la legittimità costituzionale di leggi a esso anteriori, comportando il conseguente obbligo del giudice di investire la Corte costituzionale delle relative questioni di costituzionalità. Tutto ciò non solo comporterebbe un aggravio dei vincoli gravanti sull'attività giudiziale, ma si scontrerebbe anche con l'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato secondo cui i trattati internazionali non producono effetti abrogativi nell'ordinamento nazionale se non a seguito dell'adozione di un provvedimento normativo di

⁵⁴ Trib. Roma, sez. II civ., ord. 13 maggio 2006.

⁵⁵ Il trattato in questione è la Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, fatta a Oviedo il 4 aprile 1997, per cui è intervenuta la legge di autorizzazione alla ratifica e di esecuzione 28 marzo 2001, n. 145. La pronuncia della Cassazione che per prima se ne serve come ausilio interpretativo nella delicata materia del consenso informato del malato ai trattamenti sanitari è Cass., sez. I civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, relativa al caso Englaro (ma v. poi anche, nel medesimo senso, Corte cost., sent. n. 438 del 2008 e Cass., sez. un. pen., 21 gennaio 2009, n. 2437). Critico nei confronti di questa atteggiamento, che attribuisce effetti sul piano dell'interpretazione a documenti che non hanno, o non hanno ancora, valore normativo nell'ordinamento italiano, ritenendola espressione di un'affannosa ricerca di un fondamento "parapositivo" dei diritti fondamentali, M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in corso di pubblicazione in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto e P. Veronesi, Napoli, 2009. L'autore, in particolare, ritiene che l'interpretazione conforme sia "uno strumento per regolare i rapporti tra sfere della legalità diverse", e che essa quindi non vi si possa far ricorso "quando la sfera della legalità in cui ci si muove è una sola e non tutti i testi posti a confronto hanno natura normativa".

adattamento⁵⁶, e soprattutto con la regola fondamentale di ogni interprete secondo cui una fonte di rango inferiore non condiziona la validità o la vigenza di una fonte superiore.

L'interpretazione dell'art. 117, primo comma, Cost. che sembra avere più probabilità di essere accolta nella pratica applicativa, fra le numerose proposte dalla dottrina, è dunque quella restrittiva e sistematica. Secondo questa interpretazione, essendo necessario coordinare la nuova norma costituzionale con l'art. 80 Cost., gli "obblighi internazionali" capaci di dare vita alle conseguenze descritte nel decalogo stilato dalla Corte costituzionale sarebbero soltanto quelli recepiti nell'ordinamento interno con legge ordinaria. Se infatti il passaggio parlamentare è previsto come necessario dalla Costituzione per tutti i trattati il cui adattamento nell'ordinamento interno comporta la modifica di atti legislativi preesistenti, a maggior ragione deve essere ritenuto indispensabile qualora dall'obbligo internazionale si vogliano trarre le ben più impegnative conseguenze che la Corte costituzionale ha dedotto dall'art. 117, primo comma, Cost., prima fra tutte l'illegittimità costituzionale di ogni norma interna con esso confliggente⁵⁷.

4. Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dalla Convenzione europea nella giurisprudenza comune.

Veniamo ora finalmente agli obblighi internazionali per i quali l'intero decalogo è stato pensato e stilato, e cioè quelli derivanti dall'adesione dell'Italia alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Il materiale giurisprudenziale relativo alla Convenzione europea di questi due ultimi anni è abbondantissimo, e composto sia da centinaia di decisioni provenienti da tutte le giurisdizioni e da tutti i gradi di giudizio, sia dalle numerose ordinanze di rimessione di questioni di legittimità costituzionale che, come i giudici costituzionali ben sanno, pervengono alla Corte costituzionale con sempre crescente frequenza.

L'altissimo numero delle pronunce esaminate consiglia di procedere sacrificando la completezza dell'analisi in favore di una trattazione sintetica, che illumini i tratti più interessanti, dal punto di vista sia quantitativo che qualitativo, dei percorsi giurisprudenziali, lasciando nell'ombra gli aspetti meno significativi.

Volendo dare uno sguardo d'insieme a questa giurisprudenza il quadro si presenta abbastanza chiaro.

Una definitiva risposta sulla tanto dibattuta questione della collocazione della Convenzione europea nel sistema delle fonti e un'indicazione sul se e sul come il nuovo parametro costituzionale dell'art. 117, primo comma, Cost. dovesse essere utilizzato in relazione proprio alla Convenzione europea erano molto attese da parte

⁵⁶ Lo ricorda, fra gli altri, M.L. PADELLETTI, *L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani tra obblighi internazionali e rispetto delle norme costituzionali*, cit., 353.

⁵⁷ L'opinione, formulata come noto da D'Atena (A. D'ATENA, *La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l'Unione Europea*, cit., 926), è stata poi ripresa successivamente dal medesimo autore (ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, II ed., Torino, 2006, 203), e poi da altri, anche successivamente alle sentenze costituzionali n. 348 e n. 349 del 2007.

dei giudici più consapevoli della situazione di incertezza in cui versava l'ordinamento. Era dunque prevedibile che le sentenze costituzionali n. 348 e n. 349 del 2007 fossero destinate a essere accolte molte bene soprattutto dalle Corti supreme ordinaria e amministrative, che in effetti hanno offerto loro immediata attenzione, diffondendone la conoscenza anche presso le corti inferiori.

Molto meno scontato, invece, che l'adesione da parte della giurisprudenza comune ai comandamenti della Corte si rivelasse generalmente molto buona, e a tratti entusiastica, anche nel lungo periodo, sia per quanto riguarda la configurazione del sistema delle fonti che emerge dal decalogo sia per quanto concerne la sistemazione dei rapporti tra giudici interni, autorità giudiziaria comune e Corte costituzionale, che vi è delineata. Si pensi per esempio al divieto di disapplicazione, o non applicazione, della norma interna contrastante con la norma convenzionale, che è stato subito recepito nonostante importasse la rinuncia da parte di ogni singolo giudice all'esercizio di una rilevante quota di potere discrezionale nella risoluzione delle concrete controversie (il tema è trattato appena più avanti al punto b).

Per quanto riguarda il tema dei rapporti con il giudice sovranazionale e la sua giurisprudenza, al contrario, nel corso del tempo le indicazioni date dalla Corte costituzionale subiscono un sensibile calo di consenso.

Sul rigido monopolio interpretativo della Convenzione europea assegnato alla Corte di Strasburgo dal decimo comandamento del decalogo, infatti, l'atteggiamento dell'autorità giudiziaria si rivela via via sempre più tiepido, sfociando in una sorta di *adesione con riserva*, che porta con sé qualche incertezza applicativa e svariati interrogativi, su cui più avanti ci si soffermerà.

Ma procediamo per ordine su ognuno di questi profili.

a) *La posizione della Convenzione europea nel sistema delle fonti.* Come si sa, già nel periodo precedente alla riforma costituzionale la dottrina, e a tratti la giurisprudenza, mal sopportando il divario tra la forza formale della Convenzione europea, che era la forza di legge ordinaria proprio dell'ordine di esecuzione, e la natura sostanzialmente costituzionale dei diritti in essa garantiti, aveva sperimentato alcune strade per offrire copertura costituzionale alle sue previsioni, agganciandosi alternativamente o cumulativamente a varie disposizioni costituzionali, come gli artt. 2, 10, 11, 111 e, infine, 117 Cost.⁵⁸.

Sulla praticabilità di simili ipotesi le sentenze costituzionali n. 348 e n. 349 del 2007, come è visto, segnano un punto di non ritorno.

⁵⁸ Illustrano le diverse teorie proposte nel corso del tempo dagli studiosi allo scopo di riconoscere alle norme convenzionali una copertura costituzionale, o comunque un valore superiore alla legge ordinaria, che garantisse loro perlomeno di resistere all'abrogazione o alla deroga da parte di leggi successive, M. CARTABIA, *La Cedu e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, cit., 9 ss. e D. TEGA, *La Cedu e l'ordinamento italiano*, in *I diritti in azione*, a cura di M. Cartabia, Bologna, 2007, 71 ss.; EAD., *La Cedu nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2007, 432 ss.. Argomenta con forza, anche dopo le sentenze costituzionali n. 348 e n. 349 del 2007, l'opportunità di ricondurre alla sfera del diritto costituzionale oggettivo le norme delle convenzioni che incarnano a livello sovranazionale le istanze universalistiche in tema di diritti fondamentali trattandole alla stregua delle "norme del diritto internazionale generalmente riconosciute" di cui all'art. 10, primo comma, Cost., V. ONIDA, *La Costituzione ieri e oggi*, Bologna, 2008, 32 ss..

Quanto alla collocazione della Convenzione europea nel sistema delle fonti, infatti, le due sentenze scelgono di ancorarsi all'unico parametro dell'art. 117, primo comma, Cost., e di scartare espressamente il riferimento agli artt. 10 e 11 Cost., e quindi, da una parte, equiparano la Convenzione europea a tutti gli altri obblighi internazionali e, dall'altra parte, nel distinguere le norme convenzionali sia dalle norme internazionali consuetudinarie che dalle norme comunitarie, le ritengono subordinate all'intera Costituzione, e non soltanto ai suoi principi fondamentali.

Le stesse sentenze, inoltre, negando la costituzionalizzazione delle norme convenzionali, rifiutano implicitamente anche una delle teorie più suggestive avanzate dalla dottrina, secondo la quale l'immissione delle norme convenzionali al livello costituzionale sarebbe stata possibile tramite la clausola aperta dell'art. 2 Cost., sul riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo⁵⁹.

Ebbene. La giurisprudenza comune successiva accoglie con grande favore, direi con sollievo, questi chiarimenti del giudice delle leggi che, al contrario delle altre affermazioni del decalogo, che sono aperte a ogni possibile sviluppo, si segnalano per il loro carattere di tendenziale definitività, aspirando a chiudere un annoso dibattito dottrinario e a eliminare una volta per tutte le incertezze applicative.

Questo fondamentale obiettivo perseguito dalla Corte costituzionale può dirsi completamente raggiunto.

Innanzitutto ora i giudici non hanno più alcun dubbio che sia l'art. 117, primo comma, Cost. il parametro corretto da invocare di fronte alla Corte costituzionale quando rilevano il contrasto di una norma interna con una norma convenzionale. Scompaiono quindi le questioni mal poste, e cioè le ordinanze di rimessione che indicavano un parametro costituzionale diverso, e che la Corte costituzionale era quindi costretta a dichiarare non fondate⁶⁰.

In secondo luogo, la giurisprudenza di legittimità si appoggia alla sistemazione operata dalla Corte costituzionale per affermare che fra i diritti della persona di rango costituzionale non rientrano i diritti elencati dalla Convenzione europea.

L'affermazione si legge nelle quattro storiche pronunce delle sezioni unite civili della Cassazione del novembre del 2008 che hanno fatto il punto sui numerosi aspetti controversi del danno non patrimoniale ai sensi dell'art. 2059 cod.civ. Le sentenze sono note, lo ricordo, per avere escluso l'autonomo rilievo della categoria del danno

⁵⁹ Nonostante il più rigoroso silenzio tenuto sul punto dalle due sentenze, rileva l'incompatibilità della tesi dell'art. 2 Cost. con la complessiva impostazione seguita dalla Corte costituzionale M. CARTABIA, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, 3569; EAD., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. Balsamo e R.E. Kostoris, Torino, 2008, 50-51. Un accenno in questo senso si legge anche in D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 48 e 349 del 2007. La Cedu da fonte ordinaria a fonte "sub-costituzionale" del diritto*, in www.forumcostituzionale.it. Mi pare invece che interpretino diversamente il silenzio sull'art. 2 Cost., ritenendolo per vari motivi non preclusivo di un futuro possibile utilizzo di tale previsione costituzionale in relazione ai diritti garantiti dalle carte internazionali di protezione dei diritti umani, A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale- astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, cit.; S. BARTOLE, *Integrazione e separazione della tutela costituzionale e convenzionale dei diritti umani*, in *Dir. um. e dir internaz.*, 2008, 297-298; C. ZANGHI, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, in www.giurcost.org.

⁶⁰ Come Corte cost., sent. n. 129 del 2008 sul caso Dorigo.

esistenziale e per avere tentato di porre un freno alla proliferazione delle voci di danno e alle fantasiose ipotesi di diritti della persona degni della tutela minima risarcitoria anche in mancanza di un riconoscimento da parte del legislatore, che spesso erano riconosciute nella giurisprudenza di merito, in particolare dei giudici di pace⁶¹.

E' interessante leggere per intero il passaggio che interessa, avvertendo che anch'esso è volto a contenere entro confini rigorosi la creazione in via giurisprudenziale di nuove ipotesi di diritti risarcibili: "non può [...] ritenersi precluso al legislatore ampliare il catalogo dei casi determinati dalla legge ordinaria prevedendo la tutela risarcitoria non patrimoniale anche in relazione ad interessi inerenti la persona non aventi il rango costituzionale di diritti inviolabili, privilegiandone taluno rispetto agli altri [...]. Situazione che non ricorre in relazione ai diritti predicati dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, ratificata con la legge n. 88 del 1955, quale risulta dai vari Protocolli susseguitisi, ai quali non spetta il rango di diritti costituzionalmente protetti, poiché la Convenzione, pur essendo dotata di una natura che la distingue dagli obblighi nascenti da altri Trattati internazionali, non assume, in forza dell'art. 11 Cost., il rango di fonte costituzionale, né può essere parificata, a tali fini, all'efficacia del diritto comunitario nell'ordinamento interno (Corte cost. n. 348/2007)".

b) Il divieto di disapplicazione, o di non applicazione, della legge difforme dalla Convenzione europea. Come già anticipavo, dall'esame della giurisprudenza comune dell'ultimo biennio emerge che lo spettro della disapplicazione, o non applicazione, della normativa interna per contrasto con la Convenzione europea è stato definitivamente allontanato. I pochissimi giudici ribelli che all'indomani delle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 avevano dichiarato di non volere aderire a questa ferma indicazione della Corte, preferendo seguire piuttosto i tentativi di applicazione della norma convenzionale a preferenza di ogni altra norma interna attuati in precedenza dalla Cassazione, si sono poi allineati alla generalizzata obbedienza accordata da tutti i giudici al secondo comandamento del decalogo⁶². Anzi, alcune pronunce precisano che il divieto di non dare applicazione alla legge difforme dalla Convenzione europea dipende sia dall'impossibilità di equiparare il diritto

⁶¹ Cass. civ., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, n. 26973, n. 26974 e n. 26975. Per un breve commento di queste pronunce sotto l'aspetto che qui rileva sia consentito il rinvio a E. LAMARQUE, *La tutela dei diritti costituzionali in Italia tra Corte costituzionale e giudici comuni (2003-2008)*, in *La sostenibilità della democrazia nel XXI secolo*, a cura di M. Cartabia e A. Simoncini, Bologna, 2009, 277; EAD., *Il nuovo danno non patrimoniale sotto la lente del costituzionalista*, in *Danno e resp.*, 2008, 370. L'impostazione delle sezioni unite sembra essere stata accolta dalla giurisprudenza di merito (v., ad esempio, Trib. Torre Annunziata, 2 dicembre 2008), anche se forte resta la tentazione dei giudici di merito di richiamare un po' a casaccio, fra le fonti che darebbero vita a diritti costituzionali meritevoli di tutela risarcitoria tramite l'art. 2 Cost., anche la Cedu, insieme alle previsioni costituzionali in tema di diritti (Tar Puglia, sez. III, 13 maggio 2009, n. 1139), o magari accanto alla "Carta di Nizza resa vincolante dal Trattato di Lisbona" (sic Tribunale di Venezia, sez. III civ., 13 gennaio 2009).

⁶² In realtà, l'unico caso noto di consapevole disapplicazione della legge nazionale a me sembra Trib. Ravenna, 12 dicembre 2007, n. 501, in www.europeanrights.eu. Sul punto v. tuttavia le osservazioni più articolate di I. CARLOTTO, *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale: un'analisi sul seguito giurisprudenziale*, cit., par. 5.

convenzionale al diritto comunitario, come afferma la Corte costituzionale, sia, a monte, dal principio costituzionale della soggezione del giudice solo alla legge⁶³.

Le affermazioni di principio in tal senso nella stessa giurisprudenza di legittimità, molte delle quali formulate in risposta alle ripetute e insistite richieste dei difensori delle parti di procedere alla applicazione della norma convenzionale a scapito di quella interna, non si contano neppure.

Anche questo fondamentale obiettivo perseguito dalla Corte costituzionale può dirsi quindi pienamente raggiunto.

Il risultato, naturalmente, rileva sia dal punto di vista del sistema delle fonti, perché ormai sembra scongiurata la tanto temuta assimilazione degli effetti delle norme convenzionali a quelli delle norme comunitarie, salvo qualche raro caso di evidente confusione involontaria tra i due diritti e tra la Corte di Strasburgo e la Corte di Lussemburgo⁶⁴; sia dal punto di vista della definizione dei ruoli dei giudici comuni e del giudice costituzionale nel sindacato di costituzionalità *ex art. 117, primo comma, Cost.*.

Come già si diceva prima ad altro fine, configurando ogni contrasto insanabile in via interpretativa tra norma interna e norma convenzionale come una questione di legittimità costituzionale di propria “competenza esclusiva”, la Corte costituzionale aveva inteso condannare tutte le possibili forme di sindacato diffuso di convenzionalità che di tanto in tanto si erano affacciate nella pratica giurisprudenziale. Ora, invece, il *sindacato accentrato* della Corte costituzionale in ogni ipotesi di contrasto insanabile in via interpretativa fra norma interna e norma convenzionale può dirsi senz’altro *affermato e consolidato* nell’ordinamento.

La perdita di potere discrezionale che deriva al giudice comune dal secondo comandamento del decalogo è stata accettata senza fatica soprattutto dalle giurisdizioni superiori perché è compensata da un sicuro guadagno in termini di certezza del diritto, un bene il cui perseguimento risulta fondamentale per le stesse giurisdizioni superiori⁶⁵.

Solo attraverso il giudizio di costituzionalità si riesce a ottenere l’eliminazione una volta per tutte della norma interna incompatibile con la norma convenzionale. Al contrario, il meccanismo della disapplicazione, o non applicazione, della norma interna, lascia per definizione in vita la norma interna, che in altri giudizi potrebbe continuare ad essere applicata. E, del resto, la mancanza di un contatto diretto del giudice comune con la Corte di Strasburgo analogo al rinvio pregiudiziale di interpretazione davanti alla Corte di Giustizia fa sì che i necessari interventi chiarificatori da parte della Corte europea, capaci di uniformare gli orientamenti della giurisprudenza comune e di soddisfare così l’esigenza di certezza del diritto, non

⁶³ V., ad esempio, l’ordinanza di rimessione del Tribunale di S. Maria Capua Vetere, ord. 18 dicembre 2008, R.O. n. 176 del 2009.

⁶⁴ Cons. St., sez. VI, 3 aprile 2008, n. 1383; Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisdiz., 25 maggio 2009, n. 470 e, forse, Cons. St., sez. VI, 13 maggio 2008, n. 2208.

⁶⁵ Commenta favorevolmente sotto questo profilo le due sentenze costituzionali del 2007 il sostituto procuratore generale presso la Cassazione E. SELVAGGI, *Le linee di evoluzione dell’ordinamento integrato. I limiti della protezione dei diritti da parte della Cedu. Appunti e spunti di riflessione*, in <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/15260.pdf>.

possano essere sollecitati dai giudici che si trovano in difficoltà, ma arrivino soltanto qualora ricorra la circostanza, del tutto ingovernabile dai giudici e quindi affidata sostanzialmente al caso, che una parte insoddisfatta dell'esito di un giudizio interno si rivolga a Strasburgo per ottenere soddisfazione, e che il ricorso sia deciso nel merito da parte della Corte europea.

Inoltre, la perdita di potere discrezionale da parte dei giudici comuni in favore della Corte costituzionale non è completa, perché è la Corte stessa a insistere sul fatto che rientra nel dovere, e quindi a maggior ragione, nel potere di ogni giudice di procedere all'interpretazione conforme alla Convenzione europea della legge nazionale. La valorizzazione del potere interpretativo dei giudici nella giurisprudenza costituzionale è tale che nella sentenza n. 239 del 2009 la Corte si spinge fino al punto di ritenere che l'esperimento del tentativo d'interpretazione conforme alla Convenzione europea sia una condizione necessaria per la valida instaurazione del giudizio di legittimità costituzionale, ripetendo lo schema che ormai da anni è utilizzato a proposito del dovere di interpretazione conforme a Costituzione. Per superare il vaglio di ammissibilità della questione di legittimità costituzionale, quindi, il giudice deve dimostrare che il tenore testuale della norma interna o il diritto vivente eventualmente formato sulla legge interna si oppongono all'assegnazione a tale legge di un significato compatibile con la norma convenzionale.

c) La giurisprudenza della Corte di Strasburgo presso i giudici comuni. Abbandonando il tema della collocazione della Convenzione europea nei confronti della Costituzione e del diritto dell'Unione Europea e quello del divieto di disapplicazione, o di non applicazione, della legge difforme dalla Convenzione europea, sui quali abbiamo visto esserci perfetta e ormai stabile consonanza fra Corte costituzionale e autorità giudiziaria, si lasciano alle spalle gli approdi sicuri e si inizia a navigare in mare aperto, esposti alle correnti e ai mutamenti repentini del tempo.

In questa navigazione, l'unica bussola che ha il giudice comune è il decimo e ultimo comandamento della Corte costituzionale, secondo cui le norme della Convenzione europea vivono nella interpretazione che ne offre il giudice europeo, alla quale gli organi giurisdizionali nazionali devono soggiacere.

Come vedremo, tuttavia, a volte lo strumento si rivela insufficiente per mantenere la rotta, e i giudici si ritrovano costretti a navigare a vista. Inoltre, anche quando è chiara e univoca, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo rischia sempre di mutarsi da insostituibile ausilio interpretativo a insopportabile costrizione. La necessaria fedeltà all'interpretazione del testo della Convenzione offerta dalla Corte europea, infatti, riduce l'ambito della discrezionalità giudiziale sia in sede di scelta della norma interna da applicare, poiché la disposizione della legge interna deve essere resa conforme a un obbligo internazionale che il giudice non può autonomamente interpretare, sia nell'opposta ipotesi della formulazione della questione di legittimità costituzionale, che dovrebbe essere proposta tutte le volte in cui la legge interna sembra difforme da un parametro interposto il cui significato il giudice remittente non può concorrere a stabilire.

E' interessante allora indagare come questo comandamento del giudice delle leggi è stato inteso nelle aule giudiziarie, e quale è il valore oggi effettivamente assegnato nel nostro ordinamento alle decisioni della Corte europea.

Si deve dire innanzitutto che dall'esame della giurisprudenza comune dell'ultimo biennio emerge che davvero il testo della Convenzione europea non vive di vita propria, né esercita alcuna funzione concreta, se non grazie alle pronunce della Corte di Strasburgo che lo animano, e lo riempiono di senso e di significato.

Non accade quasi mai, infatti, che nella motivazione di un provvedimento giurisdizionale un articolo della Convenzione europea *non* accompagnato dal riferimento all'orientamento della Corte di Strasburgo valga *da solo* a supportare un'interpretazione conforme alla Convenzione della legge interna o la proposizione di una questione di legittimità costituzionale⁶⁶. Dalle mie ricerche emerge un unico caso in cui il testo della Convenzione europea di per sé considerato assume un rilievo autonomo nel ragionamento giudiziale, giustificando un'interpretazione conforme alla Convenzione di una disposizione della legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato⁶⁷. Nella normalità dei casi, invece, l'argomento relativo alla Convenzione europea non supportato dal richiamo a decisioni del giudice europeo figura come argomento accessorio, o di sostegno, a un argomento costituzionale principale, e più forte, di cui segue poi sempre la sorte, o confermando l'interpretazione conforme alla Costituzione o viceversa affiancandosi al parametro costituzionale quando viene sollevata la questione di fronte alla Corte costituzionale.

In secondo luogo, è vero che i giudici comuni, e in particolare la giurisdizione superiore ordinaria, oggi prestano costante attenzione agli orientamenti della giurisprudenza di Strasburgo, e sembrano convinti di non potere prescindere da un loro approfondito esame ogni qualvolta maneggiano il testo della Convenzione europea.

Bisogna ricordare, in proposito, che l'abitudine di leggere attentamente le decisioni della Corte europea si era già progressivamente incardinata presso tutte le giurisdizioni, compresa quella costituzionale, ma solo negli anni immediatamente precedenti alle sentenze costituzionali n. 348 e n. 349 del 2007. Fino a pochissimi anni prima lo scenario era completamente diverso, e vedeva il giudice italiano

⁶⁶ Anzi, quando il giudice si trova a dovere esaminare un'eccezione di legittimità costituzionale di una legge interna per contrasto con una norma convenzionale, o a interpretare una legge interna in modo conforme alla Cedu, ma non dispone di precedenti della Corte di Strasburgo specificamente riferibili al caso di specie, o comunque non li richiama, ha facilità a "neutralizzare" il peso dell'argomento Cedu, reinterpretando il parametro interposto in modo conforme alla Costituzione e, contemporaneamente, alle leggi interne denunciate. Così, mi pare, fanno Cons. St., sez. IV, 4 febbraio 2008, n. 303 e 26 settembre 2008, n. 4660; Cons. St., sez. VI, 3 aprile 2008, n. 1386, n. 1405, n. 1406 e n. 1407 e Trib. giust. amm. T.A.A. – Trento, 11 giugno 2008, n. 145 (ma per una lettura parzialmente diversa di queste pronunce v. I. CARLOTTO, *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale: un'analisi sul seguito giurisprudenziale*, cit., par. 4). Mi preme tuttavia sottolineare che si tratta di pronunce che denunciano anche una diffusa minore propensione del giudice amministrativo, e degli avvocati amministrativisti che discutono le cause di fronte a quel giudice, a confrontarsi con le motivazioni delle singole decisioni della Corte di Strasburgo, rispetto a quella dimostrata dai giudici ordinari e in particolare dalla Corte di Cassazione, oltre che naturalmente dagli avvocati che patrocinano davanti a quelle giurisdizioni.

⁶⁷ Cass., sez. un. civ., 17 luglio 2008, n. 19595. Secondo le sezioni unite non sarebbe compatibile con l'art. 6 della Cedu, e quindi indirettamente con la nostra Costituzione, un'interpretazione dell'art. 3 della legge n. 218 del 1995 che negasse ogni tutela giurisdizionale nel caso, eccezionale, in cui non sussistesse, seguendo i criteri di legge, né la giurisdizione del giudice italiano né quella di alcun giudice straniero.

richiamare abbastanza frequentemente le disposizioni della Convenzione, ma di solito senza alcun riferimento alle interpretazioni della Corte di Strasburgo, tanto che le previsioni della Convenzione europea subivano una vera e propria dissociazione, vivendo contemporaneamente nell'ordinamento internazionale nel significato loro attribuito da parte della Corte europea, da una parte, e nel diritto interno nella diversa lettura in chiave nazionale fornita dai giudici italiani, dall'altra⁶⁸.

La svolta si è avuta in conseguenza del noto braccio di ferro tra la Cassazione e la Corte di Strasburgo sulla determinazione dei presupposti e sull'entità dell'equa riparazione ai sensi della legge Pinto nel caso di violazione del termine di ragionevole durata del processo, consumatosi nei primi anni del nuovo millennio, che ha indotto il giudice italiano a iniziare a prestare attenzione e ossequio al contenuto specifico delle decisioni della Corte europea⁶⁹, e ha favorito il consolidamento in poco tempo di una diffusa abitudine di tutti i giudici alla lettura della giurisprudenza sovranazionale.

Come è noto, infatti, l'iniziale orientamento della Cassazione sulla legge Pinto prescindeva dai criteri elaborati dalla giurisprudenza di Strasburgo, ma la scelta della Corte di Strasburgo di ritenere "ineffettivo" il rimedio interno a causa proprio del modo in cui era interpretato aveva in seguito indotto la Cassazione, a partire dalle quattro note pronunce delle sezioni unite del 2004, ad attribuire all'interpretazione del testo convenzionale fornita dalla Corte europea un valore di precedente sostanzialmente vincolante. E' proprio in quella occasione che per la prima volta le sezioni unite affermano che l'applicazione diretta nell'ordinamento italiano dell'art. 6 Cedu, sancita dalla stessa legge Pinto, "non può discostarsi dall'interpretazione che della stessa norma dà il giudice europeo", aggiungendo che sussiste un vero e proprio "dovere" del giudice italiano di interpretare la legge interna in modo conforme alla Convenzione europea "per come essa vive nella giurisprudenza della Corte europea"⁷⁰.

Nella giurisprudenza comune di questi ultimi due anni l'attenta lettura della giurisprudenza di Strasburgo risulta determinante per le scelte interpretative dei giudici sotto ogni possibile profilo, e quindi:

1) come ausilio interpretativo per sostenere una determinata lettura della Costituzione⁷¹;

⁶⁸ Per queste osservazioni e per ogni riferimento giurisprudenziale si rinvia al fondamentale contributo di L. MONTANARI, *Giudici comuni e Corti sovranazionali: rapporti tra sistemi*, cit., 124 ss. e 163. Per il passato la dottrina segnala solo uno sporadico richiamo, contenuto peraltro in una pronuncia della Corte costituzionale, e non dell'autorità giudiziaria comune, di due decisioni della Commissione ante riforma del Protocollo 11 (sul punto v. D. TEGA, *Le carte dei diritti nella giurisprudenza della Corte costituzionale (e oltre)*, in *Corte costituzionale e processo costituzionale*, a cura di A. Pace, Milano, 2006, 959).

⁶⁹ Nota giustamente come sia stata proprio l'entrata in funzione del meccanismo della legge Pinto, che rinvia testualmente ai criteri stabiliti dalla Cedu, a imporre ai giudici nazionali per la prima volta un serrato confronto con la giurisprudenza di Strasburgo per la corretta definizione di tali criteri A. GUAZZAROTTI, *La Cedu e l'ordinamento nazionale: tendenze giurisprudenziali e nuove esigenze teoriche*, in *Quad. cost.*, 2006, 493-494. In senso analogo E. LUPO, *La vincolatività delle sentenze della Corte europea per il giudice interno e la svolta recente della Cassazione civile e penale*, in <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/14037.pdf>.

⁷⁰ Cass., sez. un. civ., 26 gennaio 2004, n. 1338, n. 1339, n. 1340 e n. 1341.

⁷¹ Per esempio Cons. St., sez. IV, 31 marzo 2009, n. 1899, in relazione al rilievo costituzionale del sereno svolgimento delle funzioni da parte dei magistrati, e Cass., sez. un. civ., 9 settembre 2009, n. 19393, in relazione alla giurisdizione del giudice ordinario sul rifiuto o la revoca permesso di soggiorno per motivi umanitari. Bisogna notare che la

- 2) come ausilio interpretativo per trovare conferma della bontà di una determinata interpretazione della legge⁷²;
- 3) per dichiarare la manifesta infondatezza di una questione di legittimità costituzionale di una legge eccitata in relazione all'art. 117, primo comma, Cost. per violazione della Convenzione europea⁷³;
- 4) per procedere a una vera e propria interpretazione adeguatrice alla Convenzione europea della legge interna⁷⁴;
- 5) per sollevare la questione di legittimità costituzionale della legge interna avente la Convenzione europea come parametro interposto⁷⁵.

Sembra proprio, in definitiva, che l'ultimo comandamento del decalogo dettato dalla Corte costituzionale abbia rafforzato e consolidato nella giurisprudenza comune la tendenza, che già si era affacciata negli anni precedenti, ad applicare nei confronti delle decisioni della Corte di Strasburgo regole interpretative simili a quelle proprie dello *stare decisis* vigenti nei paesi di *common law*⁷⁶.

Confermano questa impressione, anziché smentirla, gli stessi primi tentativi dei giudici di utilizzare lo strumento più potente di cui si serve il giudice di *common law* per liberarsi dall'osservanza del precedente e recuperare ampi spazi di discrezionalità. Mi riferisco naturalmente alla tecnica del *distinguishing*, quel gioco seducente (*fascinating game*) che permette a ogni giudice di sottrarsi alla soggezione a un determinato precedente vincolante dichiarando che il caso concreto in quel momento al suo esame non presenta le stesse circostanze di fatto che avevano giustificato l'applicazione della regola nel passato⁷⁷. Nella giurisprudenza comune se ne ritrovano

valorizzazione delle convenzioni internazionali sui diritti umani a fini interpretativi delle stesse norme costituzionali in materia di diritti si era da anni già affermata anche nella giurisprudenza costituzionale che, come è noto, aveva a un certo punto nettamente dichiarato che, "al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nell'interpretazione" (Corte cost., sent. n. 388 del 1999). Oggi si assiste invece a un fenomeno un po' diverso, perché a integrarsi con le norme costituzionali non sono tanto i diritti scritti nei cataloghi, quanto le applicazioni e interpretazioni di questi diritti che ne ha dato il giudice europeo.

⁷² Fra le moltissime pronunce si vedano, ad esempio, Cass., sez. II pen., 9 ottobre 2008, n. 38488 e Cass., sez. VI pen., 19 maggio 2009, n. 20955 (che presenta la particolarità di utilizzare la giurisprudenza Cedu per confermare l'interpretazione della Convenzione europea di estradizione, e cioè di una legge interna di origine pattizia).

⁷³ Fra i numerosi esempi cfr. Trib. reg. giust. amm. T.A.A. – Trento, 17 luglio 2008, n. 171 e 15 gennaio 2009, n. 20, n. 22 e n. 23, sulla composizione dello stesso Tribunale regionale; Cass., sez. civ., 2008, n. 10875, sulla composizione del Consiglio Nazionale Forense; Cass., sez. II pen., 20 maggio 2009, n. 23561, sulla possibilità di rinunciare al diritto di interrogare i testi a carico.

⁷⁴ Si leggano, fra le altre, Corte app. Bari, sez. III, 22 maggio 2009; Cass., sez. II pen., 20 gennaio 2009, n. 6139; Cass., sez. un. pen., 4 maggio 2009, n. 18190; oltre a molte pronunce che ritengono possibile accogliere un'interpretazione conforme alla Cedu di disposizioni legislative che invece alcuni altri giudici rinviavano alla Corte costituzionale assumendo la Cedu come parametro interposto: ad esempio, Trib. Rovereto, 4 luglio 2009 (*contra* Trib. Lecce, sez. II, ord. 6 aprile 2009, R.O. n. 187 del 2009); Trib. Trento, 10 novembre 2008 e Cass., sez. II pen., 28 maggio 2008, n. 21566 e Cass., sez. III pen., 24 settembre 2008, n. 39172 e n. 39173 (la cui soluzione interpretativa è appoggiata da Corte cost., ord. n. 97 del 2009); Cass., sez. III pen., 26 giugno 2008, n. 37472; 17 marzo 2009, n. 17865; 25 marzo 2009, n. 20243 (alla cui soluzione interpretativa pare rinviare Corte cost., sent. n. 239 del 2009).

⁷⁵ In tutte le questioni di legittimità costituzionale pervenute fino ad ora alla Corte costituzionale.

⁷⁶ Sul vincolo del precedente nei sistemi di *common law*, nella forma giuridicamente vincolante nota con il nome di *stare decisis*, e sul confronto con il suo omologo continentale, che può essere denominato "autorità del precedente" o "presunzione a favore del precedente", con il quale esistono differenze, ma anche significativi punti di contatto, cfr., da ultima, D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al "diritto"*, Napoli, 2008, 28 ss..

⁷⁷ Sul modo di operare della tecnica del *distinguishing* rinvio, per tutti, a F. MORETTI, *Il precedente giudiziario nel sistema inglese*, in *Atlante di diritto privato comparato*, a cura di F. Galgano, IV ed., Bologna, 2006, 12 ss..

già interessanti applicazioni⁷⁸. E, del resto, la stessa Corte costituzionale ha avallato e incoraggiato l'utilizzo del *distinguishing* perché in un'occasione vi ha fatto ricorso per respingere come manifestamente infondata una questione⁷⁹ e, in un'altra occasione, dichiarando inammissibile la questione proposita, ha formulato un pressante invito ai giudici a servirsi di questa tecnica per limitare l'applicazione dell'interpretazione della Convenzione europea avanzata dalla Corte di Strasburgo ai soli casi identici, in tutti gli elementi, a quello nel quale la Corte di Strasburgo aveva in precedenza condannato l'Italia⁸⁰.

Lo stato della giurisprudenza comune, tuttavia, è molto più complesso di quanto non appaia da questa sommaria descrizione.

In particolare, l'affermazione di principio del valore vincolante, o comunque imprescindibile, delle interpretazioni della Convenzione europea contenute nelle decisioni della Corte di Strasburgo coesiste con episodi che evidenziano sensibili *difficoltà*, da un lato, e una certa *insofferenza*, dall'altro lato, nella gestione concreta da parte dei giudici comuni del vincolo interpretativo alla giurisprudenza della Corte europea.

In tutti questi episodi, come vedremo, l'autorità giudiziaria, essendo ben consapevole che gli obblighi discendenti dall'adesione dell'Italia alla Convenzione europea condizionano la legittimità costituzionale delle leggi nazionali, abbandona ogni automatismo e sceglie di procedere all'interpretazione della portata di quegli obblighi in modo meno dipendente dalla giurisprudenza del giudice europeo, e più adeguato invece alla realtà dell'ordinamento nazionale.

d) Le difficoltà applicative che discendono dal monopolio interpretativo della Convenzione europea assegnato alla Corte di Strasburgo. Dalla lettura di alcune pronunce sia dei giudici di merito che del giudice di legittimità emerge che non sempre è facile, e anzi a volte è addirittura impossibile, ricostruire l'orientamento interpretativo della Corte di Strasburgo sulla portata di una certa disposizione della Convenzione europea.

La Corte di Strasburgo, infatti, risolve sempre casi particolari e specifici, ambientati in un determinato ordinamento nazionale, e quindi le singole applicazioni date alle norme convenzionali non sono sempre adatte, per la loro struttura, a essere immediatamente tradotte in norme generali e astratte, uniformemente valide per tutti gli Stati e per tutti gli individui che ricadono sotto la sua giurisdizione.

Inoltre, pur riscontrandosi nelle decisioni della Corte di Strasburgo una tendenziale fedeltà ai propri precedenti, non solo la Corte si dichiara sciolta dal rispetto delle *stare decisis* cd. orizzontale, e si discosta quindi da un proprio precedente se ci sono "convincenti ragioni" per farlo⁸¹, ma spesso nella sua giurisprudenza si riscontrano

⁷⁸ Alcuni interessanti esempi di applicazione di questa tecnica in relazione alle decisioni della Corte europea da parte delle supreme giurisdizioni si ritrovano, ad esempio, in Cons. St., sez. IV, 29 febbraio 2008, n. 771; Cass., sez. VI pen., 1 febbraio 2008, n. 5136; Cass., sez. III civ., 3 luglio 2008, n. 18203.

⁷⁹ Corte cost., ord. n. 143 del 2009.

⁸⁰ Corte cost., sent. n. 239 del 2009.

⁸¹ Una tale affermazione è ricorrente nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo: v., ad esempio, fra le decisioni meno recenti, Corte eur. dir. uomo, 27 settembre 1990, *Cossey c. Gran Bretagna*, ric. n. 10843/84, par. 35; fra le ultime,

oscillazioni o incoerenze, a volte evidenziate dagli stessi componenti del collegio nelle *dissenting opinions*.

Ancora, non sempre il ragionamento giuridico che sostiene la singola decisione della Corte di Strasburgo, e che dovrebbe indicare la *ratio* della norma convenzionale, è di qualità apprezzabile agli occhi dei giudici nazionali, se non altro per l'inadeguata considerazione di elementi propri dell'ordinamento e della cultura giuridica italiani che, se opportunamente considerati, avrebbero potuto portare a soluzioni interpretative diverse. In questo senso, si può dire che talvolta la decisione di Strasburgo, a causa della scarsa autorevolezza di cui gode davanti al giudice italiano, perde tutta l'efficacia che aveva guadagnato con l'imposizione da parte della Corte costituzionale di quella non meglio specificata "autorità di cosa interpretata", su cui poi più avanti ci si soffermerà.

Che cosa succede quando ricorre questa obiettiva difficoltà o impossibilità di trarre dalla giurisprudenza della Corte europea indicazioni univoche? Le conseguenze sembrano di due tipi.

Una prima evenienza non presenta particolari controindicazioni: dopo un attento esame delle decisioni della Corte di Strasburgo il giudice, verificatane la disomogeneità, alla fine sceglie di seguire, fra quelle esistenti, la decisione che non determina l'incostituzionalità della disciplina italiana⁸².

Una seconda evenienza, invece, può creare conseguenze ordinamentali molto forti. Potrebbe infatti accadere che l'esame delle decisioni della Corte europea pertinenti al caso di specie spinga i giudici comuni in un labirinto interpretativo e che, a causa dell'impossibilità di smarcarsi dalla soggezione alla giurisprudenza di Strasburgo, l'incertezza sulla portata applicativa della norma convenzionale prima o poi si traduca in una questione di legittimità costituzionale sulla legge interna, dato che la legge interna potrebbe essere ritenuta incostituzionale a seconda che al parametro interposto si assegni un certo significato, piuttosto che un altro.

Scoppola c. Italia n. 2, 17 settembre 2009, ric. n. 10249/03, par. 104. La circostanza è riconosciuta unanimemente dalla dottrina anche straniera (v. per tutti, J.G. MERRILS, *The Development of international Law by the European Court of Human Rights*, Manchester, 1993, 12 ss. e R. ERGEC, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, II ed., Bruxelles, 2006, 121) e dallo stesso ex Presidente della Corte europea (L. WILDHABER, *Precedent in the European Court of Human Rights*, in *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne / Protecting Human Rights: The European Perspective*, a cura di P. Mahoney, F. Matscher e H. Petzold, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, 1529 ss.). Inoltre la Grande Camera, oltre a essere totalmente libera di ribaltare la pronuncia di una camera quando una delle parti ha chiesto che quella pronuncia sia riesaminata dalla Grande Camera, può rivedere, quando ci sono 'cogenti' o anche solo 'buone' ragioni per farlo, un proprio stesso precedente, e si sente molto più libera di procedere se il precedente non è suo ma è di una camera (D. HARRIS – M. O' BOYLE – C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, II ed., Oxford, 2009, 17-18). Bisogna tuttavia avvertire che c'è anche chi, avendo sperimentato dall'interno il metodo di lavoro della Corte di Strasburgo, verifica l'esistenza di un intreccio fra caso concreto e portata generale della decisione, e nota di conseguenza che la Corte di Strasburgo, con metodo casistico, accumula precedenti vincolanti e così definisce, o crea, il diritto convenzionale che applicherà poi anche ai casi futuri (V. ZAGREBELSKY, *I mutamenti legislativi o regolamentari e di prassi amministrative volti ad impedire il riprodursi della violazione*, in *La Corte europea dei diritti umani e l'esecuzione delle sue sentenze*, Napoli, 2003, 117; ID., *I giudici nazionali, la Convenzione, e la Corte europea dei diritti umani*, in *La tutela multilivello dei diritti*, a cura di P. Bilancia ed E. De Marco, Milano, 2004, 100; ID., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e i diritti nazionali*, in *I costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle Corti europee*, a cura di S.P. Panunzio, Padova, 2007, 719-720; ID., *Violazioni 'strutturali' e Convenzione europea dei diritti umani: interrogativi a proposito di Broniowski*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, 2008, 6-7).

⁸² Esempio, in questo senso, Trib. Lamezia Terme, 26 gennaio 2009, n. 26, in www.altalex.com.

In questa evenienza, quindi, i giudici comuni finirebbero per trasferire sulla Corte costituzionale l'arduo compito di dare una corretta lettura della giurisprudenza di Strasburgo, richiedendole indebitamente di svolgere la funzione di... giurisdizione d'interpretazione della stessa giurisdizione d'interpretazione della Convenzione europea.

L'esperienza di questi due anni conferma che il rischio di rovesciare sul giudice delle leggi il peso di interpretare correttamente la giurisprudenza della Corte europea in ogni caso di difficoltà di lettura di quella giurisprudenza da parte dei giudici nazionali è presente, ma non drammatico.

Operano infatti, per ora, adeguati filtri interni all'autorità giudiziaria che mettono al riparo la Consulta dallo svolgimento di un ruolo che non è opportuno che le sia assegnato.

Emblematica, in questo senso, è la vicenda relativa al problema del procedimento camerale non partecipato per l'applicazione delle misure di prevenzione nel giudizio che si svolge davanti alla Cassazione, e della sua compatibilità con alcune decisioni della Corte europea relative alla pubblicità delle udienze di cui all'art. 6 Cedu.

Presso la Cassazione su questo punto si era sviluppato un vivace contrasto giurisprudenziale⁸³, dovuto anche alla obiettiva difficoltà di ricostruire l'orientamento della Corte di Strasburgo in relazione al caso specifico dei procedimenti che si svolgono davanti al giudice di legittimità⁸⁴. Il problema, tuttavia, invece di sfociare immediatamente in una questione di legittimità costituzionale, è stato portato all'attenzione delle sezioni unite, alle quali una sezione semplice ha appunto domandato come gestire la giurisprudenza di Strasburgo, chiedendole conseguentemente di valutare se è necessario, alla luce di quella giurisprudenza, mantenere l'interpretazione consolidata della legge, oppure correggerla in senso conforme alla Convenzione europea, oppure ancora investire la Corte costituzionale della questione di costituzionalità⁸⁵.

e) L'insofferenza nei confronti del monopolio interpretativo della Convenzione europea assegnato alla Corte di Strasburgo. Ma, si diceva, oltre alle difficoltà applicative, la soggezione alla giurisprudenza della Corte europea genera anche qualche reazione di insofferenza da parte dei giudici.

In proposito, vorrei ricordare innanzitutto tre importanti vicende nelle quali la Cassazione rifiuta di aderire, per vari motivi e seguendo diverse strade, alla lettura data dalla Corte di Strasburgo a una disposizione della Convenzione europea, e di conseguenza rivendica il diritto di continuare ad applicare norme interne che sembrano sgradite al giudice sovranazionale, evitando sia di adeguarle in via

⁸³ Cass., sez. I pen., 13 febbraio 2008, n. 8990; 26 febbraio 2008, n. 11279 e n. 14010; 18 febbraio 2009, n. 12721; Cass., sez. II pen., 18 novembre 2008, n. 46751; Cass., sez. VI pen., 16 aprile 2009, n. 16030.

⁸⁴ Mentre in relazione al problema della mancanza della pubblicità delle udienze nelle fasi del giudizio di merito l'orientamento della Corte europea è più facilmente identificabile, e ha determinato il dubbio di legittimità costituzionale della legge interna che preclude alle parti di richiederne lo svolgimento nelle forme dell'udienza pubblica (Tribunale di S. Maria Capua Vetere, ord. 18 dicembre 2008, R.O. n. 176 del 2009, cit.).

⁸⁵ La pronuncia di rimessione alle sezioni unite è articolatissima e approfondita (Cass., sez. II pen., ord. 16 giugno 2009, n. 24883). Le sezioni unite non si sono ancora pronunciate

interpretativa alla giurisprudenza europea sia, a maggior ragione, di chiederne alla Corte costituzionale la caducazione.

Mi preme notare che in tutte e tre le vicende il giudice di legittimità pare riscontrare che nelle valutazioni della Corte di Strasburgo sono ignorate o sottovalutate le peculiari caratteristiche dell'ordinamento italiano. Caratteristiche che invece la disciplina dettata dal legislatore nazionale meglio avrebbe considerato.

e1) Il primo esempio di questo modo di procedere riguarda ancora una volta la legge Pinto sull'equa riparazione per irragionevole durata dei processi.

La vicenda, pur notissima nei suoi svolgimenti antecedenti le due pronunce costituzionali del 2007, è uscita da sotto i riflettori nei suoi ultimi atti, che però qui rilevano in modo straordinario perché riservano un finale a sorpresa proprio sotto il profilo che qui interessa.

Di questa vicenda tutti conoscono, e lo abbiamo ricordato anche prima, che a partire dal 2004 la Cassazione si è piegata alla giurisprudenza di Strasburgo, e ha interpretato la legge Pinto in modo conforme alle indicazioni provenienti dalla Corte europea per quanto riguarda sia i parametri indicativi per il computo degli anni di durata ragionevole di un processo, superati i quali scatta la possibilità di richiedere l'equa riparazione, sia l'entità della somma da accordare a titolo di equa riparazione per ogni anno.

Meno nota, invece, è la circostanza che la Corte europea, per giurisprudenza costante, moltiplica questa somma annua per tutti gli anni in cui è durato il processo irragionevolmente lungo, mentre l'art. 2 della legge Pinto, sempre applicato dalla Cassazione nel suo univoco significato, testualmente stabilisce che per determinare l'entità della riparazione "rileva solamente il danno riferibile al periodo eccedente il termine ragionevole" di durata del processo. Per fare un esempio, se un processo che ha percorso primo e secondo grado e Cassazione secondo la Corte europea e la stessa Cassazione ha una durata fisiologica di sei anni (tre più due più uno), ma è in effetti durato dodici anni, la Corte europea moltiplicherà la somma annua per dodici, mentre la Cassazione, seguendo la legge Pinto, moltiplicherà la stessa somma per sei, con il risultato che l'equa riparazione accordata dalla Cassazione sarà circa la metà di quella che avrebbe accordato la Corte europea in sede di equa soddisfazione per la violazione del diritto convenzionale.

E' allora evidente la difformità di questa previsione della legge Pinto dagli orientamenti della Corte europea, così come è evidente che il testo della legge Pinto non si presta a essere interpretato in senso conforme alla Convenzione europea, nella lettura datane dalla Corte di Strasburgo, e che quindi l'unica strada da percorrere, in questo caso, attenendosi al decalogo steso dalla Corte costituzionale, sarebbe quella dell'incidente di costituzionalità.

Tuttavia, una simile questione di legittimità costituzionale, pur essendo stata eccepita plurime volte, è stata sempre dichiarata manifestamente infondata dalla Cassazione.

Le argomentazioni addotte per respingere le proposte eccezioni sono varie. In molte occasioni la Cassazione si premura di riepilogare fedelmente i comandamenti del decalogo sul modo di operare dell'art. 117, primo comma, Cost. e dichiara di

aderirvi: ogni singola norma convenzionale vive nella specifica interpretazione che ne dà la Corte di Strasburgo; è vietata la disapplicazione della legge interna per contrasto con la norma convenzionale⁸⁶, e in caso di contrasto della legge interna con la norma convenzionale, essa opera come fonte interposta nel giudizio di costituzionalità. Ma poi precisa che non è quest'ultimo il caso dell'art. 2 della legge Pinto, per vari motivi. Ecco i principali.

Per un gruppo iniziale di decisioni, la questione di costituzionalità eccepita in relazione al parametro interposto dell'art. 6 Cedu è manifestamente infondata in quanto la giurisprudenza europea che individua i criteri per determinare l'ammontare del risarcimento non sarebbe riferibile all'art. 6, che riconosce il diritto a un processo equo e quindi si occupa del contenuto del diritto, ma riguarderebbe invece solo la determinazione dell'equa soddisfazione ai sensi dell'art. 41 Cedu⁸⁷; e comunque, tale differenza di calcolo non toccherebbe la complessiva attitudine della legge Pinto, che la stessa Corte europea avrebbe riconosciuto, ad assicurare l'obiettivo di un serio ristoro⁸⁸. In altre occasioni la medesima questione viene dichiarata manifestamente infondata sia perché il criterio dettato dalla legge Pinto non escluderebbe la complessiva attitudine della legge interna a garantire un serio ristoro per la lesione del diritto, sia perché la stessa legge sarebbe coerente con i principi costituzionali e in particolare con l'art. 111 Cost., che testimonierebbe il pieno riconoscimento a livello costituzionale proprio del canone dell'art. 6 Cedu⁸⁹.

In altre occasioni, infine, la Cassazione non nega l'esistenza del contrasto fra il dettato della legge Pinto e l'interpretazione della Convenzione europea offerta dalla Corte di Strasburgo.

Tuttavia, in una sentenza la Cassazione rifiuta di adire la Corte costituzionale affermando che "il legislatore deve uniformarsi agli obblighi internazionali di cui all'art. 117, comma 1, solo se questi sono conformi ai principi e alle altre norme della nostra Costituzione", e sottintende quindi che l'art. 111 Cost. addirittura vieterebbe di indennizzare la parte per i danni sofferti nel corso della durata naturale o ragionevole del processo⁹⁰. In una più recente e molto articolata sentenza, poi, la Cassazione, dopo avere ancora ricordato che la diversità di calcolo dell'indennizzo non incide negativamente sulla complessiva attitudine della legge Pinto ad assicurare l'obiettivo di un serio ristoro per la lesione del diritto alla ragionevole durata del processo, dato che la stessa Corte europea ha reputato adeguato l'indennizzo concesso dal giudice italiano purché non inferiore al 45% di quello di regola ottenibile dal giudice europeo (!), svolge fino in fondo l'argomento fondato sull'art. 111 Cost., aggiunge un richiamo al principio di ragionevolezza, e soprattutto ammette quello che è sotto gli

⁸⁶ Il divieto di disapplicazione della legge Pinto è ribadito dalla Cassazione sia in molte delle sentenze che rispondono all'eccezione di legittimità costituzionale sollevata dalla parte (v. le note che seguono), sia in diverse occasioni nelle quali la parte chiedeva soltanto di applicare il criterio stabilito dalla giurisprudenza di Strasburgo al posto di quello previsto dalla legge (v., ad esempio, Cass., sez. I civ., 21 maggio 2008, n. 13061 e n. 13062).

⁸⁷ Così, anche se con espressioni e approfondimento diversi, Cass., sez. I civ., 3 gennaio 2008, n. 14; 10 gennaio 2008, n. 333, n. 334, n. 335 e n. 336.

⁸⁸ Cass., sez. I civ., 22 gennaio 2008, n. 1347, n. 1348, n. 1349, n. 1350, n. 1351, n. 1352, n. 1353 e n. 1354.

⁸⁹ Cass., sez. I civ., 11 aprile 2008, n. 9729 e n. 9730; 2 ottobre 2008, n. 24460; 21 gennaio 2009, n. 1561; 30 marzo 2009, n. 7611.

⁹⁰ Cass., sez. I civ., 10 luglio 2008, n. 19056.

occhi di tutti, e che cioè il criterio di commisurazione proposto dalla Corte di Strasburgo non può essere accolto perché non è compatibile con il nostro sistema economico e di finanza pubblica, che non sarebbe in grado di sostenere misure di indennizzo maggiori rispetto a quelle previste dalla legge Pinto, moltiplicate per il numero così alto di processi eccessivamente lunghi che abbiamo in Italia, pena il possibile sacrificio di altri diritti fondamentali⁹¹.

Insomma: secondo la Cassazione è meglio non sottoporre neppure il dubbio alla Corte costituzionale, perché c'è il rischio fondatissimo che la Corte, sentendosi vincolata alla giurisprudenza di Strasburgo, dichiari incostituzionale la legge Pinto, nella parte in cui non concede l'indennizzo per tutti gli anni di durata del processo, oppure – e non si sa che cosa sia peggio, dal punto di vista delle conseguenze ordinamentali e dei rapporti tra le Corti – ritenga incostituzionale la norma convenzionale. Il passo merita forse di essere riprodotto per intero: “se non fosse stato possibile affermare la manifesta infondatezza dell'eccezione di illegittimità costituzionale in esame, avrebbe dovuto essere vagliata la conformità del criterio desunto dalla norma convenzionale da parte del giudice europeo all'art. 111, secondo comma, Cost., in virtù del quale nel nostro ordinamento il processo deve avere un tempo di svolgimento o di “ragionevole durata” [...], poiché potrebbe porsi in contrasto con i principi costituzionali (anche in riferimento all'art. 3 Cost., sotto il profilo della ragionevolezza) un obbligo di indennizzo stabilito in relazione ad una fase e ad un tempo che necessariamente deve esserci. Peraltro, è solo questa interpretazione che evita di approfondire ulteriori profili [...] di illegittimità costituzionale di un'esegesi che, attraverso rigidi automatismi e meccanismi presuntivi di non sicura ragionevolezza, in un sistema economico e di finanza pubblica caratterizzato dalla limitatezza delle risorse disponibili, rischia di porre la norma convenzionale in esame (e l'interpretazione offertane dal giudice europeo) in contrasto con le norme costituzionali che riconoscono e tutelano i diritti fondamentali, sacrificandone alcuni, di pari, se non superiore livello”.

Ma di questa giurisprudenza italiana, che a un profano suona come uno schiaffo al monopolio interpretativo sulla Convenzione europea della Corte di Strasburgo e alla vincolatività delle pronunce di condanna rese nei confronti dell'Italia, cosa ne pensa la Corte di Strasburgo stessa? Sorprendentemente niente di male. Nella prima e finora unica occasione nella quale la Corte europea ha preso in considerazione la distanza incolmabile che separa il dettato della legge Pinto dalla propria giurisprudenza in materia di numero di anni di processo indennizzabili, la Corte europea ha ricordato soltanto che “uno Stato parte della Convenzione dispone di un margine di apprezzamento per organizzare una via di ricorso interna in maniera coerente con il proprio sistema giuridico e le sue tradizioni, in conformità con il livello di vita della sua nazione”, e ha aggiunto che “la circostanza che il metodo di calcolo dell'indennizzo previsto nel diritto interno non corrisponda esattamente ai criteri stabiliti dalla Corte non è decisiva, dal momento che le giurisdizioni Pinto arrivano

⁹¹ Cass., sez. I civ., 6 maggio 2009, n. 10415.

ad accordare somme non irragionevoli rispetto a quelle accordate dalla Corte in casi simili”⁹².

e2) Veniamo quindi a descrivere un secondo tentativo della Cassazione, anch'esso finora ben riuscito, di fuggire dalla camicia di forza dell'efficacia vincolante delle interpretazioni della Convenzione europea fornite dalla Corte di Strasburgo, allo scopo di mettere al riparo dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale le scelte fatte dal legislatore italiano, pur contrastanti con l'orientamento del giudice sovranazionale.

Anche alla radice di questo secondo tentativo c'è, mi pare, la convinzione che un determinato filone della giurisprudenza della Corte europea ignori, o non consideri adeguatamente, le condizioni in cui versa l'Italia dal punto di vista fattuale, culturale, giuridico ed economico-finanziario, e formuli così soluzioni complessivamente inadeguate ad apprestare una effettiva tutela dei diritti fondamentali, o comunque meno adeguate di quella già fornite dal legislatore nazionale.

In questo caso la disposizione di cui viene ripetutamente eccepita dalle parti l'illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. è una norma di interpretazione autentica in materia di sgravi contributivi che esclude la cumulabilità di alcuni benefici contributivi, sulla quale fra l'altro la Corte costituzionale si era già pronunciata in relazione ad altri parametri con una sentenza di rigetto⁹³. Il profilo denunciato è il contrasto con l'art. 6 Cedu in cui, secondo la Corte di Strasburgo, si dovrebbe leggere il divieto per il legislatore di emanare in materia civile norme con effetti retroattivi incidenti su processi già in corso.

Non potendo negare che quella sia la lettura consolidata dell'obbligo convenzionale, e non potendo neppure negare che la legge contestata vi contravvenga, per evitare di investire nuovamente la Corte costituzionale la Cassazione ricorre a un evidente *escamotage*, che ripete in numerosissime pronunce.

Si sofferma cioè a valutare quale esattamente fosse la portata della legge interpretata e ne deduce – smentendo tutti i propri precedenti! – che fin dall'origine la legge interpretata prevedesse quel medesimo divieto di cumulo di benefici contributivi poi confermato dalla legge di interpretazione autentica. La conclusione a cui perviene è quindi che la questione di legittimità costituzionale sulla legge di interpretazione autentica per violazione del parametro convenzionale interposto è *irrilevante*, in quanto l'eventuale caducazione della disposizione interpretativa in sede di giudizio di costituzionalità “non influenzerebbe concretamente l'interpretazione delle norme rilevanti ai fini della decisione della causa”⁹⁴.

⁹² Corte eur. dir. uomo, 31 marzo 2009, Simaldone c. Italia, ric. n. 22644/03, par. 30, commentata da C. CIUFFETTI, *La legge n. 89 del 2001 a Strasburgo, tra luci della ribalta e prove di resistenza: dalla decisione Brusco c. Italia del 6 settembre 2001 alla sentenza Simaldone c. Italia del 31 marzo 2009*, in *federalismi.it* n. 9 del 2009.

⁹³ Corte cost., sent. n. 274 del 2006.

⁹⁴ Cass., sez. lav., 14 agosto 2008, n. 21692; 4 marzo 2009, n. 5222, n. 5223 e n. 5224; 6 marzo 2009, n. 5584 e n. 5585; 13 marzo 2009, n. 6216; 20 marzo 2009, n. 6910; 23 marzo 2009, n. 6962; 24 marzo 2009, n. 7049, n. 7050, n. 7051 e n. 7052; 3 aprile 2009, n. 8175 e n. 8176; 8 aprile 2009, n. 8521; 10 aprile 2009, n. 8797; 15 aprile 2009, n. 8912, n. 8918 e n. 8919; 17 aprile 2009, n. 9235; 23 aprile 2009, n. 9682; 29 aprile 2009, n. 9989; 4 maggio 2009, n. 10233; 6 maggio 2009, n. 10395; 12 maggio 2009, n. 10861; 15 maggio 2009, n. 11345. La motivazione con cui si respinge l'eccezione di costituzionalità muta soltanto in due pronunce, tra quelle reperite: Cass., sez. lav., 3 settembre 2008, n.

e3) La chiara volontà di non appiattirsi sulle indicazioni della Corte di Strasburgo contrarie all'adozione negli ordinamenti nazionali di leggi che incidono retroattivamente sui giudizi in corso anima anche un terzo orientamento della Cassazione.

In questo terzo gruppo di pronunce, tuttavia, il giudice di legittimità non sfugge al confronto con le *rationes decidendi* poste alla base delle decisioni della Corte europea, ma proprio sulla base di queste argomenta la difesa di alcune leggi di interpretazione autentica dettate dal legislatore italiano in materia previdenziale.

In tutte le pronunce la Cassazione fa leva sulla circostanza che la giurisprudenza europea farebbe salvi gli interventi retroattivi sui procedimenti in corso giustificati da pressanti ragioni di interesse generale, o da motivi imperiosi di carattere generale, che nel caso delle leggi considerate ricorrerebbero. A questo argomento principale la Cassazione aggiunge alcuni argomenti di contorno, affermando ad esempio che la legge di interpretazione autentica “non può essere letta come sintomatica della volontà legislativa di ottenere una determinata soluzione delle controversie in corso, quanto piuttosto della volontà di eliminare quel contenzioso” – tipicamente italiano, aggiungerei io – “che la presenza di una pluralità di opzioni ermeneutiche aveva alimentato; il che trova conferma nel fatto che tale contenzioso non vedeva lo Stato amministrazione quale parte in causa e, quindi, come beneficiario della norma di interpretazione autentica”⁹⁵; oppure sostenendo che la Corte europea ammetterebbe leggi retroattive incidenti “su processi pendenti, come nella specie, contro soggetti diversi dallo Stato – quale, appunto, l'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) – e, comunque, l'imposizione – che ne risulta – dell'esito dei processi medesimi, in senso favorevole alla controparte privata”⁹⁶.

e4) Vorrei infine notare che le tre vicende ora ricordate non sono le uniche nelle quali si assiste a un tentativo della Cassazione di smarcarsi dall'obbligo internazionale introdotto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, continuando a dare applicazione alla legge interna denunciata dalle parti per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.

Ci sono almeno altre due vicende molto significative in questo senso, nelle quali il giudice di legittimità prova a interpretare l'obbligo derivante dalla Convenzione europea, così come conformato dalle decisioni della Corte europea, alla luce delle esigenze proprie dell'ordinamento costituzionale italiano.

In entrambe le vicende, tuttavia, ad alcune pronunce che danno la prevalenza a queste ultime esigenze, dichiarando manifestamente infondate le questioni di legittimità

22159 afferma che “la questione è comunque inammissibile rientrando nella discrezionalità dello Stato membro e del legislatore escludere la cumulabilità di benefici contributivi per le imprese agricole”; Cass., sez. lav., 5 marzo 2009, n. 5324, invece, giudica manifestamente infondata la questione prescindendo totalmente dall'esame della giurisprudenza di Strasburgo e sostiene che “la ragionevolezza dell'interpretazione accolta dal legislatore esclude altresì qualsiasi contrasto con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo [...], in quanto la norma impugnata, oltre a non incidere sulla funzione giurisdizionale, non intacca i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali stabiliti dall'art. 6, par. 1 della citata Convenzione”.

⁹⁵ Cass., sez. lav., 15 luglio 2009, n. 16480 e n. 16481; 16 luglio 2009, n. 16607.

⁹⁶ Cass., sez. lav., 13 ottobre 2008, n. 25047.

costituzionale della legge interna in relazione alla Convenzione europea, si sovrappongono decisioni di segno opposto che investono la Corte costituzionale, passandole così la patata bollente. La discussione di entrambe le questioni è stata fissata all'udienza pubblica del 3 novembre.

Una di queste vicende riguarda ancora il problema delle leggi di interpretazione autentica incidenti su giudizi in corso.

A fronte di alcune pronunce nelle quali la Cassazione dichiara manifestamente infondati i dubbi su una di queste leggi – una legge relativa al trattamento economico del personale degli enti locali trasferito nei ruoli del personale amministrativo, tecnico e ausiliario statale (A.T.A.), peraltro già giudicata esente da dubbi di costituzionalità in relazione ad altri parametri⁹⁷ – con argomenti analoghi a quelli sopra riportati, e in particolare sottolineando le pressanti ragioni di interesse generale che avrebbero determinato l'intervento del legislatore, e concludendo così per la presenza nella vicenda di “elementi che la differenziano in maniera rilevante dalle situazioni rispetto a cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto la configurabilità della violazione di un diritto ad un processo equo”⁹⁸, vi sono invece alcune ordinanze, provenienti una dalla stessa sezione lavoro della Cassazione e altre da una corte d'appello, che sollevano la questione ritenendo che nel caso di specie non ricorrano quei motivi imperiosi di interesse generale richiesti dalla Corte europea⁹⁹.

Bisogna aggiungere che una simile breccia aperta nei confronti delle leggi di interpretazione autentica, che le espone tutte al forte rischio di essere dichiarate incostituzionali, ha già provocato, nella stessa sezione lavoro della Cassazione, una reazione ispirata a estrema prudenza. Ora, infatti, la sezione lavoro pare addirittura temere di qualificare come norma di interpretazione autentica una disposizione di “non piana lettura” proprio a causa delle possibili conseguenze di tale qualificazione, e chiede quindi alle sezioni unite di chiarirne la portata, avvertendo che “la particolare importanza della questione è poi accentuata dai menzionati profili di legittimità costituzionale di tale disposizione ove qualificata come norma di interpretazione autentica”¹⁰⁰.

La seconda vicenda riguarda la preclusione per l'imputato contumace a essere restituito nel termine per impugnare la sentenza contumaciale di condanna quando l'impugnazione sia stata già proposta dal difensore d'ufficio.

Nella specie la Cassazione, questa volta a sezioni unite, aveva rilevato l'impossibilità di disapplicare la norma del codice di procedura penale che dispone tale preclusione, ma si era rifiutata di sollevare la questione di costituzionalità, benché ritenesse la previsione codicistica sostanzialmente contraria all'orientamento del giudice europeo,

⁹⁷ Corte cost., sent. n. 234 del 2007.

⁹⁸ Cass., sez. lav. 16 gennaio 2008, n. 677; ma v. anche Cass., sez. lav., 27 febbraio 2008, n. 5159; 7 marzo 2008, n. 6159; 26 settembre 2008, n. 24162.

⁹⁹ Cass., sez. lav., ord. 4 settembre 2008 e Corte app. Ancona, ordd. 26 settembre 2008 (cinque ordinanze), R.O. n. 400 del 2008, e da nn. 15 a 19 del 2009.

¹⁰⁰ Cass., sez. lav., ordd. 12 dicembre 2008, n. 29255 e n. 29256 e 23 dicembre 2008, n. 30103 e 30104. Le sezioni unite hanno poi recentemente deciso la questione senza affrontare il problema, ritenendo la norma ‘incriminata’ non conferente nel caso di specie (Cass., sez. un. civ., 20 ottobre 2009, n. 22154).

affermando la necessità di bilanciare le garanzie del contumace “con la tutela di tutti gli altri interessi costituzionalmente presidiati”, quali la ragionevole durata del processo, che sarebbe pregiudicata dalla duplicazione dell’impugnazione del difensore con quella dell’imputato contumace¹⁰¹. Successivamente, tuttavia, una sezione semplice della stessa Cassazione ha ritenuto di discostarsi da quel bilanciamento, compiuto in presenza di una “costante e chiarissima giurisprudenza della Corte europea delineante il diritto dell’imputato all’esercizio personale e diretto della prova”, e ha quindi sollevato questione di legittimità costituzionale della norma codicistica assumendo la norma convenzionale come parametro interposto¹⁰².

5. *Riflessioni conclusive generali.*

Mi sembra che una valutazione complessiva degli orientamenti dell’autorità giudiziaria di questi ultimi due anni in relazione al vincolo delle leggi statali e regionali derivante da tutti gli obblighi internazionali, Convenzione europea compresa, sia possibile, e abbia segno certamente positivo.

La reazione nei confronti dei dieci comandamenti formulati dalla Corte costituzionale è di ascolto attento e di ossequio non passivo, ma attivo e propositivo.

Per i trattati internazionali diversi dalla Convenzione europea la giurisprudenza comune ha agito, come si è visto, negli spazi lasciati liberi dal decalogo, e ha impedito che venissero riversati sulla Corte costituzionale tutti i problemi di incompatibilità delle norme interne con le norme di origine pattizia che potessero essere risolti dai giudici con i consueti e sperimentati canoni dell’interpretazione conforme e del criterio di specialità, mentre ulteriori spazi sembrano aperti per un possibile utilizzo dello strumento, anch’esso già sperimentato, dell’abrogazione della norma interna da parte della norma pattizia successiva.

Per quanto riguarda la Convenzione europea, invece, i giudici hanno soltanto cercato di allentare un po’ la “morsa”¹⁰³ nella quale li aveva stretti il decimo comandamento del decalogo, con l’imposizione del monopolio interpretativo della Corte europea sulla Convenzione che, se inteso in modo rigoroso, avrebbe aperto le porte del giudizio di costituzionalità a un numero molto più alto di spinose questioni di costituzionalità. Il senso di quella che più sopra ho chiamato *adesione con riserva* da parte dei giudici comuni al valore vincolante delle interpretazioni della Convenzione offerte dalla Corte di Strasburgo è infatti proprio quello di provare a rimodulare l’obbligo internazionale tenendo conto delle peculiarità dell’ordinamento nazionale, in ipotesi ignorate o trascurate dalla Corte europea, allo scopo di salvare dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale leggi interne ritenute dai giudici stessi rientranti nel margine di apprezzamento di cui il legislatore dispone nell’attuazione degli obblighi convenzionali¹⁰⁴.

¹⁰¹ Cass., sez. un. pen., 7 febbraio 2008, n. 6026.

¹⁰² Cass., sez. I pen., ord. 17 settembre 2008, R.O. n. 428 del 2008.

¹⁰³ L’efficace espressione è di M. BIGNAMI, *L’interpretazione del giudice comune nella “morsa” delle Corti sovranazionali*, in *Giur. cost.*, 2008, 595 ss..

¹⁰⁴ Sul margine di apprezzamento come dottrina elaborata dalla Corte europea, o più semplicemente come metodo di interpretazione della Cedu, le opinioni sono le più varie. Il margine di apprezzamento, si è detto, viene affermato dalla

Insomma, secondo i giudici comuni, le interpretazioni della Convenzione europea contenute nelle pronunce di Strasburgo non sempre si impongono ai fini della valutazione della non manifesta infondatezza di una questione di legittimità costituzionale avente la Convenzione come norme interposta, perché possono esserci ragioni legate alle peculiarità dell'ordinamento nazionale che consigliano di attribuire all'obbligo discendente dalla Convenzione europea nei confronti del nostro paese una portata differente.

Un simile modo di procedere, fra l'altro, si noti bene, non è per niente estraneo alla logica sussidiaria della protezione dei diritti convenzionali predicata dalla stessa Corte europea, che riconosce anche alle giurisdizioni nazionali, Corti costituzionali comprese, oltre che agli organi politici e alle amministrazioni nazionali, un analogo margine di apprezzamento nell'applicazione della Convenzione europea¹⁰⁵, e si riserva soltanto la possibilità di controllare *a posteriori*, e cioè dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, il buon uso di questo potere discrezionale. Per la stessa Corte di Strasburgo, infatti, sono proprio i giudici interni i soggetti più adatti ad assicurare il rispetto dei diritti e delle libertà convenzionali nei singoli ordinamenti nazionali, trovandosi, diversamente dalla Corte europea, in prima linea nella tutela dei diritti e a contatto con la realtà sociale del paese¹⁰⁶.

Sia nel caso della Convenzione europea che nel caso degli altri obblighi internazionali l'uso da parte dell'autorità giudiziaria degli strumenti interpretativi che consentono di filtrare le questioni di costituzionalità da inviare alla Corte costituzionale è saggio e misurato. Vediamolo nel dettaglio.

Innanzitutto l'autorità giudiziaria ha voluto condividere con la Corte costituzionale il compito di assicurare il rispetto da parte del legislatore degli obblighi internazionali, ma lo ha fatto senza mai giungere a sovrapporre un proprio sindacato diffuso al sindacato accentrato fermamente voluto dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007. Lo strumento della disapplicazione, o non applicazione, della legge interna è stato

Corte europea sia per una esigenza funzionale, poiché la stessa Corte europea riconosce che sono le autorità nazionali ad avere una conoscenza migliore delle circostanze e delle condizioni locali di applicazione della Cedu, sia per una esigenza ideologica, perché la salvaguardia della "meravigliosa ricchezza" e della "grande varietà" che caratterizza la nostra Europa rappresenta per la Corte europea un obiettivo di valore equivalente a quello dell'uniformità nella protezione dei diritti (così F. SUDRE, *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1998, 31 ss.; ID., *Droit européen et international des droits de l'homme*, IX ed., Paris, 2008, 222 ss.). Nello stesso senso Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, New York, 2002, 249 e *passim*, ritiene che il margine di apprezzamento sia un meccanismo costituzionale essenziale progettato per preservare il fondamentale prerequisito di una società democratica, e cioè il pluralismo dei valori. In un'altra prospettiva, F. R.S.J MACDONALD, *The Margin of Appreciation*, in *The European System of Protection of Human Rights*, a cura di R.S.J. Macdonald, F. Matscher e H. Petzold, Martinus Nijhoff publishers, 1993, 83 ss. nota che la dottrina del margine di apprezzamento introduce un elemento di relatività all'interno dell'uniforme interpretazione della Cedu, e fornisce alla Corte europea uno strumento per affrontare il delicato compito di bilanciare la sovranità degli Stati contraenti con le loro obbligazioni nascenti dall'adesione alla Cedu. Per una ricostruzione della nascita e dell'evoluzione giurisprudenziale della dottrina si vedano F. DONATI – P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, cit., 65 ss. Per una ricognizione delle basi giuridiche di questa dottrina nel testo e nella logica della Cedu si veda invece P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, in *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, cit., in particolare 149 ss..

¹⁰⁵ D. HARRIS – M. O' BOYLE – C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., 11 e 14.

¹⁰⁶ Riassume questo atteggiamento della Corte europea il suo Presidente, M. Jean-Paul Costa, nell'intervento al Consiglio Superiore della Magistratura italiano del 10 ottobre 2007, in www.echr.coe.int.

completamente abbandonato, e non si sono avuti nemmeno casi di interpretazione conforme all'obbligo internazionale talmente creativa da rasentare la sostanziale disapplicazione della legge stessa.

Inoltre, il filtro giudiziale che vaglia le questioni di legittimità costituzionale da rimettere alla Corte costituzionale, distinguendole dalle questioni da risolvere in via interpretativa, è quasi sempre serio e attento, come dimostrano i numerosi casi in cui le sezioni unite della Cassazione sono state investite proprio del compito di valutare la portata dell'obbligo internazionale discendente dalla Convenzione europea o da altro trattato internazionale, e conseguentemente di decidere il comportamento da tenere in ordine all'alternativa tra interpretazione della legge conforme a tale obbligo e rimessione della relativa questione di legittimità costituzionale alla Corte costituzionale.

Ancora, non si può neanche dire che il filtro giudiziale operi a maglie troppe strette, perché tutte le questioni per le quali l'intervento della Corte costituzionale era davvero necessario, integrando una *misura generale* richiesta dalla Corte di Strasburgo per la corretta esecuzione di una sentenza di condanna nei confronti dell'Italia – una misura generale che i giudici comuni non sarebbero stati in grado di assicurare da soli, essendo appunto richiesto un intervento con effetti generali che soltanto il legislatore o il giudice delle leggi hanno i poteri per attuare –, non sono state trattenute dai giudici se non per una breve pausa di riflessione, ma hanno poi sempre superato il vaglio della non manifesta infondatezza e sono pervenute alla Corte costituzionale per la decisione.

In definitiva, un uso di simili filtri giudiziali così accorto non solo non minaccia, ma anzi difende e valorizza il ruolo e la posizione della Corte costituzionale.

Quanto all'assenza di una minaccia alle “funzioni sistemiche” della Corte costituzionale¹⁰⁷, l'atteggiamento complessivo della giurisprudenza comune consente e anzi agevola l'esercizio da parte della Corte di tutte le funzioni per le quali essa esiste nell'ordinamento, e che l'autorità giudiziaria non potrebbe svolgere adeguatamente in sua supplenza.

In relazione alla Convenzione europea, si è già detto che tutti i nodi delle violazioni strutturali, e cioè dipendenti dalla legislazione, prima o poi arrivano al pettine del giudizio della Corte costituzionale, affinché essa provveda una volta per tutte e con effetti generali a rimuovere la legge che è alla base di quelle violazioni. E, d'altro canto, il sindacato di costituzionalità sulla norma convenzionale che perviene alla Corte costituzionale come norma interposta è, per espressa previsione del decalogo, un sindacato pieno, e per di più attivato d'ufficio dalla stessa Corte. In relazione agli altri obblighi internazionali, invece, l'unico pericolo di compromissione delle funzioni sistemiche della Corte costituzionale potrebbe venire dal consolidarsi, che non ci si augura, di quell'orientamento della giurisprudenza di legittimità che sembra

¹⁰⁷ Sulle funzioni assolte dalla Corte costituzionale nell'ordinamento costituzionale e sui possibili fattori che le minacciano v. M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione “conforme a”*, in *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Napoli, 2009, 413 ss..

assegnare alle leggi adottate in esecuzione di un impegno internazionale una particolare presunzione di conformità a Costituzione¹⁰⁸.

Quanto poi alla difesa e alla valorizzazione del ruolo e della posizione della Corte costituzionale si può dire quanto segue.

Per gli obblighi internazionali diversi dalla Convenzione europea i giudici comuni compiono un'attività interpretativa preliminare di 'sfrondamento' dei contrasti solo apparenti fra norme interne e norme pattizie che consente di non sovraccaricare la Corte costituzionale di un numero eccessivo di microquestioni di nessun rilievo costituzionale, ma contemporaneamente assicura in modo adeguato la prevalenza dei vincoli derivanti dai trattati sulle leggi interne imposta dall'art. 117, primo comma, Cost..

Per gli obblighi derivanti dall'adesione alla Convenzione europea, invece, i giudici, e in particolare le giurisdizioni supreme, compiono una funzione di filtro più complessa, che sgrava la Corte costituzionale di un onere non indifferente e le facilita i rapporti esterni con la Corte europea dei diritti dell'uomo, da una parte, e il confronto interno con il legislatore, dall'altra.

L'onere che le giurisdizioni superiori hanno dimostrato di volere assumere su di sé, risparmiandolo alla Corte costituzionale, è quello di 'contrattare' con la Corte europea i confini dello spazio di manovra che il legislatore nazionale ha per attuare i diritti garantiti dalla Convenzione in modo compatibile con le peculiari caratteristiche culturali, politiche, economiche, istituzionali del nostro paese. Tutto ciò accade, naturalmente, quando non c'è una condanna dell'Italia sul punto specifico, intervenuta la quale lo spazio per far valere il margine di apprezzamento si chiude o si riduce drasticamente¹⁰⁹.

I giudici comuni, quindi, continuando a dare applicazione a una legge interna di dubbia compatibilità con gli orientamenti generali della Corte di Strasburgo, non fanno altro che un tentativo di 'negoziare' con la Corte europea una diversa interpretazione del disposto della Convenzione in relazione all'ordinamento italiano, che riconosca al nostro legislatore uno spazio di azione più ampio di quello che sembrerebbe a prima vista consentito dalla giurisprudenza europea già esistente.

Un simile tentativo, fra l'altro, oltre a essere come si è detto compatibile con la logica sussidiaria della giurisdizione di Strasburgo, non è certo una battaglia contro i mulini a vento, e può anche andare a buon fine. Lo dimostra l'ultimo atto della vicenda relativa al problema tutto italiano della ragionevole durata dei processi, dove è stata premiata la strenua volontà della Cassazione di difendere il criterio di computo degli anni di processo indennizzabili previsto dalla legge Pinto, ritenuto più adatto all'ordinamento italiano di quello imposto da Strasburgo, sia dalla contraria giurisprudenza europea, sia dalla possibile declaratoria di illegittimità costituzionale

¹⁰⁸ Mi riferisco al caso della manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale del reato di diffusione di idee fondate sull'odio razziale, esaminato *supra*, par. 3, lett. d).

¹⁰⁹ Anche se è pacificamente riconosciuto che lo Stato mantiene comunque un certo margine di discrezionalità nella stessa scelta delle misure individuali e generali con cui adempiere ai diversi obblighi di esecuzione di una sentenza di condanna (sul punto, per tutti, A. BULTRINI, *Il meccanismo di protezione dei diritti fondamentali istituito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Cenni introduttivi*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, a cura di B. Nascimbene, Milano, 2002, 49).

da parte della Corte costituzionale. Come abbiamo ricordato, infatti, la Corte europea, nel caso Simaldone, ha riconosciuto, contro ogni più rosea previsione, che la disposizione della legge Pinto in effetti non contrasta la Convenzione.

In definitiva la giurisprudenza comune, quando rifiuta di adeguarsi supinamente a un orientamento della Corte di Strasburgo, sovrapponendovi un'interpretazione della Convenzione europea ritenuta più conforme non solo alla Costituzione italiana, ma anche alla straordinaria ricchezza e alle inevitabili singolarità, nel bene e nel male, dell'ordinamento italiano, rende un ottimo servizio alla Corte costituzionale.

Scegliendo di non adire immediatamente la Corte costituzionale, infatti, l'autorità giudiziaria apre uno spazio per una libera contrattazione di lungo periodo con la Corte europea sulla stessa portata della norma convenzionale nei confronti dell'Italia che evita alla Corte costituzionale di dovere decidere subito e in via definitiva se è incostituzionale la legge italiana, ma non la norma dettata da Strasburgo, oppure se è incostituzionale la norma dettata da Strasburgo, ma non la legge italiana.

Le evita opportunamente, in altre parole, di prendere posizione in modo prematuro, e senza possibilità di procedere a successivi aggiustamenti, fra le sue ragioni, che sono quelle della Costituzione italiana, e le diverse ragioni della Corte europea.

6. Attenuare il vincolo interpretativo alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo?

La ricostruzione del modo di operare dell'art. 117, primo comma, Cost. proposta nel decalogo della Corte costituzionale è dunque perfettamente funzionante ed effettiva sotto molti aspetti, ma meriterebbe forse di essere rimeditata in relazione alla Convenzione europea sotto il profilo dei rapporti, ivi delineati, degli organi giurisdizionali nazionali con il giudice sovranazionale.

Il modello di relazione con la Corte di Strasburgo e con la sua giurisprudenza voluto dalla Corte costituzionale per se stessa e per tutti i giudici nazionali sembra infatti improntato a un'eccessiva *rigidità*¹¹⁰.

Come è stato bene osservato già in sede di commento alle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, l'affermazione del monopolio interpretativo della Corte di Strasburgo sulle previsioni della Convenzione europea non pare ammettere né restrizioni, né condizionamenti, né eccezioni. La Corte costituzionale non differenzia né tra pronunce rese nei confronti dell'Italia e pronunce relative ad altri paesi membri del Consiglio d'Europa, né tra pronunce relative alle medesime disposizioni di legge di cui si discute e pronunce relative a disposizioni analoghe, e nemmeno tra violazioni singole e violazioni strutturali della Convenzione europea¹¹¹.

Tutti i tentativi operati dalla Cassazione di rimodulare autonomamente l'obbligo derivante dalla Convenzione europea tenendo conto delle peculiarità del nostro paese

¹¹⁰ Così anche L. MONTANARI, *Giudici nazionali e Corte di Strasburgo: alcune riflessioni tra interpretazione conforme e margine di apprezzamento*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, 3, XIV; EAD., *Il sistema integrato delle fonti: analisi e prospettive in relazione all'ordinamento italiano dopo l'intervento della Corte costituzionale con le sentenze 348 e 349 del 2007*, cit.. Pare invece apprezzare alcune rigidità del modello A. GUAZZAROTTI, *La Consulta "guarda in faccia" gli obblighi internazionali e la Cedu*, in *Studium iuris*, 2008, 279-280.

¹¹¹ Così esattamente nota B. RANDAZZO, *La Cedu e l'art. 117 della Costituzione. L'indennità di esproprio per le aree edificabili e il risarcimento del danno da occupazione acquisitiva*, in *Giornale dir. amm.*, 2008, 30.

si pongono quindi inequivocabilmente *fuori* dal modello dei rapporti con la Corte di Strasburgo disegnato dalla Corte costituzionale¹¹², e possono al limite essere considerati soltanto come un invito a preferire un approccio più flessibile alla giurisprudenza della Corte europea. Un invito che sarebbe a mio parere da accogliere, ma che allo stato attuale la Corte costituzionale certamente rifiuta.

Restano fuori dal modello voluto dalla Corte, mi sembra, anche le apprezzabili proposte avanzate dalla dottrina allo scopo di ricavare degli spazi per un'attività interpretativa più autonoma almeno da parte dei giudici comuni. La rigida costruzione dettata dalla Corte costituzionale non pare ammettere, infatti, che le autorità giurisdizionali sottopongano a verifica critica gli orientamenti della Corte di Strasburgo, allo scopo di "conciliarne il senso con la logica ordinamentale del diritto nazionale" e di "filtrarlo nella prospettiva assiologia della Costituzione repubblicana", in nessun caso, e quindi nemmeno nel caso in cui la giurisprudenza di Strasburgo non si sia ancora consolidata in diritto vivente, o non vi sia stata una pronuncia della Grande Camera, oppure siano presenti opinioni dissenzienti, che sono sempre indici di un disaccordo all'interno della Corte di Strasburgo sull'applicazione della disposizione della Convenzione europea che di volta in volta viene in rilievo¹¹³.

E, aggiungo, non costituisce un temperamento del vincolo interpretativo dal punto di vista dei soggetti obbligati neppure l'affermazione, contenuta nella sentenza n. 348 del 2007, secondo cui "si deve peraltro escludere che le pronunce della Corte di Strasburgo siano incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali. 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". Con questa affermazione, verosimilmente, la Corte costituzionale non voleva sciogliere se stessa dal rispetto del vincolo interpretativo¹¹⁴. Al contrario, a me pare, voleva ribadire che anche nel giudizio di costituzionalità la norma convenzionale può avere soltanto il

¹¹² Come è stato osservato, infatti, al giudice comune non sarebbe consentito, secondo l'impostazione della Corte costituzionale, neppure di operare un'interpretazione della disposizione Cedu in senso conforme alla Costituzione, dovendo appunto egli sempre applicare la norma convenzionale per come essa vive nell'ordinamento internazionale (in questo senso, ma criticamente P. CARETTI, *Le norme della Convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi: problemi aperti e prospettive*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, 2008, 315; aderisce invece con decisione all'impostazione della Corte costituzionale su questo punto, sostenendo che il giudice nazionale non possa, "per un *favor Constitutionis*, sabotare un intero sistema di obblighi internazionali fondato su di una Convenzione a giurisdizione unica e accentrata", P. GAETA, *Giudice penale, giudice costituzionale e corti sopranazionali*, in <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/15380.pdf>, 33-34 del *paper*, e ID., *Giudici europei: dialogo ascendente e discendente. La prospettiva della Corte costituzionale*, cit., 19-20 del *paper*).

¹¹³ Queste proposte di limitare almeno nei confronti dei giudici comuni il valore vincolante delle interpretazioni della Cedu offerte dalla giurisprudenza della Corte europea sono di M. BIGNAMI, *L'interpretazione del giudice comune nella "morsa" delle Corti sovranazionali*, cit., 616-617. Appoggia la proposta di affermare la sussistenza del vincolo interpretativo del giudice nel solo caso in cui la giurisprudenza europea sia consolidata anche P. GAETA, *Giudici europei: dialogo ascendente e discendente. La prospettiva della Corte costituzionale*, in <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/17895.pdf>, 41 del *paper*.

¹¹⁴ Conclude invece in senso opposto a quello qui sostenuto E. CANNIZZARO, *Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano in due recenti decisioni della Corte costituzionale*, cit., 143-144, e sostiene che con questa frase la Corte costituzionale abbia voluto dire che il vincolo interpretativo alla giurisprudenza di Strasburgo non è assoluto, ma deve al contrario cedere "a favore di una interpretazione delle disposizioni convenzionali maggiormente in sintonia con il sistema costituzionale dei valori".

contenuto a essa assegnato dalla Corte di Strasburgo, e non altro contenuto, in ipotesi autonomamente attribuito dalla Corte costituzionale: solo che tale norma, in quel preciso significato, rimane poi soggetta alla verifica di compatibilità con tutti i precetti costituzionali, e quindi a un “bilanciamento” che può anche portare la Corte a ritenerla incostituzionale, e a impedirle così di farla agire come parametro interposto nel giudizio sulla legittimità costituzionale della legge nazionale impugnata¹¹⁵. Il bilanciamento di cui discute la Corte costituzionale in quel passaggio *non* è quindi un bilanciamento *interno* alla norma convenzionale, simile a quello operato sul piano interpretativo dalla Cassazione sulla legge Pinto, che porta a dare all’obbligo convenzionale gravante sull’Italia un contenuto diverso, e più adatto al nostro ordinamento, di quello assegnato dalla Corte di Strasburgo; ma è invece un bilanciamento *esterno* alla norma convenzionale, la quale resta rigidamente determinata nel suo contenuto dalla giurisprudenza della Corte europea, e in quel significato soggiace poi al confronto con le norme costituzionali. Siamo in presenza, è stato detto da alcuni, di un trasferimento completo, definitivo e incondizionato alla Corte di Strasburgo della funzione di interpretare la Convenzione europea, attuato da una Corte costituzionale che sembra volere tenere per sé il solo ruolo di ultima risorsa nella difesa della Costituzione¹¹⁶.

Un’ultima via per sostenere che il vincolo interpretativo alle pronunce della Corte europea non abbia in realtà nella stessa giurisprudenza costituzionale una portata così ampia potrebbe essere quella di intendere restrittivamente le affermazioni, pur formulate in termini generali, contenute nelle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 e nelle successive pronunce del giudice delle leggi, e pensarle come in realtà riferite ai soli casi affrontati in quelle decisioni costituzionali, nei quali la Corte europea aveva condannato l’Italia perché la disciplina legislativa integrava una violazione strutturale e permanente delle norme convenzionali¹¹⁷.

¹¹⁵ In realtà la sentenza n. 348 del 2007 afferma che, “nell’ipotesi di una norma interposta che risulti in contrasto con una norma costituzionale”, la Corte “ha il dovere di dichiarare l’inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, ad *espungerla* dall’ordinamento giuridico italiano” (corsivo mio), e quindi sembra suggerire che il confronto della norma convenzionale, così come interpretata dalla Corte di Strasburgo, con le norme costituzionali, possa portare a una soluzione più drastica di quella ipotizzata nel testo, e cioè alla vera e propria dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge di esecuzione della Cedu, limitatamente alla norma ritenuta difforme dalla Costituzione, evidentemente a seguito di una autorimessione della relativa questione di costituzionalità da parte della stessa Corte costituzionale. L’ipotesi formulata nel testo, tuttavia, è quella che presenta maggiori possibilità di essere percorsa dalla Corte costituzionale, avendo un impatto certamente minore nei confronti della Corte europea.

¹¹⁶ Discorre a questo proposito di un vero e proprio trasferimento di potere in favore della Corte sovranazionale, conseguente alla scelta della Corte costituzionale di ritagliarsi un ruolo diverso da quello ricoperto in passato, un ruolo di “manovratore di scambi” in un sistema popolato di molti attori e di ultima risorsa nella difesa della Costituzione da attacchi straordinari, T. GROPPI, *The Constitutional Court of Italy: Towards a Multilevel System of Constitutional Review?*, in *Journal of Comparative Law*, 2008 3:2, 116-117.

¹¹⁷ Questa interpretazione restrittiva delle sentenze costituzionali n. 348 e n. 349 del 2007 supererebbe le serie perplessità manifestate dalla dottrina in relazione alla omologazione del valore di tutte le pronunce della Corte di Strasburgo, che le sentenze costituzionali avrebbero compiuto, e risponderebbe alla necessità, da alcuni ritenuta fondamentale, di distinguere tra le pronunce rese nei confronti dell’Italia e quelle rese nei confronti di altri paesi, in modo da modularne in modo diverso gli effetti. Esprimono questa necessità F. DONATI, *La CEDU nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, in *I diritti dell’uomo: cronache e battaglie*, 2007, 3, 17; M. CARTABIA, *Le sentenze “gemelle”: diritti fondamentali, fonti, giudici*, cit., 3573; M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. giur.*, 2008, 204; L. MONTANARI, *Interpretazione conforme e*

Non mi sembra tuttavia che l'intenzione della Corte costituzionale, quando ha dettato il decimo comandamento del decalogo, fosse soltanto quella di ribadire l'ovvia *autorità di giudicato* delle pronunce di condanna emesse dalla Corte di Strasburgo nei confronti del nostro paese, che implica l'obbligo di tutti gli organi pubblici nazionali, giudici e Corte costituzionale compresi, di dare esecuzione a quelle pronunce apprestando, ciascuno nell'esercizio delle proprie competenze, le necessarie misure individuali e generali per rimediare alla violazione e per prevenire il ripetersi di analoghe violazioni (art. 46 Cedu)¹¹⁸.

E' molto più probabile, invece, che la Corte costituzionale abbia voluto affermare che le pronunce della Corte di Strasburgo sono assistite anche della diversa, e ulteriore, *autorità di cosa interpretata*, intesa come autorità giuridicamente vincolante che imporrebbe le interpretazioni della Convenzione europea in esse contenute *erga omnes*, e cioè nei confronti degli organi di tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa, e non solo di quelli che erano stati parte del giudizio.

Mi preme sottolineare come l'affermazione di un simile vincolo interpretativo sia espressione di una vera e propria scelta di politica giudiziaria da parte del nostro giudice delle leggi, consigliata peraltro da apprezzabilissime considerazioni di opportunità dal punto di vista dei rapporti con la Corte europea.

Le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, infatti, rappresentavano la prima vera occasione in cui la Corte costituzionale aveva l'opportunità di porre le basi della sua relazione con la Corte europea dei diritti dell'uomo e con la sua giurisprudenza¹¹⁹, e le altre due posizioni assunte dalla Corte italiana in quelle sentenze non avrebbero certo aiutato a costruire un buon rapporto nel futuro. Da una parte, il divieto per i giudici comuni di applicare le norme convenzionali al posto di ogni altra norma interna con esse confliggente contrasta con gli auspici formulati dalla stessa Corte europea e dagli altri organi del Consiglio d'Europa, i quali ritengono che il modo migliore per dare attuazione ai diritti convenzionali, anche se certo non l'unico consentito agli Stati, sia quello di incorporare la Convenzione europea nell'ordinamento interno favorendone

Convenzione europea dei diritti dell'uomo e canoni di proporzionalità e adeguatezza, in *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, a cura di M. D'Amico e B. Randazzo, Torino, 2009, 491 (riportando gli esiti di un'ampia discussione svoltasi all'interno dell'omonimo convegno svoltosi a Milano il 6-7 giugno 2008); M. D'AMICO, *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, *ivi*, 522; F. SORRENTINO, *Apologia delle "sentenze gemelle" (brevi note a margine delle sentenze nn. 348 e 349/2007 della Corte costituzionale)*, *cit.*, 219.

¹¹⁸ E' infatti ormai da tutti riconosciuto che la sentenza di condanna obblighi lo Stato condannato ad adottare, oltre alle misure individuali, anche le misure generali necessarie volte a prevenire il ripetersi di identiche violazioni, qualora appunto la violazione nel caso singolo giudicato dalla Corte europea sia dipesa da una norma, primaria o secondaria, o da una pratica generale. In questo senso è infatti la prassi del Comitato dei Ministri e la giurisprudenza più recente della Corte europea (emblematiche, sotto aspetti diversi, la pronuncia Scozzari e Giunta c. Italia del 13 luglio 2000 e la tecnica delle sentenze pilota, inaugurata dalla sentenza Broniowski c. Polonia del 22 giugno 2004), e tutta la più recente dottrina (si vedano, fra i molti, P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2004, 76 ss., 170-171, 234 ss. e *passim*, il quale sottolinea come gli obblighi, siano essi individuali o generali, di dare esecuzione alle sentenze di condanna gravino sullo Stato condannato nel suo complesso, e quindi anche sui suoi giudici; G. RAIMONDI, *Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, II ed., Napoli, 2008, 120; M. DE SALVIA, *L'obbligo degli Stati di conformarsi alle decisioni della Corte europea e del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, *cit.*, 73 ss.).

¹¹⁹ C. PANZERA, *Il bello di essere diversi. Corte costituzionale e corti europee ad una svolta*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 21.

la diretta applicazione da parte di tutti gli organi giurisdizionali nazionali¹²⁰. E, dall'altra parte, la scelta di relegare la Convenzione europea in posizione subordinata alla Costituzione e di renderla soggetta al pieno controllo di costituzionalità da parte della stessa Corte costituzionale collide con l'altra potentissima aspirazione degli organi del Consiglio d'Europa, di costruire un ordine pubblico europeo dei diritti fondamentali sovraordinato alle stesse Costituzioni nazionali, e presidiato dalla Corte di Strasburgo¹²¹.

Dunque la Corte costituzionale, per compensare almeno parzialmente quelle altre due scelte sicuramente sgradite alla Corte europea, non avrebbe potuto fare altro che quello che ha fatto: offrirle in cambio su un piatto d'argento il monopolio interpretativo assoluto sulla Convenzione europea, rinunciando per se stessa e per tutti i giudici italiani a qualsiasi velleità di interpretare in chiave nazionale le previsioni convenzionali, e quindi rinunciando a una vera e propria quota di sovranità in favore della Convenzione europea e del suo giudice, dato che – come è stato giustamente rilevato¹²² – una delle prerogative tipiche della sovranità è che lo Stato affida l'interpretazione delle proprie leggi ai propri giudici.

Ferma la sicura opportunità della iniziale presa di posizione sul vincolo interpretativo alla giurisprudenza europea assunta nelle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, tuttavia, non vengono meno gli argomenti che potrebbero indurre oggi la Corte costituzionale a riconsiderare, attenuandola, la rigidità di quella posizione.

Il primo fortissimo argomento in questo senso è ancora una volta un argomento di opportunità, ma eguale e contrario a quello che quello aveva indotto due anni fa – quando ancora non si sapeva se, quali e quante questioni di questo genere sarebbero pervenute al giudice delle leggi – ad affermare il vincolo interpretativo alle decisioni della Corte europea.

Come già ricordato, un simile vincolo interpretativo rischia di mettere alle corde la stessa Corte costituzionale perché, nel caso di reale difformità tra la norma interna e la norma convenzionale, così come disegnata dalla Corte di Strasburgo, le consente di far valere le ragioni della Costituzione italiana, e i ragionevoli bilanciamenti fra diritti ricavabili dal nostro sistema costituzionale, soltanto affermando a chiare lettere la contrarietà a Costituzione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, allo scopo di non utilizzarla come parametro interposto a cui commisurare la validità costituzionale delle leggi interne. Una soluzione quest'ultima, tuttavia, non certamente augurabile, perché implicante l'apertura di un serio conflitto frontale con la Corte di Strasburgo.

¹²⁰ Anche se in una pronuncia abbastanza recente (Dumitru Popescu c. Romania del 26 aprile 2007), per ora rimasta isolata, la Corte europea è giunta ad affermare il dovere dei giudici interni di dare diretta applicazione alla Cedu e alle relative pronunce del giudice europeo. Su questa pronuncia, e sui nuovi percorsi sperimentati negli ultimi anni dalla Corte di Strasburgo per migliorare il rispetto delle proprie pronunce, si veda P. TANZARELLA, *Gli effetti delle decisioni delle Corti dei diritti: Europa e America a confronto*, in *Quad. cost.*, 2009, 336 ss. e in particolare 341.

¹²¹ Aspirazione sottolineata chiaramente dal Presidente della Corte europea M. Jean-Paul Costa nel discorso tenuto in occasione della visita alla Corte costituzionale della Federazione russa del 10-11 maggio 2007, in www.echr.coe.int.

¹²² Così M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, cit., 203; ID., *Costituzione, integrazione europea, globalizzazione*, in *Quest. giust.*, 2008, 77.

Meglio sarebbe invece che la Corte costituzionale si riservasse espressamente la possibilità di rimodulare, quando necessario, la portata dell'obbligo convenzionale, accogliendo un'interpretazione della Convenzione europea magari non del tutto coincidente con i *dicta* della Corte europea, ma certamente conforme alla Costituzione italiana.

In secondo luogo, bisogna ricordare che il valore di precedente vincolante nei confronti degli Stati membri del Consiglio d'Europa che non erano parti del giudizio delle interpretazioni della Convenzione europea fornite dalla Corte di Strasburgo, benché dato per scontato in alcuni contributi della dottrina italiana precedenti alle sentenze costituzionali del 2007¹²³, è in realtà da molti anni uno dei nodi teorici più controversi tra gli studiosi europei.

In proposito si può tracciare una *summa divisio*, di massima¹²⁴, tra la dottrina di lingua francese che, prendendo spunto dall'esperienza dell'ordinamento belga, dove i giudici interni già da molti anni si sono dichiarati sottoposti alle interpretazioni della Convenzione europea rese dal giudice sovranazionale nei confronti di Stati diversi dal Belgio, discorre di un'autorità di cosa interpretata – *autorité de la chose*

¹²³ In questo senso si vedano soprattutto i contributi B. RANDAZZO, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, cit., 1337-1338 e 1380, e in *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, cit., 248 e 285; e EAD., *Le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo: effetti ed esecuzione nell'ordinamento italiano*, in *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, a cura di N. Zanon, Napoli, 2006, 315-316, la quale fonda il valore di precedente vincolante delle decisioni della Corte europea sulla considerazione secondo cui, "quando un sistema di garanzia dei diritti si dota di un giudice *ad hoc*, è difficile negare che a questo spetti l'ultima parola sul contenuto dei diritti tutelati, e ciò nonostante non si tratti di un'autorità giurisdizionale sovraordinata rispetto a quelle nazionali"; e di G. GRECO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2000, 38-39. Sempre in epoca anteriore alle sentenze costituzionali n. 348 e 349 del 2007, invece, A. GUAZZAROTTI, *Applicazione immediata del "diritto vivente" Cedu e "diffusione" del sindacato sulle leggi*, in *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, cit., 400, dapprima sembra concordare sull'esistenza di un monopolio interpretativo della Cedu assegnato alla Corte di Strasburgo analogo a quello sui Trattati europei assegnato alla Corte di Lussemburgo, ma poi in ID., *La CEDU e l'ordinamento nazionale: tendenze giurisprudenziali e nuove esigenze teoriche*, in *Quad. cost.*, 2006, 496 e 504-505, introduce una distinzione, a mio parere del tutto condivisibile, configurando il vincolo interpretativo solo in relazione alle pronunce di condanna adottate dalla Corte europea nei confronti dell'Italia, e ritenendo al contrario che, quando la censura riguarda una legislazione o una prassi di un altro Stato membro, sui giudici nazionali grava un più tenue "obbligo di tenere conto della giurisprudenza di Strasburgo".

¹²⁴ E con le inevitabili eccezioni (come il telegrafico riferimento all'autorità di *res interpretata* contenuto in J.M. MORENILLA, *The Role of the European Court of Human Rights*, in *The Role of the Supreme Courts at the National and International Level*, a cura di P. Yessiou-Faltsi, Thessaloniki, 1998, 489).

interprétée – discendente dalle pronunce della Corte di Strasburgo¹²⁵, e la dottrina di lingua inglese, che la nega decisamente¹²⁶.

Ma anche da parte dei suoi sostenitori la teoria che assegna autorità di cosa interpretata alle pronunce della Corte europea non ha una sicura configurazione, e presenta notevoli oscillazioni, in quanto alcuni autori la configurano come autorità *erga omnes*, ma solo morale o persuasiva; altri come autorità di mero fatto, che obbliga il giudice nazionale perché la mancata osservanza del precedente della Corte europea espone lo Stato al pericolo concreto di una condanna da parte di Strasburgo; mentre solo pochi autori la costruiscono come vera e propria autorità giuridica obbligatoria *erga omnes*¹²⁷.

E, infine, si deve ammettere che lo stesso richiamo all'art. 32 Cedu effettuato dalla Corte costituzionale per dare un fondamento positivo al valore vincolante delle interpretazioni della Convenzione europea adottate dalla Corte europea, benché sostenuto da alcuni studiosi e conosciuto in alcune esperienze giurisprudenziali straniere¹²⁸, è abbastanza opinabile, poiché l'art. 32 afferma soltanto la competenza della Corte europea a pronunciarsi su tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione europea, e deve essere quindi coordinato con l'altra

¹²⁵ Affermano l'esistenza di una *autorité de la chose interprétée*, definendola come quella autorità che va oltre il caso deciso di cui gode la giurisprudenza della Corte europea quando interpreta le disposizioni della Cedu, e quindi spesso assimilandola all'obbligo di adottare misure generali, che grava invece sul solo Stato condannato, allo scopo di giustificare l'applicazione diretta della pronuncia europea da parte di tutti i giudici di quello Stato in casi analoghi a quello per il quale lo Stato aveva ricevuto la condanna: J. VELU – R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1990, 1072 ss.; J. VELU, *A propos de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Vues de droit comparé sur des évolutions en cours*, in *Nouveaux itinéraires en droit: hommage a Francois Rigaux*, Bruxelles, 1993, 527 ss.; O. DE SCHUTTER, *La coopération entre la Cour européenne des droits de l'homme et le juge national*, in *Revue belge de droit international*, 1997, 23 e 59 ss.; L.E. PETITTI – E. DECAUX – P.H. IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme*, II ed., Paris, 1999, 767 e 855-856 (dove gli autori riferiscono alle pronunce della Corte europea addirittura il valore di interpretazione autentica della Cedu); J. VELU, *Considérations sur quelques aspects de la coopération entre la Cour européenne des droits de l'homme et les juridictions nationales*, in *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne / Protecting Human Rights: The European Perspective*, cit., 1520 ss.; F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, V ed., Paris, 2002, 76 ss. e specialmente 81.

¹²⁶ Fra gli altri v. G. RESS, *The Effects of Judgements and Decisions in Domestic Law*, in *The European System of Protection of Human Rights*, cit., 810 ss. e 848 ss.; R. RYSSDAL, *The Enforcement System set up under the European Convention on Human Rights*, in *Compliance with Judgments of International Courts*, a cura di M.K. Bulterman e M. Kuijer, Martinus Nijhoff publishers, 1996, 61; C. MCCRUDDEN, *A Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, No. 4, 2000, 502 ss.; S. GREER, *The European Convention on Human Rights*, Cambridge, 2006, 279 ss..

¹²⁷ Esamina queste diverse ricostruzioni l'ampio studio di E LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour Européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1999, in particolare 303 ss.. La medesima Autrice, fra l'altro, assume come tesi di fondo che l'autorità giurisprudenziale delle pronunce della Corte europea si possa rappresentare in un sistema di cerchi concentrici, e ritiene che abbia effetti di differente intensità a seconda dei diversi diritti di volta in volta coinvolti (*ivi*, 320 ss. e 519 ss.).

¹²⁸ Nella dottrina di lingua italiana il richiamo è isolato, e mi pare limitato a V. ZAGREBELSKY, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e i diritti nazionali*, cit., 719, mentre compare nella dottrina straniera (soprattutto quella che sostiene l'autorità di cosa interpretata: v., ad esempio, J. VELU, *A propos de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Vues de droit comparé sur des évolutions en cours*, cit., 533; L.E. PETITTI – E. DECAUX – P.H. IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme*, cit., 767) e nelle esperienze giurisprudenziali di altri ordinamenti (quella tedesca, ad esempio, come nota G. CERRINA FERONI, *Karlsruhe, Lussemburgo, Strasburgo: la "Interpretationsverbund" dei diritti fondamentali... ancora lontana*, in *Corti nazionali e Corti europee*, a cura di G.F. Ferrari, Napoli, 2006, 216).

disposizione, l'art. 46, che determina l'ambito soggettivo degli effetti delle pronunce così rese, limitandoli allo Stato che era stato parte della controversia¹²⁹.

Bisogna allora riconoscere che l'attribuzione alle pronunce della Corte di Strasburgo di un effetto vincolante che va oltre i confini dello Stato membro condannato non è imposta dal testo della Convenzione, che nulla dice in proposito¹³⁰, e si pone fuori o forse addirittura contro la lettera dell'art. 46 della stessa Convenzione.

Piuttosto, essa consegue a una precisa volontà della Corte costituzionale di appoggiare la scelta di politica giudiziaria della Corte europea – una scelta determinata da una contingenza storica degli ultimi anni, portata avanti con diversi strumenti e attuata con il sostegno degli altri organi del Consiglio d'Europa¹³¹ – di accrescere il tasso di vincolatività delle proprie decisioni nei confronti di tutti gli Stati membri senza passare attraverso modifiche in tal senso della Convenzione.

Questa scelta è, come è stato notato, una delle manifestazioni della “nuova aggressività post-allargamento della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo”¹³², perché risponde alla fondata preoccupazione degli organi del Consiglio d'Europa di mantenere elevata la protezione dei diritti fondamentali pur in presenza di una situazione di emergenza democratica dei paesi dell'area *ex comunista*: un'emergenza che a partire dagli anni novanta del secolo scorso ha richiesto alla Corte europea uno sforzo supplementare nel momento in cui il Comitato

¹²⁹ Lo notano, con diverse sfumature e accenti critici, E. CANNIZZARO, *Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano in due recenti decisioni della Corte costituzionale*, cit., 140-141; L. CONDORELLI, *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*, cit., 309-310; M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, cit., 204; ID., *Costituzione, integrazione europea, globalizzazione*, cit., 77; C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della Cedu e delle leggi con essa confliggenti*, in *Giur. cost.*, 2007, 3524.

¹³⁰ Come è riconosciuto in tutti i testi ‘classici’ di commento alla Cedu anteriori al periodo attuale di attivismo della Corte europea (si veda, per tutti, A. DRZEMCZEWSKI, *European Human Rights Convention in Domestic Law. A Comparative Study*, Oxford, 1983, 260 ss. e *passim*). Per il periodo posteriore alla riforma della Cedu da parte del Protocollo n. 11, in verità, un fondamento testuale, benché labile, di una portata generale delle pronunce della Corte europea è stato poi ritrovato, anche dal medesimo Autore ora richiamato, ma non nell'art. 32, che corrisponde al precedente art. 45, bensì nel nuovo art. 19 della Cedu, a norma del quale “per assicurare l'osservanza degli impegni assunti dalle Alte parti contraenti nella Convenzione e nei protocolli relativi è istituita una Corte europea dei diritti dell'uomo” (così sempre A. DRZEMCZEWSKI, *Art. 46. Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, B. Conforti e G. Raimondi, Padova, 2001, 687, che richiama in questo senso la corrente di pensiero che fa capo ad alcuni dei sostenitori dell'autorità di cosa giudicata interpretata, su cui v. appena *supra* nel testo e in nota).

¹³¹ In particolare dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, che fonda l'efficacia *erga omnes* delle pronunce della Corte europea sul principio di solidarietà (risoluzione 28 settembre 2000, n. 122). Sul punto si veda la posizione critica di V. ESPOSITO, *La libertà degli Stati nella scelta dei mezzi attuativi delle sentenze della Corte europea dei diritti umani*, in *La Corte europea dei diritti umani e l'esecuzione delle sue sentenze*, cit., 71 e 119, e ID., *La liberté des états dans le choix des moyens de mise en oeuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Rev. trim. droits de l'homme*, 2003, 846 ss., il quale nota che questa efficacia *erga omnes* delle pronunce della Corte europea, sostenuta dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, corrisponda esattamente alla nozione dottrinale di cosa giudicata interpretata elaborata dalla dottrina, e che entrambe provochino una progressiva erosione della sovranità statale, non controllabile da parte dei governi degli Stati membri del Consiglio d'Europa.

¹³² Per questa espressione e per le considerazioni che seguono rinvio integralmente al bel saggio di O. POLLICINO, *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessioni ordinamentali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, *passim* e in particolare 19 ss..

dei Ministri si è reso conto di non disporre degli strumenti sufficienti per ottenere l'allineamento di quei paesi agli standard europei¹³³.

Dalle considerazioni che precedono risulta allora che è possibile sfuggire alla rigida alternativa fra l'autarchia giudiziaria nell'interpretazione della Convenzione europea, da una parte, che certamente non corrisponde allo scopo della Convenzione di fissare uno standard comune nella protezione dei diritti fondamentali in Europa e che comunque non è più storicamente proponibile e, dall'altra parte, la soggezione integrale delle autorità giurisdizionali nazionali, Corte costituzionale compresa, all'interpretazione della Convenzione europea da parte della Corte di Strasburgo affermata nelle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007¹³⁴.

E' possibile, in altre parole, oltre che a mio parere opportuno, che l'ordinamento italiano percorra una strada intermedia, e più morbida.

Penso a una versione attenuata dell'obbligo da parte dei giudici nazionali di prestare ossequio alla giurisprudenza sovranazionale. Un obbligo che non neghi la funzione, indubbiamente propria della Corte di Strasburgo, e che la stessa Corte costituzionale ha esattamente definito "funzione interpretativa eminente", di fare vivere il testo della Convenzione europea offrendo uno standard minimo di tutela uniforme in tutti gli Stati, ma che tuttavia ammetta la possibilità per i giudici italiani, almeno in casi eccezionali, di introdurre proposte interpretative alternative, più adatte al nostro ordinamento.

Tanto più che l'ordinamento italiano e suoi giudici non si trovano normalmente nella condizione in cui versano gli Stati recentemente entrati a far parte del Consiglio d'Europa, di dovere rincorrere gli standard minimi dei diritti convenzionali, ma anzi sotto molti profili – mi riferisco ad esempio ai principi personalista e pluralista dell'art. 2 Cost. – sono nella opposta posizione di poter contribuire ad arricchire o a correggere qualunque interpretazione dei diritti fondamentali della persona offerta dalla Corte europea.

Mi sento quindi di condividere totalmente la proposta, recentemente avanzata nella dottrina comparatistica italiana, di guardare al di fuori dei confini del nostro Stato, e di prendere spunto, per arrivare a una definizione meno rigida dei rapporti fra giudici interni e giudice sovranazionale, dalle soluzioni sperimentate negli altri paesi aderenti alla Convenzione europea, dove i giudici nazionali arrivano sempre, in un modo o nell'altro, a garantirsi un considerevole margine di discrezionalità, o una certa creatività, nell'applicazione dei precedenti della Corte di Strasburgo¹³⁵.

¹³³ Si veda sempre O. POLLICINO, *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessioni ordinamentali*, cit., 3 ss..

¹³⁴ Configura questa secca alternativa, che a me invece pare facilmente superabile, e di fatto superata nella maggior parte degli ordinamenti nazionali che fanno capo al Consiglio d'Europa, A. GARDINO CARLI, *Stati e Corte europea di Strasburgo nel sistema di protezione dei diritti dell'uomo. Profili processuali*, Milano, 2005, 157.

¹³⁵ Si vedano, a questo proposito, i fondamentali contributi del giudice della Corte di Strasburgo L. GARLICKI, *Some Observations on Relations between the ECtHR and the Domestic Jurisdiction*, in *Cours supremes nationales et cours européennes: concurrence ou collaboration? In memoriam Louis Favoreu*, a cura di J. Iliopoulos-Strangas, Athènes-Bruxelles, 2007, 314 ss., il quale dà per scontato che i giudici nazionali, quando non sono convinti delle posizioni assunte dal giudice sovranazionale, possano riservarsi un certo spazio discrezionale nell'applicazione dei precedenti della Corte di Strasburgo, anche se nota che di solito il rifiuto di seguire la posizione della Corte di Strasburgo resta nascosto dietro il linguaggio neutrale delle decisioni giudiziali, e solo raramente i giudici nazionali dichiarano il loro disaccordo con la Corte di Strasburgo, dando luogo a un conflitto aperto; e di N. KRISCH, *The Open Architecture of*

In particolare sembra proficuo il confronto con la Gran Bretagna¹³⁶. Come è noto, lo *Human Rights Act* del 1998, che ha incorporato la Convenzione europea nell'ordinamento britannico, dispone che i giudici inglesi, quando si trovano a dover decidere una questione in cui è coinvolta la Convenzione, devono tenere conto delle pronunce della Corte di Strasburgo (*must take into account*). L'applicazione che i giudici hanno dato di questa previsione è inaspettatamente molto rispettosa della giurisprudenza della Corte europea, tanto che la *House of Lords* è stata accusata dalla dottrina di avere indebitamente ridotto lo spazio discrezionale lasciato ai giudici inglesi dallo *Human Rights Act* fino quasi a vanificarlo¹³⁷.

Ciò nonostante, il risultato finale è ben lontano dal vincolo interpretativo che grava oggi sui giudici italiani, e può esserci di utile esempio.

La giurisprudenza europea, dicono i giudici inglesi, non è strettamente vincolante (*is not strictly binding*), e deve essere seguita solo quando è chiara e costante (*clear and constant*), e soprattutto solo quando non ricorrano circostanze speciali che consiglino di discostarsene (*in the absence of some special circumstances*). Oppure, accogliendo un'impostazione più rigorosa, le corti inglesi dicono di non potere diluire o indebolire (*dilute or weaken*) l'effetto della giurisprudenza di Strasburgo, salvo che non ricorra una forte ragione in tal senso (*without strong reason*), anche perché, affermano, la Corte europea è la più alta autorità giurisdizionale sull'interpretazione dei diritti garantiti dalla Convenzione e l'effettività della stessa Convenzione come strumento internazionale dipende dalla leale accoglienza della sua giurisprudenza da parte degli Stati membri.

European Human Rights Law, in *The Modern Law Review*, 2008, 196 ss. e 215, il quale nota che, nei diversi ordinamenti nazionali considerati, anche se di solito le decisioni della Corte di Strasburgo sono generalmente seguite dai giudici, questo non è il segno di una completa soggezione alla giurisprudenza europea da parte dei giudici nazionali, che si mantengono sempre il potere di decidere se rispettare o meno una pronuncia della Corte di Strasburgo e di aprire così un negoziato con Strasburgo sui temi che sentono come particolarmente importanti. Anche secondo quest'ultimo autore, inoltre, è difficile che si verifichino scontri frontali, perché la regola è la ricerca dell'accomodamento reciproco e della convergenza, facilitata dalle strategie flessibili e reattive di tutte le corti coinvolte, e in particolare della Corte europea. Si vedano inoltre, almeno, le rassegne dell'impatto della giurisprudenza di Strasburgo nei diversi ordinamenti nazionali presentate nei seguenti ricchissimi volumi: *Fundamental Rights in Europe: The European Convention on Human Rights and its Member States 1950-2000*, a cura di R. Blackburn e J. Polakiewicz, Oxford, 2001 e, più recentemente, *The Reception of the ECHR on National Legal Orders*, in *A Europe of Rights. The impact of the ECHR on National Legal Systems*, a cura di A. Stone Sweet e H. Keller, Oxford, 2008. Anche i curatori di entrambi questi volumi fanno analoghe avvertenze. Secondo J. POLAKIEWICZ, *The Status of the Convention in National Law*, *ivi*, 52-53, la crescente influenza della giurisprudenza di Strasburgo non deve generare la falsa impressione che la Corte europea decida tutti i problemi di diritti umani in modo autoritativo per tutto il continente perché, contrariamente al diritto dell'Unione Europea, il diritto della Cedu non richiede un'applicazione strettamente uniforme in tutta Europa: anzi, è proprio il margine di apprezzamento lasciato ai giudici nazionali che obbliga gli stessi giudici nazionali a tenere conto delle peculiari considerazioni relative all'ordinamento e alle politiche del proprio paese, e che richiede loro non solo di conoscere la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ma anche, e soprattutto, di avere una sensibilità per i diritti umani tale da permettere loro di utilizzare i precedenti di Strasburgo in modo creativo. Più semplicemente, secondo A. STONE SWEET – H. KELLER, *The Reception of the ECHR in National Legal Orders*, *ivi*, 14, gli organi nazionali, giudici compresi, mantengono sempre una qualche misura di discrezionalità nel decidere come fare uso della giurisprudenza della Corte europea, potendo anche scegliere di ignorare l'interpretazione della Cedu da essa offerta.

¹³⁶ L'apprezzabile spunto è proposto da L. MONTANARI, *Giudici nazionali e Corte di Strasburgo: alcune riflessioni tra interpretazione conforme e margine di apprezzamento*, cit., XIV ed EAD., *La difficile definizione dei rapporti con la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione: un confronto con Francia e Regno Unito*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, 208-209.

¹³⁷ Così, espressamente, ad esempio, R. MASTERMAN, *Aspiration or Foundation? The Status of the Strasbourg Jurisprudence and the 'Convention Rights' in Domestic Law*, in *Judicial Reasoning under the UK Human Rights Act*, a cura di H. Fenwick – G. Phillipson – R. Masterman, Cambridge, 2007, 78.

Ai nostri fini, ancora, è interessante notare che secondo i giudici inglesi le tradizioni culturali nazionali, anche se non possono contribuire a determinare la portata dei diritti garantiti dalla Convenzione europea, possono tuttavia essere prese in considerazione per giustificare un'interferenza nell'applicazione di alcuni diritti convenzionali, nei limiti del principio di proporzionalità, essendo questa interferenza giustificata sulla base del margine di apprezzamento lasciato a ogni ordinamento nell'attuazione dei diritti convenzionali¹³⁸.

Tornando al nostro ordinamento, perché allora non pensare che il vincolo all'interpretazione delle disposizioni della Convenzione europea contenute nelle decisioni della Corte di Strasburgo possa essere attenuato, e rimodulato nel diverso obbligo, gravante parimenti sui giudici comuni e sulla Corte costituzionale, di non prescindere mai, nell'interpretazione della Convenzione, da una attenta considerazione delle decisioni del giudice sovranazionale, accompagnato dall'onere, qualora un giudice se ne voglia discostare, di motivare la sussistenza delle serie e gravi ragioni ordinamentali che lo inducono a dare una diversa lettura all'obbligo convenzionale?

Questa attenuazione, o ammorbidimento, del vincolo interpretativo avrebbe un duplice effetto: da una parte, quello di appoggiare e in un certo senso di legittimare l'operato attuale dell'autorità giudiziaria, quando 'negozia' con la Corte di Strasburgo una diversa portata dell'obbligo internazionale per il nostro paese; e, dall'altra parte, quello di permettere alla Corte costituzionale un analogo 'negoziato', capace di portare all'attenzione della Corte di Strasburgo una lettura della Convenzione europea conforme alla Costituzione italiana senza aprire un vero e proprio conflitto tra le due Corti.

Vorrei concludere ricordando che favore dell'attenuazione del monopolio interpretativo assoluto della Corte di Strasburgo sulla portata degli obblighi convenzionali milita un argomento di più ampio respiro, che qui posso solo accennare.

La straordinaria ricchezza della nostra cultura giuridica e costituzionale sarà in grado di sopravvivere, e anzi di offrire un apporto significativo alla costruzione dello *ius commune* europeo dei diritti fondamentali verso cui si sta procedendo¹³⁹, soltanto se sarà opportunamente valorizzata da organi giurisdizionali nazionali non supini ai bilanciamenti tra diritti forniti dai giudici europei, siedano essi a Strasburgo o a Lussemburgo¹⁴⁰, ma al contrario determinati a difendere, in sereno contraddittorio

¹³⁸ Per un quadro aggiornato di questi orientamenti della giurisprudenza inglese si veda *The Law of Human Rights*, II ed., a cura di R. Clayton e H. Tomlinson, Oxford, 2009, 136 ss.. Quanto alla letteratura sull'argomento in lingua italiana si rinvia, per tutti, a R. SAPIENZA, *Convenzione europea dei diritti umani e Human Rights Act 1998, in margine all'obbligo delle corti inglesi 'to take into account' la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Dir. um e dir. internaz.*, 2008, 253 ss..

¹³⁹ Per questa fortunata espressione, e per l'analisi dei movimenti in corso in questo senso all'interno dell'Unione Europea, dove ampio spazio è dato appunto all'opera dei giudici, si rinvia a G. SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 2006, 7 ss.

¹⁴⁰ Esprime il timore che il testo della prima parte della Costituzione, pur protetto in passato da ogni tentativo di revisione costituzionale, sia esposto a una significativa rimodulazione da parte delle Corti europee, pur segnalando che il pericolo maggiore di "colonialismo giurisdizionale" in materia di diritti fondamentali proviene dalla Corte di Lussemburgo, mentre la Cedu e la Corte di Strasburgo "sono in una posizione assai più favorevole a preservare le identità culturali dei numerosi ordinamenti che fanno parte del sistema della Convenzione" grazie proprio alla natura

con le Corti europee, i differenti bilanciamenti propri della tradizione costituzionale italiana, quando ritenuti irrinunciabili per il nostro ordinamento e preziosi per lo stesso sviluppo di uno standard europeo di garanzia dei diritti fondamentali¹⁴¹.

E ciò sarà tanto più vero, e necessario, nella prospettiva del prossimo futuro, che vedrà l'attribuzione di valore giuridico alla Carta di Nizza e l'adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea¹⁴².

sussidiaria del rimedio davanti alla Corte di Strasburgo e alla dottrina del margine di apprezzamento, M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, cit, 63-64.

¹⁴¹ Auspica un contributo attivo di tutte le giurisprudenze nazionali nel fornire alla Corte di Strasburgo utili indicazioni interpretative, considerando che l'offerta di un simile contributo sia la via maestra per giungere alla creazione di uno standard europeo di garanzia dei diritti realmente condiviso, L. MONTANARI, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Torino, 2002, 298-299. Insiste in particolare sulla necessità di far valere la prospettiva della Costituzione italiana davanti alle giurisdizioni europee in un'epoca, come quella attuale, caratterizzata dalla proliferazione delle pretese individuali che aspirano a essere riconosciute e tutelate come diritti fondamentali, ancora M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei "nuovi diritti"*, in *Quad. cost.*, 2009, 567-568, ricordando come "la Costituzione italiana potrebbe svolgere un ruolo fondamentale, in quanto portatrice di una tradizione, di una cultura originale e complementare rispetto all'individualismo dominante, in cui potrebbero riconoscersi anche molte altre culture e tradizioni, come già è accaduto in altri momenti della storia"; secondo l'Autrice, "difendere la Costituzione, e soprattutto la visione della persona umana che essa racchiude, oggi necessita che lo spirito del costituzionalismo italiano sia speso e promosso a livello europeo e internazionale, come patrimonio offerto per l'arricchimento di tutti. Ma perché questo accada occorrono *soggetti* – uomini e donne, politici, giudici, gruppi sociali – consapevoli della ricchezza che il testo costituzionale racchiude e consapevoli che solo in un incontro critico tra identità culturali e costituzionali può emergere ciò che è veramente imprescindibile per la persona umana".

¹⁴² Di questa prospettiva la presente relazione non si è voluta consapevolmente occupare. Sui possibili scenari che si aprono con riguardo alla protezione dei diritti fondamentali con la probabile imminente entrata in vigore del Trattato di Lisbona si veda tuttavia U. DE SIERVO, *Costituzionalismo e diritto costituzionale negli Stati integrati d'Europa. Una introduzione generale*, in *Astrid Rassegna* di martedì 12 maggio 2009, n. 92 (Anno 5, numero 9).