

Ieri il giudicato penale, oggi le leggi retroattive d'interpretazione autentica, e domani? (a margine di Corte EDU 7 giugno 2011, Agrati ed altri c. Italia)

di Antonio Ruggeri
(14 giugno 2011)

La pressione esercitata dalla Corte EDU sugli ordinamenti nazionali va sempre di più crescendo, nel mentre le risposte che dagli ordinamenti stessi sono date alle domande di giustizia di cui la Corte stessa si fa interprete e garante esibiscono vistose remore ed esitazioni e, in qualche caso, appaiono essere alquanto approssimative. Le maggiori incertezze, poi, si registrano in merito al “dopo”, al “seguito” cioè che deve ad esse darsi al fine della loro adeguata implementazione nell’esperienza e, per ciò stesso, di riflesso, al fine dell’implementazione delle pronunzie della Corte EDU. Proprio su questo terreno, infatti, sembra davvero che alle volte si proceda a tentoni, quanto meno per quel poco che se ne sa. Urge infatti predisporre soluzioni idonee a consentire un costante ed efficace monitoraggio della pratica giuridica, per sua natura portata a disperdersi nei mille rivoli sotterranei in cui si dispone e svolge la giurisprudenza di merito, per non dire poi delle pratiche amministrative, ancora più sfuggenti di quelle giudiziarie e più di queste poco visibili, oltre che espressive di una naturale, strutturale refrattarietà alla propria sistemazione teorica.

Venendo ora al caso cui si riferisce questo breve commento, preciso che non ne dirò per i profili di merito, pure di non poco rilievo (peraltro egregiamente riassunti nella nota di M. MASSA, *Agrati: Corte europea vs. Corte costituzionale sui limiti alla retroattività*, che ho potuto consultare in *paper* per la cortesia dell’a.); mi sta a cuore infatti di soffermarmi su quelli di ordine istituzionale, riguardanti i rapporti dell’ordinamento nazionale con la CEDU e, dunque, le forme del giuridico rilievo interno di quest’ultima.

Il punto dal quale conviene muovere è che, quali che siano le ragioni addotte dal nostro giudice costituzionale nelle due decisioni aventi ad oggetto il caso (la 234 del 2007 e la 311 del 2009), sta di fatto che esse ricevono ora una secca (pur se ancora non definitiva) smentita dalla pronunzia del 7 giugno 2011 della Corte di Strasburgo, specificamente per ciò che attiene alla indebita interferenza sull’esercizio della giurisdizione causata da una legge che si dichiara essere di interpretazione autentica, senza che a sia pur parziale giustificazione della interferenza medesima si ritenga sussistere un valido “motivo imperativo di interesse generale”, idoneo a controbilanciare la ferita inferta alle posizioni soggettive *sub iudice* al momento dell’adozione dell’atto legislativo.

Sembra invero essersi al riguardo prodotto un effetto a tenaglia. La decisione della Corte europea qui succintamente annotata è stata infatti da poco preceduta dalle conclusioni (per vero, più caute ed articolate) dell’Avvocato generale presso la Corte di giustizia Yves Bot, presentate il 5 aprile 2011 (in causa C-108/10, *Scattolon contro Ministero dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca*), dietro rinvio pregiudiziale del tribunale di Venezia, alle cui argomentazioni il verdetto del giudice di Strasburgo sembra essersi per taluni aspetti rifatto, ulteriormente quindi svolgendole sino a pervenire all’esito infausto per il legislatore. Particolare interesse riveste al riguardo il punto della decisione della Corte europea in cui si fa notare che l’“interpretazione” somministrata dal legislatore si oppone frontalmente ad una “interpretazione costante della Corte di cassazione” (63), in tal modo operandosi in buona sostanza una sorta di ribaltamento della *gerarchia positiva* (che vuole, come si sa, il giudice soggetto alla legge) a fronte di una *gerarchia culturale*, che vede il “diritto vivente” prelegislativo assurgere ad elemento costitutivo del parametro, prevalendo dunque anche nei riguardi dell’avverso indirizzo delineato dal legislatore.

La questione sembra tuttavia essere più complessa di come risulti, con eccessiva semplificazione, rappresentata dal giudice europeo, dal momento che a fare il “diritto vivente”, in un senso però divergente da quello ricostruito a Strasburgo, sono le stesse pronunzie del giudice costituzionale sopra richiamate, con le quali sono state – come si sa – rigettate le istanze con cui si lamentava la violazione dell’art. 6 della Convenzione.

Qui è il punto cruciale della questione. Lo scontro – se ci si pensa – non è tanto della Corte EDU col legislatore, quanto – per ciò che più conta – con la Corte costituzionale, il cui orientamento è in modo diretto e frontale contestato dal giudice europeo. Che fare, allora?

Pochi dubbi possono esservi a riguardo del fatto che – in disparte il prevedibile (ma non scontato...) allineamento da parte della Corte dell’Unione europea, sollecitata ad orientare l’interpretazione della Carta di Nizza-Strasburgo verso la CEDU (e, perciò, in buona sostanza, la giurisprudenza di Strasburgo) – la Consulta, laddove nuovamente adita (e si può scommettere che lo sarà a breve), finirà col trovarsi costretta a rinnegare se stessa, assai improbabile apparendo l’eventualità che possa al riguardo soccorrere la pur raffinata tecnica del *distinguishing*, della quale – come si sa – s’è fatto (e si fa) frequente utilizzo. A meno che...

La odierna vicenda, al pari di altre che l’hanno preceduta, quale quella evocata nel titolo dato a questa nota riguardante il superamento del giudicato interno per effetto di sopravveniente e contraria decisione della Corte EDU, mette a nudo una strutturale debolezza della giurisprudenza costituzionale, per come è venuta in modo faticoso e non poco sofferto fin qui delineandosi. Una debolezza che ha, a mia opinione, nella rigidità dell’indirizzo di cui la Consulta si fa portatrice la sua prima e più rilevante causa e testimonianza.

Due gli indici esteriori maggiormente espressivi di questo stato di cose, riferiti, l’uno, all’idea secondo cui la CEDU debba essere, sempre e comunque, intesa così come l’intende la Corte istituita allo scopo di assicurarne il rispetto; l’altro, all’idea secondo cui, in caso di acclarato, insuperabile (per via ermeneutica) contrasto tra la CEDU stessa e le leggi nazionali, il giudice comune non possa far altro che rivolgersi al giudice delle leggi stesse perché ne dichiari l’invalidità e, conseguentemente, ne stabilisca l’annullamento.

La rigidità dell’indirizzo fatto proprio dal giudice costituzionale, per l’uno e per l’altro aspetto, obbliga quindi la Corte ad appiattirsi sulle posizioni del giudice europeo, col costo – come si vede – di dover quindi tornare in non poche circostanze sui propri passi.

Si tratta tuttavia – a me pare – di una strategia perdente.

La Corte sa bene che il suo punto di forza è sempre stato dato da una strutturale complessità e duttilità degli indirizzi espressi nei singoli campi di esperienza coltivati dalla propria giurisprudenza. L’eccessiva semplificazione di ciò che è vario ed internamente articolato, siccome continuamente cangianti sono i casi per i quali deve valere, non dà dunque modo alla Corte di differenziarsi in apprezzabile misura rispetto alla Corte europea, pur laddove ciò appaia consigliabile all’esito di operazioni di bilanciamento secondo valore, condotte con modalità non in tutto sovrapponibili a quelle adottate a Strasburgo.

Non intendo qui riprendere uno ad uno gli argomenti, altrove rappresentati, che a mia opinione depongono nel senso di consentire pur moderati scostamenti dal solco giurisprudenziale tracciato a Strasburgo sotto entrambi gli aspetti sopra indicati. Sta di fatto che si è ormai determinata una miscela esplosiva, incontrollabile, come appunto stanno inequivocabilmente a testimoniare il caso di oggi e il suo immediato precedente, definito con la sent. n. 113 di quest’anno.

Eppure, la Corte si è dotata di uno strumento potenzialmente idoneo a darle modo di “smarcarsi” alla bisogna dal *pressing* della Corte europea, che è dato dal canone della più intensa tutela ai diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione e dalla stessa

Convenzione, al quale la Consulta ha fatto espresso richiamo proprio nella sent. n. 311, sopra cit., e, più ancora, nella coeva sent. n. 317 del 2009. Una tutela che – tiene opportunamente a precisare il giudice delle leggi – va “pesata” ed apprezzata con riguardo non già al singolo diritto in gioco bensì all’intero sistema dei diritti e, più in genere, dei beni costituzionalmente protetti. Una “logica”, questa, come si vede, che potrebbe, in casi non remoti, portare ad anteporre l’interesse della collettività a quello del singolo ricorrente.

Le prospettive dalle quali uno stesso caso è riguardato, rispettivamente, dalla Corte europea e dalla Corte nazionale – s’è fatto notare in altri luoghi – non sono affatto coincidenti; eppure, potrebbero un domani convergere, se non pure in tutto identificarsi, dotandosi gli indirizzi di entrambi le Corti di quella elasticità strutturale cui si è fatto sopra cenno. I “motivi imperativi di interesse generale”, predicati dal giudice europeo, si propongono dunque quali paradigmi per l’apprezzamento di un sacrificio non sproporzionato del diritto del singolo, facendosi in tal modo altresì salva la previsione dell’art. 47 della Carta di Nizza-Strasburgo, rivista alla luce della Convenzione.

Il *punctum crucis* della questione sta però laddove ci si interroga se, in ultima istanza, spetti alla sola Corte europea far luogo alla ponderazione dei beni in campo (e, segnatamente, tra l’interesse della collettività e l’interesse del singolo) ovvero se piuttosto competa ai giudici nazionali (costituzionali e non) pronunciarsi al riguardo, in virtù del “margine di apprezzamento” loro riconosciuto dalla stessa Corte di Strasburgo, o, comunque, se tali giudici possano (e debbano) – come io credo – offrire il loro concorso alla messa a punto complessiva del quadro.

La pronuncia cui si dirige questo breve commento, anche a motivo del carattere assai contenuto (e, a dirla tutta, largamente carente) dell’apparato argomentativo che la sostiene, sembra evocare uno scenario in cui il “margine di apprezzamento” dei giudici di diritto interno sia ridotto all’osso, per non dire che si dissolva del tutto: che, insomma, spetti al solo giudice europeo stabilire, in sovrana solitudine, se si diano, o no, “motivi imperativi di interesse generale” tali da giustificare un non sproporzionato sacrificio delle posizioni soggettive costituzionalmente (e convenzionalmente) protette.

A questo punto il cerino acceso è tutto nelle mani del giudice costituzionale, che – come si faceva poc’anzi notare – sarà verosimilmente quanto prima chiamato nuovamente a pronunciarsi sulla questione: è tale giudice che dovrà decidere quale uso fare della *Costituzione come “sistema”*, bilanciando come si conviene (e tenendo, nondimeno, conto del punto di vista della Corte europea) l’interesse generale coi diritti dei ricorrenti. È solo da qui infatti che dipende la risposta all’inquietante quesito sollevato da M. Massa nella chiusura del suo denso commento, laddove torna ad interrogarsi circa la possibilità di discorrere in modo appropriato di un “dialogo” tra i giudici, nazionali ed europei, o se non si debba piuttosto far ricorso a “schemi descrittivi” diversi.