

Bilanciamenti e fraintendimenti: ancora su Corte costituzionale e CEDU

di Andrea Guazzarotti
(16 aprile 2010)

Le brevi riflessioni che seguono si incentrano sulla tecnica della “delega di bilanciamento in concreto”, secondo la ricostruzione datane da Roberto Bin (*Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, p. 91, da cui pure è liberamente tratto il titolo della nota: Id., *Diritti e fraintendimenti*, in *Ragion Pratica* 2000/14, p. 15 ss.). Tale tecnica è destinata a espandersi e assumere nuove connotazioni in virtù della crescente influenza della CEDU e della giurisprudenza di Strasburgo sugli ordinamenti nazionali.

Con la sentenza n. 93 del 2010, la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionali le disposizioni di legge relative al procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione, personali e patrimoniali, nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione si svolga nelle forme dell'udienza pubblica (art. 4, l. n. 1423/1956; art. 2-ter, l. 575/1965). Le disposizioni, impugnate per violazione dell'art. 111, co. 1, cost. (c.d. *giusto processo*) e per violazione dell'art. 117, co. 1, cost. (mancato rispetto dei vincoli CEDU sul giusto processo, art. 6.1 della Convenzione), sono state colpite in ossequio al secondo dei due parametri, ritenendo la Corte il giudizio sul primo parametro assorbito da quello sull'art. 117, co. 1, cost. Ciò che ha spinto il giudice *a quo* a sollevare la questione e, forse, la stessa Corte ad accoglierla è stato il ripetuto giudizio di condanna formulato dalla Corte EDU su quelle disposizioni in tre recenti giudizi contro l'Italia (casi *Bocellari e Rizza*, del 2007; *Perre e altri*, del 2008; *Bongiorno*, del 2010; da rilevare che gli stessi casi hanno indotto la Cassazione – sez. II pen., ord. 11 novembre 2009, n. 43250 – a superare i propri precedenti e a sollevare questione analoga, sulla mancata pubblicità di alcuni procedimenti in Cassazione, questione che la Corte costituzionale sarà presto chiamata a risolvere, posto che la sentenza n. 93/10 in commento si riferisce esplicitamente ai soli giudizi di primo e secondo grado).

Premesso l'antefatto delle condanne emesse contro l'Italia dai giudici di Strasburgo, la Corte costituzionale segue il protocollo da essa stessa fissato nelle note sentt. nn. 348 e 349/2007, prefiggendosi lo scopo di verificare che il portato delle norme CEDU (il diritto vivente di Strasburgo) sulla pubblicità dei processi non sia in contrasto con le norme della Costituzione italiana: le norme CEDU, come ormai ognuno sa, si collocano «pur sempre ad un livello sub-costituzionale», potendo valere come parametro interposto dell'art. 117, co. 1, cost. solo a patto che non si pongano «eventualmente in conflitto con altre norme della Costituzione». La Corte, a tal proposito, esclude «senz'altro... che la norma internazionale convenzionale... contrasti con le conferenti tutele offerte dalla nostra Costituzione», posto che (l)'assenza di un esplicito richiamo in Costituzione non scalfisce... il valore costituzionale del principio di pubblicità delle udienze giudiziarie». Il che viene supportato dalla Corte attraverso un rapido richiamo dei propri precedenti, ove essa avrebbe affermato che «la pubblicità del giudizio, specie quello penale, costituisce principio

connaturato ad un ordinamento democratico fondato sulla sovranità popolare, cui deve conformarsi l'amministrazione della giustizia, la quale – in forza dell'art. 101, co. 1, cost. – trova in quella sovranità la sua legittimazione» (sentt. nn. 373/1992, 69/1991, 50/1989, 212/1986, 16 e 17/1981, 12/1971, 25/1965). Da quegli stessi precedenti risulta, inoltre, che «(i)l principio non ha valore assoluto, potendo cedere in presenza di particolari ragioni giustificative, purché, tuttavia, obiettive e razionali (sent. n. 212/1986) e, nel caso del dibattimento penale, collegate ad esigenze di tutela di beni a rilevanza costituzionale (sent. 12/1971)».

Ora, a parte la stranezza di voler continuare a fondare la pubblicità dei processi sull'art. 101 cost. e sul principio per cui la giustizia è amministrata in nome del popolo, anziché sul (novellato) art. 111 cost., espressamente dedicato al giusto processo (in cui nulla è detto sulla pubblicità delle udienze e che la Corte preferisce, nella sentenza in commento, non interpretare), merita rilevare una divergenza di fondo tra l'approccio seguito nel passato dalla nostra Corte costituzionale e quello imposto dalla CEDU. Merita rilevare, cioè, proprio quello che contraddistingue la sentenza in commento dai suoi precedenti e che la Corte, chissà perché, omette di dirci.

Partendo dal più recente dei precedenti citati dalla Corte (sent. n. 373/1992, relativa al rito abbreviato del processo penale), in quel caso il conflitto con la CEDU viene dalla nostra Corte risolto con l'affermazione che il bilanciamento tra i diversi interessi in gioco (pubblicità del processo *versus* ordine pubblico, moralità, tutela dei minori, ecc.) «rientra nella discrezionalità del legislatore», con ciò dichiarandosi la questione inammissibile. La stessa presa di posizione (riserva di bilanciamento alla discrezionalità del legislatore) la Corte faceva in un precedente successivo (sent. n. 235/1993, sui procedimenti giudiziari relativi alla responsabilità disciplinare del giornalista), che però la Corte oggi non cita. Nei precedenti nn. 16 e 17/1981 (relativi al processo minorile), la Corte affermava che, laddove la disposizione CEDU impone la pubblicità del processo e stabilisce le deroghe ammissibili (tra cui "gli interessi dei minori"), la norma che ne risulta «non comporta che la deroga in questione debba essere disposta dal giudice anziché dalla legge» (legge italiana che, appunto, tutelava quegli interessi vietando la pubblicità del processo minorile), con ciò concludendo per il rigetto delle questioni (che miravano a rendere flessibile il divieto di pubblicità). Con riguardo, infine, alla sent. n. 12/1971 (relativa ai processi a porte chiuse sulla responsabilità disciplinare dei magistrati), anche in quel caso la Corte si limitò a valutare che l'esclusione della pubblicità disposta in via generale e assoluta dal legislatore avesse un fondamento ragionevole, senza interrogarsi circa la derogabilità di tale divieto di pubblicità delle udienze.

In questi precedenti alla Corte costituzionale si chiedeva, in sostanza, una regola sul bilanciamento tra beni costituzionalmente rilevanti (quali la pubblicità dei processi, da un lato, e la tutela del minore o della riservatezza, della morale, ecc., dall'altro): se, cioè, fosse rinvenibile (nel parametro costituzionale come integrato dall'art. 6.1 CEDU) un potere-dovere del giudice di bilanciare *in concreto* tali beni potenzialmente confliggenti. Regola *sulla competenza* che la Corte costituzionale si rifiutava di prendere sul serio, limitandosi a richiamare di volta in volta l'astratta ragionevolezza della deroga legislativa al principio di pubblicità dei processi. Esattamente il contrario di ciò che la Corte EDU ha

sempre fatto sullo stesso principio, interpretando e applicando l'art. 6.1 CEDU. Secondo la giurisprudenza di Strasburgo, infatti, non basta che le limitazioni imposte dalle legislazioni nazionali rientrino astrattamente nell'una o nell'altra casella delle deroghe ammesse dalla Convenzione, bensì che ai privati si dia la possibilità di chiedere al giudice di valutare *in concreto* quale sia l'interesse prevalente, se la pubblicità del processo o gli altri (caso *Martinie c. Francia*, del 2006, citato dalla Corte costituzionale nella decisione in commento).

Il percorso logico-giuridico dei due approcci appare intrinsecamente diverso. Nel primo caso (approccio della Corte costituzionale), si tratta di verificare se la disciplina generale e astratta possa giovare di una delle giustificazioni ammesse dalla CEDU per la deroga al principio della pubblicità delle udienze. È un procedimento con cui l'interprete rinviene (o costruisce) una *ratio* della disciplina legislativa nazionale tale da farla ritenere compatibile con il vincolo CEDU. Una sorta di motivazione *a posteriori* della legge, più o meno plausibile, ma che nulla dice circa l'altro profilo della normativa nazionale rilevante nel confronto con la CEDU, il profilo dell'inderogabilità della legge statale, o meglio, della sua "cecità" riguardo alle esigenze del caso concreto. Tuttavia, proprio questo è il profilo rilevante nel contrasto tra disciplina interna e norma CEDU! Per la Convenzione, infatti, si tratta di capire se la disciplina interna lascia sufficiente margine di manovra al giudice, quanto alla valutazione sulla derogabilità o meno del principio di pubblicità delle udienze. Non basta più, in quest'ottica, reperire una motivazione alla regola legislativa interna idonea a giustificare – una volta per tutte – quella deroga. Occorre, invece, farsi carico delle esigenze del caso e assumersi l'onere di motivare il provvedimento giurisdizionale che esclude la praticabilità di un processo a porte aperte.

Costruisce, in tal modo, la CEDU una sorta di "riserva di bilanciamento in concreto" in capo al giudice? A leggere il testo dell'art. 6.1 della Convenzione, invero, non sembra potersi negare che proprio di questo si tratta. Le clausole "moralità, tutela dei minori, ecc." volte a giustificare la deroga alla pubblicità dei processi non sono dirette al legislatore statale, bensì ai giudici di ciascuno Stato membro, ed è proprio questo semplice dato interpretativo che la nostra Corte costituzionale non ha voluto vedere – o ha finto di ignorare – nel passato. Possiamo dire che, in questo modo, la CEDU costruisce una regola rischiosa, ovvero "costosa", in termini di certezza giuridica? Si è davvero sicuri, cioè, che la soluzione migliore per i diritti degli individui coinvolti in vicende processuali sia quella di affidarsi volta a volta al mutevole giudizio di questo o quest'altro giudice, senza che possa darsi la costruzione di categorie legislative astratte per cui la pubblicità del processo è – per tutti e allo stesso modo – esclusa?

I casi recenti diretti contro l'Italia (in materia di giudizi per l'applicazione di misure di prevenzione) sembrano chiarire il punto. La Corte EDU ammette che la legislazione nazionale costruisca categorie generali di processi a porte chiuse (rispondenti alle ampie clausole derogatorie dell'art. 6.1 CEDU), dovendosi tuttavia salvaguardare la possibilità che le parti private invochino dinanzi al giudice l'opposta esigenza di un giudizio a porte aperte. In questo caso, non è più la deroga alla regola della pubblicità a dover essere motivata, bensì il suo opposto: al privato dimostrare che la regola della segretezza infrange il proprio diritto a un processo equo. Il che può avvenire ponendo mente alla c.d.

“posta in gioco”, ossia guardandosi al tipo di interessi personali coinvolti nel giudizio e alla loro entità. Su questo profilo, la Corte EDU sembra volare basso, limitandosi a richiedere una regola di “flessibilizzazione” del divieto di pubblicità del processo nei termini di un mero diritto processuale a sollevare istanza al giudice affinché consideri la possibilità della deroga. È chiaro, tuttavia, che anche tale “diritto minore” alla pubblicità delle udienze dovrebbe far scattare un onere in capo all’autorità giudiziaria, se non si vuole ridurlo a una farsa svolta per celebrare l’etichetta della CEDU. Si tratterà, necessariamente, di motivare l’eventuale rifiuto all’istanza della parte privata. Quanto ampia o succinta questa motivazione dovrà essere, starà alla Corte EDU dirlo. La quale Corte, in questo modo, ha contemporaneamente imposto una *riserva di discrezionalità giudiziaria* sul piano interno (l’introduzione della “delega di bilanciamento in concreto”) e attivato un nuovo canale di controllo sull’operato del giudice nazionale. Potremmo dire, come alcuni in passato fecero con riguardo alla giurisprudenza della Corte UE, che attraverso l’estensione dei diritti individuali la Corte EDU estende il suo potere sulle autorità nazionali. Tuttavia, proprio questo è il senso di una Convenzione internazionale sui diritti, affidata al monopolio interpretativo di una Corte internazionale alla quale *anche* (ma *soprattutto*) i privati hanno accesso. Solo la possibilità di ricondurre a unità la (variabile) tutela giurisdizionale apprestata dai diversi giudici nazionali permette di ovviare – almeno in parte – al rischio che un potenziamento della giustiziabilità dei diritti fondamentali si traduca in una babele interpretativa e nella vanificazione della certezza del diritto (M. CAPPELLETTI, *Giustizia costituzionale e sopranazionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 6 ss.).